



P A R E C E R E S

DIREITO DA CONCUBINA. INEXISTÊNCIA DE AMPARO LEGAL PARA O RECEBIMENTO DA MEAÇÃO PELA COMPANHEIRA POR SER CASADO O DE CUJUS E NÃO SE TER DISSOLVIDO A SOCIEDADE CONJUGAL. FALTA DE PROVA DA PARTICIPAÇÃO DA AUTORA NA CONSTRUÇÃO DO PATRIMÔNIO DO DE CUJUS

1. *Na vigência da sociedade conjugal, não se admite que a convivência sexual de um dos cônjuges com terceiro possa criar direitos.*
2. *Sendo a mulher meeira na sucessão do marido, não concebe o direito vigente a concorrência da esposa e da amante na sucessão do de cujus.*
3. *O concubinato não faz presumir a existência de sociedade de fato.*
4. *Não comprovada a efetiva colaboração da companheira na formação de um patrimônio comum, não tem ela qualquer direito à metade dos bens pertencentes ao falecido.*

PARECER

I. *Posição da concubina no direito brasileiro*

1. Enquanto o Código Civil desconheceu o concubinato e só a ele se referiu com a finalidade de restringir os direitos da concubina ou de admitir que a união livre pudesse constituir um dos meios de prova para a ação de investigação de paternidade, o atual direito da previdência social e a jurisprudência mais recente atribuíram à convivência sexual prolongada e honesta determinados efeitos jurídicos.

2. Não perdura, pois, a orientação que outrora prevalecia entre os nossos civilistas, inclusive no Supremo Tribunal Federal, de acordo com a qual "a ordem jurídica ignora a existência do concubinato" (Acórdão do Excelso Pretório, de 24 de janeiro de 1947, do qual foi relator o eminente Ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, in *Revista Forense*, vol. 112, pág. 417).

3. Ao contrário, a legislação especial sobre acidentes de transporte e de trabalho e a jurisprudência construtiva dos tribunais superiores delimitaram, com incontestável clareza, as situações jurídicas oriundas do concubinato suscetíveis de criar direitos.

4. No tocante às situações de direito civil, o Supremo Tribunal Federal firmou a sua posição nas Súmulas ns. 35 e 380, que fixaram, respectivamente, os seguintes princípios:

"35. Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio."

"380. 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."

5. A interpretação dos textos deve ser sistemática e harmoniosa, não podendo as Súmulas serem analisadas como decisões isoladas. Ao contrário, a hermenêutica recorre sempre à interpretação do texto legislativo e da decisão judicial, comparando a norma e o acórdão com outras decisões sobre a mesma matéria que integram o comando jurídico num todo orgânico e coerente.

6. Assim, a posição assumida pelo direito brasileiro não é de proteção especial ao concubinato, que não pode, nem deve, ser equiparado a um casamento de segunda classe, mas de tolerância com determinados efeitos jurídicos decorrentes do concubinato, quando inexistente impedimento para o casamento das partes ou quando a sociedade conjugal anterior de um deles ou de ambos já se dissolveu. Em tais hipóteses, entenderam o legislador e a jurisprudência que o concubinato, embora não deva criar direitos, não pode excluir direitos que existiriam independentemente das relações sexuais entre as partes e que a lei protegeria se concubinato não houvesse.

Admitiu, pois, a legislação especial sobre o transporte e acidentes do trabalho (Lei n.º 2.681, de 1912 e Decreto-lei n.º 7.036, de 10 de novembro de 1944) que a concubina, sendo dependente econômica do seu companheiro, tivesse os direitos dos demais dependentes econômicos, não devendo o concubinato funcionar como causa excludente da proteção legal. Foi este princípio que a Súmula n.º 35 consagrou em termos gerais, desde que não houvesse entre os concubinos impedimento para o matrimônio.

7. Efetivamente, os acórdãos que ensejaram a formulação da Súmula n.º 35 se referem à hipótese de pessoas casadas perante a autoridade eclesiástica cujo matrimônio não foi reconhecido como válido na forma da lei civil, embora entre elas inexistisse qualquer impedimento legal para a convolação das justas núpcias, de acordo com o Código Civil e legislação subsequente.

