

UNIÃO ESTÁVEL. CONCUBINO CASADO. RELAÇÃO ADULTERINA. SOCIEDADE DE FATO. EFEITOS. PATRIMÔNIO. PENSÃO PREVIDENCIÁRIA. A vida moderna e a evolução dos costumes, inclusive no casamento, recomenda o exame dos efeitos de relação clandestina ao matrimônio, principalmente quando se distende por longos anos, e com notoriedade. A censurabilidade do adultério e a estigmatização criminal da bigamia, não pode permitir que uma pessoa se beneficie do esforço alheio, locupletando a quem o pratica. Assim, sendo o concubino homem casado, e comprovada longa união paralela, a sociedade de fato se resolve pelas regras do Direito das Obrigações, impondo-se a partilha do cabedal havido com o esforço comum. Ausente a contribuição, é razoável destinar à mulher a metade da contribuição previdenciária. Apelação provida, em parte, por maioria.

APELAÇÃO CÍVEL

SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

Nº 70000056119

PORTÃO

**M.L.R.
ESPÓLIO DE S.Z.N.,
representado por sua
inventariante O.T.Z.**

APELANTE

APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam em Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, **prover, em parte, o apelo, vencida a presidenta, que dava provimento em maior extensão**, nos termos dos votos constantes das notas taquigráficas que integram o presente acórdão.

Custas na forma da lei.

Participou do julgamento, além dos signatários, o Excelentíssimo Senhor Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves.

Porto Alegre, 17 de novembro de 1999.

DES. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS,

RELATOR.

DESA. MARIA BERENICE DIAS

PRESIDENTA

VOTO VENCIDO.

RELATÓRIO

DES. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS - RELATOR -

Cuida-se de ação declaratória de existência de sociedade de fato, extinção e repartição dos bens ajuizada por M.L.R. contra S.Z.N., na pessoa da esposa e inventariante O.T.Z., expondo que a requerente conviveu com o "de cujus" por 30 anos, de cuja relação havia bens em comum, os quais foram tomados pelos parentes, afastando a autora. Assim, juntou documentos para o reconhecimento da sociedade, partilha dos bens e pensão.

Todos os herdeiros citados (fl.28) contestaram a ação (fls. 32/37), alegando, primeiramente, a conexão entre esta e a ação de inventário ajuizada na comarca de Caxias e ilegitimidade passiva, além de combaterem, no mérito, as pretensões da autora.

Houve manifestação da autora (fls.61 a 65) e juntada de novos documentos.

Designada audiência, foram ouvidas as partes com seus respectivos depoimentos pessoais, e oito testemunhas.

Cada parte apresentou seus memoriais pugnando pelos seus interesses (146/148 e 151/156).

No relato do Ministério Público, entendeu o mesmo que a ação devesse ser julgada improcedente, pois a autora tinha conhecimento dos bens e da situação familiar (casado e com filhos). Entretanto, segue, não havia configurada a relação de afeto, ou melhor, a de viver como se casados fossem, além do que, não houve, pelo próprio depoimento da requerente e por parte dela, nenhuma contribuição ou aquisição de patrimônio com o falecido. Em resumo, entende o eminente órgão que não há viabilidade de pretensão quanto a partilha dos bens e pensão por não estar configurado o concubinato. Diante do exposto opinou fosse julgada improcedente esta ação (158/163).

Sentenciando, a magistrada julgou improcedente o feito, não por discordar da convivência da autora com o "de cujus" por longos anos, mas, sim, por não haver configurado interesse do falecido na constituição de família com a autora, com base no artigo 1º da lei 9278/96. Isto posto, foi condenada a autora ao pagamento das custas e honorários advocatícios.

Proposto embargo de declaração pela autora, foi recebido pela magistrada conforme artigo 12, da lei 1060/50 (fl.174), no mais, sendo mantida a sentença lançada.

Desconformada, a autora recorre da decisão.

Nas razões de fls. 176/180, a apelante alega estarem presentes os seguintes quesitos: comunidade de vida, notoriedade de relacionamento, *affectio maritalis*, posse de estado, mútua assistência. Por fim, pugna pela reforma da decisão, inovando com pedido de direito a receber o benefício do INSS.

Em caso de improvimento, requer manifestação a respeito dos artigos: 226, §3º, da Constituição Federal de 1988, arts. 159, 1363 e 1366 do Código Civil e Súmula 380, do STF.

Nas contra-razões, o apelado expõe a sua concordância com a sentença prolatada, citando entre outros argumentos, o fato de o "de cujus" não ter solicitado a separação/divórcio com sua legítima esposa, além de ter tomado conhecimento, a apelante, do estado civil do falecido, dois meses após o início do relacionamento com este. Ainda cita o apelado, o acórdão nº 596141101 do Des. Paulo Heerdt,(parte grifada). estar-se-ia reconhecendo a bigamia ou poligamia.

