

PENSÃO MILITAR — CASAMENTO PUTATIVO

— *Lei de assistência à família, como a do montepio, há de ter flexibilidade bastante para ser interpretada de acôrdo com a sua finalidade.*

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

DECISÃO

ANEXO III À ATA N.º 23-70

Parecer emitido pelo Ministério Público e acolhido em Plenário, ao deliberar o Tribunal, na Sessão Ordinária de 23 de abril de 1970, em face do processo de pensão de D. Adriana Rita Conceição de Souza e D. Isolina Gama de Souza (P. 1.387-64, relatado pelo Sr. Ministro Vergniaud Wanderley).

PARECER

O 2.º Sargento Pedro Martins de Souza casou-se, com Isolina Gama, em 20/4/23 (fls. 23), que conservou o seu nome de solteira.

Em 30/12/61, não obstante não haver sido rompido o vínculo matrimonial, que o unia a Isolina, contraiu segundas núpcias com Adriana Rita Conceição de Souza (fls. 12).

Em 15/1/62 fez sua “declaração de beneficiário”, na qual firmou ser casado com Adriana, não ter filhos, nem pais vivos, nem beneficiários a instituir, tendo juntado à sua declaração

certidão de seu casamento com Adriana (fls. 6).

Em 28/1/63 o sargento Pedro Martins de Souza faleceu (fls. II).

Em 16/10/63 Adriana requereu a pensão militar que lhe foi deferida pelo Tribunal de Contas, em sessão de 7/2/64 (fls. 15v).

Em 20/10/66, Isolina Gama de Souza, dizendo-se viúva do falecido requereu a pensão militar (fls. 16) juntando certidão de casamento, da qual consta o nome da consorte como sendo Isolina Gama e não Isolina de Souza (fôlhas 23).

Até prova em contrário, presume-se que Adriana, de boa-fé, contratou casamento com o 2.º Sargento Pedro Martins de Souza, que se fez passar por *solteiro*, segundo consta da certidão deste seu matrimônio (fls. 12).

Adriana estava convencida de que se casara com um homem desimpedido, em estado de solteiro.

A boa-fé produtora do casamento putativo é a inicial. Basta que exista no momento da celebração do casamento,

Mala fides superveniens non nocet (Rugg. 2.º, p. 606; Planiol, Alpert & Rovast, *Droit Civil*, 2.º, n.º 319; Gonc., trat., 6.º, n.º 815; Josserand, *Droit Civil*, I, n.º 860).

É o caso do casamento putativo previsto no art. 221, e seu parágrafo único, do Código Civil.

Carvalho Santos (*Código Civil Interpretado*, vol. IV, p. 256) apoiado em Aubry Et Rav. Laurentt, Demolombe e Barrassi, diz:

“A boa-fé sobre a qual se funda o casamento putativo, deve existir no momento da celebração, como se deduz do texto supra: *quando contraído de boa-fé*. É indiferente, portanto, que venha ela a cessar mais tarde com a descoberta do seu êrro. Os efeitos do casamento continuam os mesmos, como se o êrro não tivesse sido descoberto.”

Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*, vol. 8, p. 16-17), é da mesma opinião, quando assim se expressa:

“A boa-fé precisa ter existido ao tempo da celebração. Assim, a ciência posterior, a *mala fides superveniens*, não a prejudica (L. Huhlenbeck, *Däs Bürgerliche Gesetzbuch*, 2.ª ed. II, 389), ainda que, tratando-se de ação prescritível, não esteja prescrita, ou preclusa; tampouco deixa de existir boa-fé se, tendo notícia, antes de se casar, do impedimento derimente, o cônjuge se persuadiu, depois e ainda antes de se casar de não existir o impedimento. É portanto, uma boa-fé apurável *punctualmente*: no momento da celebração, como se, recusando-se a contrair o casamento, o contratante de boa-fé se decide a contraí-lo à vista de documento, que pouco há se lhe exhibiu, de não ser casado o outro cônjuge.”

Aliás a lei é meridianamente clara ao dizer: “se um dos cônjuges estava de boa-fé, *ao celebrar o casamento*”.