Assim, a mencionada Súmula se fundamenta na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n.º 47.724, julgado em 28 de março de 1963 e publicado no *Diário da Justiça* de 6 de junho de 1963, que tem a seguinte ementa:

"Não havendo impedimento legal para o matrimônio, a concubina, casada eclesiasticamente, tem direito à reparação pela morte, em consequência de acidente ferroviário."

No seu voto, o relator, Ministro VICTOR NUNES LEAL, esclarece que tinha ficado provado nos autos que "o falecido não era casado civilmente com outra mulher".

Conclui o eminente magistrado, afirmando que:

“Não há, por outro lado, qualquer alegação no sentido de que a autora fôsse casada civilmente. Por estas razões, e atendendo a que as opiniões citadas neste voto traduzem, a meu ver, uma orientação realista em face das condições sociais do Brasil, principalmente no interior, conheço do recurso, por dissídio de jurisprudência e lhe dou provimento, para julgar procedente a ação...”. (Ap. Jardel Noronha e Odaléa Martins. *Referência da Súmula do Supremo Tribunal Federal*, Brasília, 1968, vol. 2, pág. 315 *in fine*).

8. Admite-se, pois, que o concubinato possa produzir efeitos jurídicos desde que não haja impedimento para o casamento dos concubinos ou, no mínimo, desde que não se apresente como relação adúlterina, ou seja, quando nenhuma das partes esteja vinculada a uma sociedade conjugal ainda não dissolvida *de jure* ou de fato.

9. Todo o direito civil brasileiro só tem admitido que o adultério e as suas conseqüências possam ter efeitos jurídicos após a dissolução da sociedade conjugal. A Lei n.º 883 fixou tal critério para permitir a investigação de paternidade no caso do filho adúlterino. A jurisprudência e a doutrina também interpretaram no mesmo sentido o art. 1.719, III, do Código Civil que veda a atribuição de qualquer benefício na sucessão “à concubina do testador casado”. A respeito, pondera PONTES DE MIRANDA que, pelo desquite, termina a sociedade conjugal e a partir da decretação do mesmo, “o próprio desquitado pode instituir herdeira ou legatária a concubina” (*Tratado de Direito Privado*, vol. 58, pág. 37). Ao contrário, vigente a sociedade conjugal, nenhum direito pode ser atribuído ou reconhecido à concubina.

10. O que nem o direito nem a moral admitem, por mais elásticos que possam ser, é a superposição simultânea das duas sociedades, ou seja, a manutenção, na mesma época, da sociedade conjugal e do concubinato, sob pena de desmoronar completamente a instituição do matrimônio, que é um dos alicerces da sociedade ocidental que se afirma eminentemente monogâmica.

11. Pelo exposto, não se pode configurar a atribuição de direitos paralelos e simultâneos à esposa legítima e à concubina, especialmente quando vigente a sociedade conjugal. A jurisprudência tem seguido, no particular, o princípio do art. 1.719, III, só consagrando eventuais direitos da concubina, quando previamente dissolvida a sociedade conjugal do *de cujus*. Neste sentido, se têm manifestado reiteradamente os tribunais, destacando-se acórdão do Egrégio Tribunal Federal de Recursos, da lavra de AGUIAR DIAS, que reconhece os direitos da concubina, enquanto não concorre com a esposa legítima, pois “os direitos desta excluem necessariamente os daquela” (*Revista dos Tribunais*, vol. 295, pág. 688).

12. Mesmo os defensores de efeitos jurídicos amplos para o concubinato, como o monografista EDGARD DE MOURA BITTENCOURT, reconhecem que:

“O caso da mulher solteira em concubinato com homem casado é, porém, submetido a maior rigor. Aquela que toma por concubino um homem casado, e sobretudo com filhos, não pode, em regra, pela natureza delitual de sua conduta, pretender reparação em prejuízo da esposa

legítima e da prole" (EDGARD DE MOURA BITTENCOURT, *O Concubinato no Direito*, 2.^a edição, Editora Jurídica e Universitária Ltda., 1969, vol. I, pág. 253).

