

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

GARANTIAS FUNDAMENTAIS

LUIZ FERNANDO BELLINETTI

MARGARETH ANNE LEISTER

EDINILSON DONISETE MACHADO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

G763

Garantias fundamentais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Edinilson Donisete Machado, Luiz Fernando Bellinetti, Margareth Anne Leister – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-057-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Garantias fundamentais.
I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Apresentação

APRESENTAÇÃO

O desafio de se efetivarem as garantias fundamentais previstas no ordenamento jurídico de nosso país exige um amplo engajamento dos diversos setores e instituições jurídicas contemporâneas.

A academia tem colaborado decisivamente para este processo e o Conpedi tem se firmado, ao longo de mais de duas décadas, como um espaço fecundo para o debate sobre o tema e sua consequente implementação como instrumento transformador para que se possa alcançar a sociedade livre, justa e solidária preconizada em nossa Constituição Federal.

O Grupo de Trabalho Garantias Fundamentais, cujas atividades foram realizadas durante o XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, em Aracajú/SE, no período compreendido entre os dias 03 e 06 de junho de 2015, confirmou essa trajetória.

As contribuições de pesquisadores de diversos Programas qualificados de pós-graduação em Direito enriqueceram a apresentação e discussão dos trabalhos do Grupo, possibilitando a troca de experiências, estudos e investigações visando esse contínuo processo de efetivação das garantias fundamentais.

Do exame e discussão dos trabalhos selecionados foi possível identificar a riqueza dos textos com investigações realizadas desde o âmbito da filosofia até as especificidades da dogmática jurídica.

Foram apresentados e discutidos vinte e um trabalhos, que veicularam percucientes estudos e análises sobre as garantias fundamentais vinculadas às mais diversas searas do universo jurídico.

Gostaríamos que as leituras dos trabalhos aqui apresentados pudessem reproduzir, ainda que em parte, a riqueza e satisfação que foi para nós coordenarmos este Grupo, momento singular de aprendizado profundo sobre o tema.

É por isso que temos imensa satisfação de levar à publicação mais uma obra coletiva, que testemunha o conjunto de esforços do CONPEDI e seus associados, reunindo estudos e pesquisas sobre a temática das Garantias Fundamentais.

Esperando que a obra seja bem acolhida, os organizadores se subscrevem.

Prof. Dr Edinilson Donisete Machado UNIVEM

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti UEL

Profa. Dra. Margareth Anne Leister - UNIFIEO

APONTAMENTOS SOBRE O DIREITO A ALIMENTOS NO CONCUBINATO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

APUNTAMIENTO SOBRE EL DERECHO A LA ALIMENTACIÓN EN CONCUBINATO E EL PRINCIPIO DE LA DIGNIDAD HUMANA

**Leonardo Canez Leite
Taiane da Cruz Rolim**

Resumo

Este trabalho tem por objetivo mostrar a situação do concubinato no Direito Brasileiro, seus efeitos e a eventual possibilidade do direito a alimentos nessas relações. De antemão, serão analisados os direitos da concubina adúltera, de boa-fé, em receber a pensão alimentícia do suposto companheiro. Levando em consideração as jurisprudências do poder pátrio e o direito do dever e da obrigação alimentar, fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana, elencado na Constituição Federal de 1988 e nos dispositivos do Código Civil Brasileiro.

Palavras-chave: Concubina, Pensão alimentícia, Dignidade.

Abstract/Resumen/Résumé

Este trabajo tiene como meta mostrar el concubinato de la situación en lo derecho brasileño, sus efectos y la eventual posibilidad del derecho a la alimentos en estas relaciones. De antemano, se analizarán los derechos de la concubina adúltera de buena fe, en recibir la pensión alimenticia del supuesto compañero. Llevando en consideración la jurisprudencia del poder patrio y el derecho del deber y de obligación alimentar, fundamentado en el principio de la dignidad humana, elencado en la Constitución Federal de 1988 y dispositivos del Código Civil Brasileño.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Concubina, Pensión alimenticia, Dignidad.

INTRODUÇÃO

O artigo visa analisar os direitos da concubina ao recebimento da pensão alimentícia do companheiro e a efetiva aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana dentro da esfera do atual ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto se levará em consideração as jurisprudências do poder pátrio, o direito de alimentar elencado no Código Civil brasileiro e os princípios fundamentais esculpidos na Constituição Federal de 1988. O presente trabalho será realizado com base no atual ordenamento jurídico brasileiro buscando responder até que ponto a concubina adúltera de boa-fé tem o direito de receber a pensão alimentícia.

A entidade familiar é a base da sociedade e a magnitude das diversas mudanças nas estruturas políticas, econômicas e sociais. A Constituição Federal de 1988 elenca a família *monoparental* e a *união estável*, estabelecendo, assim, a proteção por parte do Estado com fulcro no artigo 226 § 6º da respectiva Carta Magna. Já as relações familiares externas ao seio matrimonial estão previstas no artigo 1.727 do Código Civil que define o *concubinato adúltero* corroborando a ideia de impedimento ao casamento e, em consequência disso, a impossibilidade de ensejar ação e tão pouco direito a alimentos.

Os relacionamentos não reconhecidos são distinguidos pela doutrina como entidade familiar *paralela*, *concubinato impuro* ou *adúltero* (desprovidos de boa-fé), os quais provêm de ligações afetivas livres, consideradas incapazes de provocar efeitos jurídicos. Entretanto, o Código Civil Brasileiro é capaz de assegurar o direito da assistência no encargo alimentar daqueles que não podem prover de sua própria manutenção, garantindo proteção fundamental e essencial à vida. Notavelmente, dentre os pilares da entidade familiar temos a solidariedade pactuada entre seus membros e o respeito à dignidade da pessoa humana. Esse princípio constitucional no âmbito familiar tem suma importância porque dele se extrai os demais direitos, sendo base estrutural, principalmente, em relação ao direito a alimentos.

