

A MULHER CASADA E A CONCUBINA¹: A PROPÓSITO DA LEI Nº 8.971, DE 29 DE DEZEMBRO DE 1994

Wilson J. Comel*

1. Introdução

Causou e causa grande perplexibilidade, quase estupefação, entre os meios forenses e na esfera dos cultivadores ou operadores do direito, o advento da Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, que passou a regular o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão.

Seria mais um golpe na família fundada no casamento, em sua organização jurídica, que estabelece os deveres dos cônjuges entre si e para com os filhos². Prenunciam-se nuvens negras no horizonte matrimonial. Está-se na orla de uma instabilidade institucional.

¹ Adota-se, nesta exposição e no anverso, o paradigma da mulher casada e da concubina ou da companheira, por ser mais ocorrente e, por isso, de mais fácil compreensão. No verso dele, porém, poderá ser lido como homem casado ou companheiro, a ensejar quase as mesmas observações, embora menos comuns. Aqui, entretanto, excluem-se o solteiro e a solteira, em virtude da delimitação constante do título. Considerar-se-á, todavia, a situação do companheiro em relação aos bens reservados da mulher.

Professor Titular de Direito Civil da Universidade Estadual de Ponta Grossa/PR e advogado.

² Discordo dos que vão buscar no art. 5º, I, da Constituição Federal, argumento para abolir as diferenças de tratamento entre homem e mulher no casamento. Ou, ainda, no 226, § 5º. Não são iguais em direitos o homem casado e a mulher solteira ou o homem e a mulher casada, como não o são o absolutamente incapaz e o *sui juris* (veja-se, *ad argumentandum tantum*, o benefício da restituição, o foro privilegiado da mulher, etc). Sabido é que o estado das pessoas é elemento poderoso que influi na extensão da capacidade de direito (noção distinta da personalidade) das pessoas. São iguais entre si aquelas que se encontram, no plano da existência, na mesma situação, abstratamente determinada em lei. O princípio de igualdade consiste em tratar igual os iguais, e não tratar igualmente os desiguais. As distintas circunstâncias e/ou situações fazem as pessoas diferentes na esfera jurídica. O princípio de igualdade - dá-lo Carlos Roberto de Siqueira Castro, coligido por Áurea Pimentel Pereira (*A nova Constituição e o Direito de Família. Renovar*: Rio de Janeiro, 1989, p. 45) - é extremamente relativo e na medida em que varia entre as e nas "inumeráveis e heterogêneas situações de vida", princípio este presente em quase todas as Constituições do mundo (*ibidem*).

E, por ironia legislativa, a Constituição de 88, dita “cidadã”³ - numa verdadeira *contradictio in terminis* -, ao estender seus braços sobre a união estável, em seu art. 266, § 3º, prodigalizou-se também na especial proteção do Estado e, ao mesmo tempo, intimou o legislador a que, por lei, facilitasse sua conversão em casamento⁴.

Ali, então, em princípio, ao se reconhecer a dualidade de famílias a merecer consideração do Estado, ressaltava a excelência do casamento, ou melhor, distinguia-se o casamento como o pilar sobre o qual deve assentar a família. Esta, com efeito, a célula *mater* da sociedade, sem que outra, de melhor estrutura, a possa substituir. Questões que tratam da família fundada no casamento sempre foram conturbadas. Temas, como o ora suscitado, divorciados dessa concepção de família, são tratados com ansiedade, como se estivéssemos derrubando tabus.

O que se indigita, entretanto, de proibição ou comportamento convencional superado, talvez devesse ser chamado de valores, do passado, é certo, mas quais os de hoje que, contributivamente, podem substituí-los? Se não o há, é porque tabus não são, mas valores e, como tais, na perspectiva da família, ainda subsistem.

Mas, antes de vir a lume essa lei facilitadora⁵ da conversão da união estável em casamento, para que se alçasse o concubinato a esse padrão ou *status* jurídico recomendável, o foro judicial foi surpreendido pela lei que estrutura e estabiliza o concubinato e, de certa forma - daí, a meu ver, a profunda contradição legislativa - esvaziou o dispositivo constitucional referido, tornando-o anêmico, retirando-lhe as pernas para alcançar o casamento, a estabilidade e a segurança jurídica entre os membros dessa unidade familiar de fato, tão necessária à sociedade moral.

³ Famosa expressão do falecido Deputado Federal Ulysses Guimarães, quando de sua promulgação pelo Congresso.

⁴ O art. 226, pressupõe a família fundada no casamento, embora não o diga, como dizia a Constituição de 1967, art. 175. Tanto isso é certo que a união estável deve ser levada a converter-se em casamento que, recentemente, foi objeto da Lei nº 9.278, de 10.05.96, apertada, todavia, por três vetos presidenciais. Segundo Áurea Pimentel Pereira (op. cit. p. 45), com esta disposição investiu-se contra todos os princípios éticos e jurídicos do direito de família.

