

O CONCUBINATO E A POSIÇÃO JURÍDICA DA CONCUBINA. *

Prof. ALTINO PORTUGAL SOARES PEREIRA
(Catedrático de Direito Civil.)

Todos os fatos que não são indiferentes ao Direito deverão, necessariamente, refletir-se na ordem jurídica.

Muitas vezes, porém, ocorre que as sociedades evolvem ou se modificam e o seu direito não acompanha o seu desenvolvimento ou não atende às modificações por que elas passam. Em tais casos, ele deixa de ter adequação para a sociedade cujas relações regula, e, ao revés, passa a criar-lhe embaraços e lhe obstaculiza o progresso.

Por falta de atualidade social, há institutos jurídicos que fenecem e se tornam, de todo, inexpressivos. Por falta de atualização jurídica, há ocorrências sociais que marcam a ausência do direito e constituem um reclamo insistente de sua reformulação.

Cumpre advertir, porém, que as relações e efeitos de direito, emergentes de situações anômalas, jamais deverão inspirar a formação de institutos jurídicos, para que não desagreguem os sistemas e nem se consagre o ilogismo como princípio.

É a êste propósito que vamos tecer algumas considerações sobre o concubinato e a posição jurídica da concubina.

Escritores ilustres têm feito um grande esforço dialético para demonstrar a conveniência de disciplinar-se em lei o concubinato, prescrevendo-se os deveres recíprocos dos concubinários e suas obrigações para com os filhos.

Consideram êles que as uniões irregulares entre o homem e a mulher constituem uma realidade inafastável para a qual a indiferença do legislador não é a melhor política jurídica.

Com efeito, não se trata de disciplinar uniões fugazes, cujo es-

(*) Aula inaugural, proferida a 3 de março de 1969.

côpo é a consumação de relações sexuais, entre o homem e a mulher, mas de dar um estatuto àqueles que, não sendo casados, vivem **more uxorio**.

VITTORIO SCIALOJA ensina:

"O concubinato é a união estável do homem e da mulher que convivem maritalmente, sem contudo estarem unidos por justas núpcias".

São unâimes os mestres em concluir que, para caracterizar o concubinato, não se exige a convivência dos concubinários, sob o mesmo teto, mas é imprescindível a notoriedade de sua união, semelhante à de pessoas casadas.

Essa aparência que êles ostentam na sociedade é conceituada, por muitos escritores, como posse de estado de casados.

Cabe, aqui, uma ponderação.

Embora seja a posse uma forma de comportamento das pessoas, a posse de estado de casados, na união concubinária, não produz os efeitos que muitos lhe reconhecem. Efetivamente, figurando na lei como a presunção da existência de um casamento que se quer provar, não na podem invocar os concubinários, porque sabem que não são casados e, além disso, freqüentemente, têm impedimentos para se casar.

O uso da expressão posse de estado de casados, em referência ao concubinato, só se justifica para distingui-lo das uniões passageiras de homem com mulher.

JOSSERAND assinala a estabilidade imanente na união concubinária, dizendo:

"Uma lembrança surge inevitavelmente no espírito, entre a união livre e a posse regular para usocapião. Como esta, aquela deve ser contínua, ininterrupta, pacífica e pública: é necessário que a sua duração, a sua continuidade, seus caracteres específicos, seus resultados dêem a ilusão de uma união regular, do mesmo modo que uma posse útil reflita fielmente a propriedade".

De acordo com o que vínhamos expondo, segundo os princípios que informam os sistemas jurídicos, está claro que, desta posse de estado, não se inferem a existência de casamento, nem os seus efeitos.

A despeito disso, o Anteprojeto de Código Civil Brasileiro, em seu art. 197, autorizava a legitimação de filhos, por declaração judicial, no caso de posse de estado de casados de seus pais, e, dêsse modo, alcançava tôdas as uniões concubinárias.

Muito ao diverso, o Código Civil em vigor (arts. 203 e 206) reconhece à posse de estado de casados o efeito de pôr térmo à dúvida sobre a existência de um casamento que se contesta, pois tem em vista abroquelar a prole do mesmo resultante. É o que se vê no Projeto apresentado pela Comissão Revisora, arts. 113 e 114.

