



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Concubinato e o Direito a Alimentos

Felipe Morais Barbosa

Rio de Janeiro
2011

FELIPE MORAIS BARBOSA

O Concubinato e o Direito a Alimentos

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof. Guilherme Sandoval

Prof^ª. Katia Silva

Prof^ª. Mônica Areal

Prof^ª. Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro

2011

O CONCUBINATO E O DIREITO A ALIMENTOS

Felipe Morais Barbosa

Graduado pela Universidade Federal de Juiz de Fora - MG. Advogado.

Resumo: Este trabalho objetiva mostrar a situação do tratamento do concubinato no Direito Brasileiro, seus efeitos, sob uma visão Constitucional, analisando os princípios incidentes, e a eventual possibilidade de direito a alimentos em relações desse tipo.

Palavras-chaves: Concubinato. Alimentos. Solidariedade. Entidade Familiar.

Sumário: Introdução. 1. Princípios Constitucionais do Direito de Família. 2. Os Alimentos e seu Caráter Personalíssimo. 3. O Concubinato no Direito Brasileiro. 4. Concubinato e Direito a Alimentos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A família e os objetivos buscados pela sua constituição modificam-se no mesmo ritmo em que a sociedade sofre alterações significativas, isso porque a família é a base da sociedade. A entidade familiar é uma espécie de “Manancial Social”, pois é do seio familiar que surgem indivíduos aptos a fazerem parte da sociedade em todas as suas extensões.

Percebe-se a evolução do conceito de família, devido ao fato de não se tratar mais de uma sociedade patriarcal, onde o homem era sempre a figura mais importante, inclusive, dentro das

entidades familiares. A família se caracterizava, ainda, como uma unidade de produção, realçados os laços patrimoniais. O objetivo era a preservação e transmissão do patrimônio à descendência.

O pensamento moderno acena para uma família movida, principalmente, pelo vínculo sócio-afetivo e pela melhor proteção de seus membros, valorizando o afeto, surgindo como um espaço que ofereça proteção e amor, para proporcionar ao indivíduo seu desenvolvimento digno.

O trabalho apresentado aborda o tema do direito aos alimentos e a relação de concubinato. Pretende-se mostrar que o conceito de família deve ocorrer de maneira ampla, fazendo valer os princípios e diretrizes da Constituição, que traz uma noção geral de família, indicando que não há preconceito em relação às diversas formações familiares, para verificar se ao concubinato é devida uma proteção jurídica, principalmente no que tange ao direito aos alimentos, por ser constitucionalmente, uma entidade familiar.

1 - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA

A Constituição Federal de 1988 consagrou alguns valores como fundamentais e, com o objetivo de efetivar estes valores como verdadeiros norteadores da aplicação do nosso Direito, elegeu-os como Princípios Constitucionais, constituindo as premissas fundamentais do ordenamento jurídico.

Porém, não se pode dizer que os princípios possuem apenas um caráter valorativo, como era considerado até pouco tempo, quando os intérpretes do Direito tinham a Constituição como uma moldura que seria preenchida pelas leis infraconstitucionais, destinando o texto

constitucional exclusivamente para o legislador ordinário. Dessa forma, não era possível empregar aos princípios constitucionais a função para a qual eles realmente foram instituídos.

Hoje é mais do que pacífico que os princípios constitucionais possuem força normativa, com aplicação direta e imediata, com eficácia positiva ou negativa. Pode - se dizer que os princípios constitucionais informam o sistema legal por inteiro, fazendo com que a lei sempre seja interpretada a partir da Constituição.

No Direito de Família, é possível perceber, mais do que em qualquer outro ramo do Direito, a importância e a incidência imediata de Princípios Constitucionais, porque a base de uma sociedade é a família. Para a sua proteção e desenvolvimento, deve o Estado conferir especial atenção aos valores sociais fundamentais. Ressaltam-se como Princípios Constitucionais destacados pela doutrina: dignidade da pessoa humana, solidariedade, afetividade, função social da família, monogamia.

1.1 - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade humana apareceu pela primeira vez, de forma expressa no campo jurídico, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, difundindo-se posteriormente para as várias Cartas Magnas dos diversos Estados Democráticos de Direito.