⁵ A Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, que pretendeu “facilitar” a conversão da união estável em casamento, é demonstração de falta de pertinência do nosso legislador, cujos desacertos já lhe são crônicos. Facilitar é algo bem diferente do que impor, como impôs. Não facilitou coisa alguma. Creio mesmo que é inconstitucional, porque os deveres que foram impostos aos concubinos são os decorrentes do casamento, fundado este na mais absoluta e incondicional liberdade, ferindo fundo o direito fundamental da autonomia privada (art 5º, II e XX, da CF). Em verdade, ficou pior a emenda que o soneto, porque não restou a liberdade de converter em casamento; o regime “matrimonial” lhes foi imposto. É como, se a lei dissesse: se não quiserem converter a união em casamento, não importa, para todos os efeitos pessoais recíprocos e em relação aos filhos, casados estão. Quem lê o art. 2º dessa lei, lê: deveres recíprocos de fidelidade - que Álvaro Villaça Azevedo sugerira como “lealdade” -, vida em comum, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos (art. 231 do Código Civil). Pelo menos, não foi tão longe como o esboço de Álvaro Villaça Azevedo (*In Revista dos tribunais* 701/11), que estabelecia até as condições de “separação contenciosa”. A competência do Juízo da Vara de família também fora sua sugestão. Idem, Semy Glanz, in RT 676/22.

Entre o atrair juridicamente a união estável, preferiu-se, num primeiro momento, institucionalizar o concubinato, verdadeiro *knock down* no casamento.

Há quem vaticine o desprestígio paulatino e definitivo do casamento, por completo abandono da proclamada "proteção especial do estado", transformando-o num Estado concubinário.

Isso seria nefasto aos costumes e à família como força centrípeta, por excelência na formação do caráter e na construção da cidadania. Isso porque, no dizer de Bonnecase, o direito representa para as pessoas leigas o que está certo ou errado. É dele que, de alguma forma, se tira a idéia da Moral⁶.

Difícil será revelar aos filhos de concubinos e convencê-los de que o casamento responsabilmente assumido é o modelo que a lei preconiza e de que a sociedade precisa⁷.

Ainda que pudesse ser má lei, mas lei.

Entretanto, assim não a entendemos, porque existem propósitos que residem na *mens legis* dessas disposições, que podem e devem afastar essa propalada discriminação entre o cônjuge e o concubino, como se pretende demonstrar ao longo desta reflexão.

2. A família em crise

É chavão dizer-se que a família está em crise⁸ e que forças poderosas se alevantam para promover sua desintegração. Percebe-se isso nos meios de comunicação pela transmissão insistente das infidelidades conjugais, das rebeldias dos filhos, na permissividade sexual indiscriminada, na ausência de sentido moral das condutas humanas, senão o exclusivo predomínio do poder, da paixão, do prazer e do dinheiro⁹.

Certamente, é uma entidade de porcelana chinesa, delicada e sensível, a merecer cuidados muito especiais. Indica-se-a como sendo um centro de grande fragilidade, na qual se amalgamam virtudes e se praticam opróbios, tanto a nível hierárquico (pais e filhos) e/ou a de dominação (marido e mulher).

⁶ Bonnecase, Juliene. *La filosofía del Código de Napoleon aplicada al Derecho de Familia*. Puebla: José M. Cajica Jr., 1945. p. 31 "...si el Derecho de familia se edifica por el legislador de una manera arbitraria, en oposición a la noción de Derecho o a la naturaleza de las cosas, al mismo tiempo se pondrán inevitablemente en peligro el orden social y el porvenir de la familia". Sem dúvida, o desprestígio do casamento está no prestígio de "viver juntos", sem peias, mais moderno, mais democrático(?).

⁷ Está crescendo o número de pessoas que vivem juntas, sem qualquer vínculo formal (Folha de São Paulo, 04.08.96, 3º caderno).

⁸ Brasileiro casa menos e separa mais (Folha de São Paulo, 04.08.96, 3º caderno): em 1986, 1 milhão de casamento; em 1994, 736.000. Separações aumentaram (90 a 94) em 22%.

⁹ Anota, Eduardo de Oliveira Leite (*Tratado de Direito de Família*, vol. I. Curitiba: Juruá, 1991. p. 357), que as novas gerações procuram, com avidez e absoluta liberdade, a independência e ausência de embaraços e constrangimentos.

Porém, trata-se de célula social fundamental, necessária e insubstituível, proclamada continuamente pelas nossas constituições (art. 226 da CF)¹⁰. “De todas as instituições criadas pelo espírito humano - dí-lo Eduardo de O. Leite¹¹ - a família e o casamento foram as únicas que resistiram, de forma contínua e indestrutível, a marcha inexorável da humanidade”.

