

# A LEI Nº 8.971 E AS SUAS REPERCUSSÕES NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

ARNOLDO WALD

1. Em 29.12.1994, foi promulgada a Lei nº 8.971, que regula o direito dos companheiros aos alimentos e à sucessão, em certas condições, consolidando a jurisprudência dos tribunais e, até, indo além da mesma, ao consagrar o direito hereditário da companheira, ou do companheiro, independentemente da existência prévia, entre os mesmos, de sociedade de fato, sem prejuízo de consagrar os efeitos desta e as suas repercussões no patrimônio dos concubinos, independentemente da existência da união estável.

2. É o seguinte o texto da nova lei, publicado no Diário Oficial de 30.12.1994:

“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 nº 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 cujos*, 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 cujos*, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

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

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.

Art. 4º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 5º - Revogam-se as disposições em contrário”.

3. É interessante salientar que foi no penúltimo dia útil do seu mandato que o Presidente da República sancionou o projeto de lei, que não foi amplamente discutido

pela sociedade, durante a sua tramitação no Congresso Nacional, e que teve uma importante repercussão, tanto na prática, quanto na própria estrutura jurídica do direito de família e do direito sucessório, implicando numa verdadeira ruptura do sistema anteriormente vigente e, até, da escala de valores que o inspirava.

4. Cabe salientar que a origem da lei está em projeto do Senador NELSON CARNEIRO que, ao apresentá-lo reconheceu tratar-se de nova tentativa de regular o regime do concubinato, inspirando-se de teses que surgiram antes da Lei do Divórcio, inclusive no Projeto de Código Civil elaborado por ORLANDO GOMES, em 1963, especialmente no tocante ao direito sucessório (art. 784). Embora algumas delas pudessem ter sido oportunas na época, tais idéias perderam grande parte de sua razão de ser após a institucionalização do divórcio no país, sem que o legislador se apercebesse das conseqüências que deveria ter essa transformação básica do nosso direito. É, assim, estranho que a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado tenha considerado o projeto como sendo constitucional, oportuno e redigido em boa técnica legislativa.

5. Alguns juristas chegaram a suscitar a inconstitucionalidade da Lei nº 8.971/94, pelo fato de nela ocorrer uma forma de equiparação do companheiro ou da companheira ao cônjuge, o que violaria, senão a letra, ao menos o espírito da Constituição. Neste sentido manifestou-se o Professor JORGE LAURO CELIDÔNIO, em artigo publicado no Informativo IASP, no qual concluiu entendendo que o Procurador-Geral da República devia suscitar, no caso, argüição de inconstitucionalidade. Embora não compartilhando do respeitável entendimento do eminente mestre paulista, salientamos que essa posição revela o sentimento de uma parte substancial dos meios jurídicos, além de haver consenso quanto à infelicidade de algumas das disposições legais e da falta de boa técnica do texto da lei.

6. Já tivemos o ensejo de historiar, em nosso *Direito de Família* (10ª ed., 1995), a evolução do regime jurídico do concubinato, evidenciando, que, por longo tempo, só ensejou restrições por parte do legislador e que, finalmente, a partir da década de 1960, quando ainda não se admitia o divórcio em nosso país, a doutrina e a jurisprudência foram, aos poucos, afastando as sanções que pesavam sobre a relação entre companheiros, quando não envolvendo o adultério, com a conseqüência de admitir que os efeitos patrimoniais de uma sociedade de fato deveriam ser reconhecidos, mesmo quando tinha as suas origens numa coabitação entre um homem e uma mulher que, embora não casados, viviam como se fosse. Na mesma fase, houve uma evolução quanto aos direitos não patrimoniais, admitindo-se, em virtude da Lei nº 6.515/77, que a concubina pudesse usar o nome do companheiro no caso de união estável.

7. Quanto às relações econômicas, vimos que essa solução se manteve até o fim do ano de 1994, com várias tendências jurisprudenciais e doutrinárias, oscilando entre o reconhecimento de uma presunção de sociedade de fato entre os concubinos e a exigência da prova da contribuição de ambos os companheiros para a criação do patrimônio comum.

Entre as duas posições radicais, assinalamos que vários julgados também admitiam a presunção de contribuição da mulher à formação do patrimônio do

companheiro, especialmente no caso das classes menos favorecidas, exigindo todavia a prova nas demais hipóteses.

8. Também enfatizamos que muitos julgados consideravam os efeitos de concubinato ou da união estável, no plano material, como consequência do direito das obrigações, enquanto somente algumas decisões preferiam admitir que, especialmente em virtude do disposto na Constituição de 1988, a matéria devia ser caracterizada como sendo de direito de família.