O Sargento Pedro Martins, ao se habilitar para se casar, com Adriana, aduziu prova do seu estado de “solteiro”, conforme consta da certidão dêste seu segundo casamento. Adriana esta-

va, pois, ao ser celebrado o seu matrimônio, convencida de que não havia impedimento para se casar. Está provada, por documento, a sua boa-fé no ato de celebração do casamento.

No direito romano o casamento putativo estava subordinado a três requisitos: *bona fide*, *opiniome justa* e *solemnitatis* (boa-fé, êrro essencial e celebração do casamento). Ocorridos êsses elementos o casamento produzia todos os efeitos do válido, em relação aos cônjuges e à sua prole.

No caso em foco os três elementos estão evidentes. A *bona fide* (boa-fé) está comprovada com a certidão de casamento de Adriana, em que Pedro Martins se declara *solteiro*. A *opiniome justa* (êrro essencial) nascido da falsa declaração de Pedro Martins sobre o seu estado civil, acobertado um impedimento que interessava à natureza do ato, do casamento, levou a outra contratante a êrro quanto à pessoa do espôso (arts. 86, 87, 147, II, do Código Civil) e a celebração do casamento que foi realizada, como consta da certidão (fls. 12).

Tal nulidade, resultante do êrro essencial, só terá efeito depois de julgada por sentença e não se pronuncia de officio. Só os interessados podem alegá-la (arts. 152 e 221 do Código Civil).

Desta forma está o cônjuge superstite, que o contraiu de boa-fé, no pleno gozo de todos os efeitos civis que produz o casamento válido. Porque o casamento, não obstante nulo, “existe” de direito, até que a nulidade seja declarada. A união, em que pêsse ser nula, não se dissolveu, porque continua produzindo os mesmos efeitos do casamento válido, não só em relação aos filhos, que são considerados legítimos, mas em favor do cônjuge de boa-fé, que participa dos mesmos direitos e deveres do cônjuge legítimo, do primeiro matrimônio.

É que a nossa lei civil assim estabelece:

“Art. 221. Embora anulável, ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por

ambos os cônjuges, o casamento, em relação a êstes como aos filhos, produz todos os efeitos civis até ao dia da sentença anulatória.

Parágrafo único. Se um dos cônjuges estava de boa-fé, ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a êste e aos filhos aproveitarão."

A lei é clara. Não exclui nenhum efeito. Diz: *todos* os efeitos civis. E, se assim o diz, certamente que coloca a espôsa de boa-fé, do segundo casamento, na mesma situação jurídica da espôsa do primeiro matrimônio. Ambas são hoje *viúvas*. O legislador foi compelido a essa ficção jurídica, por razões de ordem moral, humana e econômica, que não permitiam deixar ao desamparo quem foi levado a êrro essencial na prática de ato que julgava válido, tendo empenhado para tanto a sua honra e o seu destino, ainda mais num país onde o vínculo matrimonial é indissolúvel.

Pontes de Miranda (op. cit., vol. 8, p. 10) diz: "Deve-se à Igreja católica essa sutil e a todo ponto inestimável descoberta de técnica jurídica".

Que esta é a situação de direito da espôsa de boa-fé, do segundo matrimônio, não resta dúvida. É a própria lei que o diz ao configurar o casamento putativo no art. 221 do Código Civil, onde dá aos contratantes o tratamento de "cônjuge". O significado desta palavra, seja gramatical, seja do ponto de vista jurídico, não é o mesmo de "concubina", "comborça" ou "companheira", mas de "marido" ou "mulher", de cada um dos esposos, cada uma dos casados, que se tornará "viúva ou "viúvo", com a morte do outro. E não podia ser de outra maneira, ou incidiria em incoerência, por que o mesmo texto legal equipara o casamento putativo ao ao legítimo, admitindo que aquêlê produza todos, isto é, os mesmos efeitos dêste, sem excluir um só.

Lafayette Rodrigues Pereira (*Direito de Família*, p. 10) diz:

"A validade do casamento putativo é como a do casamento verdadeiro, *indi-*

visível. Seria êrro tomá-lo como válido para certos efeitos e ao mesmo tempo como nulo para outros."