Embora o Código Civil seja desfavorável, no sentido jurisprudencial, o magistrado tem acolhido o direito de pensão alimentícia para a concubina. Para o adúltero, juridicamente, são vedados seus direitos no intuito de evitar o desfalque no acervo patrimonial da família *monoparental* ou da *união estável*. Entretanto, impedir tais direitos é ferir um dos princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988 que é o da dignidade da pessoa humana. Nesse tocante, a Carta Magna em seu artigo 201, inciso V reza o direito de pensão alimentícia. Alguns magistrados têm entendido que a concubina tem sim o direito de receber o crédito alimentar, mesmo que esta união não tenha laços jurídicos. Por óbvio, desde que se tenha prova do convívio entre eles e a comprovação de que a parte vivia sobre o sustento e dependia economicamente do companheiro.

1 FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E NO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

O direito de família, anterior a nossa carta magna, sofreu forte influência do direito romano que como exemplo, não permitia o casamento entre um cidadão e um escravo, também pelo direito germânico e o direito canônico. Para o direito canônico, a família era vista como um ato religioso, o casamento tinha repercussão política, econômica e caráter sagrado e a dissolução do vínculo no matrimônio não era permitida por lei.

O Código Civil de 1916 tinha o homem como o chefe de família, tendo ele o dever do sustento de sua prole e esposa, já a mulher não tinha as mesmas obrigações que o homem, ela apenas ajudava com deveres familiares, existindo nesse aspecto discriminação entre os sexos. A doutrina explica:

A título de exemplo, são citadas as regras discriminatórias que contavam do Código Civil de 1916, nos efeitos jurídicos do casamento, sobre direitos e deveres do marido e os direitos e deveres da mulher – segundo as quais o homem era o chefe da sociedade conjugal, o homem tinha o dever de manter a família, a mulher era mera colaboradora do marido nos encargos da família, a mulher tinha direito aos bens reservados etc. (arts. 233 a 255) – que estavam em desacordo com o princípio da absoluta igualdade entre as pessoas casadas, estabelecido no artigo 226, § 5, da Constituição Federal. (MONTEIRO e SILVA, 2010, p. 26)

Em 26 de dezembro de 1977 foi aprovada a Lei n. 6.515, chamada Lei do Divórcio, esta lei veio com cruciais falhas, e, mesmo com a aprovação dela, ainda existia discriminação e preconceito, pois havia a separação judicial não culposa e a culposa. Quando a separação era de fato culposa sobre a parte feminina, se dava por tolher a mulher do direito a guarda dos próprios filhos (art. 10 e art. 13 da Lei n. 6.515/77).

Também nela estavam previstos os prazos, onde houvesse doença mental em um dos cônjuges o prazo para a separação era então diminuído, para que fosse o trâmite mais rápido e eficaz. Nesse sentido, descreve outros tópicos a doutrina:

Na Lei do Divórcio – Lei n. 6.515/77 –, o autor da ação de separação judicial fundada na simples separação de fato do casal por um ano consecutivo, pelo simples fato de utilizar a faculdade que a própria lei lhe conferia de regularizar seu estado civil, transformando a sua separação de fato em separação judicial, era considerado responsável pela dissolução da sociedade conjugal e recebida a sanção de perda do direito aos alimentos (art.19 c/c o art. 26), de perda do direito de utilização do sobrenome do cônjuge (art. 17, § 1º) e, ainda, de modificação das regras do regime de bens da comunhão universal, em benefício do cônjuge que não promovera a ação de separação (art. 5, § 3). (MONTEIRO e SILVA, 2010, p. 34)

Com as devidas transformações na sociedade, o direito de família teve uma forte mudança com a Constituição Federal de 1988, na qual o marido não era mais visto como o chefe de família, dando igualdade entre homens e mulheres, igualdade nos direitos dos filhos, não importando se a prole era do matrimônio, união, adoção ou até mesmo de relações concubinárias.

Com base na doutrina:

[...] num único dispositivo, espancou séculos de hipocrisia e preconceito. Instaurou a igualdade entre homem e a mulher e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros. Estendeu igual proteção à família constituída pelo casamento, bem como à união estável entre homem e a mulher e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que recebeu o nome de família monoparental. Consagrou a igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações. (VELOSO *apud* DIAS, 2009, p. 31)

O Direito Civil moderno define família como pessoas unidas pelo matrimônio, união estável, consanguinidade ou pelo parentesco, assim como os institutos complementares da curatela e da tutela, conforme sustenta a autora:

Constitui o *direito de família* o complexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, a união estável, as relações entre pai e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela e curatela. Abrange esse conceito, lapidarmente, todos os institutos do direito de família, regulados pelo novo Código Civil Brasileiro. (DINIZ, 2010, p. 4).

As leis anteriores a nossa Carta Magna, tinham como conceito de família apenas aquelas unidas pelo matrimônio, ou seja, a família legítima e aqueles ligados por vínculo de sangue - pais e sua prole. O Código de 1916 seguia a linha canônica e não enfatizava a família constituída fora do matrimônio, as relações paralelas conhecidas como concubinato eram consideradas ilegítimas. A família é considerada a base do estado na Constituição Federal de 1988, sendo ela quem faz a organização social. A proclamação da Constituição Federal de 1988, com a devida proteção do Estado, estendeu em seu artigo 226 o conceito de família, dando proveniência ao reconhecimento às famílias monoparentais e à união estável, não mais se referindo somente a que fora consagrada pelo matrimônio civil, mas também às uniões de fato. Com o feito renovador do direito positivo brasileiro, a Constituição Federal de 1988 e outras leis reconheceram a união estável, assim como as uniões homoafetivas e as famílias monoparentais como entidade familiar.¹

¹A interpretação do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, em duas Ações do Controle Concentrado de Constitucionalidade ADPF 132/ADI 4277, sob relatoria do Ministro Ayres Britto, foi pelo reconhecimento das