E em se tratando de relações conjugais e familiares, muitos assuntos vêm à tona e revelam a tempestuosidade de sua atmosfera e o proceloso de suas águas. Agitam-se nelas os temas dissolutórios da separação judicial e do divórcio; da guarda dos filhos e dos alimentos e, mais recentemente ainda, - filão a ser explorado - o dever de trabalhar e o repúdio ao ócio ou ao parasitismo do outro¹², além da união estável, paternidade, etc.

3. A mundanidade da família

Inegáveis as tendências de democratização¹³ da família, não só pelo afrouxamento dos costumes sociais rígidos e refratários, como pela proteção que o legislador vem, paulatinamente, dispensando às uniões entre um homem e uma mulher fora do casamento, tido e conhecido através da história como concubinato.

Essa tendência de banalizar ou equiparar toma todo o espaço possível, dando-se a conhecer discussões, debates públicos sobre casamento (?) entre pessoas do mesmo sexo, estas, volta e meia, reunindo-se em manifestações públicas¹⁴.

Esses avanços e essa cobertura legal ao concubinato, a par de outras leis¹⁵, se revela na Lei nº 8.971/94, ora sob reflexão, e se o faz, sem dúvida alguma, em

¹⁰ O art. 114 da Constituição de 1934 prescrevia: “A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do estado”; a Constituição de 1937, art. 124: “A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos”; a Constituição de 1946, art. 163: “A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do estado”, a Constituição de 1967, art. 167: “A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos”, § 1º. “O casamento é indissolúvel” - redação esta que foi mantida pela Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.69.

¹¹ Op. cit., p. 3.

¹² Originariamente, incumbia ao homem: “com o suor de teu rosto, comerás o pão” (Gênesis - 3,19). Depois, o dever generaliza-se: “Quem não quer trabalhar, também não deve comer (São Paulo - 2Ts 3,10). Hoje, a pensão devida ao homem ou à mulher assenta no fato de se estar ou não apto a se manter. “Em tempos hodiernos demanda-se que a mulher se exponha ao mercado de trabalho, ente social responsável que é” (ut TJSP - 4ª CC; in RT 714/111).

¹³ Para Orlando Gomes, a democratização da família “revela-se na irresistível tendência para transformar o casamento numa sociedade de tipo igualitário”, pela emancipação da mulher e do filho (**Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 25).

¹⁴ Está em andamento no Congresso projeto de lei nesse sentido.

¹⁵ Previdência social, direito ao nome do companheiro, pensão, abatimentos no imposto de renda, etc., o que levou Washington de Barros Montelro a afirmar que “de concessão em concessão chegar-se-á ao aniquilamento da família legítima”- para a seguir, vaticinar: “nada mais a separará

detrimento do casamento, a permitir, aqui, o comentário de Washington de Barros Monteiro¹⁶ quando assinala, não sem certa ironia, ao referir-se ao concubinato, que “quanto mais o concubinato puxa a coberta para si, mais desnudado fica o matrimônio”. E, com efeito, o casamento é um manto inconsútil, porque tecido todo ele de princípios de ordem pública. Não admite sub-espécies ou imitações.

O concubinato à brasileira, longe da noção romana de uma união inferior ao casamento, um semi-matrimônio, é tido como paritário e, agora, com a nova legislação, - verdadeiro Estatuto do Concubinato¹⁷ -, coloca-se em condições de igualdade e na medida em que se o denomina de união estável (art. 226, § 3º, CF).

Embora existam posições extremadas e sem qualquer restrição, assimilando concubinato e união estável, procura-se, em doutrina, distinguí-las, de modo a ser esta última a união de pessoas entre as quais não pende impedimento para casar (art. 183, I a VIII, impedimentos dirimentes), cuja corrente é mais consentânea ao preceito constitucional¹⁸. A união estável seria espécie do gênero concubinato.

Nesse passo, uma observação, a ser feita desde logo, é a de que a Lei nº 8.971/94 abstrai essa controvertida questão visto que não faz referência a união estável¹⁹, abrangendo toda e qualquer situação de fato que se constitua com os pressupostos declinados nesse diploma legal.

A lei, em seu artigo 1º, com efeito, fala em união com separado judicialmente, que está impedido de casar, divorciado ou viúvo. Excluir-se-ia, então, a “família dupla” ou a “outra família paralela”, na qual também, não raro, se cultiva a moralidade familiar e, inclusive, da qual se houve prole²⁰ e, quando não, concurso material da companheira na economia doméstica e para o acervo patrimonial.

da ilegítima”, vaticínio este que, hoje, passou a ser a realidade. (Curso de Direito Civil. vol. II. São Paulo: Saraiva. p. 18).

¹⁶ Op. cit., p. 19.

