

O EMPREGO DA TÉCNICA SOCIETÁRIA NO DIREITO DE FAMÍLIA

Marcelo Andrade Féres

Professor Adjunto de Direito Comercial da UFMG

Doutor e Mestre em Direito pela UFMG

Procurador Federal

1 Nota introdutória: direito de família, casamento e sociedade; 2 Casais não casados e sociedade; 2.1 Uniões homossexuais e sociedade; 2.2 Noivado (esponsais) e sociedade; 3 Nulidade de casamento e sociedade; 4 Breve conclusão.

1 Nota introdutória: direito de família, casamento e sociedade

Não é de hoje que casamento e sociedade avizinham-se. A Bíblia, por exemplo, em alguns versículos, coloca-os em situações mandamentais muito semelhantes. No Antigo Testamento, no Livro de Deuteronômio, Capítulo 7, a partir do versículo 2, registra-se: “não farás com elas aliança, nem terás piedade delas; nem contrairás matrimônio com os filhos dessas nações: não darás tuas filhas a seus filhos, nem tomarás suas filhas para teus filhos; pois elas fariam desviar teus filhos de mim, para que servissem a outros deuses”¹. No Novo Testamento, II Carta aos Coríntios, no Capítulo 6, nos Versículos 14 e 15, anota-se: “Não vos ponhais em jugo desigual com os incrédulos, porquanto que sociedade pode haver entre a justiça e a iniquidade? ou que comunhão da luz com as trevas? que harmonia entre Cristo e o Maligno? ou que união do crente com o incrédulo?”².

Nessas duas passagens, a Sagrada Escritura determina aos membros do povo de Deus que não se unam a pessoas estrangeiras. A preocupação da Bíblia é evitar que os filhos de Deus se coloquem em situações de proximidade, de pacto, de aliança, com sujeitos cuja índole espiritual seja distinta, pois isso aniquilaria as possibilidades de harmonia.

Com efeito, casamento e sociedade ilustram bem isso. Em ambos os casos, existe um pacto, uma aliança, entre pessoas, com a finalidade de desenvolver um objetivo comum.

O Código Civil, ao disciplinar o casamento, em vários de seus dispositivos, imprime-lhe, textualmente, feições de sociedade. É o que ocorre, *verbi gratia*, no art. 1.567, para o qual a “direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos”, e no art. 1.571, em que se arrolam as hipóteses de dissolução da “sociedade conjugal”.

A título de conjectura, poder-se-ia considerar o matrimônio um *tipo* societário, com formatação bem definida na lei. Entre outras características, por

¹ *A bíblia Anotada*. Versão Almeida, revista e atualizada, com introdução, esboço, referências laterais e notas por Charles Caldwell Ryrie. São Paulo: Mundo Cristão, 1994, p. 249.

² *A bíblia Anotada...*, cit., p. 1463.

exemplo, há previsão de seu regime patrimonial, de sua administração e de sua dissolução. É lógico que o casamento tem por objetivo específico a constituição e gestão de uma família, um lar, mas isso, de modo algum, lhe retira a índole societária, principalmente quanto a aspectos patrimoniais.

Curiosamente, um recente julgado do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região bem revela essa índole. Tratou-se de Agravo de Petição³, em que a agravante, esposa do sócio de uma sociedade executada, pretendia proteger sua meação no patrimônio conjugal. Havia uma execução por dívidas trabalhistas da sociedade em que seu marido era sócio e, nesse processo, vieram a ser penhorados bens deste. A Corte Trabalhista compreendeu que, na espécie, as dívidas contraídas pela sociedade executada, em certa medida, também aproveitava à sociedade conjugal de seus membros, não cabendo, portanto, a desconstituição da penhora.

Nessa moldura, evidencia-se que o Tribunal compreendeu a relação de casamento como uma espécie de sociedade, com solidariedade entre os cônjuges perante as dívidas contraídas em benefício da comunhão. Note-se que o débito, originariamente, dizia respeito apenas à sociedade em que o varão era sócio. Com os mecanismos de responsabilidade próprios da seara trabalhista, a dívida estendeu-se sobre o patrimônio desse sujeito. Entretanto, a responsabilidade não se limitou a essa baliza; alcançou o patrimônio comum do casal, os bens da sociedade conjugal.

Por seu turno, a doutrina, ao se ocupar das sociedades e do matrimônio, bem como dos elementos que lhes são inerentes, vez por outra, também os aproxima. Ilustrativamente, aponte-se a lição de Álvaro Rodrigues Júnior, para quem *affectio societatis* e *affectio maritalis* são semelhantes, conforme se depreende a seguir:

“Pode-se dizer, a grosso modo, que a exigência de continuidade e de perseverança da vontade dos cônjuges para a manutenção do casamento é a mesma exigida para a manutenção de uma *societas*, razão pela qual os conceitos de *affectio societatis* e de *affectio maritalis* são muito semelhantes em sua essência.”⁴

³ Confira-se, a seguir, a ementa do referido julgado: “*EMBARGOS DE TERCEIRO. CÔNJUGE DO SÓCIO EXECUTADO. MEAÇÃO. REQUISITOS. É assegurado ao cônjuge o direito de defender a sua meação, nos termos previstos no parágrafo 3o. do art. 1046 do CPC. Entretanto, em se tratando de execução de crédito trabalhista a reserva da meação somente seria possível, na hipótese, de o cônjuge, que não figura como executado, provar que não se beneficiou do trabalho desempenhado pelos empregados. À mingua de provas em sentido contrário, prevalece a presunção *juris tantum* que os serviços prestados pelos empregados foram revertidos em prol da sociedade conjugal. Assim, o débito trabalhista pelo qual se responsabiliza o marido da agravante equipara-se à dívida contraída a bem da família e pode atingir o patrimônio do casal. Vale lembrar que o regime da comunhão universal, sob o qual são casados a agravante e o sócio executado, em regra, importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e de suas dívidas, ou seja, os bens que integram o patrimônio do casal respondem, indistintamente, pelas obrigações contraídas pelo marido ou pela esposa, consoante dispõe o art. 1667 do Código Civil” (Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, 5ª Turma, Agravo de Petição n. 00949-2006-053-03-00-2, Relator Desembargadora Lucilde D’Ajuda Lyra de Almeida, ac. 06.02.2007).*

⁴ RODRIGUES JÚNIOR. Álvaro. Análise dos Conceitos de *Affectio Societatis* e de *Ligabilidad* como Elementos de Caracterização das Sociedades Comerciais. *Revista de Direito Privado*, 14. São Paulo: RT, abril-junho/2003, p. 91.

Não apenas em termos jurídicos, mas também em econômicos, o casamento assemelha-se muito às sociedades, especialmente quando de sua dissolução. Isso é bem lembrado pelo doutrinador e magistrado americano, Richard Posner, em sua clássica *Economic analysis of law*⁵.

Desses encontros e desencontros entre sociedade e matrimônio, muitas relações próprias ao direito de família e próximas ao casamento, como sucede com as uniões entre concubinos, entre homossexuais, noivados e casamentos nulos, na vocação doutrinária e jurisprudencial, têm se socorrido das técnicas societárias como um eficiente meio de liquidação patrimonial.

Sem dúvida, tanto a doutrina quanto a jurisprudência ocuparam-se de desenvolver soluções para as pendências patrimoniais que se formaram paralelamente aos termos da legislação do direito de família, utilizando-se vez por outra das sociedades. As figuras do matrimônio e da sociedade assemelham-se em muitos de seus traços, especialmente no que se refere a regime patrimonial. Daí a constante utilização das sociedades como meio idôneo a liquidar pendências patrimoniais da seara do direito de família, sobretudo em situações que o ordenamento não cuidou de disciplinar expressamente.