Nesse mesmo sentido, Silvio de Salvo Venosa (2011, p.16) traz em sua doutrina, que “a Constituição de 1988 consagra a proteção à família no artigo 226, compreendendo tanto a família fundada no casamento, como a união de fato, a família natural e a família adotiva”. Esse marco no ramo do direito teve como consequência por fim no vocábulo *concubinato não adulterino*, que passou a ser adotado pela Constituição como União Estável. Em seu artigo 226, § 3º a Constituição Federal, diz que: “para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (BRASIL, 1988). Nesse sentido esclarece o autor:

Alterava a Constituição Federal de 1988 os paradigmas socioculturais brasileiros, ao retirar o *concubinato* do seu histórico espaço marginal e passar a identificá-lo como não mais como uma relação de concubinato, mas, doravante, como uma entidade familiar denominada como união estável, assemelhada ao casamento, com identidade quase absoluta de pressupostos, com a alternativa de ser transformada a união estável em casamento. (MADALENO, 2008, p. 761)

No caso do concubinato adulterino, muitos entendem que fere o princípio da monogamia, princípio este que proíbe as relações adúlteras não podendo estas ter a devida proteção do Estado. Sustenta a doutrina:

A *monogamia*, pois, embora alguns povos admitam a poliandria e a poligamia, a grande maioria dos países adota o regime da singularidade, por entender que a entrega mútua só é possível no matrimônio monogâmico, que não permite a existência simultânea de dois ou mais vínculos matrimoniais contraídos pela mesma pessoa, punindo severamente a bigamia. (DINIZ, 2010, p. 45)

Porém, ao mesmo tempo em que fere o princípio da monogamia, onde o estado não confere a devida proteção legal fere também o princípio da dignidade humana. Neste sentido, em alguns julgados, magistrados têm acolhido direitos à concubina em decisões embasadas em jurisprudências.

Antigamente o direito a alimentos era vetado as concubinas, hoje denominadas de companheiras, pois estas não eram consideradas membros da família e tão pouco como cônjuges. Apenas a partir de 1994, após a promulgação da Lei n. 8.971/94 que o direito brasileiro veio regulamentar tais relações.

A referida lei em seu art. 1º assegurou o direito aos alimentos àqueles que fossem solteiros, separados, divorciados ou viúvos ou que comprovassem a união estável por mais de cinco anos ou que delas viessem sua prole. Assevera os doutrinadores:

uniões homoafetivas como entidade familiar. (Pereira, Rodrigo da Cunha – Concubinato e União Estável. São Paulo: 2013. p. 203)

Para maior segurança jurídica, formou-se rapidamente um consenso no sentido de ser aconselhável a elaboração de uma lei que completasse o texto constitucional, permitindo a uniformização da jurisprudência e a concordância da doutrina. Foi respondendo a esses anseios do mundo jurídico que veio a ser aprovada a Lei n. 8.971/94, que introduziu definitivamente o concubinato no direito de família e no direito sucessório. (WALD e FONSECA 2009, p. 361)

Essa regulamentação, ao se referir aos companheiros não mais com a expressão concubinato, sem que tais uniões fossem consideradas como adúlteras, contribuiu para que as entidades familiares não fundadas no casamento tivessem a pretensão de requerer alimentos e os direitos sucessórios. Contudo, sem revogar expressamente a Lei n. 8.971/94, em 10 de maio de 1996 foi aprovada a Lei n. 9.278/96, que teve a pretensão de complementar e aprimorar a lei anterior, que pelos legisladores sua redação era considerada discutível em alguns aspectos.

Ao regimentar o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, a Lei 9.278/96 adotou o termo “convivente” ao invés de companheiros sem estabelecer um prazo mínimo para reconhecer a união. Conforme a doutrina:

A lei de 1996 definiu a entidade familiar sem estabelecer um prazo mínimo para o reconhecimento da sua existência; definiu os direitos e deveres dos companheiros, que denominou “conviventes”; criou entre eles uma presumida comunhão de aquestos, conferiu direitos aos alimentos ao companheiro necessitado, no caso de dissolução da entidade familiar por recisão; atribuiu o direito de habilitação em relação ao imóvel destinado à residência familiar. Finalmente, permitiu a conversão da união estável em casamento por simples requerimento ao oficial do Registro Civil e deu competência às varas de família para resolver os litígios referentes à união estável. (WALD e FONSECA, 2009, p. 366)

O artigo 1º da Lei 9.278/96 transcreve que: “É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública, e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecidos com intuito de constituição de família”. (BRASIL, 1996), com esse ordenamento o legislador firmou que todo relacionamento de forma pública e contínua pode ser tomado como entidade familiar, beneficiando assim com uma regulação jurídica um núcleo familiar muito difundido em nossa sociedade na atualidade.

Com o intuito que não houvesse mais a necessidade da existência mínima de cinco anos de união, ou que dela fosse qualquer tempo estimado desde que houvesse prole para o seu reconhecimento, a Lei 9.278/96 ao redigir seu primeiro artigo, conclui que dela podem as uniões ser consideradas como entidades familiares seguindo as exigências do referido artigo.

A tramitação do projeto do Novo Código Civil elaborado pelo professor Miguel Reale, teve início em 1975, antes mesmo de ser promulgada a Constituição Federal de 1988, com muitas discordâncias, o projeto foi discriminado por todos os lados, sofrendo inúmeras ementas para aperfeiçoar o texto, que entrou em vigor somente em 11 de janeiro de 2003.

Com o Novo Código, foi excluída a denominação de família legítima e ilegítima, instruindo nesse dispositivo a igualdade entre os cônjuges, eliminando termos e conceitos que não mais correspondiam com a atual sociedade e ordenamento jurídico.