Subindo os autos para apreciação do Tribunal, a Procuradoria da Justiça coloca que, de modo inequívoco, houve vida em comum sólida e notória, por trinta anos, agindo, apelante e falecido, como se casados fossem perante a sociedade, havendo portanto, o requisito da vida em comum e notoriedade da relação e que, além disso, havia a qualidade da relação, não se tratando de uma relação espúria, pois cuidados de levá-lo ao médico e comprar-lhe medicamentos são, segundo este órgão, atribuições da esposa e não de uma concubina, presente, assim, a *affectio maritalis* entre os companheiros, não havendo necessidade de coabitação, de acordo com a Súmula 382 do STF. Também é citado o artigo 226, da Constituição Federal, §3º e leis que regulam a união estável e sobre a omissão das mesmas a respeito do dever de fidelidade entre os companheiros, inobstante os autos trazerem características da apelante como uma mulher fiel e batalhadora, não mencionando outros relacionamentos amorosos. A Procuradoria se manifesta contrária à partilha de bens, visto que nos autos não se comprova a existência de esforço mútuo na aquisição dos mesmos.

Por fim, com relação ao benefício do INSS, é reconhecida a união estável, sendo-lhe de pleno direito metade do benefício (50%). Daí concluir a digna presentante do MP pelo conhecimento e provimento parcial da apelação, reconhecendo a união estável e direito ao benefício do INSS.

Os autos vieram conclusos para julgamento em 26.8.99.

É o relatório.

VOTO

-

DES. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS – RELATOR -

Trata-se do exame da questão tormentosa, em sede de alegação de união estável, entre os limites desta com o concubinato adulterino, matéria que se apresenta contraditória e polêmica.

É verdade que os tribunais vinham estigmatizando a possibilidade de aceitação de algum direito, quando se tratava de homem casado em relação clandestina. Muitas vezes tratei do tema, em passados julgamentos, como verdadeira *concubinagem*, em sintonia com doutrina francesa fartamente admitida nas cortes pátrias, e naqueles casos adotei posição de completa vedação ao elenco de benefícios e direitos por parte da parceira.

Entretanto, o Direito é fato cultural e a reiteração de outros casos exigiu meditação concorrente com a evolução do instituto da união estável, que se apresenta multifacetada, tanto, que outros valores de análise passaram a ser considerados, tendo-se em vista uma justa equação para o problema.

No caso concreto, é inquestionável uma relação longeva, com características de perenidade, embora a existência do casamento do varão. S. e a autora agiam como marido e mulher, assim aparecendo na sociedade (D., fl. 135; I., fl. 136 ; T., fl. 137; S., fl. 138, etc).

Os parceiros foram inquilinos de I. (fl. 136), e S., que era caminhoneiro, era visto na casa de M.L., quando chegava de suas viagens (T., fl. 137).

Freqüentavam, nos sábados, o centro de Umbanda de S. (fl. 138), iam às festas junto com o D. e sua mulher (fl. 135).

M.L. acompanhava S. às consultas médicas (fls. 10/11), as receitas estavam com a parceira e correspondiam a medicamentos utilizados pelo companheiro (fls. 66/91), e há fotografias de consórcios e apadrinhamentos a que compareciam (fl. 66/70).

Isto durante trinta anos, fato que é reconhecido até pela decisão ora impugnada.

Relembro, ao encaminhar minhas conclusões, que este Tribunal se inclina, conforme o caso concreto, para acolhimento ou não dos efeitos de uma relação adúlterina.

Em julgamento da Sétima Câmara, o Des. Paulo Heerdt sinalizava que admitir-se a união estável de uma pessoa casada, que não esteja separada de fato, é reconhecer-se a bigamia ou poligamia, o que se constitui em crime (AC 596 141 101), e que isto é barreira intransponível, pois se a lei veda o duplo casamento, não se pode permitir que alguém mantenha um casamento, extraindo efeitos jurídicos e concomitantemente mantenha uma união estável (AC 593 099 450).

Em outra sede, a Oitava Câmara, em voto do Des. Márcio Oliveira Puggina, chama atenção que se deve vislumbrar, na união, se há troca afetiva, o compartilhar da intimidade, o companheirismo, o mútuo apoio psicológico, a que se acrescenta o qualificativo estável, empregado com o sentido de duradouro, e que, sabidamente, os papéis e funções de cada relação são perfeitamente identificados e não se interpenetram. Assim, em tese, a existência de uma relação não prejudica a manutenção de outra, permanecendo cada qual perfeitamente caracterizada (AC 591 011 655).

Já disse o egrégio Superior Tribunal de Justiça que o fato de ser casado o concubino, em regime de comunhão de bens, não elide o direito da concubina pleitear a partilha dos bens adquiridos durante a união estável, mesmo por que se trata de outro patrimônio (STJ Quarta Turma, REsp. 51.161-60, GO, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 27.11.95), sendo admissível a pretensão de dissolver a sociedade de fato, embora um dos concubinos seja casado, o que não impede a aplicação do princípio insculpido na Súmula 380/STF (STJ, Terceira Turma, REsp. 5.5537-PR, Rel. Min. Waldemar Zveiter, RSTJ , 28/393).