Apesar dessa realidade, alguns doutrinadores põem-se contrários ao recurso das técnicas societárias no direito de família. François-Xavier Lucas lembra que a “crítica dessas sociedades criadas de fato entre concubinos é antiga. Savatier tinha as qualificado de imaginárias porque ‘não há sociedade no justo sentido da palavra nesta associação que constitui a união livre onde são inseparáveis os meios de existência do casal’”⁶.

Não obstante essa crítica, no Brasil, consolidou-se na doutrina e no foro em geral o trato da dissolução do concubinato sob a perspectiva societária.

Hoje, talvez, a principal dificuldade no enquadramento de certas situações do direito de família no conceito legal de sociedade dê-se por conta de este exigir um elemento teleológico: o exercício de atividade econômica.

Contudo, na hipótese, a noção de atividade econômica há de ser interpretada extensivamente, de sorte a alcançar também toda a atividade que permeia o prover da família. Não se pode negar a economicidade da organização do lar. A economia doméstica demanda fontes de custeio, eleição de prioridades e alocação de recursos, tudo evidenciando sua índole de atividade econômica.

Não se pode olvidar, ademais, de outro detalhe. Quando o conceito de sociedade, do Código Civil de 2002, exige o elemento teleológico, reclama-o num

⁵ Confirma-se a lição do estudioso norte-americano: “When a conventional partnership is dissolved, the assets of the partnership must be distributed among the partners, and it is the same with marriage. But determining the spouses’ respective shares of the assets acquired the household during the marriage is difficult”. (POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 15ª Ed. New York: Aspen Law & Business, 1998, p. 162).

⁶ LUCAS. François-Xavier. La Société Dite “Créée de Fait”. *Aspects Actuels du Droit des Affaires: Mélanges en L’Honneur de Yves Guyon*. Paris: Dalloz, 2003, p. 147.

ambiente de unidade da disciplina societária, ou seja, o conceito serve tanto a atividades empresariais quanto a civis (hoje, simples). Assim, não há que se falar em imprescindibilidade da índole empresarial da atividade econômica. A economicidade da atividade civil, sem dúvida, também se compreende na espécie.

Essa percepção do sistema societário delineado na atual codificação evidencia, pois, a possibilidade de a sociedade continuar, mesmo com sua nova moldura legal, seu papel de técnica de liquidação patrimonial de situações não contempladas com regime expresso no direito de família.

2 Casais não casados e sociedade

A união e a comunhão entre os homens, como assinalado no início deste estudo, remontam aos primórdios de sua existência. Homem e mulher, desde tempos longínquos unem-se, não apenas para a procriação e perpetuação da espécie, mas também para se cuidarem e se protegerem reciprocamente.

Com efeito, o casamento entre um homem e uma mulher, desde a Antiguidade, sob influência do Cristianismo e, especialmente, do direito canônico, até bem pouco tempo, detinha o monopólio de organização da família legítima na vida ocidental. As unidades familiares constituídas à margem ou fora do matrimônio eram rejeitadas pela ordem jurídica.

Atualmente, no entanto, percebe-se a quebra do monopólio do casamento. A banalização da imagem e do ato sexuais que outrora se limitavam aos ambientes da intimidade, aliada a uma série de fatores, como, a título ilustrativo, a chegada definitiva das mulheres ao mercado de trabalho e a proliferação da cultura globalizada, acarretaram, ao fim e ao cabo, além da transformação dos papéis masculinos e femininos, a modificação radical do paradigma das famílias contemporâneas.

O descrédito do matrimônio ensejou a disseminação e o reconhecimento do concubinato e, em data mais recente, da união estável. Contudo, as mudanças não se limitaram a isso. O antigo e socialmente conhecido namoro também se revolucionou. Nele, os envolvidos passaram a experimentar intensas e profundas partilhas de espírito, de alma e, é claro, de corpo. A par disso, o reconhecimento e a admissão da infinidade de projetos de vida existentes na realidade, acarretou a revelação social de vários relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo, as chamadas uniões homo-afetivas.

A instabilidade das instituições, bem como a velocidade com que as coisas e interesses se sucedem e se transformam contemporaneamente geram insegurança e insatisfação nas pessoas, levando-as a provar novas experiências, sempre de caráter provisório.

Esse caos no campo das relações humanas tem induzido várias reflexões por parte dos estudiosos do mundo acadêmico. Ilustrativamente, o sociólogo polonês Zygmund Bauman propõe estudo sobre a temática sob a epígrafe do *Amor líquido*⁷.

⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Amor Líquido: Sobre a Fragilidade dos Laços Humanos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

Aborda ele a fragilidade dos laços humanos. Conforme esclarece, os indivíduos, solitários e inseguros, buscam em novas relações os traços da perenidade e da segurança, mas, ao contrário, acabam agregando a suas vidas novos estressores e novas causas à insatisfação.

Equacionando o problema da volatilidade dos relacionamentos, Zygmund Bauman critica a ludibriosa visão contemporânea que os compara a transações comerciais, *litteris*:

“[...] a visão do relacionamento como uma transação comercial não é a cura para a insônia. Investir no relacionamento é inseguro e tende a continuar sendo, mesmo que você deseje o contrário: é uma dor de cabeça, não um remédio. Na medida em que os relacionamentos são vistos como investimentos, como garantias de segurança e solução de seus problemas, eles parecem um jogo de cara-ou-coroa. A solidão produz insegurança – mas o relacionamento não parece fazer outra coisa. Numa relação, você pode sentir-se tão inseguro quanto sem ela, ou até pior. Só mudam os nomes que você dá à ansiedade”⁸.

No mais das vezes, no entanto, o ordenamento não acompanha a (r)evolução dos fatos, sobremodo no direito de família, em que o conservadorismo e a tradição imperam. Enquanto hoje a cultura da vida é indissociável da insegurança e da fragilidade, o direito impõe-lhe traços artificiais de rigidez e perenidade.

Forma-se, desse modo, no seio do convívio social, a mais variada gama de problemas e disputas que se apresentam ao Estado-juiz, o qual não pode deixar de decidir nas lacunas da lei. E, é nesse contexto que se desenvolveram as soluções judiciais para os principais problemas que permearam e permeiam até hoje as facetas com que se apresentam as entidades familiares.

No Brasil, assim como sucedeu em outros Estados em que o divórcio tardou a ser admitido pela legislação, as relações concubinárias nasceram, cresceram e multiplicaram-se. Com a então indissolubilidade do vínculo do matrimônio e a conseqüente impossibilidade de novas núpcias pelos desquitados – isso, antes da Lei n. 6.015, de 26 dezembro de 1977 –, o concubinato passou a ser amplamente utilizado por aqueles que desejavam manter relações estáveis.

A propósito, como bem lembra João Baptista Villela, é “conhecido – e dispensa, aqui, ser recordado em pormenores – o longo e sinuoso caminho que se percorreu para não deixar desassistidos os interesses econômicos da mulher que, tendo vivido em concubinato por tempo mais ou menos longo, não tinha a garanti-la as normas de ordem pública e as de livre pactuação que, no casamento, são de rigor.”⁹

Houve várias teorias utilizadas para solucionar as disputas patrimoniais envolvendo casais não casados, especialmente com respeito aos direitos da concubina. A jurisprudência assumiu as feições iniciais sobre o tema num contexto em que a mulher ainda não se encontrava, em regra, no mercado de trabalho. Cuidava-se, assim,

⁸ BAUMAN. *Amor...*, cit., p. 30.