9. Na realidade, também havia dúvidas quanto ao efeito imediato das disposições do art. 226, § 3º do texto constitucional vigente, entendendo alguns que a sua vigência deveria depender de regulamentação pela lei ordinária, enquanto outros preferiam considerá-las de caráter auto-aplicável. Assim, a exata interpretação do mencionado artigo, que se referia à união estável e à proteção que o Estado devia dar-lhe, não conseguiu ser uniforme. Efetivamente, o reconhecimento da união estável como entidade familiar poderia significar sua relativa equiparação ao casamento ou então, uma proteção menor do que a dada às justas núpcias, tratando-a como sendo uma entidade familiar de menor densidade, com o incentivo à conversão do concubinato em matrimônio, ao qual alude o legislador constituinte quando afirma que a lei deve “facilitar a sua conversão em casamento”.

10. Para que houvesse maior segurança jurídica, formou-se rapidamente um consenso no sentido de ser aconselhável a elaboração de uma lei ordinária que completasse o texto constitucional, permitindo a uniformização da jurisprudência e o consenso da doutrina. Foi respondendo a esses anseios do mundo jurídico que veio a ser aprovada a Lei nº 8.971, que introduz o concubinato no direito de família e no direito sucessório, rompendo com a tradição da nossa jurisprudência majoritária, que dela tratava aplicando-lhe o direito das obrigações, baseada na teoria da sociedade de fato.

11. Efetivamente, o art. 1º da nova lei assegura à companheira e ao companheiro, em virtude do concubinato, o direito aos alimentos, desde que o devedor dos mesmos seja solteiro, separado, divorciado ou viúvo e que a união estável dure mais de cinco anos ou que dela tenha surgido prole. Este direito se mantém enquanto o credor provar a sua necessidade e não constituir nova união e desde que o devedor tenha a possibilidade de fornecer os alimentos.

12. No direito anterior, inexistia tal direito aos alimentos, pois os concubinos ou companheiros não eram nem parentes, nem cônjuges, não havendo amparo legal para que pudessem exigir alimentos, um do outro, sem prejuízo dos eventuais direitos decorrentes da sociedade de fato, real ou presumida, da prestação de serviços ou de indenização eventualmente devida em virtude de ato ilícito. Era essa a jurisprudência dominante e a posição praticamente unânime da doutrina, embora existissem alguns julgados isolados dos Tribunais de Justiça do Rio de Janeiro e do Rio Grande do Sul que, em virtude de circunstâncias peculiares, já anteriormente à nova lei, admitiram o direito da concubina aos alimentos.

13. Cabe, aliás, salientar que, nos casos em que havia contrato entre os concubinos garantindo ou prevendo direito aos alimentos, a licitude da cláusula parecia discutível a tal ponto que, em vários Estados, as escrituras que a continham eram vedadas por determinação da Corregedoria, que proibia que as mesmas fossem lavradas.

14. Atualmente, a cobrança dos alimentos rege-se, no caso, pelo disposto na Lei nº 5.478, de 25.7.1968, que instituiu rito especial, admitindo o procedimento sumário, inclusive mediante utilização da justiça gratuita, a fixação liminar dos alimentos provisórios, realização de audiência de conciliação e julgamento, apelação com efeito meramente devolutivo, possibilidade de revisão e execução especial com sujeição do devedor à pena de prisão, no caso de inadimplemento voluntário e inescusável da obrigação alimentícia (art. 5º, LXVII da Constituição Federal).

15. Ao referir-se aos companheiros em vez dos concubinos, o legislador quis caracterizar o direito decorrente da nova lei como pertencendo tão-somente às pessoas que coabitavam sem que tal fato constituísse adultério, atendendo assim ao caso do chamado "concubinato puro" em oposição à coabitação adulterina.

16. Na realidade, o texto legal, numa interpretação literal, só determina que inexistia sociedade conjugal vigente, por parte do devedor, não fazendo a mesma exigência em relação ao credor dos alimentos, que, em tese, poderia pleiteá-los mesmo estando casado com outra pessoa. Esta interpretação, que decorre de má redação do texto legal, não deve todavia prevalecer, em nosso entendimento, em virtude da necessidade de atender aos princípios gerais do direito de família e às próprias disposições constitucionais, assim como à parte final da redação do art. 1º que exclui o direito aos alimentos a partir do momento em que o credor constituir nova união.

17. Embora o legislador ordinário não tenha utilizado a expressão consagrada pela Constituição Federal (união estável) - o que teria sido aconselhável - os requisitos legais para a aplicação da lei fazem presumir que haja, no caso, uma certa estabilidade no relacionamento entre os companheiros, seja em virtude do decurso do tempo - cinco anos - seja em decorrência da existência de prole comum. A prova da condição de credor de alimentos far-se-á ou pela apresentação da certidão de nascimento de filho comum ou evidenciando a vida em comum por mais de cinco anos e a inexistência de relacionamento adulterino.