13. Acresce, enfim, que na hipótese *sub judice* a espôsa é meeira, não sendo concebível a manutenção, ao mesmo tempo, de duas sociedades pelo mesmo homem, devendo a subsistência da sociedade conjugal, decorrente do matrimônio, excluir a possibilidade de sociedade de fato, especialmente quando ambas coincidiram no tempo. Do mesmo modo que a *exceptio plurium concubentium* impede a procedência da investigação de paternidade e pelas mesmas razões pelas quais não se admite o reconhecimento do filho adulterino na vigência da sociedade conjugal, não há como fazer prosperar a pretensão da autora que almeja o reconhecimento da sociedade de fato enquanto vigente a sociedade conjugal do *de cuius*.

14. Enfim, o art. 1.719, III, do Código Civil, impede, em termos imperativos, a atribuição de direito hereditário à concubina do homem casado. A norma legal expressa condiciona, no caso, a aplicação da Súmula n.º 380, que assim deve ser entendida como somente tendo incidência quando desapareceu a sociedade conjugal do testador, sob pena de implicar na revogação do texto do diploma civil básico que a jurisprudência pretendeu respeitar. Ora, se, mesmo havendo testamento, ou seja, declaração de vontade expressa do testador casado, a concubina não pode ser herdeira nem legatária, evidentemente e *a fortiori* não pode ela adquirir tal condição de sócia, nem tampouco a de meeira, na falta de testamento do *de cuius*.

II. Da inexistência de sociedade de fato

15. A jurisprudência dominante dos tribunais brasileiros consagra o direito da concubina à meação, com base na sociedade de fato existente entre os companheiros, ou seja, nas hipóteses em que o patrimônio do *de cuius* foi constituído pelo esforço comum de ambos. Na realidade, o direito, na hipótese, não decorre de concubinato, mas, sim, da sociedade de fato. Atribui-se à concubina um direito como sócia de fato que foi do companheiro e não em virtude da existência entre ambos de concubinato ou de relações sexuais reiteradas. Podemos até afirmar que a evolução jurisprudencial foi no sentido de admitir o direito da companheira como sócia, não obstante a existência do concubinato e não em virtude da ocorrência do mesmo. Neste sentido são taxativas as expressões usadas na matéria tanto pela jurisprudência, como pela doutrina.

16. Efetivamente, a Súmula n.º 380, do Supremo Tribunal Federal pressupõe, para atribuir a meação à concubina, que se tenha comprovado a existência de sociedade de fato, que poderá ser dissolvida com a partilha do patrimônio adquirido "pelo esforço comum".

17. Prima e prevalece, no caso, sobre o concubinato e os elementos que o caracterizam, a necessidade de se comprovar a constituição de uma verdadeira sociedade de fato, que não se presume em virtude do concubinato e que não decorre necessária nem naturalmente do mesmo.

18. Fica muito clara a posição da jurisprudência brasileira pela análise dos acórdãos que ensejaram a aprovação pelo Excelso Pretório da Súmula n.º 380.

Numa das primeiras decisões que o Supremo Tribunal Federal formulou na matéria, ou seja, no Agravo n.º 12.991, julgado ainda em 15 de outubro de 1946, sendo relator o Ministro LAFAYETTE DE ANDRADA, a ementa foi a seguinte:

"A simples qualidade de concubina, a convivência "more uxorio", não basta para conferir à companheira a qualidade de sócia ou meeira. Não impede, porém, que se estabeleça sociedade de fato entre os concubinos" (*Revista Forense*, vol. CIX, pág. 413).

A ementa decorreu de afirmações feitas no seu voto pelo Ministro OROSIMBO NONATO, que esclareceu, com muita felicidade que:

"É evidente que a qualidade só de amásia, a convivência *more uxorio*, não basta a atribuir à mulher a qualidade de sócia ou meeira. Ela pode ser apenas amásia, como pode ser, ainda, serviçal ou sócia."