À vista destas considerações, pode imaginar-se quão difícil, se não inexequível, seria a missão do legislador incumbido de elaborar as normas específicas do concubinato, sem afetar a instituição do casamento. Ademais, a posição dos propugnadores dessa idéia é tão radical, que êles chegam a esquecer os verdadeiros fins do Direito.

Muito mais útil do que erigir uma burla da lei em instituto de direito será determinar a posição jurídica dos concubinários entre si e em relação a terceiros, porque o concubinato é uma realidade com vários efeitos na órbita jurídica.

Os concubinários não se podem arrogar direitos com sua união irregular, porque esta não lhes confere um título, mas podem obter o reconhecimento de direitos, na mesma originados, que são de natureza obrigacional. A sua apuração, com diversos fundamentos, se dará por ocasião da ruptura das relações concubinárias.

Observa PLANIOL que a jurisprudência que admite uma existência de fato, para as sociedades nulas, tem admitido que possa existir uma sociedade de fato, entre os concubinos, disso resultando:

1.º — se houver aquisição de bens em comum, haverá uma liquidação e partilha, pôsto que sem qualquer aplicação de princípios atinentes aos regimes matrimoniais;

2.º — as despesas feitas em vista da união concubinária ficarão a cargo dos concubinos, admitindo-se que, para êsse fim, tem a concubina um mandato doméstico;

3.º — no caso de um dos dois ter trabalhado em proveito do outro, sem qualquer retribuição, terá direito, em caso de ruptura, a uma remuneração dos respectivos serviços.

Outros escritores, como LAURENT, entendem que, no caso, há simplesmente uma comunhão de fato. Nesse estado de indivisão de bens, que os concubinos possuem em comum, evidentemente não se pode falar em propriedade exclusiva de um ou de outro. Em caso

de ruptura da união, é lícito a cada um deles reivindicar os bens adquiridos antes do concubinato ou na sua constância, provada a aquisição pessoal, pelo reivindicante.

SAVATIER, depois de afirmar que a união livre não confere à concubina nenhum direito, mesmo o de reclamar a indenização do autor do acidente de que seu concubino foi vítima, ressalta o efeito do concubinato em relação a terceiros, por ser o mesmo uma unidade de fato que se torna responsável pelas dívidas que cada um de seus membros tenha contraído. DE PAGE, admitindo uma extensão da teoria do poder doméstico, reconhece aos terceiros de boa fé o direito de demandar a cobrança das dívidas, contraídas pela concubina, visto terem sido vítimas de uma aparência enganosa.

Outros fundamentos justificam perfeitamente o reconhecimento de direitos, no caso de ruptura unilateral do concubinato.

Não é de se admitir a alegação de ilicitude da união, pelo concubinário interessado em assenhorear-se de todos os bens, porque ninguém se exime da obrigação, valendo-se da própria torpeza, nem do próprio dolo. "Ninguém pode ser ouvido alegando o próprio dolo, nem dêle tirar proveito". "Ninguém faz derivar uma ação da sua improbidade".

O princípio do enriquecimento sem causa, por outro lado, é mais um broquel para os que misturam, no concubinato, os frutos do esforço comum, e, na hora do seu desfazimento, querem apenas o que é seu.

O expediente da **locatio operarum** não é de todo despiciendo, valendo notar-se que a jurisprudência nacional e a estrangeira dêle se têm socorrido para retribuir o trabalho da concubina que levou bens para a sociedade de fato. A indenização apurada, longe de ser o preço de sua afeição, corresponde à sua atividade, num interesse lucrativo do amásio.

A teoria da obrigação natural aqui se aplica para justificar certas dádivas feitas à concubina.

As Côrtes Francesas, ao apreciarem o **faux menage**, em decisões bem circunstanciadas, têm reconhecido o direito que realmente compete à concubina.

A Jurisprudência Brasileira, na justa aplicação dos princípios jurídicos indicados, fêz figurar na Súmula n.º 380 do Supremo Tribunal Federal, que "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".