⁹ VILLELA, João Baptista. Concubinato e Sociedade de Fato. *Revista dos Tribunais*, 623, setembro de 1978, p. 19.

de manifestação pretoriana vocacionada à proteção da mulher, reconhecida, à época e de modo geral, como a parte mais fraca da relação. Utilizou-se, dentre outros meios, da vedação do enriquecimento sem causa, da retribuição dos serviços domésticos prestados – inicialmente, toda sorte de serviço e, depois, por perceberem a atribuição de valor ao sexo, que havia na espécie, apenas os préstimos laborais não decorrentes do concubinato em si – e da sociedade de fato entre os concubinos. Prevaleceu no Brasil, a propósito, esta última tese, que se consolidou com a edição do enunciado n. 380 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, segundo o 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”.

Além do mencionado verbete, outro de suma importância para o concubinato também veio a ser sumulado, o enunciado n. 382, para o qual “A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

A propósito, o entendimento consubstanciado no enunciado n. 380 da Súmula do Pretório Excelso tomou em consideração a interpretação dos arts. 1.363¹⁰ e 1.366¹¹ do Código Civil de 1916, bem assim do art. 673 do Código de Processo Civil de 1939, mantido em vigor – até hoje – por força do art. 1.218, VII, do Código de Processo Civil de 1.973.

De toda forma, a sociedade, enquanto meio idôneo a permitir a partilha de bens entre os conviventes, acaba sendo recorrente nos casos em que o ordenamento não consagra regime específico para determinada sorte de comunhão. Na hipótese dos casais não casados, a sociedade oferece uma espécie de *pseudo-regime matrimonial*¹².

Para configuração da sociedade concubinária não é necessário que as partes concorram com dinheiro ou bens para sua formação. O *esforço comum*, que pode se verificar, inclusive, nos meros afazeres domésticos, deve ser visto como o *quantum satis*.

É interessante registrar, na evolução jurisprudencial, algumas causas que levaram a Suprema Corte a editar o verbete n. 380 de sua Súmula, valendo-se, para tanto, de excertos do voto do Ministro Cordeiro Guerra, proferido quando do julgamento do Recurso Extraordinário n. 85.391, 2ª Turma, Relator Ministro Thompson Flores. Confira-se abaixo:

“Dou este voto reiteradamente, porque me reporto às origens desta Súmula que foi para remediar a situação dos imigrantes casados pelo regime legal da separação de bens, em São Paulo. O regime italiano era o da absoluta separação de bens. No fim da vida, os imigrantes que tinham construído juntos a própria fortuna – isso era inegável – vieram juntos para trabalhar na colheita do café ou mesmo nas

¹⁰ “Art. 1.363. Celebram contrato de sociedade as pessoas, que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns.”

¹¹ “Art. 1.366. Nas questões entre os sócios, a sociedade só se provará por escrito; mas os estranhos poderão prová-la de qualquer modo.”

¹² Esta locução pode ser encontrada em: LUCAS. La société..., cit., p. 746.

pequenas indústrias domésticas, e no fim da vida ficava o viúvo cansado ou a velha desamparada, porque todos os recursos iriam para os genros, as noras ou os filhos. Então a jurisprudência paulista cogitou de um meio de evitar essa enormidade, e inventou que eles tinham criado uma sociedade de fato. Não foi para beneficiar os concubinos, foi para proteger o patrimônio, os cônjuges, num regime de separação legal de bens. Depois dessa orientação é que se passou a estender essa mesma jurisprudência para aqueles casos também dos casados pelo regime simplesmente religioso. Então comprovado que no interior não havia o casamento civil, estenderam esse princípio da sociedade de fato. Depois veio a terceira fase: como não há divórcio no país, foi-se admitindo que quando os desquitados passavam a viver **more uxore** e construam juntos um patrimônio, então se admitiu a dissolução do patrimônio conquistado pelo esforço comum.”¹³

Mesmo após a compreensão sumulada pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido da sociedade de fato entre concubinos, certos julgados da própria Corte passaram a divisar duas hipóteses no concubinato, conforme se depreende do Recurso Extraordinário n. 79.079, Relator Antonio Neder¹⁴. No caso, as instâncias ordinárias tinham julgado improcedente o pedido da autora, ao fundamento de que as partes não constituíram patrimônio em comum durante a constância do concubinato. Na Suprema Corte, entretanto, extremaram-se duas hipóteses de união: a) aquela em que a concubina concorre com seu esforço para a formação do patrimônio e, portanto, haveria sociedade de fato; e b) aquela na qual participa com seu trabalho doméstico e, assim, faria jus a uma retribuição. Entendeu-se, na ocasião, que o caso amoldava-se à segunda hipótese, reconhecendo-se o concubinato e condenando-se o recorrido a pagar à recorrente retribuição pelos serviços prestados.

A solução adotada pelo aresto buscou não deixar desamparada a concubina. Na inexistência de patrimônio comum a ser partilhado em consonância com a técnica da sociedade de fato, reconheceu-se o direito a retribuição pelos serviços

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2º Turma. Recurso Extraordinário nº 79.079 – SP. Recorrente: Daisy Fernandes; recorrido: Luiz Carlos Segala de Menezes. Relator Thompson Flores, maioria, j. 05.12.1978. *Revista do Tribunal de Justiça* nº 89, p. 186.

¹⁴ “1. Deve distinguir-se no concubinato a situação da mulher que contribui, com o seu esforço ou trabalho pessoal, para formar o patrimônio comum, de que o companheiro se diz único senhor, e a situação da mulher que, a despeito de não haver contribuído para formar o patrimônio do companheiro, prestou a ele serviço doméstico, ou de outra natureza, para o fim de ajudá-lo a manter-se no lar comum. Na primeira hipótese, a mulher tem o direito de partilhar com o companheiro o patrimônio que ambos formaram; e o que promana dos arts. 1.363 e 1.366 do código civil, do art. 673 do c. Pr. Civil de 1939, este ainda vigente no pormenor por força do art. 1.218, vii, do c. Pr. Civil de 1939, e do verbete 380 da súmula desta corte, assim redigido: ‘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.’ na segunda hipótese, a mulher tem o direito de receber do companheiro a retribuição devida pelo serviço doméstico a ele prestado, como se fosse parte num contrato civil de prestação de serviços, contrato esse que, ressabidamente, outro não é senão o bilateral, oneroso e consensual definido nos arts. 1.216 e seguintes do código civil, isto é, como se não estivesse ligada, pelo concubinato, ao companheiro. 2. Quantum da remuneração devida a companheira. Como se calcula no caso. 3. Recurso extraordinário provido” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 1º Turma. Recurso Extraordinário nº 79.079 – SP. Recorrente: Josefina Tonhalo Paulino; recorrido: Mário Silveira Ávila. Relator Antônio Neder, unânime, j. 10.11.1977. *Revista do Tribunal de Justiça* nº 84, p. 487).

prestados. Parece ter sido a única solução idônea a albergar a situação da mulher naquele caso.