¹⁷ Saulo Ramos chama-a de Lei Piranha (O Estado de São Paulo, 28.06.96, caderno A2), o que não deixa de ser um desdém pouco louvável.

¹⁸ Para Álvaro Villaça Azevedo (*in* RT 701/09), seria união estável o concubinato puro, que compreenderia, também, o separado de fato do cônjuge ou de outro concubino, impedido o primeiro de casar novamente, enquanto não se divorciar. Jorandyr Algarve, união de homem e mulher sem impedimento (*in* RT 686/259). Sérgio Gischkow Pereira, nos mesmos moldes do concubinato (*in* RT 657/17). Semy Glanz, união de homem e mulher formadora de família, sem casamento (*in* RT 676/15).

¹⁹ Também conhecida como casamento por comportamento, união espontânea livre, consensual e sexual, para compartilhar as próprias vidas (Ferreira, Jussara Suzi Borges Nasser. **Casamento por comportamento**. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 15).

²⁰ Oliveira, Basílio de. **O Concubinato e a Constituição de 1988**, 2. ed. Rio de Janeiro: BVZ, 1992. p. 33.

Aqui, então, poderá haver uma discriminação concubinária que, sem dúvida, irá bater nas portas dos tribunais em busca de abrigo à luz do art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil e do próprio princípio constitucional da igualdade²¹.

Grande colheita jurisprudencial se prenuncia nessa nova jazida a ser explorada. Procura-se distinguir à margem da lei.

O concubinato foi alforriado de sua marginalidade cativa. Não há mais excelência entre uma e outra das formas de união. O casamento, ao que parece - parodiando notória Ministra da Fazenda -, será um mero detalhe, se já não o é.

Esperar se pode, ainda, a pleora de aventuras judiciais, em busca do pote de ouro que reside ao pé do arco-íris, por iniciativa de companheiras, sem consideração do *dies a quo*, que terão à sua disposição - praticamente o único meio para demonstrar tal fato, - a prova testemunhal, sobremaneira falaz e circunstancial²².

4. Situação jurídica da descendência

Os filhos, definitivamente, qualquer seja a origem da união dos pais, estão em pé de igualdade para todos os efeitos, tanto de natureza pessoal como de natureza patrimonial.

Pelo que se tem lido e ouvido, a busca da paternidade se faz, não para compor o binômio pai-mãe, tão necessário à equilibrada formação do cidadão de amanhã, mas para obter alimentos e sucessão, sendo o nome paterno mais uma prova do dever alimentar, do que do *status familiae*.

A Lei nº 8.560/94, que coloca o Ministério Público à disposição da mãe solteira ou da companheira, para lograr obter a paternidade de seu filho, gestado, não raro, de convivências fugazes e desprovidas da *affectio maritalis*, açulou o problema e escancarou os ambientes familiares constituídos.

Não creio que essa nova lei vá contribuir para alicerçar os laços familiares nascidos no anonimato social, em que pese a necessidade de se proteger o neonato.

5. Regime de bens

Conseqüências outras, diante da lei em crivo, decorrem do regime de bens resultante do casamento.

Era da tradição da família brasileira o regime da comunhão universal de bens, como expressão de uma união incondicional, como, de resto, só ser o

²¹ Tratar-se-ia, *in casu*, de modo desigual, situações fáticas iguais. O art. 19 da CF veda à União a criação de distinções entre brasileiros ou de preferências entre si.

²² A lei 9.278 não fala em prazo, como a 8.971, tão somente em convivência duradoura, pública e contínua.

consentimento matrimonial. O amor, a entrega seriam sem reserva de qualquer teor ou matiz: até que a morte os separe.

A Lei nº 6.515/79, que implantou o divórcio por força da reforma constitucional impingida pelo Governo Geisel, desqualificando o *quorum* das deliberações, tendo como instrumento o persistente Senador Nelson Carneiro, já então acolitado pelo Senador paranaense Accioly Filho, modificou o regime comum para assentá-lo no do regime parcial de bens, afrontando, sem qualquer consulta ou sábio conselho essa tradição.

Agora, se se verificar que o divórcio veio a facilitar o rompimento conjugal e a arrefecer o ardor nupcial na cabeça do jovem, deve-se admitir como aconselhável até a mudança do regime incidente no silêncio dos nubentes, porque agora “se arrisca” mais, pois - pensa-se - se não der certo o casamento, desmancha-se-o e se restabelece o *statu quo ante*.

Nada de novo sob a luz do sol, como diria o Eclesiástico, sob o aspecto do casamento que significa família sob o manto da lei.

Mas o há, quando se está a enfocar o concubinato e à luz da lei *sub examen*, dado que esta atribui ou submete esta união a um regime de bens **de fato**, eis que sua *ratio* está em definir as conseqüências patrimoniais do desfazimento da união, atribuindo até mesmo direitos sucessórios à concubina, também denominada companheira ou convivente segundo a Lei nº 9.278/96.

