

CONSEQUÊNCIAS PATRIMONIAIS DO CONCUBINATO ADULTERINO

Ao se tratar de um tema tão delicado que é o concubinato, é mister conceituar concubinato adúltero, pois não podemos confundir-lo com a União Estável, abraçada pela Constituição da República.

13 de Setembro de 2002
Cristiane Trani Gomes

Portanto, deve-se ter sempre em mente que o concubinato adúltero, concubinato impuro ou mesmo apenas concubinato é a relação duradoura entre homem e mulher, sendo que pelo menos um deles tenha qualquer impedimento jurídico para a constituição de um vínculo matrimonial. A relação é estável, apesar de ser adúltero.

Na visão de Edgard de Moura Bittencourt,

"O adultério tem escalas. Seus reflexos no concubinato são, pois, extraordinariamente variados. Adulterinidade de ambos os concubinos ou de um só; a preexistência ao casamento de um dos concubinos com terceira pessoa; a culpa dos dois ou de um só; a boa-fé por parte de um deles como o caso de fraude, ou sedução; a ignorância do casamento preexistente; a boa ou má-fé com que terceiros contratam com um deles, e muitos outros matizes que o fato apresenta, tudo isso pode alterar a consequência jurídica de cada espécie analisada.

Nessa escala, a culpa de um dos concubinos e a concorrência de culpa obrigam a muita distinção."

A abordagem do assunto em pauta torna necessária a prévia leitura de determinados dispositivos do Código Civil brasileiro em vigor. Entre eles, os seguintes:

"Art. 178. Prescreve:

.....
§ 7º. Em 2 (dois) anos:

.....
VI - (art. 1.177) A ação do cônjuge ou seus herdeiros necessários para anular a doação feita pelo cônjuge adúltero ao seu cúmplice; contado o prazo da dissolução da sociedade conjugal.

Art. 183. Não podem casar (arts. 207 e 209):

.....
VII - O cônjuge adúltero com o seu co-réu, por tal condenado.

Art. 248. A mulher casada pode livremente:

.....
IV - Reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo marido à concubina (art. 1.177).

Art. 1.177. A doação feita pelo cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou seus herdeiros necessários, até 2 (dois) anos depois de dissolvida a sociedade conjugal (arts. 178, § 7º, VI e 248, IV).

Art. 1.474. Não se pode instituir beneficiário pessoa que for legalmente inibida de receber a doação do segurado.

Art. 1.719. Não podem também ser nomeados herdeiros, nem legatários:

.....
III - A Concubina do testador casado. "

O Código Penal condena a prática do adultério em seu art. 240. Tal dispositivo, contudo, nunca surtiu grandes efeitos. O que comprova tal fato é que há projeto de lei em curso para revogar este artigo. O adultério não deve ser mais tipificado como crime, permanecendo apenas na esfera civil, a fim de ser apresentado como causa de separação judicial (art. 5º, Lei n.º 6.515/77).

"Art. 240. Cometer adultério:

Pena - detenção, de quinze dias a seis meses.

§ 1º - incorre na mesma pena o co-réu."

Diversas são as correntes que cuidam do assunto em análise. Em alguns casos, as opiniões chegam a ser conflitantes. A resistência de determinados autores consiste em reconhecer que, além da união estável, o concubinato também venha a auferir efeitos patrimoniais.

O cerne da problemática em questão está em se atribuir, ou não, efeitos patrimoniais ao concubinato, devido ao fato de que vários dos estudiosos do tema afirmam, com veemência, que a lei apenas reconhece a união estável e que os efeitos patrimoniais diriam respeito apenas a esse instituto. Em outras palavras: sob esse ângulo de visão, somente a união estável, que se dá entre pessoas solteiras, viúvas, divorciadas ou separadas, geraria efeitos patrimoniais.

Deve-se ficar bem claro a diferença entre o concubinato adúlterino e a relação fortuita, com apenas o ânimo de *pretium carnis*, sem vislumbrar a constituição de uma família paralela ao casamento. Pois sendo curta e mesmo passageira a duração destes encontros, não há tempo suficiente para formar um patrimônio em comum que possa produzir efeitos jurídicos. Por isso, exclui-se tal possibilidade neste tipo de relacionamento. Não por ser adúlterino, mas pelo lapso temporal e a esporadicidade do fato.