Em consequência do exposto, parece-nos estranho, *data venia*, que o eminente Ministro Castro Nunes, em sessão dêste Tribunal de Contas do dia 10/3/39, num caso de casamento putativo, houvesse decidido que a lei, mandando dar a pensão à viúva do contribuinte, não pode tolerar que tome o lugar desta a segunda espôsa, a menos que se pudesse admitir a coexistência de duas viúvas, o que levaria ao reconhecimento da bigamia, isto é, a possibilidade da existência legal de dois casamentos válidos, ambos para todos os efeitos.

É estranho, porque foi justamente o que a lei fez ao adotar a ficção jurídica idealizada pela própria Igreja Católica, com as suas intocáveis regras de moral. Com o casamento putativo, dois matrimônios igualmente válidos surgiram, ambos com os mesmos efeitos: o putativo e o legítimo. Aquêlê eivado de nulidade *ex nuc*, considerada como existente até sentença judicial que lhe declare a nulidade. Há, portanto, se o marido morre, sobrevindo a espôsa legítima e a de boa-fé, duas *viúvas*, sem que se acoberte a bigamia, geral, mas apenas aquela em que houve boa-fé de um dos dois contratantes.

São, no dizer do Ministro Philadelpho Azevedo, como se fôsem "duas famílias diferentes não tendo os de um grupo qualquer interesse ou ingerência nos fatos ocorridos com o outro e vice-versa".

Sim, porque há, positivamente, dois casamentos, ambos válidos para todos os efeitos. A lei disse todos os efeitos, porque a sua validade é *indivisível*. Não se pode, assim, negar ao cônjuge superstitê do segundo casamento a condição de "viúva" adquirida pela espôsa do primeiro matrimônio. Nada há que permita essa restrição de direito, mesmo de forma latente, ao arregio da regra universal de que tôda restrição

de direito tem de ser feita de modo expresso.

Não é certo também o que afirmara, então, o preclaro Castro Nunes, de que “o que está nas tendências do direito da família é a igualdade dos filhos ilegítimos aos legítimos. Não, porém, da esposa ilegítima à legítima”.

As leis trabalhistas de todo o mundo civilizado não poderiam deixar de proteger o trabalho da mulher, seja casada ou solteira, comorça ou não, porque os afazeres da sua profissão salvaguardam a sua honestidade, a educação dos filhos, a prosperidade da família. Por isso mesmo a advertência da *Rerum Novarum* em 1891, em que o sábio pontífice Leão XIII despertou os legisladores para os direitos da mulher.

As nossas leis sociais asseguram à concubina direitos de esposa, denominando-a “companheira”, com vantagens especiais, equilibradas às da mulher legítima (A. Lourenço Dias, *A Concubina no Direito Brasileiro*, p. 251).

Quando se discutiu na Câmara dos Deputados o projeto da primeira lei de acidente de trabalho que assegurava o benefício à companheira do infortunado, o Deputado Andrade Bezerra, professor da Faculdade de Direito do Recife, em discurso proferido na Câmara, em 13 de dezembro de 1918, dizia que “as leis só se apuram e aperfeiçoam ao contato alentador da vida prática. Esta é a pedra de toque que nos dirá se as medidas agora elaboradas terão bastante elasticidade e suficiente justiça para estabelecer o razoável limite entre os respeitáveis interesses sociais, que procuramos amparar”.

Citando Blackstone e Ildefonso Leite, Pedro Calmon (*Direito de Propriedade*, ed. de 1926, p. 120) afirma que “nenhuma lei humana é válida se é contrária à lei natural, e toda lei válida, mediata ou imediatamente tira a sua força e a sua autoridade de conformidade com a lei natural. A lei da força é uma lei natural. O estômago é uma

fonte do direito. Tirai a fome à humanidade e tereis sem explicação a sociedade”.

São de Aguiar Dias estas palavras: “o juiz tem que lidar com os dados sociais e não apegar-se a teorias”.