Ilustra a doutrina:

O legislador de 1916 ignorava a então chamada família ilegítima, e as raras menções que faz ao concubinato (CC, art. 248, IV, 1.177 e 1.719, III etc.) são apenas com o propósito de proteger a família constituída pelo casamento, e nunca como reconhecedoras de uma situação de fato, digna de qualquer amparo. (RODRIGUES, 2002, p. 285)

Ainda costuma-se chamar o Código Civil pela nomenclatura de novo, embora ele tenha vindo já velho para o nosso ordenamento jurídico, ainda conta com ajuda do judiciário para refinar ainda mais o seu texto. As mudanças foram extensas, como exemplo, a não mais exclusão do sobrenome do marido do nome da mulher depois da separação de fato, assegurando também o direito a alimentos, mesmo o cônjuge tendo culpa na dissolução da união. Ademais, também reconheceu a união estável, que é a relação entre homem e mulher que vivem como se casados fossem. Como antigamente não era permitido o divórcio, essas relações começaram a crescer de forma estupenda, pois muitos já não viviam mais sob o teto de suas esposas, mas sim com suas companheiras na qual eram impedidos de casarem ou unirem-se perante a lei.

Com a Lei do Divórcio, lei essa que era completamente discriminatória, a Constituição Federal e o Novo Código Civil deram espaço a essas uniões no ordenamento jurídico barganhando a devida proteção do estado. Conforme a doutrina:

o crescimento das uniões estáveis deve ser atribuído, entre outros motivos, à impossibilidade jurídica de casar, quando não havia o divórcio; além de fatores sociais, como razões de índole econômica, vontade de comprovar a compatibilidade da convivência e o desejo de subtrair-se às obrigações ou prejuízos que podem surgir no casamento, como alimentos e partilha de bens, efeitos estes já regulamentados na legislação brasileira para a união estável. (DOMINGUES *apud* MADALENO, 2008, p. 765)

Podem também ser consideradas uniões, as relações afetivas amorosas que não subexistem sob o mesmo teto, desde que comprovada as necessidades profissionais ou pessoais. É reconhecida a união estável para os que portarem a aparência de casamento ou a de constituição de família, não retirando a proteção nesses casos para aqueles que não podem por motivos de força maior comprovados morarem sob o mesmo teto.

O novo Código Civil brasileiro veio para aprimorar ainda mais tais direitos, ao considerar a entidade familiar a base da sociedade foi que o novo Código sofreu uma extensa alteração na parte de Direito de Família. Reconhece o autor que:

Restaram revogadas as mencionadas Leis n. 8.971/94 e 9.278/96 em face da inclusão da matéria no âmbito do Código Civil de 2002, que fez significativa mudança, inserindo o título referente à união estável no Livro de Família e incorporando, em cinco artigos (1.723 a 1.727), os princípios básicos das aludidas leis, bem como introduzindo disposições esparsas em outros capítulos quanto a certos efeitos, como nos casos de obrigação alimentar (art. 1.694). (GONÇALVES, 2013, p. 611)

No terceiro título do Código Civil na parte especial de direito de família, a união estável ganhou espaço no artigo 1.723, assentando-se como entidade familiar, podendo elas converter-se em casamentos. Entretanto, aquelas uniões que seguirem os impedimentos do artigo 1.521 do estatuto civil não serão reconhecidas, podendo ser consideradas adúlteras, todavia, aqueles que acharem-se separados de fato terão o reconhecimento conforme §1º do artigo 1.723 da mesma lei.

Com as novas disposições do Código Civil foi possível fazer a diferença entre concubinato e união estável o que antes gerava incerteza, no artigo 1.727 vem referir as relações não eventuais que tem o impedimento de casamento ou união, conforme este dispositivo serão estas uniões constituídas como concubinato. Nesse mesmo sentido, no artigo 1.724 foram equiparados os deveres como obrigação recíproca dos conviventes nas relações pessoais entre companheiros e filhos, assim também como dispor dos mesmos direitos do casamento nas relações alimentares e sucessórias. Todas essas mudanças foram voltadas à proteção da dignidade da pessoa humana, e alguns avanços só vieram depois, como a guarda compartilhada, filiação socioafetiva e as uniões homoafetivas.

2 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE HUMANA NO DIREITO DE FAMÍLIA

Com a consagração da Declaração Universal da ONU de 1948, a dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecida após a Segunda Guerra Mundial por Constituições e foi expressa com valor absoluto atribuindo qualidade intrínseca. De acordo com a doutrina:

Aliás, não é outro o entendimento que subjaz o art. 1º da Declaração Universal da ONU (1948), segundo qual “**todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos**. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade”, preceito que, de certa forma, revitalizou e universalizou – após a profunda barbárie na qual mergulhou a humanidade na

primeira metade deste século – as premissas basilares da doutrina kantiana. (SARLET, 2012, p. 55) (Grifo nosso)

A fundamentação para a dignidade humana foi assentada sob a concepção de Kant, que construiu esse entendimento com base na natureza humana, segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 42): “É justamente no pensamento de Kant que a doutrina jurídica mais expressiva – nacional e estrangeira – ainda hoje parece estar identificando as bases de uma fundamentação e, de certa forma, de uma conceituação da dignidade humana”.²

Os direitos, deveres e garantias, assim como o princípio da dignidade da pessoa humana integram os direitos fundamentais do poder constituinte. O direito da dignidade humana está previsto no art. 1º, inciso III da Constituição Federal, que assegura a todos uma existência digna. Complementa ainda o autor que:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de **direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável**, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (SARLET, 2012, p. 73) (Grifo nosso)

A dignidade como valor absoluto e indispensável para cada ser humano não existe apenas no direito positivo, o direito apenas exerce seu papel na proteção que o Estado preza sob o ser humano na sociedade. Condizente com a doutrina:

Assim, vale lembrar que a dignidade evidentemente não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida que este a reconhece. Todavia, importa olvidar que o Direito poderá exercer papel crucial na sua proteção e promoção, não sendo, portanto, completamente sem fundamento que se sustentou até mesmo a desnecessidade de uma finição jurídica da dignidade da pessoa humana, na medida em que, em última análise, se cuida do valor próprio da natureza do ser humano como tal. (SARLET, 2012, p. 53)