Rodrigo da Cunha Pereira, em seu livro *Concubinato e União Estável*, afirma que:

"Mesmo que a relação com a 'outra' se assemelhe ao concubinato e constitua, em alguns casos, uma sociedade de fato, passível de partilhamento dos bens adquiridos pelo esforço comum, não se pode identificá-la ao concubinato no moderno sentido da expressão. Em outras palavras, o direito não protege o concubinato adúlterino. A amante, a amásia, ou qualquer nomeação que se dê à pessoa que, paralelamente ao vínculo do casamento, mantém uma outra relação, uma segunda ou terceira... ela será sempre a outra, ou o outro, que não tem lugar em uma sociedade monogâmica. ... É impossível ao Direito proteger as duas situações concomitantemente, sob pena de se destruir toda a lógica do nosso ordenamento jurídico. Em síntese, a proteção do Estado às relações concubinárias, como entidade familiar, é somente aquelas não-adúlteras."

H. da Silva Lima, sobre a posição da mulher concubina, ponderava que:

"A mulher torna-se concubina, não porque seja imoral, mas porque é um ser humano dotado dessas mesmas exigências morais e materiais que a vida tem aumentado, não podendo fugir ao drama da sua geração e de seu mundo. O direito não pode ser insensível a fatos dessa ordem, de extrema repercussão social, bastando considerar que o concubinato, muitas vezes, desvia o homem, a mulher e a criança dos caminhos malsãos a que o abandono e a solidão os poderiam atrair, criando a família, a paz individual e social, a felicidade e a harmonia mesmo fora das convenções. Repugna admitir que muitas dessas mulheres que se tornaram o centro da vida doméstica, o elemento básico de geração de filhos, de sua criação e educação, e fato principal de coesão familiar, companheira do homem na sua luta pela vida, incentivando-o e tantas vezes levantando-o e restituindo-o, moral e fisicamente válido à sociedade, não tenha uma criatura dessas direito algum; que a sociedade dela receba tudo e não lhe dê coisa alguma."

Com este ponto de vista, frisou Adahil Lourenço Dias que:

"Não há qualquer preceito de lei proibindo a união de concubinários. Se a Constituição assegura à família, constituída pelo casamento indissolúvel, proteção especial do Estado, não se quer dizer, com isso, que a união livre seja proibida ou condenada. Contrariamente, à companhia asseguram as leis de acidente de trabalho, de previdência social, de danos em ferrovias e transportes, indenização, inclusive pela morte do companheiro. Não é propriamente a relação pura e simples de concubinato ou comércio sexual, *pretium carnis*, que se leva em conta, porque 'do ilícito, do imoral, não cuida o magistrado, senão para prescrever e punir' (VILLAS BOAS, in *Diário de Belo Horizonte*, de 29.09.45). Absolutamente. O que se tem em mira é o lucro usufruído da atividade, da barregã, que lhe enriqueceu o patrimônio. Quando moça, forte, esperançosa e cheia de vida, serviu-lhe, desdobrou-se em atividade, tirou ao companheiro todo o sacrifício em acudir os problemas do lar. E, quando velha, doente, enfraquecida, pelos anos de trabalho estafantes, é atirada à rua da amargura, sem teto, sem saúde, desiludida e empobrecida. Há alguma lógica nisso?"

Nos ensina Basílio de Oliveira em seu livro *O Concubinato e a Constituição Atual - Doutrina e Jurisprudência*:

"No plano doutrinário e jurisprudencial, o concubinato produz classicamente dois efeitos jurídicos essenciais: positivos e negativos. Os efeitos jurídicos positivos do concubinato são os que resultam em favor de quem os invoca como fato gerador de direito. Já os efeitos negativos são aqueles que

extinguem ou modificam um direito já existente, ou que importam em sanções contra um ou ambos os concubinos."

Dentre os efeitos jurídicos positivos do concubinato vale ressaltar a proteção da prole, com o reconhecimento dos filhos e dos direitos e deveres decorrentes do pátrio poder.

De acordo com o Código Civil brasileiro, o concubinato produz efeitos jurídicos negativos sendo aqueles artigos supra citados.

Basílio de Oliveira analisa esta questão:

"A regra do inciso III do art. 1.719 do CC, vedando a nomeação da concubina como herdeira ou legatária do testador casado, a nosso ver, acha-se derogada pelo novo ordenamento jurídico constitucional. Ora, a entidade familiar instituída pelo §3º do art. 226 da Constituição de 1988 não está restrita apenas à união estável do homem e da mulher sem impedimento para contraírem casamento. O concubinato adúltero, desde que revestido dos requisitos que caracterizam a união estável, acha-se também abrangido pela norma paritária, merecendo a proteção do Estado. ... A vedação da lei civil somente deve remanescer, segundo a melhor interpretação da hermenêutica jurídica, para os casos de mera mancebia do homem casado, ou ligações para fins sexuais, caso em que se justifica a proibição, porquanto a contemplação equivaleria ao pretium carnis, e dado ao caráter ilícito de tais relações adúlteras."