Não se permite, entre nós, a chamada sucessão da companheira, por ocasião do decesso de seu amásio, como constava do último Anteprojeto de Código Civil (art. 894), ao lado dos filhos e demais parentes do morto, pelas mesmas razões inicialmente aduzidas, de que o sistema jurídico não pode exceder as coordenadas, que lhe são traçadas, e muito menos agasalhar distorções de seus princípios. Mais compreensível é a sua consagração no art. 1.635 do Código Mexicano, que, baseado em princípios diferentes do nosso, inaugura um estilo novo para a família, ao lado dos Códigos soviético e dos países escandinavos.

x x x

Poder-se-á obtemperar, ao cabo desta breve preleção, que não indicamos, sequer, um direito da concubina, — pois, nestas palavras, não fomos além dos expedientes engenhosos, hipócritas e entretenedores, já tão conhecidos, nessa casuística mofenta que a doutrina e a jurisprudência oferecem, desde muito, à guisa de consôlo. E isto porque nela se emolduram quantos tiverem situação jurídica equivalente à da concubina. Assim, o velho chavão a esta não se destina especialmente.

Neste passo, até seria interessante proceder a um reexame nos direitos da mulher casada, para ver-se que a retribuição de todo o seu esforço, durante a vigência da sociedade conjugal, não sobre-excede às despesas de sua manutenção. Como pode ela ter opulência, pode também ser uma partícipe do sacrifício de seu marido.

Entre nós, a mulher casada no regime de separação de bens, só pela Lei n.º 883, de 21 de outubro de 1949, é que veio a ser contemplada na sucessão de seu marido, no caso de concorrer com filho reconhecido dêste.

Sem querer tecer outras considerações sobre a posição jurídica da concubina, para evitar delongas, podemos asseverar, por último, que a legislação hodierna, baseada no princípio assistencial, dá-lhe decidido amparo.

Pelo art. 21, § único, do Decreto-Lei n.º 7.036 de 10 de novembro de 1944, assistem-lhe os direitos à indenização por acidente do trabalho do amásio, na falta de cônjuge ou se este não tiver direito ao benefício. O único requisito exigido é que seja a concubina mantida pela vítima e figure na carteira profissional como sua beneficiária.

A Lei Orgânica da Previdência Social (n.º 3.807 de 26 de agosto de 1960), com a nova redação que lhe deu o Dec.-Lei n.º 66, de 21 de novembro de 1966, no art. 11, §§ 3.º e 4.º, na falta de espôsa,

ampara, como dependentes, as pessoas que figurem em declaração escrita do segurado, para concorrerem com seus filhos, e presume feita a declaração e tacitamente designada a pessoa com quem o segurado haja casado, segundo rito religioso.

Outras leis, como a de n.º 4.069 de 11 de junho de 1962, prevêem o direito à pensão à pessoa que viva, no mínimo, há cinco anos, sob a dependência de servidor civil, militar ou autárquico, solteiro ou viúvo, se o mesmo não tiver filhos capazes de receber o benefício e desde que haja subsistido impedimento legal para o casamento.

É indisfarçável o sentido social dessas normas que atende a peculiaridades da situação da concubina, preservados sempre os direitos decorrentes da instituição matrimonial.

Entre os fatores primordiais do concubinato, referem-se, uniformemente, a ausência do divórcio, a prática desavisada dos casamentos religiosos, sem consagração legal, e o costume dos ajuntamentos.

Grande celeuma se tem feito em torno destas causas e, principalmente, da primeira.

Não negamos a consistência de muitas afirmações a esse respeito, porque o desquite, entre nós, tem sido efetivamente uma porta de comunicação direta com o concubinato. Mas, outras existem. Por isso, não nos admiraremos que, cessadas tôdas as mencionadas causas, continue tudo no mesmo, porque a dificuldade maior está no homem e na sociedade, que carecem de aprimoramento. A prova disto é que, existindo o divórcio na maioria dos países civilizados, não deixam de existir nêles os concubinatos e os filhos ilegítimos.

A história dos povos registra, com exuberância, o costume do pior concubinato, que o Cristianismo profligou. Ele existiu entre leigos e clérigos, desfrutou a posição de instituição legal e, assim, estimulou os desregramentos e a luxúria.

Nem o princípio religioso escapou porque, entre caldeus e babilônios, a devassidão constituiu mesmo a sua essência.

Não é estranhável, pois, que, com a experiência sentida por todos os povos, em todos os tempos, se procure, neste estádio da civilização, manter uma organização social com requisitos éticos mínimos, — o que só se obterá com a família fundada em bases estáveis, para uma existência condigna.

Ao jurista incumbe expurgar os sistemas jurídicos de suas falhas e orientá-los em perfeita consonância com os mais altos interesses da coletividade.