Os princípios jurídicos se conectam com as normas do nosso ordenamento como uma regra fundamental. A dignidade da pessoa nasce e morre com ela, ou seja, a partir do momento em que um ser nasce dali já há a dignidade e respeito à pessoa³. Se não há respeito

² Apenas para título meramente ilustrativo, o filósofo Immanuel Kant tinha como concepção a dignidade como valor intrínseco – com noção de autonomia e racionalidade, concebidas como fundamento e mesmo conteúdo da dignidade – se revela mais adequada para uma fundamentação dos direitos humanos e fundamentais do que para a determinação do seu conteúdo. (SARLET, 2012, p. 42)

³ A questão do início da personalidade tem relevância porque, com a personalidade, o homem se torna sujeito de direitos. (Venosa, Silvio de Salvo. Direito Civil – Parte Geral. São Paulo: 2011. p. 136)

pela integridade física do ser humano ou condições dignas para a sua existência, segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 71): “onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana”. Ilustra o autor que:

Consoante amplamente aceito, mediante tal expediente, o Constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive (e especialmente) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que igualmente integram (juntamente com os princípios fundamentais) aquilo que se pode – e, neste ponto parecer haver consenso – denominar de núcleo essencial da nossa Constituição formal e material. Da mesma forma, sem precedentes em nossa trajetória constitucional o reconhecimento, no âmbito do direito constitucional positivo, da dignidade da pessoa humana como fundamento de nosso Estado democrático de Direito (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988). (SARLET, 2012, p. 75 e 76)

A dignidade remonta à ideia de proteção e desenvolvimento do ser humano servindo esse princípio de parâmetro para executar os direitos fundamentais esculpidos nas normas constitucionais do nosso ordenamento jurídico. Nesse sentido, sustenta o doutrinador:

À luz dos exemplos colacionados e sem que se possa apresentar um inventário mais completo, verifica-se que a dignidade da pessoa humana, na condição de princípio fundamental de nossa ordem constitucional, tem sido considerada – também na esfera jurisprudencial – como dotada de plena normatividade, notadamente como referencial no âmbito do processo hermenêutico, embora não se vá adentrar no mérito das **decisões individualmente** consideradas, especialmente no que diz com o **uso adequado (devidamente justificado) da dignidade humana**. (SARLET, 2012, p. 99) (Grifo nosso)

Levando em conta que o princípio da dignidade da pessoa humana tem a proteção do Estado para que o indivíduo viva com dignidade, é que a Constituição Federal de 1988 teve seu maior marco, no qual modificou profundamente a estrutura do direito de família, tendo como base fundamental o princípio da dignidade humana e o da solidariedade. Segundo a doutrina:

Por outro lado, especialmente se considerarmos o caso dos direitos de personalidade e do próprio **direito aos alimentos**, verifica-se que, em verdade, não estamos em face de direitos fundados diretamente na lei, mas sim, diante de direitos de fundamento constitucional (pelo menos implícito) regulamentados pelo legislador. Com efeito, assim como os direitos específicos de personalidade expressamente elencados no Código Civil decorrem já de um direito geral de tutela e promoção da personalidade (por sua vez diretamente ancorado na dignidade da pessoa humana), de tal sorte que até mesmo dispensável (embora certamente não irrelevante), para efeito de seu reconhecimento e proteção, a intervenção legislativa, também o direito a alimentos – apenas para ficarmos nos exemplos colacionados – integra o conjunto de prestações indispensáveis ao mínimo existencial, já que destinado essencialmente (mas não exclusivamente) à satisfação das necessidades básicas do destinatário para uma vida com dignidade. (SARLET, 2012, p. 128) (Grifo nosso)

Portanto, os direitos fundamentais são considerados direitos humanos para todos os indivíduos com valor supremo, para Rolf Madaleno (2008, p. 17): “no conteúdo de fundamental está embutida a ideia de situação jurídica essencial à realização da pessoa humana”. Reitera a doutrina:

“é o que se torna imperativo pensar o Direito de Família na contemporaneidade com a ajuda e pelo ângulo dos Direitos Humanos, cuja base e ingredientes estão, também, diretamente relacionados a cidadania”. A evolução do conhecimento científico, os movimentos políticos e sociais do século XX e o fenômeno da globalização provocaram mudanças profundas na estrutura da família e nos ordenamentos jurídicos de todo o mundo, acrescenta o mencionado autor, que ainda enfatiza: “Todas essas mudanças trouxeram novas ideias, provocaram um ‘declínio do patriarcalismo’ e lançaram as bases de sustentação e compreensão dos Direitos Humanos, a partir da noção da *dignidade da pessoa humana*, hoje inculpada em quase todas as constituições democráticas. (PEREIRA *apud* GONÇALVES, 2013. p. 22)

O princípio da dignidade humana compõe a base da esfera familiar, segundo Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 23) que fundamenta “O princípio do respeito à dignidade da pessoa humana constitui, assim, base da comunidade” familiar, nesse sentido, é que garante todo o desenvolvimento familiar, afirma o doutrinador Rolf Madaleno (2008, p. 17): “os direitos fundamentais são “direito de todos”, pois são direitos humanos e não apenas direitos de determinados cidadãos. É uma qualidade inerente a todo e qualquer ser humano; tem valor supremo e atua como alicerce da ordem jurídica democrática”.