Apesar disso, tal decisório encontrou crítica na doutrina. João Baptista Villela, por exemplo, afirma que a “base de onde parte o raciocínio é, entretanto, equivocada e preconceituosa. Equivocada porque construída sobre elementos puramente acidentais da vida em comum. E preconceituosa porque discrimina e bagateliza a atividade doméstica, considerando-a, a priori, economicamente improdutiva de riqueza.”¹⁵

De qualquer forma, o que interessa é perceber que, àquela época, consagrou-se a sociedade como mecanismo idôneo a reger a liquidação e a pendência patrimonial entre os concubinos e, no ponto, comporta, mais uma vez, referir-se à lição de João Baptista Villela, para quem, *litteris*:

“O que importa é, antes, apurar se houve ou não sociedade de fato. Sabe-se, com efeito, que ela não é um produto necessário e inevitável do concubinato. Assim como, reversamente, pode existir sem ele. De duas ou mais pessoas cujas economias, compreendendo bens e serviços, sejam promíscuas e que somam esforços convergentes para um fim comum pode-se concluir que têm entre si sociedade. De fato ou de direito, particular ou universal, conforme as circunstâncias. Ao revés, concubinos que mantêm casas separadas e economias autônomas não formam sociedade. Nem de direito, nem de fato.”¹⁶

No julgamento do Recurso Extraordinário n. 81.012, nos idos de 1975, o Ministro Moreira Alves posicionou-se nesse mesmo sentido, ao registrar, *verbis*:

“O concubinato pode produzir efeitos patrimoniais, não com base no direito de família, mas, sim, com fundamento no direito das obrigações. O que implica dizer que, por si mesmo, o concubinato não produz efeitos patrimoniais. Para obtê-los, é preciso que a concubina, além de demonstrar a existência do concubinato, prove tenha havido uma sociedade de fato e daí decorre a partilha dos bens adquiridos em virtude do esforço comum dos concubinos – ou, pelo menos, tenha havido prestação de serviços a merecer remuneração. Portanto, os efeitos patrimoniais do concubinato resultam da demonstração ou de uma sociedade de fato, ou da prestação de serviços ao concubino.”¹⁷

Assim, a rigor, tanto na lição de João Baptista Villela, quanto na de Moreira Alves, esta consubstanciada na jurisprudência, a sociedade de fato pode ou não coexistir com o concubinato. Não se trata de coexistência necessária. É possível concubinato sem importar sociedade, e vice-versa. O que interessa, na realidade, é que estejam efetivamente presentes os elementos essenciais à caracterização da sociedade.

¹⁵ VILLELA. Concubinato..., cit., p. 20.

¹⁶ VILLELA. Concubinato..., cit., p. 20.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno. Recurso Extraordinário nº 81.012 – RJ. Recorrente: Antonio Marques Alves; recorrido: Albina Gonçalves Barroso Alves. Relator Xavier de Albuquerque, não conhecido, j. 01.09.1975. *Revista dos Tribunais* nº 75, p. 938.

A Constituição da República de 1988 foi um marco na evolução do ordenamento em relação aos casais não casados. Dedicou um capítulo ao trato da família, da criança, do adolescente e do idoso. No art. 226, § 3º, reconheceu a união estável entre um homem e uma mulher como entidade familiar.

Logo após o advento da Constituição de 1988, o Superior Tribunal de Justiça, que se tornou o responsável por manter a integridade e a uniformidade nacional na interpretação das normas infraconstitucionais federais, aderiu ao entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal, merecendo destaque o acórdão do Recurso Especial n. 483-RJ, 3ª Turma, de relatoria do Ministro Cláudio Santos, que procede a uma acurada evolução da jurisprudência e da doutrina sobre o tema. Veja-se:

“SOCIEDADE DE FATO ENTRE CONCUBINOS. CONTRIBUIÇÃO INDIRETA PARA A FORMAÇÃO DO PATRIMÔNIO DO CASAL. DISSOLUÇÃO JUDICIAL DA SOCIEDADE, COM A PARTILHA. INEXISTÊNCIA DE DISSÍDIO COM A SÚM. 380/STF. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

A Súm. 380, do STF, consagrou, no direito brasileiro, a teoria da sociedade de fato, que teve origem na jurisprudência francesa. Sobre a sua aplicação, em vários pronunciamentos, decidiu o Excelso Pretório que o concubinato, mesmo de longa duração, não acarreta automaticamente a admissão da sociedade de fato, pois o que ‘legítima a partilha é a sociedade de fato entre concubinos’. Precedentes da evolução da jurisprudência da Corte Suprema sobre a matéria.

Havendo fundamentação do acórdão em divergência com a Súmula do STF, caracteriza-se o dissídio quando demonstrado que o tema jurídico versado no acórdão recorrido é o mesmo sumulado.

Jurisprudência inicial do STJ acerca da questão da contribuição indireta para a formação do patrimônio, ainda que restrita ao trabalho doméstico.

Recurso especial conhecido, mas improvido.”¹⁸

Além do mencionado decisório, cite-se, ilustrativamente, o acórdão do Recurso Especial n. 183.718-SP, 4ª Turma, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira¹⁹. Nesse julgamento, a Corte Superior houve por bem, reconhecida a sociedade

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma. Recurso Especial nº 483 – RJ. Recorrente: Júlio Armando Lages; recorrido: Elba Lilia de Figueiredo Jordão. Relator Ministro Cláudio Santos, maioria simples, j. 21.08.1990. *Revista dos Tribunais* nº 671, p. 374.

¹⁹ “Direito civil. Sociedade de fato. Reconhecimento de participação indireta da ex-companheira na formação do patrimônio adquirido durante a vida em comum. Partilha proporcional. Cabimento. Fixação nesta instância. Possibilidade. Critérios. Indenização por serviços prestados. Ressalva. Recurso parcialmente provido. I - Constatada a contribuição indireta da ex-companheira na constituição do patrimônio amealhado durante o período de convivência "more uxorio", contribuição consistente na realização das tarefas necessárias ao regular gerenciamento da casa, aí incluída a prestação de serviços domésticos, admissível o reconhecimento da existência de sociedade de fato e conseqüente direito à partilha proporcional. II - Verificando-se que haja diminuição de despesas (economia) proporcionada pela execução das atividades de cunho doméstico pela ex-companheira, há que se reconhecer patenteadado o "esforço comum" a que alude o enunciado nº 380 da Súmula/STF. III - Salvo casos especiais, a exemplo de inexistência de patrimônio a partilhar, a concessão de uma indenização por serviços domésticos prestados, prática de longa data consagrada pela jurisprudência, não se afeiçoa à nova realidade constitucional, que reconhece "a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar" (art. 226, § 3º, da

de fato, fixar o percentual devido à concubina, a título de participação na relação entre as partes, em 15% (quinze por cento) sobre os bens comprovadamente adquiridos na constância da sociedade²⁰.

Há setores doutrinários que afirmam, assim como o *decisum* citado, ser obsoleto o enunciado n. 380 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. Após 1988, a união estável e outras conformações familiares atípicas, como, por exemplo, a unipessoal²¹, foram erigidas ao texto constitucional como entidades familiares. Observe-se a crítica de Paulo Luiz Netto Lôbo:

“Todavia, o que era um avanço, ante a regra de exclusão das entidades familiares, fora do casamento, converteu-se em atraso quando a Súmula continuou a ser utilizada após a Constituição de 1988. Note-se que até mesmo para uma das entidades familiares por ela explicitadas, a união estável, continuou sendo aplicada a Súmula, como se não fosse família e devesse ser considerada uma relação patrimonial, até o advento da Lei n. 8.971/94. Houve necessidade de a Lei n. 9.278/96 dizer o óbvio, a saber, as questões relativas à união estável deveriam ser decididas nas varas de família, pois tratavam-se de relações de família”²².

Sem embargo, o entendimento sumulado não perdeu totalmente sua razão de ser. Há de se preferir falar em superação parcial do verbete n. 380 da Súmula da Suprema Corte, pois ainda tem efeitos práticos sensíveis, nomeadamente quanto à união concubinária e àquela entre pessoas do mesmo sexo.