O poder constituinte de 1988 referiu-se à dignidade da pessoa humana como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito. Assim, a Constituição de 88 reconhece categoricamente que o Estado existe em função da pessoa humana, e não o contrário.

Pode-se dizer que atualmente esse princípio é a pedra de toque, o alicerce de todo Estado que se consubstancia em um Estado Democrático de Direito. Através dele se fundamenta toda a ordem constitucional. É a partir desse princípio que se estabelecem os demais princípios norteadores de toda axiologia constitucional. Daí a afirmação de parcela da doutrina de que se trata de um princípio absoluto que há de prevalecer sempre que colidir com outro valor ou princípio.

A Dignidade da pessoa humana seria uma espécie de norma fundamental. A norma que constitui unidade de uma pluralidade de normas. Representa o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a determinado ordenamento jurídico. Tudo que não for compatível com ela deve ser rechaçado do ordenamento por ausência de validade.

Ao que pese tais observações, a conceituação do princípio da dignidade da pessoa humana não é tarefa simples. Por outro lado, em vista de sua importância peculiar ao Estado de Direito, não pode ser a dignidade da pessoa humana uma mera expressão abstrata, sem um mínimo de delimitação e capaz de fundamentar toda e qualquer decisão. Faz-se necessário delinear os contornos, racionalizar, entender o real conteúdo do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

A dignidade fundamenta-se na ideia de que o ser humano deve sempre ser considerado como um fim em si mesmo, não como meio, para o uso arbitrário desta ou daquela vontade, partindo da autonomia ética do ser humano. Em vista de tal orientação, repetida pela doutrina especializada de forma uníssona, fala-se que a dignidade da pessoa humana é um “macroprincípio”, um postulado, um princípio geral de direito, ou seja, um princípio que fundamenta os demais.

Não é mais suficiente a simples previsão do direito à vida, exigindo-se a garantia de uma vida digna. Tal evolução valorativa obriga os civilistas modernos a adotar uma nova postura, tanto em relação à interpretação quanto à aplicação de normas e conceitos jurídicos, assegurando assim a vida humana de forma integral e prioritária.

Na doutrina brasileira, Alexandre de Moraes ¹leciona que:

A dignidade da pessoa humana concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício de direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Neste sentido o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana tem aplicação direta a todas as relações, pois toda aplicação jurídica deve ter como objetivo atender às necessidades da pessoa.

No Direito de Família, mais precisamente, o respeito à dignidade da pessoa humana significa reconhecer o homem como finalidade de proteção da família, o que nos remete à vedação de exclusão de entidades familiares. Significa respeitar a autonomia privada do indivíduo, ao escolher o arranjo familiar mais adequado a si mesmo. Significa privilegiar o afeto como elemento embrionário do organismo familiar. Significa tratar igualmente os cônjuges

¹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.52.

dentro da relação afetiva. Significa não excluir filhos havidos fora do casamento. E por fim, porém não esgotando a matéria, significa pregar a política do fim do preconceito e respeitar as diferenças, as individualidades.

Não se consegue explicar a proteção constitucional às entidades familiares não fundadas no casamento, conforme art.226, §3º, às famílias monoparentais, art. 226,§4º. No mesmo sentido, a igualdade de direitos entre homem e a mulher na sociedade conjugal, art.226, §5º, a garantia da possibilidade da dissolução da sociedade conjugal independente de culpa, art.226,§6º, o planejamento familiar voltado para princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, art. 226, §7º, bem como, a previsão de ostensiva intervenção estatal no núcleo familiar no sentido de proteger seus integrantes e coibir a violência doméstica, art.226, §8º. Assim, pode-se dizer que é contrário ao ordenamento jurídico dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família.

É importante analisar a influência desse princípio, no sentido de considerar digno todo tipo de entidade familiar e rebater todo e qualquer tipo de ato ou conduta que atentem contra essa dignidade. Precipuamente, deve-se assegurar a dignidade de cada indivíduo que compõe uma entidade familiar.