A dignidade como princípio constitucional consagra os traços mais importantes do ordenamento jurídico. Segundo o doutrinador:

A eficácia dos direitos fundamentais é o seu ponto culminante, como quer por sinal a Carta Política brasileira com expressa determinação em seu artigo 5º, § 1º, ao conferir incidência instantânea e, portanto, imediata exigência perante o Poder Público, não dependendo de futura legislação regulamentadora. E no Direito de Família é de substancial importância e efetividade dos princípios que difundem o respeito e a promoção da dignidade humana e da solidariedade, considerando que a família contemporânea é construída e valorizada pelo respeito à plena liberdade e felicidade de cada um dos seus componentes, não podendo ser concebida qualquer restrição ou vacilo a este espaço constitucional da realização do homem em sua relação sociofamiliar. Consequência natural de realização de nova diretriz constitucional que personaliza as relações surgidas do contexto familiar está em assegurar não apenas a imediata eficácia da norma constitucional, mas sobretudo a sua efetividade social, questionando se realmente os efeitos da norma restaram produzidos no mundo dos fatos. (MADALENO, 2008, p. 18)

O direito de família está elencado na Constituição Federal no art. 226, fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana e no art. 227 que dispõe os deveres da família, sociedade e do Estado na proteção da criança e do adolescente, complementa Rolf Madaleno

(2008, p. 20): “O Direito Constitucional é, mais do que nunca, responsável por regular as relações humanas, antes ditas meramente privadas e enquadradas como reguladas pelo Direito Civil”. Afirma ainda a doutrina que:

“A milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução de valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular o que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos”. De outra forma, aduz, “**não se consegue explicar a proteção constitucional às entidades não fundadas no casamento** (art. 226, § 3º) e às famílias monoparentais (art. 226, § 4º); a igualdade de direitos entre homem e mulher na sociedade conjugal (art. 226, § 5º); a garantia da possibilidade de dissolução da sociedade conjugal independentemente de culpa (art. 226, § 6º); o planejamento familiar voltado para o princípio da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 7º) e a previsão de ostensiva intervenção estatal no núcleo familiar no sentido de proteger seus integrantes e coibir a violência doméstica (art. 226, § 8º). (TEPEDINO *apud* GONÇALVES, 2013, p. 22) (Grifo nosso)

É dever do Estado amparar, proteger e garantir todos os direitos e garantias fundamentais, sem preconceito ou discriminação e de forma individual a dignidade humana, nas relações afetivas que são consideradas a base da sociedade:

Proteção à dignidade da pessoa humana no Código Civil de 2002 e no direito de família – O Código Civil de 2002 é um diploma legal que, não obstante o longo período de tramitação, contém relevantes disposições voltadas à dignidade da pessoa humana, cláusula geral de tutela da personalidade e fundamento da República Federativa do Brasil, conforme nossa Constituição Federal, art. 1º, III. (MONTEIRO e SILVA, 2010, p. 32)

Ainda nesse sentido, os doutrinadores Ricardo Cunha Chimenti, Fernando Capez, Márcio Fernando Elias Rosa e Marisa Ferreira dos Santos (2006, p. 34), mencionam em sua doutrina que: violar um princípio fundamental na norma constitucional é, “muitas vezes, mais grave que a de um dispositivo legal específico, pois ofende uma regra fundamental informadora de todo um sistema jurídico”, ou seja, os princípios fundamentais elencados na nossa Constituição Federal são invioláveis, pois violar é implicar ofensa também no ordenamento que comanda toda a sociedade.

3 OS DIREITOS DA CONCUBINA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O direito de família não ampara o concubinato adulterino, pois a lei determina em seu artigo 1.727 do Código Civil que todas as uniões não eventuais na qual são impedidos de casarem ou unirem-se serão constituídos como concubinato impuro, são relações que são contrárias as condições do casamento ou união estável.

O concubinato é aquela relação que existe paralela a outra – casamento ou união estável – considerada pura ou impura, como já diferenciado no capítulo anterior (1.3). Segundo a doutrina:

O Código Civil de 2002 definiu concubinato como a relação não eventual entre homem e mulher impedidos de casar, conforme dicção do artigo 1.727. Inclui-se nesta hipótese, portanto, o caso de uma das partes que mantém, não apenas o estado civil de casada, mas também o vínculo do casamento. Devemos distinguir aí duas situações. A primeira é aquela em que o concubinato é uma relação paralela ao casamento e uma das pessoas, geralmente o homem, mantém duas ou mais relações, uma oficial e outra(s) extraoficial(is). (PEREIRA, 2013, p. 92)

O direito privado veda os direitos à concubina adúltera, pois considera que tal relação afetiva vai contra os preceitos que configuram os dispositivos do Código Civil de 2002, onde estabelece os impedimentos para o casamento. Estabelece a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL. RELACIONAMENTO PARALELO AO CASAMENTO. DESCABIMENTO. 1. A monogamia constitui princípio que informa o direito matrimonial, não se podendo reconhecer a constituição de uma união estável quando a pessoa for casada e mantiver vida conjugal com a esposa. 2. **Constituiu concubinato adúltero a relação entretida pelo falecido e pela autora, pois ele não apenas era casado, mas mantinha vida conjugal com a esposa. Inteligência do art. 1.727 do Código Civil.** 3. A união estável assemelha-se a um casamento de fato e indica uma comunhão de vida e de interesses, reclamando não apenas publicidade e estabilidade, mas, sobretudo, um nítido caráter familiar, evidenciado pela affectio maritalis. 4. **Indemonstrada a existência de uma união estável, inexistente título capaz de albergar o pleito alimentar.** Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70053032165, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 17/07/2013) (Grifos nossos)

Ainda, no mesmo sentido afirma o julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE SOCIEDADE DE FATO C/C DISSOLUÇÃO - CONCUBINATO IMPURO - APELANTE QUE POSSUÍA RELAÇÃO EXTRACONJUGAL COM O FALECIDO - "DE CUJUS" PERMANECEU CASADO DURANTE TODO O CASO AMOROSO - O CONCUBINATO ADULTERINO É INSUSCETIVEL DE GERAR OUTROS EFEITOS QUE NÃO O MERAMENTE PATRIMONIAL, SENDO INADMISSIVEL SOCIEDADE DE FATO, POIS O DIREITO DE FAMÍLIA PÁTRIO NÃO ADMITE A BIGAMIA - INEXISTÊNCIA DE BENS ADQUIRIDOS NOS ESFORÇO COMUM DOS CONCUBINOS - IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE SOCIEDADE DE FATO - RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO, MAS PARA LHE NEGAR PROVIMENTO - DECISÃO UNÂNIME. - O estatuto material vigente não protege, como união estável, a relação entre homem casado que ainda está vinculado à família matrimonializada. - Cuida-se de concubinato, cujos efeitos são avessos ao Direito de Família, mas ao campo obrigacional e que, anteriormente, por sua ação