Vale lembrar, ainda e a respeito, o debate que se formou no foro acerca da competência para processo e julgamento das ações de dissolução de sociedade de fato entre concubinos, se caberia às Varas de Família ou às Cíveis. Inicialmente – antes da Constituição de 1988 –, os feitos dessa natureza eram ajuizados nas Varas Cíveis, dando-se ênfase à tónica patrimonial que envolvia as partes. Buscava-se, na espécie, nos casos de dissolução das uniões, proceder-se à liquidação e à partilha patrimonial entre os ex-consortes por meio da técnica da sociedade, sem qualquer preocupação, ao menos por parte do Estado-juiz, com os aspectos de direito de família.

Constituição). IV - O arbitramento da parcela devida à companheira pode ser fixado nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso, com objetivo de evitar inconvenientes e atraso na solução jurisdicional. V - Na fixação do percentual, que necessariamente não implica meação no seu sentido estrito (50%), recomendável que o seu arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao tempo de duração da sociedade, a idade das partes e a contribuição indireta prestada pela concubina, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma. Recurso Especial nº 183.718 – SP. Recorrente: Alice Ferreira dos Santos; recorrido: Armando César Soeiro. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, unânime, j. 13.10.1998. LEXSTJ nº 120, págs. 206-207).

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma. Recurso Especial nº 183.718 – SP. Recorrente: Alice Ferreira dos Santos; recorrido: Armando César Soeiro. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, unânime, j. 13.10.1998. LEXSTJ nº 120, págs. 206-214.

²¹ Sobre a família unipessoal, lembre-se do Recurso Especial n. 205.170-SP, em que o Superior Tribunal de Justiça admitiu a configuração do bem de família – impenhorável – de pessoa solteira que morava só.

²² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Revista brasileira de direito de família*, 12. Janeiro a Março de 2002, p. 49.

Entretanto, com o tempo, especialmente em virtude das normas constitucionais, reconheceu-se que esses processos deveriam ser apreciados pelos juízos de família. Em razão de a Constituição ter explicitado a natureza familiar das uniões estáveis entre um homem e uma mulher, a jurisprudência firmou a competência das Varas de Família com respeito à matéria.

Esse debate em torno do tema evidenciou ora a predominância dos aspectos patrimoniais próprios da sociedade, ora as características familiares inerentes às uniões duradouras entre um homem e uma mulher.

De qualquer forma, o ordenamento brasileiro não se limitou à consagração das uniões estáveis no bojo da Constituição de 1988. Foi além. Em 1994, publicou-se a Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994, que regulou o direito dos companheiros a alimentos e sucessão.

Algum tempo depois, editou-se a Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996, regulando o § 3º do art. 226 da Constituição, isso é, criou-se um verdadeiro estatuto jurídico da união estável.

O citado diploma legal disciplinou direitos e deveres dos conviventes, bem como delineou uma espécie de regime patrimonial para eles. No art. 5º assim dispôs:

“Art. 5º Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito. [...]”.

A legislação, desse modo, traçou o regime patrimonial entre os companheiros, semelhante ao regime da comunhão parcial em matéria de casamento. Os bens amealhados durante a união, em regra, são reputados de ambos os consortes, em proporções iguais.

Registre-se, ademais, que a Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996, lançou uma pá de cal sobre a celeuma relativa à competência jurisdicional em matéria de união estável. Seu art. 9º previu, expressamente, que “Toda a matéria relativa à união estável é de competência do juízo da Vara de Família, assegurado o segredo de justiça”.

As duas leis mencionadas, assim, deram densidade normativa, pela primeira vez no Brasil – afora o texto lacunar da Constituição –, ao estatuto jurídico da união estável. Ultrapassaram as fronteiras patrimoniais propiciadas pelo trato da matéria sob os auspícios da sociedade de fato e alcançaram a seara do direito de família, reconhecendo-se, como visto, direitos e deveres dos companheiros, um para com o outro, direito a alimentos e direitos sucessórios. Nessa perspectiva, a união estável fortaleceu-se, assumindo a digna e devida vocação que a Constituição lhe reservara, a de verdadeira entidade familiar.

O desenvolvimento do concerto normativo da união estável avançou ainda mais. O Código Civil de 2002 alcançou-a, regulando-a nos arts. 1.723 e seguintes. Com atenção ao regime patrimonial entre os companheiros – antigo ambiente de utilização da técnica da sociedade de fato –, o art. 1.725 dispõe:

“Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

A par disso, a codificação, em seu art. 1.727, delineou o concubinato, dando-lhe sobrevida na atual sistemática, ao estabelecer que “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”.

Diante das premissas delineadas pela ordem jurídica, o papel da técnica da sociedade de fato esmoreceu. Cedeu lugar aos termos normativos então criados. Continuou, todavia, a ser utilizada no âmbito daquelas uniões ainda reputadas concubinárias, quais sejam, aquelas em que um dos consortes estava impedido a contrair, validamente, a união estável. Por exemplo, se A e B mantivessem convivência com todas as características reclamadas pelo ordenamento para verificação da união estável, mas B fosse já casado. *In casu*, haveria concubinato, não uma união estável. Aqui a técnica da sociedade de fato seria idônea a solucionar eventual dissolução da união, apenas no âmbito patrimonial.

A propósito, comporta diferenciar a concubina da companheira. Segundo Arnaldo Wald, a “concubina seria a mulher com quem o cônjuge adúltero tem encontros periódicos fora do lar e a companheira a com quem o varão divorciado, solteiro, ou separado da esposa mantém convivência *more uxorio*.”²³.

Desde o estatuto da união estável, é este o papel reservado à técnica da sociedade nas relações entre um homem e uma mulher não casados: o trato do concubinato.

Essa função não tende a desaparecer. De fato, o ordenamento não pode admitir, para um mesmo sujeito, ao lado do casamento ou da união estável, outra entidade familiar, com todos os efeitos jurídicos próprios do seio familiar – direito a alimentos e direitos sucessórios, por exemplo –, sob pena de, obliquamente, reconhecer-se a pluralidade de famílias e até mesmo, diga-se, de mulheres – poligamia, aqui num sentido *lato* –, o que iria na contramão da evolução ocidental. A técnica da sociedade de fato continua, então, a ser empregada no direito de família.

2.1 Uniões homossexuais e sociedade

Ao lado dos atuais concubinatos, há outra espécie de união entre pessoas não casadas em que a técnica da sociedade (criada) de fato ainda tem ostensiva serventia. É o caso das uniões entre homossexuais, também conhecidas por uniões homo-afetivas.

A propósito, cabe distinguir entre *homossexualismo* e *homossexualidade*. Aquela primeira expressão era utilizada quando da compreensão da homossexualidade

²³ WALD, Arnaldo. *O novo Direito de Família*. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 225.

como um mal, uma doença. Tinha um cunho eminentemente negativo, a exemplo do termo *alcoolismo*. Entretanto, contemporaneamente, com acerto, prevalece o emprego de *homossexualidade*, palavra consentânea com o hodierno contexto científico, para o qual as relações entre pessoas do mesmo sexo – biológico – não constituem anomalia.

Maria Berenice Dias, ao cuidar da união homossexual no Brasil, assevera:

“Nítido o repúdio do legislador no manejo de questões encharcadas de preconceito. No Brasil, nem a Constituição e nem a lei tomam conhecimento da homossexualidade, não lhe dando aprovação nem punições. Assim, está-se impondo às relações homoafetivas o mesmo calvário percorrido pelo concubinato antes da constitucionalização dos vínculos afetivos heterossexuais não-matrimonializados, e que receberam o nome de união estável.

[...]