Há mais de meio século o Decreto n.º 2.681, de 1912, em seu art. 22, veio amparar e assistir a quem estivesse em estado de *dependência econômica* do acidentado, concedendo à concubina indenização por morte do companheiro, como salientou Oliveira e Silva (*Das Indenizações por Acidente*, ed. 1958, página 10) e Adahil Loureiro Dias (*A Concubina e o Direito Brasileiro*, página 175) e ficou plasmado na jurisprudência pátria (acórdão do Tribunal Federal de Recursos, de 20 de outubro de 1954, in *Revista dos Tribunais*, volume 255, p. 537 e *Minas Forense*, volume 16, p. 315; acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 29 de julho de 1958, relator Ministro A. Villas Boas no recurso extraordinário n.º 31.480, in *D. J.* de 16 de fevereiro de 1959, p. 490; acórdão do Tribunal Federal de Recursos de 3 de agosto de 1955, rel. Min. Aguiar Dias, in *D. J.* de 19 de maio de 1959, p. 2.003).

O Decreto-lei n.º 7.036, de 10 de novembro de 1944, em seu art. 21, outorgava, em caso de acidente de trabalho, os mesmos benefícios concedidos ao cônjuge legítimo, caso este não exista ou não tenha direito ao benefício, à companheira mantida pela vítima, uma vez que haja sido declarada como beneficiária em vida do acidentado na carteira profissional, no registro de empregados, ou por qualquer outro ato solene de manifestação de vontade. A companheira, no nosso direito previdenciário, comprovando a dependência econômica, em relação ao morto, e não existindo herdeiros forçados, pode ser inscrito como beneficiária *post mortem*. Em acórdão do Supremo Tribunal Federal de 17 de junho de 1944, in *D. J.* de 24 de junho de 1944, p. 2.472, o próprio Ministro Castro Nunes, ao proferir o seu voto assim se expressou:

“Já temos decidido, e nesse sentido se vai orientando a jurisprudência, que a omissão não exclui o direito da companheira, se esta provar que vivia com o acidentado e era por êste mantida, solução que, embora afastada de uma formalidade de importância meramente formal, é mais humana e melhor se ajusta aos fins visados pelo legislador.”

Os benefícios previdenciários, tanto são deferidos à espôsa como à companheira *thoro atque mensa*. Assim é que se aquela comete adultério ou abandona voluntariamente o lar conjugal a esta é que compete recebê-lo.

Tanto a espôsa como a companheira têm direito ao auxílio-natalidade, à dispensa ao trabalho nas seis semanas posteriores ao parto, sem prejuízo do salário, ao repouso durante duas semanas em caso de aborto não provocado, a dois períodos de descanso especiais, de meia hora cada um, durante o trabalho, para amamentar o filho, até êste completar seis meses de idade. O Decreto n.º 5.384, de 1943, equipara a espôsa legítima à companheira, na falta de cônjuge sobrevivente, deferindo-lhe o valor do seguro de vida.

A Lei n.º 3.807, de 1960, em seu art. 11, § 1.º, faculta ao segurado a designação de pessoa que viva sob sua dependência econômica, para fins de percepção dos benefícios previstos pela instituição social, ao mesmo passo que recusa êsse direito ao cônjuge desquitado julgado culpado ou à mulher que incida no art. 234 do Código Civil.

O próprio Código Civil em seu artigo 1.537, n.º II, como afirmam os seus mais abalizados intérpretes, autoriza o pagamento da indenização à companheira da vítima em caso de homicídio (Bulhões de Carvalho, *Incapacidade Civil e Restrições de Direito*, volume II, p. 642, n.º 544; José de Aguiar Dias, *Da Responsabilidade Civil*, volume II, p. 359, n.º 249 e p. 368). A jurisprudência dos nossos tribunais é rica nesse sentido.

Como se vê, ao contrário do que

afirma o eminente Ministro Castro Nunes, a tendência do nosso direito tem sido, desde remotas eras, não somente equiparar os filhos ilegítimos aos legítimos, mas também colocar a companheira *more uxoria* em situação equivalente à da espôsa, dando-lhe em muitos casos, como já mostramos acima, precedência ao cônjuge legítimo.

Aliás, nas Sagradas Escrituras, a concubina era também considerada mulher legítima, porém *uxor secundaria*. Supondo-se estéril Sara *tufit Agar ... et dedit cam viro suo exorum* (Gen. XVI, 3).

