*PENSÃO MILITAR – REGISTRO*

*– Não tem direito a pensão militar a companheira do contribuinte que, durante o período de convívio exigido em lei, tenha sido casada com outrem.*

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIAO

DECISÃO

O Tribunal recusou registro à pensão militar de que trata o processo TC-2.203-64, pelos fundamentos constantes do parecer emitido pelo Ministério Público:

"Ementa:

1) Não tem direito à pensão a companheira do contribuinte que, durante o período do convívio exigido pelo § 3º do art. 5º da Lei nº 4.069-62, tenha sido casada com outrem.

2) A instituição de herdeiro é ato complexo que só se aperfeiçoa com a entrega da declaração à autoridade competente, em vida do contribuinte.

3) Quando a declaração de herdeiros importa em desclassificação de beneficiário legítimo, os pressupostos de fato necessários à instituição devem ser cumpridamente provados, em complemento às informações consignadas pelo contribuinte.

I — Em tema de pensões militares, duas são as categorias de herdeiros instituíveis independentemente de laços de parentesco ou casamento com o *de cujus*.

A primeira categoria, prevista na Lei nº 3.765, de 4 de maio de 1960 art. 7º, VI, diz respeito a qualquer pessoa instituída vivendo sob a dependência econômica do *de cujus* desde que inexistam herdeiros dos graus anteriores, vale dizer, viúva, descendentes, ascendentes e colateral do segundo grau sucessíveis.

A segunda categoria, inovada pelo § 3º do art. 5º da Lei nº 4.069 de 11 de junho de 1962, concerne a concubina do contribuinte que viva sob sua dependência econômica há mais de cinco anos. O benefício no caso, não pode ser legado havendo viúva ou cônjuge desquitado com direito a pensão, mas ao contrário do que sucede com o herdeiro instituído comum, a ordem do beneficiário é aqui altamente preferencial, a ponto de deixar à margem todos os ascendentes e colaterais, dividindo-se apenas ao meio, na hipótese de haver filhos menores do contribuinte.

Na espécie dos autos, foi reconhecido à interessada, não o direito de herdeiro instituído comum (art. 7º, VI da Lei de Pensões Militares), mas o benefício do art. 5º parágrafo 3º, da Lei nº 4.069-62, tanto *que não teve seguimento a petição de irmã desquitada do militar*, existente a fôlhas 2 do processo.

Com tal solução, prestigiada pelo parecer do Sr. Diretor da Terceira Diretoria de Fiscalização Financeira, deixamos, *data venia*, de concordar, face aos motivos adiante expostos.

II — Não desconhecemos que o concubinato, de situação lícita mas juridi-

camente irrelevante que era, vem passando progressivamente a ser objeto do reconhecimento mesmo do amparo pelo direito positivo brasileiro.

Inovações nesse sentido vieram sendo introduzidas através dos conceitos de direito civil que informam a legislação social, mais maleável por natureza (v. g. a lei da infortunística do trabalho) e, utilizando essa passagem, tendem a penetrar no campo do direito civil estrito, inclusive em seu capítulo mais tradicional e estratificado que é o do direito das obrigações.

Nessa evolução legislativa, um princípio tem sido todavia conservado, como mínimo de proteção outorgada à família legítima, constituída pelo casamento, proteção que decorre inclusive de texto constitucional (*Constituição*, art. 163).

Referimo-nos ao princípio de que, sendo um dos parceiros casado com terceiro, e portanto adúltera a ligação, não pode o concubinato produzir efeitos civis.

Assim é que, ao instituir a continuidade da locação em favor da companheira do locatário falecido, teve o legislador o cuidado de restringir expressamente a concessão à hipótese de ser, cada um dos parceiros solteiro, desquitado ou viúvo. (Lei nº 3.912, de 3 de julho de 1961, art. 10).

Também no art. 21 da própria Lei nº 4.069-62, ao outorgar-se o salário-família pela companheira, excluiu-se do favor o concubinato em que qualquer dos dois interessados mantivesse o estado de casado.

Já o art. 5º, § 3º, da Lei nº 4.069-62, em que se funda o direito apreciado nestes autos, *silenciou sôbre a necessidade do pressuposto de não ser adúltera a união.*

Pergunta-se: na omissão de lei, deve ser dispensado o requisito?

Parece-nos que não. O princípio, embora não consignado expressamente na lei administrativa, *decorre da lei penal* que prescreve o adultério (Código Penal, art. 240). Enquanto permanecer em vigor a regra que pune o adultério, não *vemos como reconhecer e premiar seus efeitos*, mesmo no silêncio da norma civil ou administrativa.

E mais: sendo insusceptível de geral direitos o ato previsto como crime, não aceitamos sequer que, *para o cômputo de período de cinco anos de ligação expressamente exigido pela Lei nº 4.069* de 1962, seja considerado espaço de tempo de união adúltera.