Havendo identidade de sexo, ainda que meramente biológica, a demanda, proposta no juízo cível, provavelmente será extinta, decantando-se a carência de ação, por impossibilidade jurídica do pedido. Raros julgados emprestam juridicidade a tais vínculos. Mesmo quando comprovada a convivência duradoura, pública e contínua, é reconhecida somente a existência de uma sociedade de fato, sob o fundamento de ser impertinente qualquer indagação sobre a vida íntima de um e de outro. Não se concede alimentos e nem direitos sucessórios.”²⁴.

O Superior Tribunal de Justiça, recentemente, pela primeira vez, teve oportunidade de se pronunciar sobre a união homoafetiva, vindo a reconhecer-lhe apenas efeitos patrimoniais, por meio da técnica da sociedade de fato. Tratou-se do Recurso Especial n. 148.897-MG, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 1998, e cuja ementa se transcreve a seguir:

“Sociedade de fato. Homossexuais. Partilha do bem comum. O parceiro tem o direito de receber a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum, reconhecida a existência de sociedade de fato com os requisitos no art. 1363 do c. Civil.

Responsabilidade civil. Dano moral. Assistência ao doente com aids. Improcedência da pretensão de receber do pai do parceiro que morreu com aids a indenização pelo dano moral de ter suportado sozinho os encargos que resultaram da doença. Dano que resultou da opção de vida assumida pelo autor e não da omissão do parente, faltando o nexo de causalidade. Art. 159 do c. civil. Ação possessória julgada improcedente. Demais questões prejudicadas.

Recurso conhecido em parte e provido.”²⁵

Tratava-se, originariamente, de ação “ordinária de reconhecimento de co-propriedade, com conseqüente pedido de alteração de registro imobiliário, c/c ação de

²⁴ BERENICE DIAS, Maria. *União Homossexual: o Preconceito & a Justiça*. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 88/89.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma. Recurso Especial nº 148.897 – MG. Recorrente: Milton Alves Pedrosa; recorrido: João Batista Prearo. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, unânime, j. 01/12/2004. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, nº110, p. 313.

indenização”, ajuizada por A contra B, sob a alegação de que o filho deste, C, teria vivido com aquele por cerca de 7 (sete) anos, período em que amealharam patrimônio comum, então representado basicamente pelo imóvel, em nome de C, onde habitavam e que, por força das regras de sucessão, fora transferido a B. Além disso, A pleiteava indenização por danos morais, em virtude de ter sofrido sozinho ao lado de C, sem o amparo da família deste, todos os percalços de sua trajetória de doente de AIDS.

Em primeira instância, o pleito foi julgado parcialmente procedente. Contudo, em sede recursal, os pedidos foram rejeitados pela Corte, vindo a ser julgada improcedente a pretensão de A. Após isso, aviou-se o recurso especial, que, no Superior Tribunal de Justiça, ensejou o julgamento cuja ementa se transcreveu há algumas linhas.

Na Corte Superior, o pleito de indenização foi julgado improcedente, mas serviu a sua prova justamente a formatar a união existente entre A e C. Durante a agonia de C fora A que o amparara.

No ponto que mais interessa ao presente estudo, a união entre A e C, o Superior Tribunal de Justiça houve por bem reconhecê-la, como sociedade de fato, determinando que o autor fazia jus a metade do bem de raiz adquirido.

Duas particularidades merecem destaque no julgamento. A primeira diz respeito ao caminho trilhado, expressamente, pelos julgadores. Em mais de um voto, percebe-se que o caso foi apreciado sob o prisma exclusivo da repercussão patrimonial, sem qualquer admissão de traços do direito de família. Por exemplo, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, assim se pronunciou: “se estamos examinando a causa sob o prisma do Direito patrimonial, é de convir-se que já há uma farta jurisprudência neste Tribunal a subsidiar a matéria, pouco importando que a causa envolva relacionamento homem/mulher, homem/homem, ou mulher/mulher.”²⁶ Logo após, o Ministro Cesar Asfor Rocha manifestou-se: “Ora, dessa situação em exame, o que se busca extrair é apenas o que seja atinente a direitos patrimoniais. Nada se questiona com referência a efeitos familiares”²⁷.

Comentando o julgado do Superior Tribunal de Justiça, João Baptista Villela pontifica:

“Em resumo: Se duas pessoas atuam prolongadamente em comum, como parece ter sido o caso [...], sem que tenham definido o regime de suas relações econômicas, instituíram, entre si, uma sociedade de fato. É natural, assim, que o patrimônio indiviso que venha a ser por elas formado, sofra, no momento em que a comunhão tenha um fim, repartição equitativa. Tudo sem que se haja de indagar do sexo dos *sócios* e, menos ainda, se, entre eles existiu qualquer relacionamento íntimo”²⁸.

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma. Recurso Especial nº 148.897 – MG. Recorrente: Milton Alves Pedrosa; recorrido: João Batista Prearo. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, unânime, j. 01/12/2004. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, nº110, p. 322.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma. Recurso Especial nº 148.897 – MG. Recorrente: Milton Alves Pedrosa; recorrido: João Batista Prearo. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, unânime, j. 01/12/2004.. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, nº110, p. 324.

²⁸ VILLELA. Sociedade..., cit., p. 12.

Ainda em suas considerações, o referido doutrinador mineiro conclui que “Sexo é sexo, patrimônio é patrimônio. Se, em geral, já é um princípio de sabedoria e prudência não misturá-los, aqui é definitivamente certo que um nada tem a ver com o outro”²⁹.

O outro ponto de relevo na controvérsia refere-se a direitos sucessórios. Na disputa apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, reconheceu-se a união entre A e C, determinando-se que metade do patrimônio formado por eles seria de A, embora estivesse formalmente registrado no nome singular de C. Dividiu-se, portanto, o imóvel que representava o patrimônio dos consortes. Aliás, em plena conformidade com o Código Civil de 1916³⁰, a metade de C, após sua morte, restou agregada ao patrimônio de B, seu pai. É que a codificação revogada, em seu art. 1.603, ao dispor sobre a ordem de vocação hereditária, arrolava os ascendentes antes do cônjuge sobrevivente. Assim, nas circunstâncias em análise, em que não havia filhos, fosse um casamento, fosse uma união entre homem e mulher ou entre homossexuais, a celeuma teria o mesmo desfecho. Reconhecida a união e seus efeitos patrimoniais, o acervo do falecido tocaria a seus ascendentes.

Entretanto, se o mesmo conflito fosse submetida à Corte com fundamento no Código Civil de 2002, teria sorte diversa. Segundo o art. 1.790, III, deste, o companheiro ou companheira concorreria com os ascendentes na herança. Na hipótese, a orientação sexual dos conviventes faria toda diferença. Para um casal heterossexual, o ordenamento comunicaria 1/3 (um terço) da herança ao companheiro sobrevivente. De outro lado, na união homossexual, a herança seria transmitida integralmente aos ascendentes do *de cujus*. Note-se, portanto, a distinção feita pelo ordenamento com relação às espécies.

Ao lado do aresto analisado, pode-se citar outro, mais recente, do mesmo Tribunal, em que se consignou, expressamente, a necessidade de se comprovar o esforço comum para que um dos consortes possa pleitear participação no patrimônio formado durante a vida em comum no âmbito das uniões homossexuais. É o caso do acórdão lavrado, em 2006, nos autos do Recurso Especial n. 773.136/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, cuja ementa segue abaixo transcrita:

“Direito civil. Ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo. Efeitos patrimoniais. Necessidade de comprovação do esforço comum.

- Sob a ótica do direito das obrigações, para que haja partilha de bens adquiridos durante a constância de sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo, é necessária a prova do esforço comum, porque inaplicável à referida relação os efeitos jurídicos, principalmente os patrimoniais, com os contornos tais como traçados no art. 1º da Lei n.º 9.278/96.