O princípio da dignidade da pessoa humana está umbilicalmente vinculado ao princípio da isonomia, pois todos devem ser tratados de forma digna, respeitada a individualidade. Em caso, interessa a igualdade dentro do âmbito familiar, como corolário do “megaprincípio” da dignidade da pessoa humana.

De acordo com SARLET²:

O princípio da igualdade encontra-se diretamente ancorado na dignidade da pessoa humana, não sendo por outro motivo que a Declaração Universal da ONU consagrou que todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos. Assim, constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos, que, portanto, não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual não podem ser toleradas a escravidão, a discriminação racial, perseguições por motivo de religião, sexo, enfim, toda e qualquer ofensa ao princípio isonômico na sua dupla dimensão formal e material.

O princípio da igualdade, no direito das famílias, aparece claramente como fundamento para o repúdio à diferenciação discriminatória entre os cônjuges nas entidades familiares, eliminando a idéia de subordinação da mulher ao homem. Essa consideração desigual entre a função masculina e feminina dentro da relação familiar, advinda da posição extremamente patriarcal e autoritária da sociedade que se tinha à época da instauração do antigo código civil de 1916, viu-se condenada quando do surgimento da Constituição Federal de 1988.

A Carta Magna trouxe consigo novos princípios e novas formas para a sua aplicação. A igualdade passou a ter ampla importância no direito das famílias, devido à mudança da estrutura da sociedade familiar, a partir do momento em que a mulher conquistou, de maneira extraordinária, uma maior expressão no cenário social.

² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.89.

Não sendo mais cabível colocar a função social do homem dentro da família como superior à da mulher, o princípio em tela tornou-se uma das maiores ferramentas para a proteção do equilíbrio da entidade familiar, tão necessário para que esta cumpra sua função na sociedade. Porém, é importante lembrar que a igualdade também deve ser reconhecida entre as entidades familiares. A Constituição Federal, que garante o princípio da igualdade em seu artigo 5º, também em seu artigo 226 e parágrafos, consolida a incidência desse princípio no que tange à diversidade de entidades familiares. Esse ponto do princípio da igualdade é de vital importância para a análise do tema a que se propõe este trabalho.

1.2 - PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR

A solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil pelo art. 3º, inc. I, da Constituição Federal de 1988, no sentido de buscar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

No Direito de Família, especificamente, esse princípio impõe que todos os membros formadores da família possuam o dever de respeito e consideração mútuos, além de gerar os deveres de cunho patrimonial, como a prestação de alimentos entre os membros da entidade familiar.

A solidariedade familiar é o fundamento originário da obrigação alimentícia. Além dos deveres no âmbito patrimonial, a solidariedade também deve ser afetiva e psicológica. Conforme o douto ensinamento de Maria Berenice Dias³:

Ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão. Basta atentar que, em se tratando de crianças e adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado (CF 227) o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação.

1.3 - PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Considerado hoje como o princípio fundamentador das relações familiares, o princípio da afetividade não possui citação expressa na Constituição Federal de 1988, contudo pode-se dizer que o afeto decorre da valorização constante da dignidade humana.

A valorização da relação socioafetiva no novo Direito de Família, deixando de priorizar o vínculo biológico, como fazia o Código Civil de 1916, decorre da mais correta aplicação do princípio da afetividade.

³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 3. ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2005, p. 56.

Esse grande reconhecimento da afetividade no Direito de Família é válido, partindo do pressuposto de que o afeto é o maior responsável pelo surgimento de uma entidade familiar e pela sua manutenção. Sem afeto, não há como uma família prosperar.

Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade, tendo em vista que consagra a família como unidade de relações de afeto, após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenhava funções procracionais, econômicas, religiosas e políticas.

Modifica-se o conceito de unidade familiar, antes consubstanciado na aglutinação de pais e filhos legítimos baseada no casamento, para um conceito flexível e instrumental, que tem como meta o liame substancial de um dos genitores com seus filhos, não vinculado apenas ao casamento, e inteiramente voltado para a realização espiritual e o desenvolvimento da personalidade de seus membros.