De certa forma estabelece a lei, no caso de companheira, o regime da comunhão universal de bens, chegando a lhe garantir, conforme a hipótese, a **meação ou todos os bens da herança**.

Não se pode esconder o sol com peneira. A Lei nº 8.971/94 estabeleceu o regime da comunhão universal entre os concubinos, o que extrapola a proteção legal ordinária, privilegiando a companheira em relação à mulher casada²³.

6. A companheira e a mulher casada

Observa-se, então, que a lei foi mais realista do que a jurisprudência, que vinha agasalhando, generosamente, os reclamos da concubina²⁴. enquanto a mulher casada era tratada segundo os rigores da lei.

²³ Não se está a aventar, nestes comentários, eventual disputa entre mulher casada e a companheira, mas da situação da mulher casada diante da dissolução da sociedade conjugal, em paralelo à da companheira diante da extinção do concubinato.

²⁴ *En passant*: Separação de corpos (TJSP - RT 721/87). Direito a quinhão sobre patrimônio adquirido pelo *de cuius* (STJ - RT 722/317. Competência da Vara de Família (TJSE - RT 699/159). Meação sobre os bens adquiridos *more uxorio* (TJMT - RT 700/142). Permanência no prédio após o falecimento do companheiro (TAMG - RT 695/190). Beneficiária na previdência social (TJSP - RT 698/78). Indenização por morte de concubino em atropelamento (TACivRJ - RT 686/178). Validade de instituição de legado à companheira (STJ - RT 651/170). Participação na sociedade de fato, indenização por prestação de serviços domésticos, etc.

Por isso, se fala que à concubina, com o novo estatuto que lhe diz respeito, se reconhecem mais direitos que aos da mulher casada²⁵.

Seria admitir-se que a mulher sofreria uma *capitis deminutio* pelo fato de entrar, pelo casamento, no *status uxorio*, a imagem e semelhança do que ocorria antes do advento da Lei nº 4.121/62, conhecida como Estatuto da Mulher Casada, quando a mesma ficava reduzida ao estado de relativamente incapaz e submetida, assim, a uma curadoria do marido, embora não proclamada expressamente pela lei.

Ainda que isso não tivesse ocorrido, toda e qualquer alusão a respeito deve ser afastada, por inimaginável.

Ora, o matrimônio é um estado de direito que subordina os cônjuges a uma série de deveres recíprocos e individuais, prevenindo a atuação de uma vontade arbitrária, assegurando, desse modo, a estabilidade de suas relações pessoais e econômicas, podendo-se detectar nele um mais acentuado grau de moralidade e de estabilidade, em relação ao concubinato, no que tange à função social da família²⁶.

Ao revés, na união estável, a estrutura familiar é assistemática, imprecisa e de muito menor eficácia, embora o advento da Lei nº 9.278/96²⁷.

Ocorreu, entretanto, discriminação; discriminação esta que precisa encontrar uma solução justa e jurídica.

Está-se diante de um quadro de grande perplexibilidade, pois está claro que a mulher que assumiu o *status familiae* juridicamente é discriminada, enquanto a que não assumiu, não sofre discriminação alguma. Garantiu, a lei, esta última, não em detrimento dessa outra, mas em relação a ela, mulher casada.

A ordem da vocação hereditária foi acrescida de outra categoria de herdeiros. O art. 1.603 do Código Civil deve ser lido, em seu inc. III: ao cônjuge sobrevivente ou à companheira, nos termos da lei.

Por sinal, a ementa da Lei nº 8.971/94 diz: “Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão” e o art. 2º, III, prescreve que na falta de descendentes e ascendentes, a companheira sobrevivente terá direito à totalidade da herança, tal qual dispõe o art. 1.611 do Código Civil, em relação ao cônjuge.

O tratamento da companheira e do cônjuge sobreviventes, em relação à sucessão hereditária, é semelhante ou do mesmo alcance.

A discriminação, porém, evidencia-se com o usufruto, a meação e o regime de bens.

²⁵ A exclamação é de Saulo Ramos (loc. cit.): “Sou contra sim, a discriminação da mulher casada. Por que teria ela menos direitos? Não se poderia, ao menos, igualá-los?”

²⁶ Gomes, Orlando, op. cit., 1968, p. 24.

²⁷ Insisto em que esta lei não atende ao reclamo constitucional, já que as normas de ou sobre família são de Ordem Pública, portanto, indisponíveis. Logo, antes de facilitar a conversão, se a impôs. Matou-se no nascedouro a tentativa de se reanimar o “contrato de casamento” para regular a união estável ou o concubinato. Recente manchete da Folha de São Paulo (11.08.96, 2º caderno): **Lei faz namorados assinarem contratos** - como se valessem alguma coisa.