- A aplicação dos efeitos patrimoniais advindos do reconhecimento de união estável a situação jurídica dessemelhante, viola texto expresso em lei, máxime quando os pedidos formulados limitaram-se ao reconhecimento e dissolução de sociedade de fato, com a

²⁹ VILLELA. Sociedade..., cit., p. 12.

³⁰ No caso em exame, a abertura da sucessão em 1989, época em que as uniões estáveis eram regidas, na prática, apenas pela sistemática societária.

proibição de alienação dos bens arrolados no inventário da falecida, nada aduzindo a respeito de união estável. Recurso especial conhecido e provido”³¹.

Nesse contexto, a técnica da sociedade de fato tem seus limites, não atendendo de modo satisfatório todos os reclamos e angústias frequentes no desfazimento da união homossexual. A sociedade de fato não supre as lacunas normativas relativas aos direitos e deveres genéricos dos companheiros homossexuais, à prestação de alimentos, nem aos direitos sucessórios.

Trata-se de um sucedâneo adstrito aos aspectos patrimoniais. Nada além. É imprescindível que as proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional venham a ser aprovadas, de sorte a disciplinar essa realidade que hoje se desenvolve à margem do ordenamento, sem a devida proteção às partes envolvidas.

Na evolução do cenário jurídico da união homossexual no Brasil, é interessante destacar, ainda, a iniciativa da Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo e da Associação da Parada do Orgulho dos Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros de São Paulo, que ajuizaram, perante o Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.300-DF³².

Nos autos, as co-autoras pediam que se imprimisse, com eficácia *erga omnes*, interpretação conforme a Constituição ao disposto art. 1º da Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996, para o fim de estender o estatuto da união estável também aos homossexuais. Segundo alegavam, o mencionado dispositivo geraria ilegítima e inconstitucional discriminação, ao reconhecer a união estável somente entre pessoas de sexos distintos, um homem e uma mulher.

Todavia, o processo foi extinto, monocraticamente, sem julgamento de mérito. O Relator, Ministro Celso de Mello, de maneira correta, entendeu que as entidades autoras eram carecedoras de ação. Não se encontravam entre os legitimados a provocar a jurisdição constitucional concentrada da Suprema Corte, conforme dispõe o art. 103 da Constituição da República.

Caso o mérito viesse a ser apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, aparentemente, deveria o pedido ser julgado improcedente. A união estável regulada na Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996, seguiu a vocação do art. 226, § 3º, da Constituição da República, em que se reconhece a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar. No caso, evidencia-se a conformidade constitucional dos termos do diploma hostilizado na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3300-DF, não podendo se falar, de modo algum, em contradição interna da Constituição, entre normas originárias.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Recurso Especial nº 117.136 – RJ. Recorrente: Jaime Antônio Marchese; recorrido: Banco de Brasília S.A - BRB. Relatora Ministra Nancy Andrighi, unânime, j. 10.10.2006. *Diário da Justiça da União*, 13.11.2006. p. 259.

³² A Ação Direta de Inconstitucionalidade é apontada em: GIORGIS, José Carlos Teixeira. O Supremo Tribunal Federal e a União Homossexual. *ADV Advocacia Dinâmica*, 23. Junho de 2006, pp. 377/378.

De qualquer sorte, apesar de louvável a iniciativa, no sentido da concretização de uma efetiva disciplina da matéria, em prol da transcendência dos estreitos limites patrimoniais propiciados, até o momento, pela técnica da sociedade de fato, ela não se deu na esfera adequada. Embora demorada e tormentosa a tramitação de propostas normativas desse teor, é no âmbito do Poder Legislativo que há de se reconhecer e se formar o arcabouço jurídico da conjugalidade homossexual. Compete a este Poder a edição de normas legais genéricas e abstratas, para repercutir sobre fatos pendentes e futuros, e não ao Judiciário.

2.1 Noivado (esponsais) e sociedade

Esponsais ou noivado nada mais é que a promessa de casamento. O Código Civil atual nada dispôs a seu respeito. Entretanto, lembra Silvio de Salvo Venosa que o “Código Civil de 1916 cuidara lateralmente da questão no art. 1.548, demonstrando que a situação era conhecida do legislador, quando dispunha que a mulher, agravada em sua honra, podia reclamar de seu ofensor um dote correspondente à sua condição e estado, se fora seduzida com promessa de casamento e o agente não desejara ou não pudera reparar o mal pelo casamento.”³³

Nos dias de hoje, no âmbito do noivado, ou seja, no período compreendido entre a promessa de matrimônio e a sua realização, os nubentes, cada vez mais, estreitam os laços de intimidade e de convivência, aproximando a espécie da vida conjugal. Não é raro, nessa fase preparatória do casamento, promoverem os noivos uma imbricação patrimonial, já antevendo a proximidade do regime de bens que advirá das bodas.

Cumprido, nesse contexto, investigar a sorte do patrimônio comum, no caso de ruptura do noivado. Na hipótese, havendo bens adquiridos comumente pelos noivos, como devem ser partilhados?

O ordenamento brasileiro não contempla resposta específica para a indagação formulada. Todavia, cuida-se de mais um caso do direito de família em que a técnica da sociedade pode ser empregada satisfatoriamente.

Os bens amealhados durante o noivado, uma vez desfeito este, devem ser partilhados entre os ex-noivos, proporcionalmente ao quanto que cada qual concorreu para a formação do acervo patrimonial comum.

3 Nulidade de casamento e sociedade

O Código Civil argentino contempla, expressamente, uma curiosa hipótese de aplicação da sociedade de fato no âmbito do direito de família. Veja-se, a seguir, o teor do correlato art. 223, especialmente seu 2º inciso:

³³ VENOSA. Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*, v. VI. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 45.

“Art. 223. Se o matrimônio anulado foi contraído de má-fé por ambos os cônjuges, não produzirá efeito civil algum. A nulidade terá os efeitos seguintes:

1º. A união será reputada como concubinato;

2º. Em relação aos bens, se procederá como no caso da dissolução de uma sociedade de fato, se se provarem aportes dos cônjuges, ficando sem efeito algum as convenções matrimoniais” (Grifouse).

Na Argentina, Roberto A. Muguillo, mesmo diante da norma do Código Civil, que determina a aplicação à nulidade do matrimônio, quanto aos bens, do regime previsto para a dissolução de uma sociedade de fato (art. 223, inc. 2º), nega a caracterização de tal sociedade. Confira-se:

“Com efeito, o vínculo matrimonial de má fé, contraído em fraude à lei, não enseja a existência de uma sociedade de fato entre os concubinos (já que este é o efeito da nulidade matrimonial), não bastando justificar a existência de bens, pois isso importaria subverter a ordem jurídica familiar e equiparar o concubinato com o matrimônio quanto a seus efeitos.

Isso não significa negar o direito que as partes podem ter sobre certos bens ou ainda sobre alguma exploração em comum, porém para isso deverão sujeitar-se às pautas gerais precedentemente indicadas, como bem se pode traduzir da melhorada redação do art. 223 inc. 2) do Código Civil, quando estabelece que a nulidade terá os seguintes efeitos: ‘Em relação aos bens, se procederá como no caso da dissolução de uma sociedade de fato, se se provarem aportes dos cônjuges’. Em outras palavras se liquidará ‘como’ se fosse uma sociedade de fato de se considerar ‘aportes em comum ou de ambos os cônjuges’, porém isso não implicará a existência de tal forma associativa”³⁴.