"Em verdade, o nosso direito positivo nunca primou pela proteção aos direitos dos concubinos. O nosso estatuto civil, em regra, os discriminava, até o advento da nova Constituição, porque colidiria com o interesse maior de privilegiar filhos ilegítimos (adúlteros e incestuosos), na constância da sociedade conjugal, hoje banida pela Carta de 1988. Os arts. 1474 e 1177 do Código são outros exemplos."

Os efeitos patrimoniais com relação aos integrantes da relação concubinária consistem em equiparar o concubinato às sociedades de fato, ou seja, àquelas sociedades formadas do acordo entre pessoas, para exploração de negócios de interesse comum, sem atender às formalidades legais.

Dessa forma, os concubinos se valem das regras do Direito das Obrigações e do Direito Comercial e não das normas do Direito de Família.

Quando algum dos integrantes da relação concubinária demonstra a colaboração direta de ambos como sendo o fator que possibilitou o aumento patrimonial, o problema se torna mais fácil de ser solucionado com a equiparação à sociedade de fato. No caso do esforço comum não ter ocorrido de modo direto, porém, de forma indireta, o que ocorre na maior parte dos casos com a mulher, se a mesma provar que o aumento patrimonial só ocorreu com base no suporte doméstico prestado por ela, podendo exigir indenização por serviços prestados durante o tempo da vigência da relação.

Ao final da relação os concubinos podem se valer da ação de dissolução de sociedade de fato.

"O maior volume de problemas", de acordo com Sílvio de Salvo Venosa em sua obra Direito Civil - Direito de Família, "surge quando se desfaz concubinato com existência paralela de casamento. Nesse caso, as discussões serão profundas acerca de atribuição do patrimônio. Temos que definir duas massas patrimoniais, a meação, atribuível ao companheiro(a) e atribuível ao esposo(a). Em princípio, caberá dividir o patrimônio com base no esforço comum desse triângulo, o que nem sempre será fácil de estabelecer na prática. ..."

Grande parte dos doutrinadores deixa claro que a legislação vem conferir tutela apenas à união estável, em detrimento do concubinato, como se pode auferir da leitura dos trechos transplantados a seguir: "A legislação especial, a jurisprudência e a norma constitucional, quando desenvolvem tutela, em torno do concubinato, têm em vista o denominado concubinato qualificado ou próprio."

É de ver-se que a união estável "deve merecer, por parte do Estado, completa proteção e regulamentação legal; já o concubinato impuro ou concubinagem não deve merecer qualquer apoio dos órgãos públicos e, mesmo da sociedade. Entendemos ainda, que deste não deve surtir qualquer efeito, a não ser ao concubino de boa-fé, como acontece, analogamente, com o casamento putativo."

De fato, as Leis n.º 8971/94 e 9278/96, bem como o dispositivo art. 226, § 3º da Constituição, tem em vista apenas a união estável.

Acontece, porém, que ignorar os efeitos patrimoniais do concubinato, não o equiparando a uma sociedade de fato, desde que esteja presente o esforço comum, ou seja, a colaboração dos dois concubinos para o aumento patrimonial, seria locupletar um dos concubinos em desfavor do outro. Seria dar ganho de causa ao enriquecimento ilícito ou sem causa.

Para assegurar o descrito acima, as Súmulas n.º 380 e 382 do Supremo Tribunal Federal, amparam essa questão, aplicando-se ao concubinato. A Súmula n. 380, assim dispõe: "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."

Por sua vez, a Súmula n.382 afirma "A vida em comum sob o mesmo teto more uxorio não é indispensável à caracterização do concubinato".

Os Tribunais, modernamente, têm se baseado na atribuição dessas súmulas do Supremo Tribunal Federal ao concubinato. Isso pode ser comprovado pelas rápidas exposições de julgados que passa-se a expor, a fim de ressaltar a posição jurisprudencial com relação ao assunto.

"Concubinato - Sociedade de fato - Regência pelo Direito das obrigações - Inexistência de óbice a que o homem casado, além da sociedade conjugal, mantenha outra de fato ou de direito com terceiro - Direito da concubina à parcela, patrimonial com a qual contribuiu para constituição ou crescimento do patrimônio - Inexistência de pretensa dupla meação.