E continua o eminente civilista pátrio:

"... Ora, nos casos de cobrança de serviços prestados por mulher, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido que *o fato apenas do amásio não basta a caracterizar a formação da sociedade*, mas não impede que se estabeleça entre concubinários sociedades comerciais de fato" (*Revista Forense*, vol. CIX, pág. 415).

Mais recentemente, em 24 de julho de 1960, a Egrégia 2.^a Turma do Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento do Recurso Extraordinário n.º 44.108, no sentido de admitir a dissolução e liquidação da sociedade de fato, existente entre homem e mulher concubinados, que adquiriram o patrimônio pelo esforço comum.

No voto do relator, Ministro VILLAS BOAS, ficou salientado que:

"Demonstrou-se que não era feita pura outorga de vantagens a uma barregã.

Reconheceu-se, ao contrário, *que tudo quanto amealharam os dois portugueses, Manoel Pedro Martins e Maria dos Anjos, nas laboriosas ocupações de muitos anos de vida em comum lhes veio por esforço conjunto*" (O grifo é nosso).

.....
A existência da sociedade de fato ficou evidenciada pela prova" (*Revista Trimestral de Jurisprudência*, vol. 14, pág. 231).

19. É necessário lembrar que a jurisprudência sobre a sociedade de fato surgiu no direito brasileiro, pela primeira vez, para favorecer os casais de emigrantes estrangeiros que tinham convolado núpcias, especialmente na Itália, sob o regime da separação de bens e que fizeram um patrimônio comum

no Brasil, sentindo os tribunais a injustiça de não se atribuir à mulher parte do patrimônio comum, embora estivesse o mesmo em nome do marido. Haveria, no caso, um enriquecimento sem causa, que não se coadunava com os princípios gerais do direito pátrio. Assim permitiu-se que a esposa, em tais casos, recebesse a meação, embora casada, pelo regime da separação de bens. Para facilitar tal evolução, a própria Lei de Introdução ao Código Civil permitiu, no seu art. 7.º, § 5.º, que o estrangeiro, ao seu naturalizar brasileiro, pudesse optar pelo regime da comunhão universal de bens, respeitados os direitos de terceiros.

20. A invocação histórica cabe para esclarecer a *mens legis*, que visou impedir o enriquecimento sem causa e não compensar a vida sexual em comum.

21. A doutrina, tanto brasileira como estrangeira, exige que haja, realmente, uma sociedade de fato para que se possa garantir à concubina o direito à meação. Assim NAUROIS, citado por MOURA BITTENCOURT, afirma:

“Para que possa existir sociedade particular é mister que os concubinos se dediquem juntos à *exploração de empresa comum*” (Ap. MOURA BITTENCOURT, obra citada, 2.ª edição, vol. 1.º, pág. 326).

E o próprio Desembargador MOURA BITTENCOURT acrescenta que:

“É mister observar que na apreciação da efetiva colaboração na empresa comum, não se há de atender somente à cooperação comercial ou industrial, senão também à formação de qualquer patrimônio, através da atividade comum” (obra citada, vol. 1.º, pág. 328).

22. Não duvida, outrossim, a doutrina que “a sociedade de fato não se presume pelo concubinato”, pois tanto a jurisprudência, como os autores que trataram da matéria em monografias “não admitem que o concubinato possa constituir uma presunção da existência da sociedade de fato entre os concubinos” (MOURA BITTENCOURT, obra citada, vol. 2, pág. 24).

Na França, tanto ROGERS como SAVATIER ensinam que a existência do concubinato não implica em presunção nem mesmo *juris tantum* da ocorrência de sociedade de fato. Embora possam ambos — concubinato e sociedade de fato — coincidir, nada impede que haja concubinato sem sociedade de fato ou sociedade de fato sem concubinato entre os sócios. A associação de ambas as situações é, pois, eventual e necessita de prova cabal, a ser feita pelo autor da ação, pois *auctori incumbit probatio*.