Então, mais razoável, nestes casos, adotar-se a existência de uma verdadeira sociedade de fato, que se rege pelo Direito das Obrigações e não pelo Direito de Família, *pois inexistente impedimento ao que o homem casado, além da sociedade conjugal, mantenha outra, de fato ou de direito, com terceiro, não se cogitando de pretensa dupla meação, pois a censurabilidade do adultério não há de conduzir a que se locuplete, com o esforço alheio, exatamente aquele que o pratica* (STJ, REsp. 47.103-6, SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, RJ 214/48).

Assim entendo a situação em foco : M.L. e S. viveram uma sociedade de fato, durante o longo período referido nos autos.

Não se pode, em nome da evolução dos costumes ou maior liberalidade dos deveres, mesmo no casamento, ultrapassar o óbice legal, que é a absoluta impossibilidade de se reconhecer existentes um casamento e uma união estável, situações que se antagonizam. Numa visão sistêmica de nosso ordenamento, há conflito entre as duas entidades familiares.

O concubinato adulterino gera efeitos patrimoniais, pelo menos no plano do Direito das Obrigações, pela figura da sociedade de fato, em respeito ao princípio geral de direito que veda o enriquecimento ilícito. (TJRGS, Oitava Câmara, AC 595 077 496, Rel. Des. Sérgio Gischo Pereira, RJTJRGS, 176/645).

Aqui, como provado, não houve participação da autora na formação do acervo. A casa em que reside, veio da herança paterna; os terrenos e o caminhão resultaram da contribuição de O.Z., irmão de S.

Entretanto, atribuo direito à pensão previdenciária, tal como cogita o douto parecer do Ministério Público neste grau, firmando-o em 50% daquela, em vista de prova da sociedade concubinária e de gastos feitas pela apelante com seu parceiro (aluguéis, medicamentos).

Daí prover o apelo, em parte.

DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES – Peço vista.

DESA. MARIA BERENICE DIAS – Aguardo.

VISTA:

DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES – Acompanho o Relator.

DESA. MARIA BERENICE DIAS - PRESIDENTA –

Rogando vênia aos eminentes Colegas, não faço as distinções postas pelo Relator, porque não dispõem de referencial legal. Tenho dificuldade em não visualizar a existência de um vínculo familiar ou de uma entidade familiar pelo simples fato de um dos componentes do par, normalmente o homem, manter, paralelamente, outra relação, quer de casamento quer outra união estável.

Esse pressuposto não está na lei e não é óbice para a configuração da união estável. Presentes todas as características legais, há de se juridicizar esta relação, mas não como uma sociedade de fato, porque vejo ainda um certo resquício preconceituoso, ao se ter dificuldade de se ver neste vínculo uma família simplesmente pela duplicidade de vida mantida por um dos conviventes.

A mim se me afigura uma extrema sacralização do conceito de família, que, dentro do conservadorismo social, não permitia enxergar em vínculos outros uma família.

Aliás, este viés conservador foi o grande alçó de todos esses vínculos que surgiram fora do casamento e que nunca foram, pela jurisprudência, visualizados como família, nem depois de a Constituição expressamente declarar que se tratava de entidades familiares merecedoras da proteção do Estado. Até o advento da legislação infraconstitucional, nenhuma proteção o Judiciário lhes deu.

Vejo, pois, com muitas restrições essa dificuldade de se configurar uma família e se forçar a identificação de mera sociedade de fato, quando se trata de uma sociedade de afetos e similitude nenhuma tem com esse instituto de Direito Comercial.

Não vejo uma distinção pela circunstância de um do par não estar envolvido exclusivamente com o outro, mas também com terceira pessoa. Não vejo a “concubinagem”, não vejo distinção nenhuma entre concubinato puro e impuro e muito menos a necessidade de boa-fé por parte do outro constituinte do par para a configuração, ou não, de uma união estável, chamada de “união estável imputativa”. São todas formas sem respaldo legal e que, no meu entender, ainda traduzem dificuldades de se enxergar a realidade.

Neste julgamento, a realidade é que este cidadão mantinha dois vínculos afetivos com duas mulheres simultaneamente, e isso não pode vir em benefício dele próprio ou de uma das conviventes.

Visualizando não uma sociedade de fato, mas uma entidade familiar, não vejo por que não se aplicar toda a legislação atinente a esta entidade e não reconhecer a incidência da Súmula nº 380.

Assim, não há perquirir eventualmente sobre a contribuição para a formação do patrimônio, que decorre de uma presunção legal. No caso dos autos, houve uma convivência comum de 30 anos, então, não há como não se determinar a partilha dos bens adquiridos durante a convivência, além da pensão previdenciária por metade, como posto pelo voto do eminente Relator.

Meu voto, pois, é de maior abrangência, porque reconheço uma entidade familiar e determino também a partilha dos bens adquiridos durante a convivência, apurados em fase liquidatória.

DESA. MARIA BERENICE DIAS - PRESIDENTA – APELAÇÃO CÍVEL nº
70000056119, de PORTÃO:

**“POR MAIORIA, PROVERAM, EM PARTE, A APELAÇÃO, VENCIDA A
PRESIDENTA, QUE DAVA PROVIMENTO EM MAIOR EXTENSÃO.”**

JUÍZA A *QUO*: DRA. GIOCONDA FIANCO PITT