18. O legislador, inspirado pelo princípio constitucional da igualdade dos sexos, atribuiu, no caso, os mesmos direitos à companheira e ao companheiro, destacando a situação de ambos - da mulher no *caput* do art. 1º e do homem no parágrafo único do mesmo artigo - a fim de evitar quaisquer dúvidas quanto à possibilidade de exercício do direito à prestação alimentícia por pessoas de ambos os sexos

19. Os alimentos são devidos enquanto o credor dos mesmos não constituir nova união, sob a forma de casamento ou de outro concubinato. Quanto ao alimentante - devedor dos alimentos - cabe-lhe pagar os alimentos mesmo se mudar a sua situação matrimonial ou se tiver outra união estável. A extinção do dever de prestar alimentos dependerá da prova do fato que modifique a situação do credor.

20. Embora seja matéria discutível, como no caso dos demais alimentos, entendemos que a companheira (ou companheiro) pode renunciar aos alimentos especialmente se, no momento da dissolução da união estável, tinha recursos suficientes para se sustentar ou se recebeu bens para este fim, tratando-se de direito patrimonial que admite transação. Com a nova legislação, a extinção da união estável poderá ensejar acordos que deverão, de preferência, ser instrumentados por escritura pública e que, em nosso entender, podem inclusive obter a homologação judicial para

maior garantia das partes, embora tal procedimento não seja necessário para a validade do acordo feito entre as partes.

21. Por outro lado, o companheiro (ou a companheira), nas mesmas condições previstas no art. 1º, passa a figurar na ordem sucessória, nos termos do art. 2º, sob diversas formas, conforme haja ou não descendentes e ascendentes do **de cujus**.

22. Inspirando-se na ordem sucessória estabelecida tradicionalmente pela nossa lei civil, o companheiro (ou a companheira) passa a receber a totalidade da herança quando o **de cujus** não tinha descendentes, nem ascendentes, figurando assim em terceiro lugar na vocação hereditária, ocupando a posição que o Código Civil reconhece ao cônjuge (artigos 1603, III e 1611). Como a lei civil atribui a herança ao cônjuge cuja sociedade conjugal não estava dissolvida no momento da morte do outro, o companheiro (ou a companheira) se substitui no caso ao cônjuge, assumindo a sua posição.

23. Por outro lado, havendo descendentes ou ascendentes, o companheiro (ou a companheira) herda como se fosse cônjuge viúvo, quando o regime de casamento não é o da comunhão universal, pois os dois primeiros incisos do art. 2º da Lei nº 8.971 correspondem ao § 1º do art. 1611 do Código Civil, que tem a seguinte redação:

“O cônjuge viúvo, se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez ao usufruto da quarta-parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filhos deste ou do casal e à metade, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes do “**de cujus**”.

24. Assim sendo, o companheiro (ou a companheira), recebe em usufruto a quarta parte dos bens do **de cujo**, quando concorre com descendentes deste ou comuns, e a metade se, não havendo descendentes, concorrer com ascendentes do falecido. No caso, a lei refere-se à partilha dos direitos entre o companheiro (ou a companheira) sobrevivente e os filhos do **de cujo**, sendo que a interpretação sistemática nos leva a concluir que o legislador se referiu, na realidade, aos descendentes de qualquer grau (filhos, netos ou bisnetos). No particular, a lei teria dito menos do que queria (*minus quam voluit*).

25. Finalmente, no caso da sociedade de fato ou da colaboração do companheiro na formação do patrimônio do falecido, equipara-se o companheiro ao cônjuge casado sob o regime da comunhão universal, pois recebe a metade dos bens da herança, com a única diferença de não lhe caber a mais o direito de habitação previsto pelo art. 1611, § 2º do Código Civil. Não nos parece que, no particular, o legislador tenha sido muito feliz pois poderia ter deixado ao arbítrio do Juiz a fixação da participação do companheiro (ou da companheira), em virtude das circunstâncias de fato, não tratando igualmente pessoas cuja participação na formação do patrimônio comum pudesse ter dimensões muito diversas. Neste sentido, a jurisprudência tinha admitido que fosse graduada a participação na herança de acordo com a efetividade e a importância da colaboração dada ao falecido pelo(a) companheiro(a) sobrevivente.

26. Cabe salientar que esta colaboração não se presume e, em tese, deverá ser provada em cada caso, tanto mais que, de qualquer modo, a relação entre companheiros ensaja o direito ao usufruto de parte do patrimônio, que compensa a vida em comum.