7. Privilégios aparentes

Disse, *supra*, que o Estatuto do Concubinato impôs o regime da comunhão universal à união concubinária, eis que a mulher casada, se o for pelo regime de comunhão universal, não tem direito ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filhos, deste ou do casal (art. 1.611, § 1º).

Ao revés, a companheira sobrevivente tem - por não haver regime de bens, direito ao usufruto dos bens do falecido companheiro, se houver ou não filhos destes ou comuns, ou seja, tem direito com abstração do regime, fosse ele, de fato, universal, parcial ou de separação (art. 2º, I e II).

Crítica maior se deve fazer ao usufruto, porque o usufruto recai inclusive sobre os bens para os quais não concorreu com seu esforço.

Usufruto que se assegura à mulher casada somente na hipótese de regime de separação ou de comunhão parcial e enquanto permanecer viúvo o cônjuge sobrevivente.

O que dizer-se, então, em termos de privilegiamento jurídico da companheira ao que respeita à meação dos bens que resultarem de atividade em que haja colaborado?

Ela, companheira, tem; ela, mulher casada, não, se o regime for o de separação, porque o regime jurídico do casamento não contempla esse direito.

8. Dilema a resolver

Diante disso, defronta-se com uma delicada indagação: a concubina teria melhor proteção patrimonial que a esposa? Num primeiro momento, embora vise a lei resgatar a dignidade do “estado” uxório e familiar da companheira, a resposta seria afirmativa no tocante à meação e ao usufruto, porque o regime de bens e a viuvez interferem, a esse respeito, nos direitos da mulher casada, sendo irrelevante em relação à concubina, porque regime explícito ou implícito não há e nem em viuvez se pode falar²⁸, ainda que se diga “enquanto não se constituir nova união”.

Porém, isso aberrava do bom senso e se afigura inadmissível, a incutir uma realidade que poderá, com o tempo, banalizar-se, particularmente entre os jovens: para que casar, se os direitos são os mesmos ou até maiores, sem se falar na liberdade que remanesce sob os mais diversos aspectos²⁹?

²⁸ Nem mesmo sob a ótica da lei 9.278, que pretendeu regular o § 3º, do art. 226 da CF.

²⁹ O conceituado jornal A gazeta do Povo, de Curitiba/PR, em sua edição de 10.12.95, caderno 3, p. 29, trazia reportagem sob o título “Entre os jovens cubanos, o aumento das uniões livres” e destacava estatística realizada no ano de 1994 pelo Escritório Nacional de Estatísticas (de Cuba) na qual revelava “que somente estavam casados 63 mil mães cubanas, de um total de 147.265. As outras 77.494 viviam sem nenhum tipo de compromisso legal”. Ressalta a nota que a conhecida frase “casar para quê?” é de uso freqüente entre a população e que essas “uniões livres” superam

Torna-se necessária uma solução para tal conflito, que reputo aparente, por duas principais razões: uma - a lei em crivo limitar-se-ia a proteger a companheira quinquenal e, ainda assim, perante o companheiro solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, o que excluiria o homem casado que tenha concubina *more uxorio*, o que não é raro no plano da existência; outra - a lei se afigura justa, porque pretende amparar materialmente a companheira, com o assegurar-lhe a contraprestação de seu esforço na amealhação patrimonial.

Ora, parêmia primária em Direito é a de que *ex facto ius oritur* e nesta consideração buscar-se-á a solução do conflito aparente. Recolhendo, nesse passo, a preciosa regra de hermenêutica: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, não vejo maiores dificuldades para enfrentar o problema e apontar soluções. E nesse "onde há a mesma razão de fato, deve-se admitir a mesma disposição legal" abranger-se-á tanto a situação da mulher casada como a da companheira em concubinato adúltero.

E as implicações, lá e cá, são inúmeras, não só em relação à meação ou ao usufruto, como em relação aos bens incomunicáveis, fiança e outras situações, mas que não pretendo esgotá-las, porque a intenção deste trabalho é abrir caminho para se chegar à beira de soluções práticas, reservando-me para futura e mais enraizada reflexão.

9. A dupla situação da mulher no casamento: cônjuge e companheira

Pois bem, a comparação que se está a deduzir toma em consideração que a companheira vive num plano único, o fático, marginal do casamento. A mulher casada, por sua vez, reside num plano jurídico, o do casamento. Mas, indubitavelmente, também, num plano fático, sem consideração ao jurídico. Poder-se-ia dizer, vive dupla dimensão: a existencial e a jurídica.

Portanto, a mulher casada pode e deve ser enfocada sob esse duplo aspecto, o de esposa (jurídico) e o de companheira do marido (fático). Isso quer dizer que a mesma, além de esposa, é companheira (nada a ver com o dever de vida em comum ou mútua assistência). Como companheira vive em comum e colabora com o companheiro (marido) para suprir e aumentar o patrimônio³⁰.