“O processo evidente da doutrina social caminha a passos de gigante, no sentido de legitimar e cercar de tôdas as garantias no direito social ou do trabalho, às uniões ilícitas. Manifesta-se pela legitimação das ligações prolongadas, equiparando-se a *companheira* à *espôsa*, e considerando família não somente aquela que se forma com base no casamento, como a que se alicerça na vida em comum e se consolida pela sublimidade das ligações afetivas” (A. Lourenço Dias, op. cit., p. 152; acórdão do CNT no recurso n.º 4.187-39, in *D. J.* de 19 de outubro de 1940 e *Direito*, vol. VII, p. 127).

Afastada essa ultrapassada relutância de não se poder admitir a existência de duas “viúvas”, no caso de casamento putativo, podemos enfrentar, sem dificuldade, o problema da pensão do militar, que é objeto dêste processo.

O montepio “é uma instituição social, criada e mantida pelo poder público, em benefício do servidor, formada por prestações retiradas de seus subsídios e por morte do contribuinte entregues aos seus beneficiários em forma de pensão mensal. Tem todos os caracteres de seguro de vida, de âmbito social, de amparo àqueles de que dependiam economicamente do contribuinte” (Adahil Lourenço Dias, op. cit., página 191).

Clóvis Bevilacqua (*Soluções Práticas de Direito*, ed. de 1923, vol. I, p. 142) diz que o montepio “é um seguro de

vida organizado pelo Estado ou qualquer associação particular sob os auspícios do Estado". A associação particular por êle referida é a previdência, cogitada por disposições estatutárias, de entidade de classe, com personalidade jurídica.

Costa Manso (*O Processo na Segunda Instância*, ed. de 1927, p. 52) também diz que o montepio é um seguro de vida "visto como tem por objeto garantir, mediante um prêmio, o pagamento de certa soma a determinadas pessoas, por morte do segurado. Não há dúvida que é um seguro de vida *sui generis*, porque não resulta de um contrato, mas é imposto pela lei".

A. Lourenço Dias (op. cit., p. 191) partindo da conclusão a que se tem chegado de que o montepio é um seguro de vida, diz: "daí por que sôbre os efeitos da zona de atividade do seguro de vida, regido pelo direito civil, e que às suas regras moldam-se os estatutos e as leis subsidiárias estaduais ou municipais sôbre o montepio".

Admitindo a lei civil à viúva do casamento putativo os mesmos direitos da viúva legítima, equipara-se, consequentemente, na ordem da vocação dos beneficiários do montepio, que os doutos consideram um tipo de seguro de vida, que é um instituto de direito civil.

José Julio Leal Fagundes (Sentença de 29 de novembro de 1960, *in D.J.* de 7 de dezembro de 1960, p. 6.400), Juiz de Brasília, ao conceder o mandado de segurança impetrado pela companheira de um funcionário federal falecido, pleiteando o montepio, reconheceu-lhe o direito à pensão, explicitando, então, que êsse direito não é *jure hereditaris* e sim *ope contractus*. O beneficiário não adquire *jure hereditaris* e sim *jure proprio*.

Este Egrégio Tribunal de Contas, em acórdão proferido em 18 de novembro de 1947 ("Revista de Direito Administrativo", vol. XIII, p. 295) decidiu que "o montepio, tanto civil como militar, é uma instituição de caráter alimentar, para cuja concessão são requisitos es-

senciais a "honestidade" e a "vida em família", no que adotou o ponto de vista do Ministro Ruben Rosa.

Assim entendido, sofre da mesma forma os efeitos da zona de atividade regida pelo direito civil, eis que estão na sua área disciplinar as questões sôbre pensão alimentícia.

O montepio tem pròpriamente um conceito econômico e não jurídico, pois visa situações econômicas e não situações jurídicas. Quem vivia às expensas do associado falecido é credor de um auxílio, e da assistência que é de justiça se prolongue *post mortem* daquele que tenha o encargo.

"A mútua assistência, na vida *more uxoria*, atesta a fiel vontade do associado em beneficiar àquela que, em vida, era por êle beneficiada" (A. Lourenço Dias, op. cit., p. 178).