No passado, a presunção de sociedade de fato que, segundo alguns julgados, beneficiava a mulher independentemente de sua contribuição efetiva para a construção do patrimônio do companheiro, justificava-se a fim de evitar um enriquecimento sem causa e de compensar o trabalho doméstico, o que atualmente já ocorre com a concessão de usufruto, embora o mesmo só perdure enquanto o alimentando - credor dos alimentos - não constituir nova união. Esta restrição assinala o caráter misto de compensação e de assistência que caracteriza o direito hereditário do companheiro, ensejando uma limitação à liberdade sexual do usufrutuário que quiser manter os seus direitos hereditários. A situação lembra, em certo sentido, as sanções que, na sua redação originária, o Código Civil estabelecia em relação à viúva, que convolasse novas núpcias e que, em decorrência, perdia o pátrio poder sobre os seus filhos. Se a restrição pode justificar-se em relação aos alimentos, não nos parece que tenha qualquer fundamento no tocante aos direitos hereditários, que não dependem da necessidade do herdeiro e têm caráter compensatório, em virtude da solidariedade que existia no passado entre os companheiros.

27. Embora não esteja dito na lei, entende-se que somente tem direito hereditário o companheiro (ou a companheira) quando a união estável ainda existia no momento do óbito. Caso contrário, poderíamos inclusive ter várias concubinas pleiteando os direitos hereditários do mesmo companheiro, por terem tido, cada uma, união estável com o *de cujus* por mais de cinco anos, ou da qual tenha surgido prole comum, em fases diversas da vida da pessoa que faleceu. Embora esta condição seja lógica, teria sido adequado que o legislador a incluísse de modo explícito na lei.

28. Na realidade, também pode-se entender que enquanto as disposições dos artigos 1º e 2º se referem respectivamente ao direito de família e das sucessões, o art. 3º é matéria de direito das obrigações, tratando da sociedade e explicitando que as suas normas também se aplicam nas relações entre companheiros e até concubinos.

29. A jurisprudência tem inclusive admitido que enquanto os direitos da companheira (ou do companheiro) aos alimentos e à sucessão só existem no caso do concubinato puro, ou seja, sem que haja adultério, não podendo o concubinato ocorrer simultaneamente com a manutenção da sociedade conjugal de um dos concubinos, o mesmo princípio já não se aplica no tocante aos resultados decorrentes da sociedade de fato.

30. Neste sentido, tem decidido o Superior Tribunal de Justiça que os direitos do concubino — ou da concubina — decorrentes da sociedade de fato devem ser reconhecidos, mesmo tratando-se de pessoas casadas, cuja sociedade conjugal não foi dissolvida e até quando não há separação de fato entre os cônjuges, por se tratar, no caso, de obrigações societárias, que a relação sexual entre as partes não deve excluir.

31. Diante do texto legal, cabe então indagar se pode haver cumulação pelo concubino - ou pela companheira - dos direitos referentes aos artigos 2º e 3º, ou seja, havendo efetivamente sociedade de fato, com contribuição de ambos os concubinos, no caso de falecimento de um deles, o outro não poderá cumular os direitos decorrentes da união estável - ou seja, os direitos sucessórios — com os direitos decorrentes da sociedade de fato, ou que lhe daria a meação (em virtude da sociedade) acrescida do usufruto ao qual lhe dá direito a existência do concubinato.

32. A admitir, por absurdo, a tese da cumulação, a companheira acabaria tendo uma situação muito melhor do que a esposa legítima.

33. Como, por outro lado, existe jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo entendendo que os concubinos, entre os quais existe sociedade de fato, perdem os respectivos direitos quando casam pelo regime de separação de bens (RT 712, p. 148), teríamos uma legislação que, contrariamente ao espírito da Constituição, dissuadiria os companheiros a transformar a sua relação em justas núpcias.

34. O perigo seria até, daqui a pouco, as mulheres casadas pretenderem a sua equiparação às concubinas, invocando a sociedade de fato no momento da partilha dos bens do seu cônjuge. Situação similar, embora diferente na sua dimensão, ocorreu com os emigrantes que, casados, nos seus países de origem, pelo regime da separação absoluta de bens, vinham ao Brasil, onde constituíam o seu patrimônio familiar, que ficava em nome do marido, invocando, por morte deste, a sua mulher a teoria da sociedade de fato, para obter parte do patrimônio construído pelo esforço comum dos cônjuges. Foi essa situação que justificou a inclusão, na Lei de Introdução ao Código Civil, do art. 7º, § 5º admitindo a mudança do regime de bens do estrangeiro que se naturalizasse brasileiro, podendo o mesmo optar pelo regime da comunhão universal.

35. A nova legislação, embora tecnicamente imperfeita e discutível, representa importante passo do legislador ordinário para complementar e pôr em execução a norma constitucional, cabendo à jurisprudência e à doutrina aprimorar o texto, sedimentando as interpretações as mais adequadas, para que, no futuro, seja revisto, e aperfeiçoado o texto pelo próprio legislador.