1.4 - PRINCÍPIO DO PLURALISMO DAS ENTIDADES FAMILIARES

Primeiramente, vale ressaltar que é majoritário no direito brasileiro que o conceito de entidade familiar é semelhante a família. Nesse sentido, Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk⁴, conceitua entidade familiar, ou seja a família:

⁴ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 33.

Toma-se, aqui, a entidade familiar como núcleo de coexistenciabilidade estável, público e fundado no afeto, cuja identificação não se apresenta em uma perspectiva que parta do direito positivado, mas, sim, da realidade social à qual se destina.

O princípio do pluralismo das entidades familiares é manifestação da valorização do critério afetivo no direito de família. A lei maior estendeu o conceito de família, o que permitiu o reconhecimento de entidades familiares distintas do casamento. Restou ultrapassada a tradicional visão de que a família só seria composta e considerada como tal, ocorrendo a existência de dois genitores e seus filhos.

O princípio do pluralismo das entidades familiares é encarado como o reconhecimento, pelo Estado, da existência de várias possibilidades de arranjos familiares. A partir dessa definição, vale dizer que há entidades familiares não indicadas de forma expressa, mas que devem ser consideradas no Direito de Família, como o concubinato (ou concubinato adulterino, que posteriormente neste trabalho será explicitado), objeto do presente estudo, por serem baseadas também em relação afetiva.

De fundamental importância interpretar, notadamente em vista do critério da afetividade escolhido pelo legislador para se configurar uma entidade familiar, não entender que o rol previsto no artigo 226 da Constituição Federal de 1988 é taxativo. Ao contrário, cuida-se de rol exemplificativo que possibilita entender como entidade familiar as mais diferentes formas de configuração e relacionamento entre os indivíduos, bastando para tal, a existência de alguns requisitos, como afeto entre seus entes. O critério sanguíneo, tão valorado outrora, já não se encontra no centro vital da conceituação de entidade familiar.

Pluralismo familiar compreende não somente as famílias explicitamente reconhecidas pela Carta Magna — casamento, união estável e família monoparental —, mas também as implícitas, que são todos os arranjos em que se visualiza a afetividade, a estabilidade e a publicidade.

Os ministros do Supremo Tribunal Federal atentos à nova principiologia constitucional, ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade número 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. As ações foram ajuizadas na Corte, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral.

O ministro Ayres Britto, acompanhado pelos demais ministros, argumentou que o artigo 3º, inciso IV, da CF veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. Sustentou que o sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica. Observou o ministro que qualquer depreciação da união estável homoafetiva colide, portanto, com o inciso IV do artigo 3º da CF.

Imperioso concluir que o legislador constituinte e o judiciário alargaram o conceito de família, baseado na nova realidade social, e concederam juridicidade as relações existentes fora do casamento. Afastaram a ideia de família com o pressuposto do casamento. A convivência com diversas esferas familiares permite reconhecer que houve a necessidade de reestruturar o conceito de família, tida agora como um meio, uma entidade de proteção aos seus membros.

1.5 - PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA

Conforme os ensinamentos de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald⁵, a ciência jurídica é um sistema aberto de valores, fundado em princípios que indicam um caminho a ser perlustado, em busca da efetivação da dignidade do homem, da solidariedade social, da igualdade e da liberdade.

Dentro dessa estrutura jurídica, é necessário que se impute finalidade aos institutos que a compõem, evitando que haja desvios em relação aos valores constitucionais, quando da sua aplicação.

Naturalmente, não pode ser diferente com o Direito de Família. A aplicação da norma “familiarista” tem de estar sintonizada com o tom garantista e solidário da Constituição Federal de 1988, garantindo a funcionalidade de seus institutos. É o que se pode chamar de função social da família. Trata-se do mesmo raciocínio realizado em razão do direito da propriedade, da situação da posse. Todos estes direitos não devem ser observados de forma individualizada e egoística como ocorreu durante o Estado Liberal. Atualmente os direitos de cada indivíduo se comunicam com o todo, salvaguardando em última análise a própria sociedade.

Não reconhecer função social à família é como não reconhecer função social à própria sociedade.

⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 73.