23. Na Guanabara, inúmeros julgados rejeitaram as pretensões das concubinas, que não provaram a existência de uma sociedade de fato, ou seja, da construção de um patrimônio comum pelo esforço do homem e da mulher que viviam maritalmente.

A 7.ª Câmara, em 1.º de outubro de 1963, julgando a Apelação n.º 31.258, firmou tese decidindo que:

“O concubinato, por si só, não gera direito de indenização, nem de comunhão nos bens do amásio, quando não se prova que a concubina

tenha exercido atividade capaz de estabelecer uma sociedade de fato com êle e formar patrimônio comum."

Ainda a mesma Câmara, ao apreciar, em 23 de outubro de 1964, a Apelação n.º 40.363, sendo relator o eminente Desembargador MARCELO SANTIAGO COSTA, decidiu que:

"A simples existência de concubinato não dá à amásia direito de obter meação nos bens deixados pelo concubino, a título de indenização por serviços a êle prestados."

Por sua vez, a Egrégia 5.ª Câmara Cível do Tribunal local decidiu em 10 de setembro de 1963, na Apelação Cível n.º 30.947, que:

"O concubinato não faz presumir a existência de sociedade de fato. Insuficiência da prova da colaboração da concubina" (*Revista de Jurisprudência* do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, vol. 7, página 302).

Também a Egrégia 4.ª Câmara, ainda em 1962, julgando a Apelação Cível n.º 24.714, firmava o mesmo critério, afirmando que:

"Não cria o concubinato por si só nenhuma comunhão de bens ou de interesse.

Não caracterizada a sociedade de fato pretendida pela autora, julga-se improcedente a ação em que pleiteia 50% do patrimônio do casal legítimo de seu companheiro, ou uma indenização razoável, a título de compensação pelo esforço e efetiva contribuição para formação do patrimônio do casal, cujos bens são objeto de inventário por desquite."

Enfim, o Egrégio Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, em recente acórdão proferido nos Embargos na Apelação Cível n.º 58.807, em 11 de dezembro de 1968, sendo relator o eminente Desembargador SALVADOR PINTO FILHO, ponderava que:

"O direito da concubina à meação dos bens deixados pelo companheiro falecido só pode ser reconhecido mediante prova concludente da existência da sociedade de fato e de concurso eficaz na formação do patrimônio que, embora em nome do finado, seja, em realidade comum.

Sem essa prova não há como reconhecer o direito invocado. Embargos recebidos apenas para redução da condenação em honorários."

24. A posição assumida pela jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça da Guanabara se coaduna, aliás, perfeitamente com o mais recente pronunciamento do Excelso Pretório, que teve a oportunidade de decidir matéria análoga ao apreciar, em 5 de dezembro de 1968, o Recurso Extraordinário n.º 56.842, decidindo descaber a aplicação da Súmula n.º 380 quando não provada a sociedade de fato.

No seu relatório, o eminente Ministro OSWALDO TRIGUEIRO ponderou que a autora

“Razão não tinha para reclamar a meação dos bens deixados (pelo *de cuius*), tanto mais que não ignorava que êle era casado e tinha uma filha de seu legítimo consórcio, vindo êle sòmente a desquitar-se três anos antes de seu falecimento.

Casos há, de fato, em que o esforço comum, dos amásios, contribui para um mesmo patrimônio. No caso dos autos, porém, tal não se verificou, uma vez que o finado continuou na exploração de indústria, em sociedade com terceiro, e que havia sido iniciada por seu pai” (*Revista Trimestral de Jurisprudência* do Supremo Tribunal Federal, volume 49, pág. 664).

A hipótese, que se parece com a da presente consulta, tinha ensejado, anteriormente, a seguinte decisão do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

“A concubina não tem direito à metade dos haveres deixados pelo amásio falecido, se não provar que contribuiu, decisivamente, para a constituição de um patrimônio comum, máxime se ficar demonstrado que êle, antes do concubinato, já era homem bem colocado, recebendo auxílio econômico de seu genitor” (*Revista Trimestral de Jurisprudência* do Supremo Tribunal Federal, vol. 49, pág. 665).

