DOUTRINA

CONCUBINATO E SOCIEDADE DE FATO

Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos

Advogada, Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP, Professora Adjunta na Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie, Professora Regente da Disciplina de Direito Civil no Curso de Pós-Graduação, "lato sensu", da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

I - INTRODUÇÃO

Muito evoluiu a matéria do concubinato em nosso direito, para o fim de reconhecer-se na união concubinária, preenchidos certos requisitos, uma entidade familiar, e não mais uma união ilícita, realizada à margem do casamento.

Não se pode mais dizer que a concubina é uma "infeliz", que "não tem outra lei que o amor", que "enquanto o amor lhe sorri, tolera em paz sua condição", como fazia Carrara ("apud", Limongi França: "Direito do Concubinato", Enc. Saraiva do Direito, v. 26/437).

Há muito tempo já são reconhecidos efeitos patrimoniais ao concubinato, mediante a sua dissolução, e dentre eles se destaca, pela formação de sociedade de fato, a partilha do patrimônio comum.

Assim, a refletir o entendimento mais moderno, a Constituição Federal, em seu capítulo referente à família, à "Criança", ao "Adolescente" e ao "Idoso", e sob o título "Da Ordem Social", estatuiu, no art. 226, parágrafo 3º, que "Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar..."

Salienta-se, no entanto, que essa concepção moderna e justa sobre a matéria do concubinato, mesmo em nossos dias, acolhida que foi pela nova Constituição Federal, nem sempre é aceita em nosso Direito, como veremos a seguir.

II - CONCUBINATO

1 - Conceito

Etimologicamente, a palavra concubinato tem origem no vocábulo latino "concubinatus", do verbo "concubare" (derivado do grego), cujo sentido é o de "dormir com outra pessoa", "copular", "ter relação carnal", como observa Álvaro Villaça Azevedo, na obra "Do Concubinato ao Casamento de Fato", Belém, CEJUP, 1986, pág. 63.

Assim, concubinato e concubina são termos que, embora sejam usualmente empregados e juridicamente corretos, nem sempre foram bem vistos ou aceitos, e como decidiu a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em 30/11/1961,

"Concubina é a amante, é a mulher do lar clandestino, oculto, velado aos olhos da sociedade, com prática de bigamia, e que o homem freqüenta simultaneamente ao lar legítimo e constituído segundo as leis. Companheira é a mulher que se une ao homem já separado da esposa e que a apresenta à sociedade como se legitimamente casados fossem" (RF 197/97).

Embora esse seja um entendimento de três décadas atrás, não deixa de ter alguma aplicação na atualidade, pois que a própria Constituição Federal fala em união estável e não em concubinato.

No entanto, preferimos a denominação concubinato, a qualquer outra, e a utilizaremos no decorrer deste artigo.

Ressalta-se que, como esclarece o Profº Álvaro Villaça Azevedo, na obra e pág. citadas, o concubinato tem dois sentidos na atualidade:

1 - Amplo: significando toda e qualquer união sexual, mesmo os relacionamentos reprováveis, como, por exemplo, quando uma pessoa casada, em quebra do dever de fidelidade, mantém vida concubinária com terceira pessoa.

2 - Estrito: a significar a união entre duas pessoas, solteiras, viúvas, separadas ou divorciadas, com a presença de um requisito fundamental: a lealdade concubinária.

É neste último sentido que definiremos o concubinato, pois o primeiro sentido deve ser repelido pelo direito.

Assim, o concubinato pode ser conceituado como "a união estável entre um homem e uma mulher, sem vínculo matrimonial e com lealdade recíproca".

2 - Elementos

2.1 - Como se nota, não falamos em união estável sob um mesmo teto, em convivência "more uxorio", porque a Súmula nº 382 do Supremo Tribunal Federal diz que "A vida em comum sob o mesmo teto, "more uxorio", não é indispensável à caracterização do concubinato", e realmente não o é, pois que a mulher pode perfeitamente depender economicamente do homem, vivendo em casas separadas, ou, então, nesta situação de domicílios diversos, formar com o concubino uma sociedade de fato, o que é reflexo da evolução social. A mulher é hoje cada vez mais autônoma, mais livre e economicamente independente.

2.2 - A união estável, evidentemente, pressupõe a notoriedade, porque o relacionamento secreto, clandestino, com o cultivo apenas de relações sexuais, não pode ter estabilidade e ser entendido como concubinato.