1.6 - PRINCÍPIO DA MONOGAMIA

O princípio da monogamia não está explicitamente previsto em nossa Constituição Federal. Contudo, dizem os estudiosos, sua observação advém da interpretação sistemática das normas constitucionais. Ele pretende ser um organizador do sistema jurídico familiar, não se resume a uma norma moral.

Segundo esse princípio, homem ou mulher devem ter apenas um único parceiro. Essa idéia é carregada de muitos valores agregados durante a evolução histórica da sociedade e tem grande importância para o desenvolvimento do presente estudo, devido à grande polêmica que tem gerado. O homem tem a sua existência marcada pela vida em sociedade, o que implica, obrigatoriamente, na interação com seus semelhantes. O fenômeno da interação humana, o mesmo que dá origem à família, ocorre no interior de círculos sociais. Tais círculos sociais, por sua vez, têm a sua conjuntura alterada de acordo com as peculiaridades de cada ocasião histórica.

Ao longo do processo evolutivo, ao qual a família se submeteu, algumas das suas características se tornaram obsoletas, tendo, em razão disto, sido descartadas. Cita-se, o que ocorreu com a prevalência da figura masculina e com a visão matrimonializada da família. Por outro lado, determinados elementos, certamente por continuarem a se coadunar com os anseios sociais, foram mantidos pelo legislador.

2 - DOS ALIMENTOS E SEU CARÁTER PERSONALÍSSIMO

Atualmente, entende-se que a finalidade dos alimentos, além de garantir o necessário à subsistência, às necessidades materiais e assistência à enfermidade, deve propiciar, também, um mínimo de desenvolvimento moral e cultural, levando-se em conta a capacidade do alimentante de prestar os alimentos e a necessidade do alimentando em recebê-los. O Código Civil de 2002 incluiu, ainda, no artigo 1.920, as despesas para com a educação, se o legatário for menor.

O reconhecimento da obrigação alimentícia depende da aferição de alguns pressupostos: a possibilidade, a necessidade, a reciprocidade e a proporcionalidade.

Tendo em vista a evolução da entidade familiar ao longo do tempo, é válido que se faça uma análise, mesmo que breve, da atual compreensão de família.

Diz o art. 226, *caput*, da Constituição Federal que "a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado". Nos parágrafos em que se desdobra esse artigo, além do casamento, a Constituição reconhece expressamente a união estável de pessoas de sexos diversos, que chama de "entidade familiar", e as famílias monoparentais, formadas pela comunhão do pai ou da mãe e os filhos. A partir de então, família passou a ser uma relação humana pública e duradoura, fundada no afeto.

Como afirmam Nelson Rosenvald e Cristiano de Farias⁶:

⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *op – cit.*

O escopo precípua da família passa a ser solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo *afeto* e progresso humano, como mola propulsora. Abandona-se, como visto, um caráter institucionalista, matrimonializado, para compreender a família como verdadeiro instrumento de proteção da pessoa humana que a compõe.

Nesse diapasão, conclui-se que os arranjos familiares atuais possuem o condão de proteger e desenvolver a personalidade do homem, para ganhar contornos de unidade sócio-afetiva, e deixar de lado os valores patrimoniais em favorecimento da dignidade da pessoa humana.

Em relação aos alimentos, cabe a observação do princípio da dignidade da pessoa humana, vez que deve ser considerada a situação do alimentando e do alimentante no momento da fixação do *quantum* alimentar, não cabendo fixação aquém das necessidades de sobrevivência do alimentando, nem mesmo além das possibilidades econômico-financeiras do alimentante, sob pena de ir de encontro ao princípio citado.

A fixação dos alimentos deve obediência a uma perspectiva solidária (art. 3º da CRFB/88), que visa a garantir a função social da família, qual seja possibilitar que os indivíduos que a compõem possam desenvolver-se integral e dignamente para a vida social. E apenas com essa possibilidade de prestação solidária de alimentos entre os indivíduos de uma família, imposta por princípios constitucionais, é que se faz possível que a família cumpra minimamente sua função social, o que possibilita uma sobrevivência digna, quando não foi possível oferecer, por meio dos laços familiares, uma vida digna.