Ementa: 'A sociedade de fato mantida com a concubina rege-se pelo direito das obrigações e não pelo direito de família. Inexiste impedimento a que o homem casado, além da sociedade conjugal, mantenha outra, de fato ou de direito, com terceiro. Não há de se cogitar de pretensa dupla meação. A censurabilidade do adultério não haverá de conduzir a que se locuplete, com o esforço alheio, exatamente aquele que o pratica'.

Vale lembrar que a jurisprudência mencionada acima descreve a equiparação da relação concubinária a uma sociedade de fato, devendo ser regida pelo Direito das Obrigações e não pelo Direito de Família. Isso demonstra que o que não pode é haver o enriquecimento ilícito de um dos concubinos em detrimento do outro, se houve o esforço comum seja ele direto ou indireto.

Faz-se mister, uma profunda e cuidadosa análise dos fatos. Mesmo que a relação seja entre pessoas impedidas de se casar, pode haver o esforço comum desde longa data que tenha propiciado aumento ou aquisição patrimonial.

"Concubinato - Sociedade fato - Morte do concubino - Meação pretendida pela concubina - Necessidade da prova de que esta contribuiu com capital ou trabalho para aquisição dos bens."

No mencionado julgado acima, a Câmara julgadora mostrou-se favorável à divisão do patrimônio adquirido durante a relação, em virtude de esforço comum. A requerente apenas não alcançou êxito em seu pedido, por não ter provado sua participação na aquisição ou acréscimo do patrimônio comum.

"A mais alta Corte de Justiça do país, através da Súmula n. 380, já tem o ponto de vista tranqüilo de que, comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial com partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum."

"Procede a ação de concubina para ver meação dos bens deixados pelo companheiro falecido, uma vez que ela demonstre que a aquisição dos bens resultou do esforço comum dos concubinos."

É memorável o voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar (relator) nessa outra jurisprudência analisada: "A jurisprudência desta 4ªT. tem, reiteradamente, reconhecido à concubina, que nessa condição tenha prestado serviços em favor da entidade familiar, ainda que de natureza doméstica, e assim contribuído com seu esforço e efetiva colaboração para formação do patrimônio comum, o direito a uma parcela desse patrimônio. Os cuidados que a mulher dispensa para com a casa, o desvelo com os filhos, quando

existentes, o amparo psicológico e afetivo entre os companheiros, propiciando um ambiente favorável para a vivência social e profissional, tudo deve ser considerado como fator determinante da existência dos laços familiares e, inclusive, para a formação de um patrimônio economicamente apreciável ainda que a contribuição da mulher não tenha sido através de aportes de recursos ou de trabalho profissional desenvolvido diretamente na atividade desempenhada pelo companheiro."

"Concubinato - Concubina que prestou trabalhos profissionais em prol do companheiro - Reconhecido o seu direito em receber o seu quinhão sobre o patrimônio adquirido pelo 'de cujus', para o qual ela efetivamente contribuiu."

"Concubina - Convívio por três anos - Indenização por serviços domésticos - Ação Procedente"

É de extrema importância ressaltar a inovação trazida pela situação fática abaixo, em que há o reconhecimento de doações feitas à concubina, com caráter indenizatório, tendo em vista a tolerância da situação concubinária, por parte do cônjuge traído.

"Concubinato - Doações feitas pelo cônjuge adúltero à concubina - Inaplicabilidade das proibições previstas nos arts. 248, IV, 1177, 1474 e 1.719, III, do Código Civil, se a mulher do doador tolerou, por anos, a situação dúplice".

Neste julgado, a esposa ajuizou ação de anulação de doações cumulada com reivindicação e perdas e danos contra o marido. A autora alegou que teve ciência de que seu marido dilapidara parte do patrimônio conjugal, em decorrência das doações feitas à sua concubina.

Ocorre que os julgadores entenderam que a autora não suportou nenhum prejuízo material relevante, visto que apenas recentemente veio intentar a presente ação, após muitos anos passados entre a relação extraconjugal de seu marido. O entendimento nesse caso foi de que as doações se revestiram de um caráter remuneratório.

A autora, que é casada pelo regime de comunhão universal de bens, pelo que os bens do casal são sempre comuns, não foi feliz em sua pretensão e a legislação pátria referente à doação de homem casado à concubina, não foram aplicados. A ementa do caso em discussão vale ser destacada.