2.3 - A ausência de vínculo matrimonial das pessoas envolvidas na relação concubinária, em nosso modo de ver, é condição para a existência de concubinato, muito embora existam alguns julgados que atribuem efeitos ao concubinato que concorre com o casamento, denominado adulterino, ou com outro concubinato, sendo desleal.

Como decidiu a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, "o concubinato pode produzir efeitos patrimoniais, não com base no direito de família, mas,

sim, com fundamento no direito das obrigações", em razão do que foram atribuídos efeitos patrimoniais ao concubinato impuro, com a partilha do patrimônio (RTJ 113/1307).

No mesmo sentido, decidiu a 1ª Câmara Civil do TJSP, ao atribuir à concubina 20% do patrimônio que ajudou a formar, em nome do falecido concubino, que era casado (Tribuna da Justiça, 9/04/1980).

No entanto, a jurisprudência ainda dominante inclina-se pela negação de efeitos ao concubinato impuro, sob o fundamento de que a Justiça não pode atribuir efeitos jurídicos de natureza patrimonial ao adultério (2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, RTJ 75/965; Supremo Tribunal Federal, Pleno, RTJ 120/758); também negando efeitos ao concubinato desleal, assim chamado aquele que concorre com outro concubinato, há decisões fundadas no fato de que "mantendo o concubino mais de um concubinato, só um deles pode dar origem à sociedade de fato, sendo o outro fator econômico de despesas, e não de enriquecimento" (8ª Câmara Civil do TJRJ, RT 585/166).

Em nosso modo de ver, a matéria do concubinato deve ser tratada como matéria de Direito de Família e não de Direito das Obrigações, inclusive por acatamento ao princípio constitucional, contido no art. 226, parágrafo 3º, segundo o qual o concubinato é uma entidade familiar, razão pela qual o concubinato impuro não pode gerar efeitos, salientando-se que as decisões citadas, que lhe atribuíram efeitos, são anteriores à promulgação da Constituição Federal, que ocorreu em 1988.

2.4 - Quanto à lealdade concubinária, preferimos esta denominação àquela de fidelidade, porque a fidelidade é dever jurídico, pertinente ao casamento, cujo descumprimento importa em adultério e dá causa à separação judicial litigiosa, com conseqüências que punem o culpado, como a perda do direito alimentar.

No concubinato existe um dever moral, de lealdade, que embora contenha a fidelidade, cuja quebra pode acarretar a desunião entre os concubinos, não trará a possibilidade de aplicação de qualquer sanção ao inadimplente.

Como decidiu a 4ª Câmara Civil do TJSP, no acórdão publicado na RJTJSP 126/105, a ação ordinária de dissolução do concubinato que objetiva decretar a culpa da concubina, por atos atentatórios à honra do concubino, relacionando-se com outro homem, não pode prosperar, sendo a carência da ação manifesta.

2.5 - Não falamos em "affectio societatis", no conceito dado, porque a afeição social é elemento essencial da sociedade de fato oriunda do concubinato, e não do concubinato em si.

III - Sociedade de Fato entre Concubinos

1 - Evolução

Antes de analisar detidamente a sociedade de fato entre concubinos, focalizaremos, rapidamente, a evolução dessa matéria.

O Código Civil ignorou a família de fato e as raras menções que faz ao concubinato têm em vista proteger a família oriunda do casamento.

Temos, no entanto, que o Código Civil não condenou o concubinato puro, de acordo com o conceito antes dado, mas, outrossim, reprovou a concubinagem adulterina, que concorre com o casamento, estabelecendo, por exemplo, a possibilidade de anulação de doações do cônjuge adúltero ao seu cúmplice, ou de outra forma de transferência patrimonial para ele (art. 248, IV e 1177 - Código Civil) e estatuindo que não pode ser nomeada herdeira ou legatária a concubina do testador casado (art. 1719, III - Código Civil).

A grande evolução legal e jurisprudencial ocorrida no âmbito previdenciário, tornou a concubina beneficiária da legislação social e previdenciária, no campo dos acidentes do trabalho, atribuiu à concubina direito à indenização por morte do amásio, e na Lei dos Registros Públicos, possibilitou a adoção pela concubina do patronímico de seu companheiro. (v. R. Limongi França: "Concubinato e Previdência Social" e Mário Moacyr Porto: "O Concubinato e seus efeitos patrimoniais", "in" "Família e Casamento", Coord. de Yussef Said Cahali, São Paulo, Saraiva, 1988, págs. 597-614 e 395-403, respectivamente).