O fundamento da prestação de alimentos é a preservação da vida do indivíduo necessitado, que não possui meios de conseguir o essencial para sua manutenção.

Não tem o alimentando interesse econômico na prestação de alimentos, pois a verba não objetiva ampliar o seu acervo patrimonial, mas sim suprir o seu direito à vida, preservando a sua integridade física e psíquica, configurando um caráter personalíssimo aos alimentos. Funda-se num conteúdo ético-social.

A obrigação alimentar está fundada sobre um interesse de natureza superior, possuindo um caráter de ordem pública das normas disciplinadoras da obrigação legal de prestar alimentos, não se limitando aos interesses privados do credor. Ao contrário, inclina-se a atuação em uma faixa de interesse geral da sociedade, com conteúdo moral pelo fato de as normas tutelarem a integridade física e moral da pessoa, sua digna subsistência e personalidade.

Diante disso, conclui-se que o direito aos alimentos não pode ser repassado a outrem, seja através de negócio, seja de outro acontecimento jurídico. Não são admitidas cessão, compensação e penhora do direito alimentício (artigo 1707 do Código Civil), o que corrobora o seu caráter *intuitu personae*, em regra, pois pode a prestação de alimentos ser investida de caráter *intuitu familiae*. Os alimentos *intuitu familiae* são aqueles fixados de forma global, não individualizando a proporção de cada beneficiário. Analisa-se a necessidade dos alimentandos como um todo, tendo qualquer deles legitimidade para cobrar o valor.

3 - O CONCUBINATO NO DIREITO BRASILEIRO

O concubinato, geralmente, recebe tratamento de direito obrigacional dentro do nosso ordenamento, não se incluindo no direito de família.

Em relação à legislação, no Direito Civil, observam-se algumas referências ao concubinato. O artigo 1.727 define concubinato; o art. 550 veda doações do adúltero ao seu cúmplice, cujo prazo para anulação é de dois anos; o artigo 1.642, inciso V, autoriza o cônjuge a reivindicar os bens doados ou transferidos pelo consorte ao concubino, independentemente de sua autorização; e o artigo 1.801, inciso III, proíbe a nomeação de concubino de testador casado como herdeiro ou legatário.

No Direito Penal, o concubinato era considerado infração, porém sua descriminalização se deu com a Lei n.º. 11.106/2005, e não é tido mais como delito.

Na doutrina, o concubinato (adulterino), muitas vezes nem mesmo é citado em obras de Direito de Família, ou, quando o é, aparece de forma tímida, analisado somente do ponto de vista do direito obrigacional, evitando que ocorra o enriquecimento ilícito. Os autores mais tradicionais, por exemplo, acreditam que o concubinato adulterino é desprovido de efeitos positivos na esfera jurídica de seus partícipes.

Veja-se, o pensamento de Rainer Czajkowski⁷:

“Quando ocorrer tal situação, na prática, o mais correto é indicar que o adúltero continua integrando tão-só a família constituída pelo matrimônio. Nesta ótica o casamento sempre deve prevalecer sobre as relações concubinárias adulterinas. Se é o varão o cônjuge adúltero e tem fora do casamento, com a concubina, um filho, pode-se somente considerar como uma entidade familiar à parte, a concubina e seu filho, nos termos do art. 226, § 4º, da CF, excluído o pai. O concubino devidamente não se insere em nenhum contexto familiar, neste âmbito. Não forma com a mulher adúltera uma entidade familiar porque esta mulher integra como esposa, a família constituída pelo casamento, com seu marido” (Czajkowski, 49-50: 1996).

⁷ CZAJKOWSKI, Rainer. *União Livre à luz das leis 8.971/94 e 9.278/96*. Curitiba: Juruá, 1996, p. 49-50.

A doutrina majoritária, bem como, os Tribunais, notadamente o STJ, conferem, apenas, efeitos patrimoniais às relações concubinárias adulterinas, dentro do Direito das Obrigações, como sociedade de fato, fora, portanto, do contexto do Direito de Família. Para que se caracterize essa sociedade, haverá que ocorrer a prova de que a concubina colaborou para a aquisição dos bens, para que consiga a sua divisão, como se fossem sócios de uma sociedade comum e, quando não houver tal prova, há a possibilidade de indenização por serviços prestados.