Os argumentos que acabamos de expor só podiam conduzir a jurisprudência do país à divisão da pensão entre as duas viúvas, no caso do casamento putativo, que não foi anulado e em que há dois casamentos válidos, ambas com direito ao beneficio, eis que a segunda espôsa contraiu o matrimônio de boa-fé.

A. Lourenço Dias (op. cit., p. 187) assim se expressa:

"Na bigamia a jurisprudência da previdência social tem harmonizado o conflito, distribuindo o beneficio entre ambas as espôsas, quando não tenha a segunda espôsa obrado em má-fé, ao casar-se, equiparando o casamento anterior de seu marido (acórdão do C.S.P.S. no Proc. n.º 742.432, *in D.J.* de 12 de maio de 1950)".

Mas J. E. Abreu de Oliveira (*Pensões Militares*, p. 75), comentando a lei de pensão dos militares, ora em vigor (Decreto n.º 49.096-60), diz:

"A lei nova prevê a hipótese de existirem ao lado de filhos do matrimônio, filhos de *outro leito* (§ 2.º do art. 9.º), quer dizer filhos havidos fora do matrimônio, filhos concebidos em união ilegítima.

Protege-os a todos, mas às "viúvas" ilegítimas não socorre".

Já o Ministro Alvim Filho decidia de modo diferente e mais consentâneo com os bons métodos exegéticos que não permitem restrições de direito senão quando expressamente autorizados em lei, quanto mais que essas restrições não se compadecem com as tendências do nosso direito positivo. Dizia êle:

“Em conclusão: não tendo a lei de montepio excluído, do benefício da pensão, o cônjuge do casamento putativo, não há por que se negar qualquer dos efeitos dêste em favor do mesmo cônjuge, devendo assim ser colocado em igualdade de situação com o do casamento válido.”

Afigura-se-nos, entretanto, não haver omissão na lei, se bem a interpretarmos, à luz das normas jurídicas que acabamos de expor compridamente.

Não tendo sido o segundo casamento anulado, como não o foi, no caso dêste processo, e estando, conseqüentemente, o casamento putativo em plena validade, produzindo todos os efeitos de legítimo, o cônjuge superstite do casamento putativo, que é o que contraiu de boa-fé, os seus direitos, a sua situação jurídica e equipolente à da viúva do primeiro casamento, o que equivale dizer que há, no caso, duas *viúvas*, ambas pleiteando a pensão militar deixada pelo *de cujus*.

O Decreto n.º 49.096, de 1960 assim dispõe:

“Art. 26. A pensão militar defere-se na seguinte ordem:

I — À viúva.

Art. 37.

§ 1.º O beneficiário será habilitado com a pensão integral. No caso de mais de um com a mesma precedência, a pensão será repartida igualmente entre êles, ressalvadas as hipóteses constantes dos dois parágrafos imediatamente seguintes.”

A precedência das duas *viúvas* é a mesma — o casamento civil; válido o primeiro como o segundo, que não foi anulado; é a mesma a situação jurídica das duas beneficiárias; ambas possuem os mesmos direitos, ambas são *viúvas*; ambas capituladas no item I, do art. 26 do Decreto n.º 49.096-60.

A lei, como se vê, não é omissa, pelo contrário, é clara, prevê a situação da existência de duas *viúvas* e dá a solução adequada, salomônica e justa.

Acresce que a lei, como diz o eminente Castro Nunes (*Revista Forense*, vol. XXVIII, p. 173) não pode ser aplicada cegamente, sem lhe enxergar o alto sentido humano. Lei de assistência à família, a do montepio, há de ter flexibilidade fora da letra em atenção à sua finalidade. Mesmo que a lei não fôsse clara, a construção jurídica, forma superior de exegese, teria de ser feita para assegurar a equidade.

Assim, opinamos no sentido de que se reforme a decisão de fls. 5v, para que se defira a pensão às duas *viúvas*, de acôrdo com os arts. 26, n.º I, e 37, § 1.º, do Decreto n.º 49.096, de 1960.

É o nosso parecer, s.m.j.

Procuradoria, 8 de abril de 1970. —
Heribaldo Dantas Vieira, Adjunto de Procurador.