No Brasil, embora o Código Civil não traga, expressamente, semelhante norma, a sociedade de fato também pode ser empregada como mecanismo de liquidação das pendências patrimoniais na anulação do casamento, quando ambas as partes estejam de má-fé³⁵.

Doutrinariamente, o tema das nulidades constitui constante tormento. É comum dizer-se que o negócio nulo não produz efeitos. Contudo, essa assertiva há de ser vista com cuidado. Enquanto não declarada a nulidade, como sanção, pelo Estado-juiz, há, sim, repercussões jurídicas que devem ser equacionados diante de cada caso concreto.

³⁴ MUGUILLO. Roberto A. *Sociedades Irregulares o de Hecho*. Buenos Aires: Gowa, 2002, pp. 159/160.

³⁵ Apesar de rara a hipótese, registre-se a existência de precedente, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, sobre a nulidade do casamento com ambos os cônjuges de má-fé. Tratou-se do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 11.208/BA, Relator Ministro Barros Monteiro.

Com efeito, no plano genérico das nulidades, o Código Civil de 2002, em seu art. 182, estabelece: “Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.” Com isso, a codificação determina que, uma vez pronunciada a nulidade, em regra, as partes devem ser reconduzidas ao *statu quo ante*.

Aroldo Plínio Gonçalves, discorrendo a propósito das nulidades, pronuncia-se da seguinte maneira:

“Ato nulo somente existe depois que a nulidade, como consequência jurídica, é pronunciada, e jamais antes da declaração judicial.

[...]

O ato nulo não é aquele que, em razão do vício, é, potencialmente, inábil a operar efeitos, mas o que é, efetivamente, declarado, pronunciado ou decretado como nulo, ou seja, aquele que, através da declaração judicial, tem seus efeitos suprimidos.

O ato que potencialmente pode ser declarado como nulo é ato irregular. Mas a irregularidade pode ser apenas motivo que autoriza a imposição da sanção, e a sanção subordina-se às condições legais de sua aplicação. Assim, o ato só se torna nulo depois que a decisão judicial declara sua nulidade, aplicando, pois, a nulidade, como consequência normativa.”³⁶

Assim, o contraste entre um ato ou negócio e a norma jurídica é apenas um pressuposto para a aplicação da sanção de nulidade. Em qualquer caso, um ato ou negócio só se reputa nulo após a manifestação judicial nesse sentido.

Em matéria de nulidade do casamento, diante das peculiaridades que permeiam a espécie, o Código Civil delineou algumas regras específicas³⁷. Em seu art. 1.563, de certo modo, aproxima-se da sistemática geral, exceto quanto a algumas ressalvas, ao dispor que a “sentença que decretar a nulidade do casamento retroagirá à data da sua celebração, sem prejudicar a aquisição de direitos, a título oneroso, por terceiros de boa-fé, nem a resultante de sentença transitada em julgado.”

³⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades do Processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2000, pp. 19/20.

³⁷ Veja-se, por elucidativa, a lição de Pontes de Miranda a respeito da diferença de tratamento das nulidades na parte geral do direito privado e no direito matrimonial: “Superficial conhecimento dos princípios que regem o direito matrimonial levou alguns juristas a entender ser aplicável, quanto aos casamentos nulos, o princípio geral de direito que permite tratar-se o ato nulo como se nenhum fora. Seria pôr na mesma plana o contrato de direito de família, de alta significação social, que é o casamento, e qualquer papel de contrato de direito das obrigações, ou de direito das coisas, civil ou comercial, eivado de nulidade. (...) O Código Civil adotou a declaração (leia-se: declaração, se se quer rigorosa classificação das pretensões e das ações) de putatividade, ainda que nulo o casamento, se contraído de boa fé por ambos os cônjuges ou somente por um (art.221 e§ 1º), de modo que não é possível excluir-se a apreciação judicial da nulidade para que se invoque, com oportunidade, o caráter putativo do casamento nulo. Se bem que conheça a distinção entre ação de nulidade e ação de anulação, por vezes fala de nulidade para designar a ambas, – a nulidade e a anulabilidade, como, aliás, já ocorreu na Parte Geral.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, t. VII. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, pp. 418/419).

Nesse ditame, a codificação traça a expressão específica da norma geral, determinando o retorno das partes ao *statu quo ante*, respeitando-se, entretanto, certas situações consolidadas onerosamente ou por força de decisório passado em julgado.

Em outra norma, contudo, o Código Civil opta por dar feições mais particulares à temática da nulidade do casamento. Observe-se, a esse respeito, a íntegra do art. 1.561, o qual tem a redação abaixo transcrita:

“Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.

§ 1º Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão.

§ 2º Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão.”

Procura-se, com essas regras, amenizar a nefasta e indesejada repercussão jurídica da nulidade do casamento, preservados certos efeitos relativamente aos filhos e ao(s) cônjuge(s) de boa-fé. Daí decorre o que se chama casamento putativo. Consoante assinala Pontes de Miranda, “Essa ficção de casamento *nulo* ou *anulado*, mas válido quanto aos seus efeitos civis, encerra, filosoficamente: a) indulgência para o cônjuge ou os cônjuges de boa fé; b) e piedade para a prole que deles tenha nascido.”³⁸

Em todo caso, de acordo com a legislação vigente, o matrimônio declarado nulo sempre opera efeitos perante os filhos, sendo irrelevante a índole subjetiva dos respectivos nubentes. Tal conteúdo normativo, previsto no citado § 2º, torna-se, de certa forma, irrelevante no atual estágio do ordenamento brasileiro, porquanto a Constituição da República, em seu art. 227, § 6º, assegura igualdade de direitos e qualificações aos filhos havidos ou não do casamento, proibindo quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Pois bem, no caso de um ou ambos os cônjuges terem se casado de boa-fé, o matrimônio e, portanto, o regime de bens correspondente operam efeitos com respeito ao período de duração da união das partes. O regime patrimonial orienta a liquidação e partilha entre elas.

Entretanto, quando ambos os consortes estiverem de má-fé – na espécie, os efeitos civis do casamento só aproveitarão aos filhos eventualmente havidos da união, nos precisos termos do § 2º do art. 1.561 do Código Civil –, o regime de bens do casamento anulado não produz efeitos. Na hipótese, como proceder à liquidação patrimonial do casal? Quais deveriam ser os critérios a se utilizar?

Nessa hipótese, em que há clara lacuna legislativa do direito de família, mais uma vez, a sociedade de fato pode ser empregada como instrumento de solução das questões patrimoniais entre as partes. Há de se tentar reconduzi-las ao *statu quo ante*, concorrendo, nos bens amealhados em comum, cada qual na proporção dos seus esforços.

³⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, t. VIII. 3ª Ed. Rio de Janeiro, 1971, p. 09.

Pode-se, assim, concluir que, na espécie, cuida-se de mais um caso de aplicação da técnica societária no âmbito do direito de família, a exemplo do que sucede no ordenamento argentino.

4 Breve conclusão

A persistência da sociedade de fato na jurisprudência, mesmo ao arrepio de algum setor doutrinário contrário à tese, evidencia o caráter genérico e atípico que as sociedades podem assumir, não se restringindo aos *tipos* prescritos pela legislação. Além disso, mostra a sua transcendência em face dos contornos empresariais, vindo a torná-la uma categoria da teoria geral do direito privado.

Não há dúvida de que as técnicas societárias desempenham um importante papel no campo do direito de família, como importante alternativa para solucionar pendências patrimoniais não previstas expressamente na legislação. E mais: parece, no atual estágio da ordem jurídica, a melhor alternativa para a matéria. Parece, também, que continuará assim por bom tempo.