Essa dupla caracterização, que não pode ser ignorada, porque fato, e fato esse que identifica a esposa com a companheira, é suporte mais do que suficiente para que se lhe dispense o mesmo tratamento jurídico, se lhe for mais favorável

os casamentos legais, em quase todas as províncias. Orlando Gomes, por sua vez (op. cit., 1968, p. 34), observa que a proteção dispensada pela lei ao concubinato (família ilegítima), no sentido de se igualá-lo à família fundada no matrimônio, contribui para desacreditar o instituto do casamento.

³⁰ O BGB, em seu § 1360, alterado pela Lei da Igualdade de Direitos de 18.06.57, estabeleceu a igualdade dos cônjuges no sustento conveniente da família, assentando, todavia, que a mulher se desincumbe dessa obrigação, em regra, pela direção da casa.

(*odiosa restringenda, favorabilia amplianda*), assim que, se a companheira tem a meação do esforço comum, assim a esposa no regime patrimonial que isso não admite, como, por exemplo, no regime de separação de bens.

Logo, se a condição jurídica restringe os direitos de comunhão patrimonial da mulher casada, estes direitos devem se complementar nos e pelos direitos que a legislação reconhece à companheira, porque a esposa, como dito, além do mais, companheira também o é.

Assim, se o regime de bens, na linha da normatividade jurídica, exclui direitos patrimoniais à mulher casada, mas que não seriam excluídos se fosse concubina, deve-se tratar, para fim de se lhe municiar os respectivos efeitos patrimoniais, essa outra como se esta última fosse.

Isso fica manifesto no regime de separação, ainda que por alguns aspectos possa ocorrer no da comunhão parcial, e até mesmo no da universal em se tratando de marido ou companheiro.

Não é, pois, justo que a mulher, sob o regime de separação de bens, seja excluída da meação dos bens para os quais contribuiu, só porque é casada e porque o regime lhe inibe tal apropriação. Não o fosse, *jus* teria.

A relação jurídica exclui, mas não a relação de fato (*ex facto ius oritur*).

Ora, se a mulher que não casa, inclusive a que não pode casar ou a que não casa porque é obrigatório o regime de separação, pode reclamar a meação, porque não o pode a casada?

A questão, com efeito, neste particular, exurge, meridianamente, no regime de separação de bens, não tanto no consensualmente eleito, mas no imposto por lei, como nos casos de infração aos incisos XI a XVI da lei material civil ou no dos de maior de sessenta e da maior de cinquenta anos³¹.

Adotar-se esse tratamento de equidade, porque *legem habemus* no tocante à companheira, sem que lhe constitua distintivo próprio, não fere qualquer disposição legal e nem vai de encontro às razões que inspiram, no plano legislativo, esses dispositivos restritivos do regime de bens.

Esse transplante ou superação - embora se trate de forçada assimilação - ocorre também no fenômeno que em doutrina se denomina de desconsideração da

³¹ Afigure-se a hipótese de mulher casada sob regime de separação de bens, porque menor de 14 anos, agravada em sua honra e para evitar imposição de pena criminal (art. 214 do C. Civil). Antes da ulterior separação judicial, após quinze anos de casados, a mulher cuida das quatro filhas em comum, enquanto ele "progride na vida", gradua-se, ascende a funções públicas relevantes e amealha bens consideráveis. Com a separação, ela fica sem nada, ele com tudo. Creio que duas soluções podem ser dadas para se dirimir a injustiça da situação: a primeira - a solução que se preconiza; outra - ação de indenização pelo dano moral *ab ovo*, suspensa com o casamento e reaberta com a dissolução, no alcance da meação dos bens. O STF, por sinal, em decisão a nível de RE (nº 31.520), de 05.03.56, sendo Relator o Ministro Afrânio Costa (*in ADJ*, vol. 2263-02, p. 788), decidiu que a sociedade de fato entre homem e mulher, para fins patrimoniais, tanto pode resultar de concubinato ou de casamento fundado em regime de separação de bens.

pessoa jurídica para assentar a responsabilidade, não nos limites da sua estrutura legal, mas na realidade fática que com esta, no fundo e na forma, colide.

10. O companheiro e os bens reservados

Corrente expressiva de autores profligam os bens reservados (art. 246 do CC) instituídos pela Lei nº 4.121/62, conhecida como Estatuto da Mulher Casada, porque a Constituição Federal estabeleceu a igualdade do homem e da mulher no casamento, *ipsis verbis*: Os direitos e deveres referentes a sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. Alguns, inclusive, fizeram *tabula rasa*, quase delírio, de toda e qualquer desigualdade, como se idênticos fossem os papéis e, ainda assim, totalmente comunicantes.

Sem embargo das opiniões em contrário, creio que subsiste o instituto dos bens reservados, porque bens afetados pela origem e porque compõe a estrutura dos regimes de bens³².