No que toca aos efeitos patrimoniais oriundos da dissolução do concubinato, a situação normalmente apresentada é a do rompimento do concubinato por: - decisão unilateral do concubino de abandonar a concubina, - decisão bilateral dos concubinos de se separarem e - morte do amásio; sendo que, em todas essas hipóteses, uma extrema injustiça pode vir a ocorrer, quando os bens resultantes do esforço comum são adquiridos em nome do varão, ficando a concubina desamparada na dissolução do concubinato.

Essa situação chamou a atenção de nossos tribunais, pois o fato de o varão guardar todo o patrimônio traduz-se em enriquecimento ilícito, que é condenado pelo direito (v. Silvio Rodrigues: "Curso de Direito Civil", 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 1984, v. VI, pág. 270).

Visando remediar a injustiça, foram apresentadas duas soluções: - uma que atribui à concubina direito à indenização pelos serviços prestados; e outra que confere à concubina direito à participação no patrimônio adquirido pelo esforço comum, em razão da existência de sociedade de fato entre os concubinos.

A Jurisprudência passou a ser torrencial no sentido de admitir uma sociedade de fato entre os concubinos, até que foi editada a Súmula nº 380, pelo Supremo Tribunal Federal, segundo a qual "Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum".

2 - Conceito

Conceituamos a sociedade de fato entre os concubinos como "a união estável entre um homem e uma mulher, sem vínculo matrimonial, com lealdade recíproca e ânimo societário, ou seja, com combinação de esforços materiais (capital) e/ou pessoais (trabalho), para a consecução de fins comuns".

3 - Elementos

3.1 - Sociedade de fato. A sociedade é de fato quando, nos moldes do art. 1363 do Código Civil, duas pessoas se unem e mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns, mas não realizam o respectivo registro, podendo o contrato ser verbal ou escrito, nos termos do art. 1366 do Código Civil.

Elemento fundamental em toda e qualquer sociedade é a "affectio societatis", o ânimo societário, a junção ou combinação de esforços materiais e/ou pessoais para a obtenção de um fim comum, e muito se indagou sobre a sua existência no concubinato.

Realmente, ao estabelecer-se a união entre os concubinos, o que prevalece é o amor e não o propósito de lucro, porém, com o passar do tempo, os interesses passam a ser comuns, instalando-se o ânimo societário ou "affectio societatis", isto é, a reunião de esforços para a formação de um patrimônio comum (v. Silvio Rodrigues, ob. citada, pág. 273).

3.2 - Acréscimo patrimonial. É indispensável, para a aplicação da Súmula 380, um aumento patrimonial ou a obtenção de bens inexistentes à época da união.

Assim, se todo o patrimônio do concubino foi adquirido anteriormente à união, não pode a companheira exigir participação no mesmo, porque ele não houve acréscimo patrimonial.

3.3 - Esforço comum. Aqui reside a maior dificuldade de interpretação, sendo a jurisprudência pátria vacilante.

Duas teses existem sobre a matéria: 1ª - a concubina só tem direito à participação no patrimônio se concorreu com seu esforço pessoal na atividade lucrativa do companheiro, ajudando-o, por exemplo, no balcão de sua loja ou padaria, em seu consultório ou escritório, em sua fábrica, ou oferecendo-lhe recursos materiais; 2ª - concorre para a formação do patrimônio a concubina que se dedica à administração do lar, oferecendo ao concubino tranqüilidade e estabilidade, criando e educando os filhos comuns.

Pensamos que não se deve assumir posição radical, frente às duas teses, havendo casos em que a atividade doméstica da concubina concorre para o enriquecimento do companheiro, como quando o casal tem atividade social intensa, de onde deriva aumento da clientela do concubino ou progresso considerável em seus negócios. Porém, situações há em que a concubina tem somente afazeres domésticos, que em nada concorrem para o enriquecimento patrimonial do concubino, hipóteses nas quais ela só teria direito a uma remuneração pelos serviços prestados.