Ora, no caso concreto, o militar faleceu a 13 de fevereiro de 1963 e a pretendida pensionista era casada com terceiro até 12 de março de 1959, data do desquite de seu casal (certidão de fls. 16v). É certo, portanto, que o requisito dos cinco anos da união não pode ser dado como cumprido *a menos que se pretendam reconhecer e recompensar os efeitos de um período anterior de ligação delituosa.*

Carece, pois, de fundamento legal a pensão concedida à requerente, como ex-companheira do militar falecido.

Acrescente-se, em abono da tese, que o Egrégio Supremo Tribunal Federal, apreciando o Recurso Extraordinário nº 47.724, relatado pelo eminente Ministro Vítor Nunes Leal, decidiu, em tema de responsabilidade civil da transportadora e com apoio na melhor doutrina, que

"O interêsse da concubina da vítima não é ilícito, se não são adúlteras ou incestuosas as relações entre êles"

. . . . . .

"uma restrição se deverá fazer. Quando a concubina, *ela ou seu companheiro é casado*, lícito não lhe será reclamar indenização, em caso de morte dêste (. . .)" (v. acórdão publicado na íntegra *in Diário da Justiça* de 6-6-43, págs. 370/371 do apenso).

Tal orientação foi incluída na "súmula da Jurisprudência Dominante do

Supremo Tribunal Federal", aprovada em sessão de 13-12-63, como jurisprudência firme e extensiva à aplicação da Lei de acidentes do trabalho. (Vide *súmula* nº 35, da Edição da Imprensa Nacional, 1964).

E o referido diploma acidentário consignou, em seu art. 11, *c*, o permissivo da designação de beneficiária, sem retirar de modo expresso o amparo às ligações adúlteras, tal como na comentada legislação de pensões, o que não impediu viesse a Suprema Côrte a interpretá-lo com restrição semelhante a essa por nós agora preconizada.

Finalmente, não se argumente com o fato de que o "impedimento legal para o casamento", é, não apenas permitido mas até exigido pelo art. 5º, § 3º, como pressuposto do direito à pensão.

A exigência do impedimento é um salutar princípio que visa a evitar o desestímulo aos casamentos juridicamente viáveis. Quis a lei excluir o amparo das uniões entre solteiros ou viúvos e outorgá-lo apenas às ligações em que, durante o período exigido, um ou ambos os parceiros fôssem desquitados, hipótese aliás mais comum de concubinato estáveis e caso em que os interessados estão "legalmente impedidos para o casamento" mas não estão em situação imoral ou criminosa que os inabilite para o benefício (Código Penal, § 3º, II do art. 240).

Em valiosa e extensa monografia intitulada *O Concubinato no Direito*, assume o ilustre Desembargador Edgard de Moura Bittencourt posição definida e mesmo polêmica em prol dos direitos da mulher em situação de concubinato. No capítulo VI, cuida justamente o autor do concubinato adulterino. Reconhece como verdadeira, em seus pontos essenciais, a assertiva de que tal tipo de união não pode produzir efeitos positivos, mas nega ao princípio valor absoluto, sugerindo uma série de situações especiais em que, no silêncio da lei, acha correto atribuirem-se direitos à mulher. Mesmo admitindo a validade de tais exceções, o que não nos parece corresponder à melhor doutrina, queremos assinalar que não encontramos os autos condições especiais como as aludidas pelo douto monógrafo, sendo inclusive de recusar-se a excludente da boa-fé, porquanto o parceiro aqui impedido foi justamente a requerente da pensão.

III — Além de tudo o que foi dito, outra irregularidade, também insanável, se verifica no processo, capaz, por si só, de acarretar a ilegalidade da concessão *sub judice*.

Com efeito, pertence a suposta beneficiária da pensão à espécie de herdeiros cujo direito fica na dependência de regular instituição, por ato de vontade do contribuinte. É o que decorre da lei e o que tem decidido, com rigor, o Egr. Tribunal (vide processo nº 55.054-63).

A instituição, — rezam os arts. 8 a 13 da Lei de Pensões Militares —, deve ser realizada por testamento feito de acôrdo com a lei civil ou por *declaração entregue ao comandante, diretor ou chefe do contribuinte.*

No caso concreto, como se verifica pela petição da interessada (fls. 13/14) e pela informação constante do ofício de fls. 21, a declaração de herdeiros, instituindo beneficiária, permaneceu em mãos de terceiro, havendo sido entregue a uma repartição militar após a morte do contribuinte.

Ora, é bem de ver, em se tratando de designação mediante declaração de herdeiros, a assinatura da fórmula preenchido não é ato de instituição; é apenas *começo de ato, de ato complexo, que só se aperfeiçoa com a entrega do documento a quem de direito.*

E a morte do contribuinte antes da entrega do instrumento *obsta e impede que venha a aperfeiçoar-se ou consumar-se a declaração de vontade.*

É lógico aliás que só se pode ter o militar como decidido a efetivar a instituição do momento em que faz entre-

ga da declaração e não enquanto êle a deixa guardada, como projeto, em período de presumível reflexão sôbre as conseqüências do ato.