Ninguém pode pôr em dúvida que o ato ilícito não se comunica entre os cônjuges; assim, os bens clausulados com a incomunicabilidade, só para argumentar, apesar da igualdade dos direitos entre homem e mulher no casamento.

Tenho comigo que se devem distinguir esses direitos e deveres dos do plano da indisponibilidade, esses sim iguais em gênero, número e grau, e os que residem no plano da patrimonialidade. No primeiro caso, v.g, o pátrio poder, a representação da família, etc; no segundo, o regime de bens, os bens reservados, o pacto antenupcial, os produzidos pelo esforço comum, os incomunicáveis, etc.

Creio que o comando constitucional dirige-se ao primeiro plano, tanto que se reputam revogados, por frontal colidência com a Carta Maior, entre outros, os artigos 223 e 240 do Código Civil.

Não assim o que diz respeito ao aspecto patrimonialidade, relegada ao direito ordinário ou à vontade das partes, mesmo porque, neste campo, a meu ver, prevalece a concepção contratual do casamento, ressalvada a irrevogabilidade do regime, por motivos óbvios.

Partindo deste ponto-de-vista, problemas diferenciados se podem detectar relativamente aos bens reservados quando se trate do marido ou de companheiro, eis que, uma vez admitidos, no casamento não se comunicam, no concubinato sim, dado entrarem na meação que vier a tocar ao companheiro.

³² Admitidos: Carlos Alberto Bittar Filho (RT 688/17); extintos: Milton Fernandes (RT 654/22); Sérgio Gischkow Pereira (RT 639/244).

11. Conclusão

Como dito, embora omissa a lei a respeito dessas particularidades, a similitude entre a mulher casada e a concubina, no tocante, está a exigir o mesmo tratamento jurídico porque, em contrário, ter-se-ia de admitir, sem sombra de dúvidas, que o casamento é madrasta cruel da cônjuge e madrinha generosa da concubina.

Inobstante a lei, a mulher casada, qualquer que seja o regime de bens no casamento, não pode ficar em situação inferior à concubina ou companheira, ou seja, ter menores direitos que estas últimas.

A igualdade na lei não assegura situação jurídica específica. É um abstrato, tornando a discussão sobre discriminação inconcludente. O igualitarismo é anárquico. A família, estrutura orgânica da sociedade e do Estado, é modelo geral, onde se cumprem papéis.

A indigitada Lei nº 8.971/94 veio com boas intenções e não se deve ensejar comparações entre o *status facti* do concubinato ou da união estável e o *status iuris* do casamento; tão só abrir caminhos para que dela também se valha a mulher casada, o que de certa forma não deixa de ser degradante, mas foi o que semeou o legislador, mais preocupado com as exceções do que com as regras desejáveis, de modo a fragilizar, ainda mais, a instituição do casamento, que deveria ser a instituição por excelência, como proclamado pela Constituição.

O art. 1º, ao falar em separado judicialmente e outros, não exclui, necessariamente, a família dupla ou a outra “família paralela”, reputada concubinato adulterino, tão execrado pelos autores em geral, situações, a meu ver, que devem ser inseridas na proposta legislativa que regula “o direito dos companheiros”, mesmo porque é consagrada regra de hermenêutica que diz *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, a não ser que tivessem cunho taxativo as situações ali enumeradas, deixando na esteira flagrante injustiça. Não há porque excluir se a lei não exclui³³.

Deve ser abrangente, portanto - para que não se caia na intolerável injúria de dois pesos e duas medidas - dessas situações concubinárias todas, pelas mesmas razões de fato acima refletidas. Dois pesos e duas medidas, inclusive em relação à mulher casada.

Posso concluir - por mais irônico que pareça - que as leis recentes procuram elevar o concubinato, dar-lhe o *status uxorio*, não restando alternativa, nesta assunção, senão a de atribuir o *status* de concubina à *uxor*.

³³ Os filhos dessas famílias são iguais, segundo o art. 227, § 3º da CF, de modo a se constituir em *vis atractiva* de proteção das mesmas, inclusive da relação concubinária. Seria contra-senso negar-se-lhes proteção e ter os filhos como iguais.

Logo, lei proibirá distinção entre marido e concubino, esposa e companheira³⁴. Restará saber, se a assimilação se dará pelos primeiros ou pelos segundos.

³⁴ A exemplo do que se fez no art. 227, § 6º da CF, continuando a existir, porém o legítimo e o ilegítimo. Essa lei que se avizinha nesta observação premonitória, o que cimentará - aí sim - na mesma cova o ilegítimo e o legítimo, para ser uma só e mesma coisa. Aliás, a Constituição da Bolívia já estabelece que uniões livres ou concubinárias produzirão efeitos similares ao matrimônio.