"Se a mulher do cônjuge adúltero tolerou, durante anos, a situação dúplice e as doações feitas à concubina, não há que se invocar as regras dos arts. 248, IV, 1177, 1.474 e 1.719, III, do Código Civil, para anular tais doações, pois a sua tolerância fez desaparecer qualquer vício."

A ação foi julgada improcedente e a demandante foi condenada ao pagamento de custas e honorários. A jurisprudência tem demonstrado a tendência de reconhecer direitos à concubina no caso de concorrerem concomitantemente à herança o concubino e o cônjuge sobrevivente na morte do concubino casado.

"Concubinato - Partilha de bens. Concubino casado. O fato de ser o concubino casado com outra mulher, não elimina o direito da companheira de receber, depois do falecimento dele, parte do patrimônio que ajudou a formar. Precedentes deste tribunal. Recurso provido"

"Inventário - reserva de bens - meação - pretensão de ex-concubina em ação de reconhecimento do concubinato e partilha - admissibilidade - alegação verosimilhante - tutela antecipada - natureza adúltera da relação e contribuição indireta da companheira - irrelevância - improvimento ao agravo de instrumento - aplicação do art.273, caput, e inciso I, do Código de Processo Civil, e da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal. Pode ser concedida, a título de antecipada de tutela, e ação declaratória da existência de concubinato, cumulada com pedido de partilha, a reserva de bens capazes de garantir, no inventário, o alegado direito de meação da ex-concubina de de cujus, ainda que esse fosse casado e essa não trabalhasse fora."

Sob a ótica de Edgard de Moura Bittencourt, em sua obra que cuida do concubinato, "Diversos arestos dos tribunais brasileiros apóiam a tese de que o concubinato adúlterino não exclui, a priori, a possibilidade de vir a mulher a demandar seus direitos. A legitimidade ad causam lhe é reconhecida. Assim também a legitimidade ad processum."

Como podemos verificar no julgado abaixo.

"Ação contra homem casado. Por ser casado, o concubino, não exclui, a priori, a possibilidade de vir a concubina demandar seus direitos. É sabido que o concubinato é uma situação de fato que demanda prova para que decorram efeitos jurídicos. E tal prova há de ser a mais ampla e ilimitada, a partir da prova escrita até indícios, presunções e circunstâncias, passando, quase que obrigatoriamente, pela prova testemunhal - o que exige instrução em audiência".

E até o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 42, prescreve que as pessoas podem fazer adoção independentemente de estado civil. No parágrafo segundo, estabelece que a adoção poderá ser formalizada desde que um dos concubinos tenha completado 21 anos de idade.

Com o advento da Constituição de 1988, inovando através de seus princípios, são tidos como pacíficos e incontroversos, no âmbito doutrinário e jurisprudencial, os seguintes direitos dos concubinos no concubinato adulterino:

- a) pelo fato de ser adulterina, a relação não pode nem deve beneficiar um concubino em prejuízo do outro;
- b) mais imoral do que o adultério é o locupletamento ilícito do homem(ou mulher) e/ou dos seus filhos havidos com a esposa(marido) legítima(o), em prejuízo da concubina(o);
- c) parte do patrimônio arrolado como bens do casal separado, pode ser reivindicado pela(o) concubina(o), através da partilha, provado que concorreu com seu esforço para a sua formação ao longo da sociedade de fato;
- d) a mulher casada e amasiada pode ser dispensada da outorga marital para pleitear direito à sua meação nos bens do concubino;
- e) reconhecimento à concubina o direito de ação de indenização contra o amásio casado, pelos serviços prestados;

Nota-se, portanto, que a legislação e a jurisprudência brasileiras atuam no sentido de se atribuir à relação concubinária a equiparação à sociedade de fato, acarretando a conseqüente divisão dos bens adquiridos, com base no esforço comum, de ambos os concubinos, durante a vigência da relação, como repúdio ao enriquecimento ilícito. Ou, ainda, conferir indenização por serviços prestados quando a contribuição não se dá de forma direta, mas, sob a forma de suporte doméstico, desde que haja a devida comprovação do mesmo.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Do concubinato ao casamento de fato. 2. ed., Belém: CEJUP, 1987, v. 2.
- BITTENCOURT, Edgard de Moura. Concubinato. 2. ed., São Paulo: Leud, 1980.
- DIAS, Adahil Lourenço. A Concubina e o Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961.
- OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. O Concubinato e a Constituição Atual - Doutrina e Jurisprudência. 3ª ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1993.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Concubinato e união estável. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil - Direito de Família. São Paulo: Atlas, 2001.
- VIANA, Marco Aurelio S. Curso de Direito Civil. 1 ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1993.