Citamos, a propósito, acórdão proferido pela 4ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, "in" RT 517/68, no qual a atividade meramente social da concubina não foi tida como suficiente para dar-lhe direito a parte do patrimônio do companheiro, que, com seu trabalho, como cirurgião plástico, conseguira amealhar.

Acentuamos que a relação concubinária não pode equiparar-se ao casamento celebrado sob o regime legal, da comunhão parcial de bens, de forma que a pura e simples lide doméstica da concubina não lhe deve atribuir participação no patrimônio do companheiro, como decidiu o 1º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça de São Paulo, em acórdão publicado na RT 509/74.

Por outro lado, muito interessante é o pensamento refletido no acórdão proferido pelo 1º Grupo de Câmaras Cíveis do TJRJ, publicado na RT 552/219, segundo o qual, na classe operária, urbana e rural, há presunção "juris tantum" de esforço comum, que não ocorre na classe média e na alta, onde a partilha dos bens depende de prova da contribuição efetiva dos concubinos.

3.4 - Partilha do patrimônio. Os bens obtidos pelo esforço comum devem ser partilhados meio a meio ou de acordo com o esforço empregado pelos concubinos?

Também neste ponto existem duas correntes de pensamento.

Há uma tese pela qual o patrimônio deve ser repartido igualitariamente, fundada na realidade brasileira, na qual o concubinato envolve somatório de esforços pessoais e, por vezes, materiais, cabendo a presunção do esforço comum e a partilha dos bens em partes iguais (RJTJESP 23/98 e 118/375).

E outra que prefere que a divisão do patrimônio seja feita de acordo com o esforço empregado em sua formação. Os seguidores desta corrente acreditam que cabe ao Juiz analisar a participação de cada um dos concubinos na obtenção dos bens e fixar as respectivas quotas (RT 613/94).

Exemplifica-se, na defesa desta última tese, com o concubinato formado por um médico talentoso, que obtém inúmeros bens, ajudado pela concubina que o auxilia em casa, na vida social e, mesmo, profissional, ocorrendo, portanto, conjugação de esforços, porém com a colaboração principalmente do concubino. Há também o exemplo do homem, já rico, que aumenta ainda mais seu patrimônio durante a união concubinária, com alguma colaboração da companheira (cf. Silvio Rodrigues, ob. citada, págs. 274/275).

Achamos que, nos dois exemplos apresentados, deveria a concubina ter direito a uma quota do patrimônio, condizente com sua participação, e não haver a partilha dos bens de maneira igualitária.

3.5 - Reciprocidade. Em nosso entender, deve sempre ser reconhecida a reciprocidade entre os concubinos, em matéria de efeitos patrimoniais, na dissolução da sociedade de fato.

Assim, é inaceitável que o concubino, ao contribuir para a aquisição dos bens, em nome da companheira, tenha, por presunção, realizado doação, como chegou a decidir a 1ª Câmara Civil do TJRS, em acórdão publicado na RJTJRS 112/429.

Asseveramos que a Súmula 380 aplica-se a ambos os concubinos, e a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso I, estabeleceu plena igualdade entre os sexos.

Além disso, a doação, nos moldes do art. 1168 do Código Civil, exige a forma escrita, desde que seu objeto não seja bem móvel de pequeno valor.

IV - Competência

Em termos de competência, a idéia de que entidade familiar não se confunde com família, infelizmente, prevaleceu em nossos Tribunais.

Assim, a competência para o julgamento das ações dissolutórias de sociedade de fato, em concubinato, permaneceu nas Varas Cíveis, principalmente sob o fundamento de que questões envolvendo concubinato não podem ser alçadas a questões de "estado", inexistindo o estado civil de concubino, como decidiu a Câmara Especial do TJSP, em 08/06/89, no acórdão publicado na RT 647/60.

Cabe salientar, como tivemos oportunidade de fazer em tese apresentada à Universidade de São Paulo, intitulada "Dever de Assistência Imaterial entre Cônjuges", que a norma constante do art. 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal, tem reflexos relevantes no âmbito do Direito de Família, inclusive a exigir a modificação do art. 229 do Código Civil, para o fim de estabelecer-se que o casamento dá origem à família, sem que se fale em sua legitimidade ("Dever de Assistência Imaterial entre Cônjuges", Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990, pág. 219).

Isso porque, enquanto a Constituição Federal anterior estatuía, no art. 175, que "A família é constituída pelo casamento...", o art. 226, "caput", da atual Carta Magna, estabelece que "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado", seus parágrafos 1º e 2º tratam do "casamento civil" e "religioso", e seu parágrafo 3º dispõe que "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar..."