No seu voto, o atual Presidente do Supremo Tribunal Federal confirmou a decisão do Tribunal paulista, afastando a aplicação da Súmula n.º 380, nos seguintes termos:

“Penso que o princípio não tem aplicação ao caso dos autos, porque a decisão recorrida não o repudiou. O acórdão teve em consideração, sobretudo, a matéria de fato, dando como não provada a existência da sociedade entre os concubinos, e concluindo que os bens do espólio não foram adquiridos pelo esforço comum” (*Revista Trimestral de Jurisprudência* do Supremo Tribunal Federal, vol. 49, pág. 665).

25. Na hipótese *sub judice*, nenhuma prova existe da alegada sociedade de fato. O que se comprovou foi a vida em comum, enquanto o *de cuius* mantinha, simultaneamente, a sua sociedade conjugal com a sua legítima esposa da qual não se desquitou, nem mesmo se separou de fato. Nenhuma contribuição efetiva para a formação do patrimônio do *de cuius* decorreu direta e indiretamente de colaboração ou atuação, sob qualquer forma, da autora.

26. A existência de filho comum, as fotografias, as viagens feitas confirmam a convivência sexual entre o *de cuius* e a autora, mas nenhuma luz trazem quanto à ocorrência entre ambos de uma sociedade de fato, que não se presume em virtude do concubinato.

27. Assim sendo, não há como admitir ou reconhecer qualquer direito da autora à dissolução de uma sociedade de fato, que jamais existiu e a respeito da qual não há prova nos autos.

III. *Conclusões*

28. Pelo exposto, concluímos no sentido de inexistir legitimidade *ad causam* da autora, pois a concubina somente pode alegar a sociedade de fato quando o seu companheiro não mantém, simultaneamente, a sua sociedade conjugal, não se admitindo a concorrência na sucessão, a qualquer título, da esposa legítima e da concubina, com a atribuição a cada uma delas de uma meação, o que fere os princípios gerais do nosso direito, a própria escala de valores da nossa sociedade e a letra e o espírito da lei.

29. Se a autora não fôr julgada carecedora de ação, por faltar-lhe legitimidade *ad causam*, entendemos, salvo melhor juízo, que a ação deve ser julgada improcedente, pois não há qualquer prova nos autos da existência de uma sociedade de fato e o simples concubinato não faz presumir a existência da sociedade, de acôrdo com o entendimento manso e pacífico da jurisprudência e da doutrina.

Rio de Janeiro, 13 de outubro de 1969.

ARNOLDO WALD

Advogado no Rio de Janeiro. Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara

RECURSO EXTRAORDINÁRIO NA RECLAMAÇÃO N.º 6.786/69

Recorrentes: LENIR DE CARVALHO SEREJO e outros.

Recorridos: Dr. Juiz da 3.ª Vara da Fazenda Pública.

Tendência do Pretório Excelso de não admitir Recurso Extraordinário em processo de reclamação. — Inadmissível divergência jurisprudencial com decisões do mesmo Estado (Súm. 369). — Ao abrigo do Reg. n.º 400 da Súmula a decisão da E. Câmara que concluiu ser a hipótese regida pelo art. 91 do C. P. C. e não pelo art. 93 do mesmo diploma.

PARECER

1. Recurso extraordinário tempestivo, que interpõem os reclamantes inconformados com a decisão unânime da E. 2.ª Câmara Cível que denegou a reclamação oferecida.

2. Sustentam os Recorrentes que inexistindo litisconsórcio necessário e mantendo-se a exigência de citação dos litisconsortes, ficou negada a vigência do art. 93 do C. P. C. E que, por outro lado, ocorre divergência com decisões, em casos absolutamente semelhantes, proferidas nas 2.ª e 4.ª Varas da Fazenda Pública dêste Estado, com as quais se conformou o Estado ora recorrido.