Em relação a esse ponto, surge a discussão da possibilidade de se estar “monetizando” o afeto, na tentativa de evitar o enriquecimento sem causa. Algumas decisões vêm dizendo que não se trata da monetarização, mas da aplicação do princípio da solidariedade, juntamente com a vedação do enriquecimento sem causa. Esse posicionamento tem recebido duras críticas da doutrina brasileira, que serão examinadas adiante.

Na jurisprudência, conforme inúmeras decisões do STJ, o concubinato tende a ser reconhecido como sociedade de fato, aplicando-se a inteligência da súmula 380 do Supremo Tribunal Federal

É de suma importância mencionar que o Código Civil conceitua o concubinato, no artigo 1727: *As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato*. Passa, dessa forma, a ideia de que a única finalidade é a de diferenciá-lo da união estável, não definindo suas consequências jurídicas, positivas ou negativas.

Fora isso, as únicas vezes em que o Código Civil se refere ao concubinato, citando-o ou não, são para explicitar as vedações jurídicas que lhes são impostas, como no artigo 550, quando diz que “a doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal”. No

artigo 1642, inciso V, dispõe que o marido ou a mulher poderá reivindicar os bens comuns doados ou transferidos ao concubino do outro cônjuge; no artigo 793 veda a estipulação de seguro de vida em favor de concubino; no artigo 1694, impossibilita-o de receber alimentos; e ainda, por exemplo, no artigo 1801, inciso III, impede que o concubino do testador seja legatário ou herdeiro deste.

4 - O CONCUBINATO E O DIREITO A ALIMENTOS

Devido ao fato de o sistema jurídico ser fundado no princípio da monogamia, a doutrina não permite, em sua maioria, conferir efeitos jurídicos a uma relação concubinária, limitando, equivocadamente e de maneira retrógada, e até mesmo preconceituosa, a proteção desse tipo de relação. É bom que se perceba que o não reconhecimento de uma união concubinária, dentro do âmbito de regulação e proteção do Direito, não faz com que esse tipo de relação desapareça. Tais relações estão sujeitas à reprovação social e, em tese, legal, mas, nem por isso, há algum meio capaz de eliminar sua formação. Rejeitar efeito a esses vínculos é condená-los à invisibilidade, é gerar irresponsabilidade. Ademais, é ensejar o enriquecimento ilícito tão rechaçado em outras situações.

A insistência na idéia de impor ao concubinato o caráter de “inexistência” é de certa forma aceitar o absurdo de ter a realidade de uma sociedade que se adapta ao Direito posto, ou seja, coloca-se em função deste, quando o Direito é que deve estar em função da sociedade, refletindo seus costumes e regulando-a de acordo com suas características. Negar a existência dessas relações é ir contra a diretriz de justiça e ética do Código Civil de 2002.

Presentes os requisitos legais e objetivos para a caracterização da união estável, não se pode ignorar que não houve a intenção de constituir família nos casos de concubinato e, assim, negar a existência jurídica dessa relação afetiva e os direitos a ela garantidos.

Atente-se, por exemplo, para a hipótese de um homem que mora em Belo Horizonte, onde é casado e instituiu uma família com esposa e dois filhos e, devido a seu trabalho, viaja sempre para Fortaleza, onde passa em média 10 dias por mês. Nesta última cidade também mantém, durante 30 anos, uma união com outra mulher, de 70 anos de idade, relação esta que gerou um filho.

Se no caso, houver rompimento da última relação citada, será justo não lhe atribuir direitos relativos ao Direito de Família? Se assim for compreendido, estar-se-á afrontando o direito à dignidade desta mulher, assim como o princípio da integral proteção do idoso, que atribui à família o dever de zelar pelo seu bem estar e dignidade.

Nesse caso, seria cruel dizer que não há a constituição de uma família, de uma união estável, pois se viu aqui uma convivência duradoura, pública, com o intuito de se desenvolver uma família. E assim considerando, observa-se também a lesão ao princípio da solidariedade, no qual se baseia, principalmente, o direito a alimentos que teria aquela mulher.