Recorda-se ainda que o oficial que recebe a declaração funciona virtualmente como testemunha, aqui abolida, da livre e autêntica manifestação de vontade do declarante.

Quando não se tratar de declaração entregue à repartição, exige a lei conste a instituição de verba testamentária, devendo esta, segundo mandamento expresso, ser feita *de acôrdo com a lei civil.*

Se assim é, se não se admite instrumento particular sem as cautelas do testamento cerrado (arts. 1.683 e seguintes do Código Civil) ou de particular (arts. 1.645/1.649), como reconhecer valor ao escrito encontrado fora da repartição e que não preenche nenhuma daquelas cautelas ou formalidades?

E note-se: a lei de pensões militares impôs tais formalidades quando a designação de beneficiário não podia ainda sobrepor-se ao direito dos herdeiros legítimos. Por que reduzir as cautelas, agora que a instituição de concubina pode subverter a ordem da vocação e retirar o benefício dos que seriam herdeiros necessários?

Hipótese muito semelhante foi apreciada pelo Colendo Tribunal Federal de Recursos, na Apelação Cível nº 16.881, sendo relator designado o eminente Ministro Oscar Saraiva. Eis a ementa do aresto:

"Controvérsias sôbre a condição de beneficiária de pecúlio concedido pelo Instituto do Açúcar e do Álcool (IAA). Não prevalece, para o fim de cancelamento de inscrição regularmente feita, *pedidos não encaminhados na oportunidade e arrecadado entre os papéis do de cujus.* A carta, para que seja considerada como tal, pressupõe a remessa ao destinatário." (*in Diário da Justiça* de 22-4-64, pág. 995).

De nenhum valor pois, a nosso ver, a declaração pòstumamente entregue na repartição militar, pois não expressa a vontade jurìdicamente elaborada e consumada do contribuinte morto.

IV — Como se viu, totalmente imprestável ao fim a que se destina é a suposta designação da beneficiária a quem se atribuiu a pensão.

Mas, mesmo que não se apresentasse o vício insanável acima exposto, o que para argumentar admitimos, parece-nos irrecusável não conter o processo os *elementos probatórios* que seriam necessários ao deferimento da pensão.

Assim é que a qualificação da interessada como beneficiária está condicionada, não só ao ato de vontade do contribuinte, como ao preenchimento dos demais requisitos do art. 5º, § 3º, da Lei nº 4.069-62.

Êsses requisitos não podem ser deduzidos da simples declaração do testador, pois sua existência importa na desclassificação de herdeiros que seriam necessários se os requisitos não estivessem cumpridos.

A necessidade de prova suplementar à declaração decorre portanto da própria inovação trazida pela Lei nº 4.069 de 1962.

Pelo regime puro da Lei nº 3.765 de 1960, a instituição de beneficiário não era suscetível de suprimir o direito de qualquer herdeiro legítimo.

Depois da Lei nº 4.069-62, pode o instruidor, aditando, por exemplo, um ou dois anos ao verdadeiro período do concubinato recente em que viva, excluir da pensão a mãe viúva, o pai inválido, ou a irmã necessitada, parentes em relação aos quais possuía em vida a *obrigação legal* de prestar alimentos (Código Civil, arts. 397 e 398).

Daí, a nosso ver, terem de ser corroboradas mediante prova eficaz, as declarações do *de cujus*, notadamente a que diz respeito à data inicial do convívio.

Acresce, caso concreto, que mesmo querendo reconhecer os efeitos civis do concubinato adúltero, *não é lógico nem jurídico, presumir-se que a interessada já viva com o militar na época em que era casada com outro.*

Saliente-se, ainda, que o militar, que parece haver morrido por acidente, em Minas Gerais, percebia seus proventos de reformado através de unidade militar sediada em Curitiba, domicílio de sua irmã, ao passo que o convívio com a suposta herdeira instituída dar-se-ia em Jacareí. Além disso, não se habilitou o militar ao recebimento do salário-família pela companheira (Lei nº 4.069-62, art. 21).

Por isso, admitindo não estivesse a concessão, em seus fundamentos de direito, eivada de ilegalidade inafastável, é bem de ver que seus pressupostos de fato estariam na dependência de comprovação hábil. E, pedimos vênia para adiantar, se feita essa por meio de justificação, só seria aceitável a prova quando as testemunhas, idôneas e conhecedoras da situação, enfrentassem, em resposta a quesitos explícitos, as peculiaridades do caso feita outrossim a notificação da irmã interessada na outorga do benefício (vide abalizados comentários de J. A. Abreu de Oliveira, *in Pensões Militares,* pág. 95/96).

Em conclusão, parece-nos ser a companheira do *de cujus* carecedora do direito à pensão:

a) por haver sido casada com outrem durante o período de convívio exigido pela Lei nº 4.069-62, § 3º, do artigo 5º;

b) por não haver chegado a se completar o ato de instituição;

c) por não estarem comprovados os pressupostos de fato na instituição, admitindo, para argumentar, possuísse esta viabilidade legal.

Pela recusa de registro à concessão." — *Luís Otávio Gallotti.*