Dessa forma, a Constituição Federal, em nosso modo de ver, exige que o concubinato seja tratado como matéria de Direito de Família, como forma de família, que é considerado.

V - Direito Projetado

A primeira edição do Anteprojeto do Código Civil, de 1972, inserira no quadro do Direito de Família um título denominado "Das Relações Patrimoniais entre os Concubinos", dispondo no art. 1989 que "Após cinco anos de vida em comum, como se fossem marido e mulher, presumem-se ser de ambos os concubinos os bens adquiridos a partir da coabitação, ainda que figurem em nome de um só deles".

Essa norma projetada contém aspectos de grande importância, pois presume a meação na aquisição do patrimônio somente nas ligações sérias e respeitáveis,

sendo essa presunção "juris tantum"; e nas uniões passageiras, embora sem tal presunção, não é descartada a possibilidade de prova do esforço comum na formação do patrimônio.

No entanto, em edições posteriores do referido anteprojeto, como na publicada em 1975, sob a forma de Projeto de lei (nº 634/75), foi abolido aquele dispositivo, sob a justificativa de que o tratamento da matéria do concubinato concerne à legislação ordinária específica, na qual é possibilitada a abordagem de outros aspectos da questão.

No esboço de projeto de lei elaborado por Álvaro Villaça Azevedo, encontra-se sugestão de que no concubinato puro, com duração superior a cinco anos, os bens móveis e imóveis, adquiridos em sua constância e a título oneroso, passem a pertencer aos dois concubinos, em condomínio e partes iguais, se não houver estipulação expressa em contrário (ob. citada, págs. 280 e 281).

A sugestão apresentada pelo Prof. Álvaro Villaça Azevedo, como se vê, baseia-se na existência ou não de estipulação contratual acerca dos efeitos do concubinato, e, em nosso entender, merece ser considerada em legislação sobre a matéria.

O recente projeto de lei nº 1815, de 1991, do Senado Federal, em seu art. 3º, propõe norma pela qual a união entre um homem e uma mulher, como se fossem casados, com duração de cinco anos, ou dois anos quando dissolvida pela morte, ou por qualquer lapso temporal se houver prole, deve acarretar a presunção de que o patrimônio obtido, desde a coabitação, pertence a ambos, em partes iguais.

Como se percebe, esse projeto seguiu as diretrizes constantes do anteprojeto do Código Civil de 1972, antes citado, porém diminuiu, na produção de efeitos, o período de duração do concubinato, em caso de morte, e eliminou esse período se houver filhos, o que, em nossa opinião, não se justifica, pois equivale a equiparar, mediante a existência de prole, o concubinato à sociedade conjugal, com regime de bens da comunhão parcial.

VI - CONCLUSÃO

Como se viu, tem a Jurisprudência exercido, com base na doutrina, relevante papel na evolução da matéria.

Porém, a família de fato ou união estável permanece, de certa forma, insegura, por falta de posicionamento legislativo, que é imprescindível para o fim de os conviventes de fato assegurarem-se de seus direitos e de suas responsabilidades, afastando-se, por completo, a injustiça do enriquecimento ilícito, e conduzindo-se, definitivamente, a matéria do concubinato à regulamentação e tutela do Direito de Família.

Sem o propósito de esgotar tema tão rico e apaixonante, aqui deixamos a nossa colaboração para o seu estudo e desenvolvimento.

NOTAS:

AZEVEDO, Álvaro Villaça: "Do Concubinato ao Casamento de Fato", Belém, CEJUP, 1986;

FRANÇA, R. Limongi: - "Direito do Concubinato - I" "in" Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 26/437-442;

---- "Concubinato e Previdência Social", "in" "Família e Casamento", Coord. de Yussef Said Cahali, São Paulo, Saraiva, 1988, págs. 597-614;

PORTO, Mário Moacyr: "O Concubinato e seus Efeitos Patrimoniais", "in" "Família e Casamento", Coord. de Yussef Said Cahali, São Paulo, Saraiva, 1988, págs. 395-403;

RODRIGUES, Silvio: "Curso de Direito Civil", 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 1984, v. VI.

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos: "Dever de Assistência Imaterial entre Cônjuges", Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990.