Devem ser buscadas a isonomia, cooperação e justiça social, já que é dever do homem que viveu tanto tempo com a concubina mantê-la com um mínimo de dignidade. Se para isso ela necessitar de alimentos, então há que ser prestada a pensão alimentícia, para que se faça justiça social.

Diante de uma situação dessas, é invocado hoje o Direito das Obrigações, que buscará indenizar a mulher simplesmente pelos serviços prestados. Se ela conseguir comprovar a sua

participação nos bens que essa relação construiu, será possível a divisão entre os concubinos, como se fosse uma sociedade de fato. O argumento utilizado para não permitir a prestação alimentícia aos concubinos é que, no campo do Direito de Família, a obrigação tem ligação com o *jus sanguinis* e as relações de parentesco.

Quanto aos cônjuges, a obrigação fundamenta-se na permanência dos deveres de mútua assistência, e, no caso, concubino não é cônjuge, muito menos parente. No Direito Obrigacional, os alimentos derivam ou de negócio jurídico ou de ato ilícito, sendo concebida tal obrigação somente através de testamento. A obrigação alimentar ou pressupõe a existência de relação de parentesco, previsto no art. 396 e art. 397 do Código Civil, valorizando o princípio da solidariedade familiar, ou o dever de mútua assistência entre os cônjuges, como visto no art. 321, inciso III do Código Civil e art. 19 da Lei do Divórcio.

Indo de encontro à tendência atual de “despatrimonializar” o Direito de Família, que valoriza o afeto, e o coloca como um dos principais pilares da formação familiar, ao equiparar o concubino ao prestador de serviços, atinge-se duramente a dignidade da pessoa humana, pois a natureza da relação indenizada é afetiva. E o que aqui se busca é a inserção da relação concubinária no Direito familiar, tendo a possibilidade de, no caso de uma extinção da relação, que se reconheça o direito aos alimentos a quem necessite, que na maioria das vezes é a mulher.

O afeto, a intimidade e a vida privada são valores constitucionais, sociais e personalíssimos indisponíveis, inegociáveis e intransmissíveis, que não podem ser violados em razão do fato de um dos figurantes da relação ser casado.

CONCLUSÃO

As relações familiares diversas do casamento são uma constante na história da sociedade. Sempre houve na história da humanidade a presença do adultério, independente da regulação ou não dessa situação pelo Direito. Apesar de ser até hoje uma conduta reprovada socialmente, é inegável que existem várias entidades familiares que são construídas a partir de um relacionamento adulterino, por pelo menos uma das partes. Apesar disso, o concubinato adulterino não é aceito dentro do âmbito de incidência do Direito de Família, deixando o Estado de amparar diversas formações familiares que fazem parte da estrutura social.

O concubinato, contudo, preenchendo determinados requisitos, como a afetividade, a durabilidade e a publicidade, deve ser aceito juridicamente como entidade familiar, e dentre outros efeitos, ser reconhecido o direito a alimentos nessa relação.

A admissão de outros modelos familiares que não o lastrado no casamento é resultado da alteração da base ideológica de sustentação da família. Procura-se hoje considerar a presença de vínculo afetivo como fator determinante para a enumeração dos núcleos familiares. O afeto que, conforme já demonstrado, havia sido desprezado em razão de fatores históricos, volta, hodiernamente, a ganhar papel de destaque no direito de família. Busca-se identificar a existência da família sempre que estejam presentes os elementos afetividade, estabilidade (relacionamentos com duração significativa, estando excluídos os envolvimentos ocasionais).

Como visto, os princípios norteadores do moderno direito de família requerem uma nova interpretação do nosso ordenamento. Não cabe mais negar o reconhecimento da união estável nestes casos, devendo o direito de família proteger também essas entidades familiares,

possibilitando o direito a alimentos, com seu caráter personalíssimo, e com base no princípio da afetividade e solidariedade.

REFERÊNCIAS

CZAJKOWSKI, Rainer. *União Livre à luz das leis 8.971/94 e 9.278/96*. Curitiba: Juruá, 1996.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 3. / ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.