clandestina, era tido como "concubinato adúltero ou impuro". - O beneficiário da justiça gratuita não faz jus à isenção da condenação nas verbas de sucumbência, sendo-lhe assegurado o direito, tão-somente, da suspensão da responsabilidade pelo pagamento das referidas verbas pelo prazo de cinco anos, ao final do qual estará prescrita a obrigação, caso subsista o estado de pobreza (TJ-SE - AC: 2006200874 SE, Relator: DES. CLÁUDIO DINART DÉDA CHAGAS, Data de Julgamento: 29/01/2008, 2ª.CÂMARA CÍVEL)

Como já foi visto o concubinato se divide em duas espécies, de boa-fé e de má-fé, quando os companheiros estão de boa-fé configura-se uma relação putativa – paralela – ao casamento ou união configurada já existente, segundo Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva (2010, p. 198), “é o casamento que, embora nulo ou anulável, foi, todavia, em boa-fé contraído por um só ou por ambos os cônjuges”.

Quando os concubinos estão de fato de má-fé, sabendo da existência do impedimento da união afetiva, sendo ela omissa e secreta, nestes casos a jurisprudência e doutrinadores não reconhece nenhum efeito e nem direitos a essa união. Quando a concubina está de boa-fé, muitas decisões vão a favor dela, reconhecendo seus direitos. Alguns julgados acreditam que os concubinos têm direito a indenização por serviços prestados aos companheiros, é um recurso vexatório para a companheira. Para um melhor entendimento de indenização por serviços prestados, complementa a doutrina:

Porém, em face do repúdio do legislador (CC1.727) e da própria jurisprudência em reconhecer a existência das **famílias paralelas**, excluindo-as do âmbito do direito das famílias, imperativo garantir a sobrevivência de quem dedicou a vida a alguém que não lhe foi leal, mandando outro relacionamento. Já que vem sendo rejeitada a concessão a alimentos, para evitar o enriquecimento injustificado do varão, e **não permitir que se livre da responsabilidade alguma, depois de anos de convívio**, é, ao menos, de se lhe impor a obrigação de **indenizar serviços domésticos**. Essa é a forma de impedir que a **companheira acabe sem meios de prover a própria subsistência**. Deve-lhe ser assegurado, no mínimo, direito indenizatório. Por mais que tal espécie de indenização tenha sido alvo de críticas pelo seu caráter aviltante, que ao menos a quem deu amor seja renumerado o seu labor. É a única saída, ainda que pouco digna. Chega de premiar homens por sua infidelidade! (DIAS, 2009. p. 177) (Grifos nossos)

O princípio da boa-fé objetiva no direito de família está ligado ao conceito de lealdade e respeito pelo outrem, devendo ter um comportamento leal, ético e respeitoso, segundo Maria Berenice Dias (2009, p. 78) “As relações de família exigem dos sujeitos um comportamento ético, coerente, não criando indevidas expectativas e esperanças no outro”. Nesse sentido complementa a doutrina:

A boa-fé objetiva nasceu e se desenvolveu exclusivamente em um contexto negocial, tendo seu conceito ligado à **lealdade** e ao respeito à expectativa alheia,

com o fim de refrear o abuso da autonomia privada nas relações contratuais. Porém, acabou expandindo-se a outras espécies de relações jurídicas, inclusive nas relações de família, como critério de controle de legitimidade do exercício da autonomia privada. É definida como cláusula geral que impõe deveres de lealdade e **respeito à confiança** recíproca entre as partes de uma relação jurídica. Assim a proibição de comportamento contraditório, sintetizando no adágio *Nemo potest venire contra factum proprium* (ninguém pode vir contra o próprio ato). (DIAS, 2009. p. 77) (Grifos nossos)

A doutrina entende que a boa-fé é um dos requisitos para atender os direitos que lhe são devidos, porém, é falho quando se fala em concubinato impuro, pois não compreende que eles tem o devido amparo, mesmo a companheira estando de boa-fé.

Nesse caso, no âmbito do direito privado, só considera o recebimento dos benefícios da pensão quando são comprovados união estável ou casamento putativo (paralelo) ou quando se configura sociedade de fato. Conforme o julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

"AÇÃO RESCISÓRIA. POSSIBILIDADE DE SE RECONHECER **SOCIEDADE DE FATO EM CONCUBINATO ADULTERINO**. 1. A **união concubinária mantida por aproximados 28 anos, que gerou prole e que foi marcada pela ampla participação da concubina na vida pessoal do falecido**, com incontroversa prestação de auxílio doméstico e material, justifica o reconhecimento de seqüela patrimonial. 2. Não reconhecer em tais circunstâncias efeito patrimonial, implicaria reconhecer como jurídico o eventual enriquecimento sem causa do concubino. 3. Não se verifica a expressa violação ao art. 226 da Constituição Federal ou às Leis Federais nº 8.971/94 e 9.78/96, quando o acórdão expressamente reconhece tratar-se de uma relação de mero concubinato, com sociedade de fato, e não de união estável. Ação rescisória julgada improcedente." (AR N.º 70017086919, 4º Grupo de Câmaras Cíveis, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 11/05/2007) (Grifo nosso)

Já no direito público, a previdência social tem acolhido decisões favoráveis, sob o prisma do direito à dignidade da pessoa humana e a boa-fé da concubina adúltera. O direito previdenciário foi o que mais evoluiu para que fossem estabelecidas normas para o concubinato, o doutrinador Ricardo da Cunha Pereira (2013, p. 119) em relação à previdência afirma que, “talvez porque no plano da Previdência Social o conceito de assistência ou de previdência seja mais um conceito econômico que propriamente jurídico, porque representa *quaestio facti*, e não *quaestio juris*”. Segundo a doutrina:

A solidariedade significa a cooperação da maioria em favor da minoria, em certos casos, da totalidade em direção à individualidade. Significa a cotização de certas pessoas, com **capacidade contributiva, em favor dos despossuídos**. Socialmente considerada, é ajuda marcadamente anônima, traduzindo o mútuo auxílio, mesmo obrigatório, dos indivíduos. (MARTINEZ *apud* JÚNIOR, 2010, p. 83) (Grifo nosso)

Dentro da esfera do direito privado – direito de família – o princípio da solidariedade está previsto no artigo 1.511 do Código Civil, que transcreve que os cônjuges e companheiros devem ter *comunhão plena de vida*. É dever dos cônjuges e companheiros assistência e cuidados entre si, para Rolf Madaleno (2008, p. 65), “na vida social o cônjuge é solidário e prestativo ao respeitar os direitos de personalidade do seu companheiro, estimulando e incentivando suas atividades sociais, culturais e profissionais”. É um dever de solidariedade para prestar alimentos sempre que for necessário. Estabelece o autor que:

A solidariedade é princípio e oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, porque esses vínculos só podem se sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e cooperação, ajudando-se mutuamente sempre que se fizer necessário. Há dever de solidariedade entre os cônjuges na sua mútua assistência regulamentada pelo inciso III, do artigo 1.566 do Código Civil, como ocorre no dever de respeito e assistência na versão repostada pelo mesmo diploma civil para as unioes estáveis. O dever de assistência imaterial ente os cônjuges e conviventes respeita a uma comunhão espiritual nos momentos felizes e serenos, tal qual nas experiências mais tormentosas da cotidiana vida de um casal. (MADALENO, 2008, p. 64)

Já no direito público – Previdência Social – o princípio da solidariedade é considerando o fundante da seguridade social, segundo o doutrinador Fabio Zambitte Ibrahim (2007, p. 54) a solidariedade, “Sem dúvida, é o princípio securitário de maior importância, pois traduz o verdadeiro espírito da previdência social”, tendo este princípio uma aplicação isolada, segundo Miguel Horvath Júnior (2010, p. 81), “o art. 3º, inc. I, da constituição Federal estabelece que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. Complementa ainda a doutrina:

Solidariedade social significa a contribuição do universo dos protegidos em benefício da minoria. Precisamos eliminar a ideia de que os benefícios previdenciários só são concedidos a quem esta em situação de impossibilidade de obtenção de recursos para sustento pessoal e de sua família, pois isto não corresponde à totalidade das situações. **O sistema protetivo visa amparar necessidades sociais que acarretam a perda ou a diminuição dos recursos, bem como situações que provoquem o aumento de gastos.** (JÚNIOR, 2010, p. 81 e 82) (Grifo nosso)

A solidariedade na previdência é um sistema protetivo que beneficia aqueles que não têm recursos ou amparo com contribuições para o sustento, para o doutrinador Miguel Horvath Júnior (2010, p. 84), “o sistema de seguridade social brasileiro possui três subsistemas: o previdenciário, o assistencial e o de saúde”. Sustenta os autores:

Os benefícios – que são prestações pagas em dinheiro – têm renda mensal de valor economicamente baixo porque se destinam a suprir os mínimos vitais necessários à existência com dignidade. Estão desvinculadas dos *riscos* e se relacionam com as consequências que geram as necessidades protegidas. E estas têm cobertura suficiente apenas à preservação daquela parte de bem-estar e justiça sociais que cabe à seguridade garantir. Por isso, a Constituição prevê (art. 201, § 2º, e art. 14 da EC n. 20/1998) valores mínimos e máximos da renda mensal de cada um dos beneficiários. (CHIMENTI; CAPEZ; ROSA, e SANTOS, 2006, p. 545)

A previdência ampara aqueles que comprovam a necessidade de pensão para que possam sobreviver com a mínima dignidade com proteção constitucional, pois é um direito do cidadão e dever do Estado, para melhor definição, o doutrinador Fábio Zambitte Ibrahim (2007, p. 10) diz que, “a assistência social será prestada a quem dela necessitar (art. 203 da CRFB/88), ou seja, àquelas pessoas que não possuem condições de manutenção própria”.

Nesse mesmo sentido, complementa a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. ART. 16, DA LEI Nº 8.213/91. COMPANHEIRA DE HOMEM CASADO. **CONCUBINATO. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL. RATEIO DO BENEFÍCIO COM A ESPOSA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE DESTE TRIBUNAL.** 1. A Constituição de 88 promoveu a extensão da proteção constitucional, em que não apenas a família legítima, fundada no casamento, teve guarida, mas também todas as entidades familiares constituídas. 2. Nesta exegese, não se tem como atribuir ao referido dispositivo constitucional interpretação restritiva, sob pena de violação aos postulados da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade e da não-discriminação, como ainda, à própria finalidade do Legislador Constituinte em conferir à unidade familiar proteção máxima. Assim, a outra conclusão não se chega, senão a de que a Constituição visa proteger não apenas o núcleo familiar formal, mas qualquer estrutura familiar, indiscriminadamente. 3. É inegável, portanto, que tanto a união estável como o concubinato gozam de proteção. Negar ao concubino a proteção alimentar implica em violar a própria teleologia da norma constitucional. 4. Hipótese em que a autora e o de cujus conviveram juntos por 13 anos, resultando de tal relacionamento 2 (dois) filhos, o que já denota estabilidade significativa, considerado o longo período de convivência, somente finalizada após a morte do instituidor. 5. A publicidade do relacionamento restou evidenciada pelo fato de que a própria esposa do de cujus sabia da relação estabelecida, conforme restou registrado em sua contestação. **A dependência econômica, nos termos do parágrafo 4º, do art. 16, da Lei nº 8.213/91 é presumida**, dispensando comprovação. 6. Remessa oficial e apelação improvidas. (AC: 397686 RN 0006734-69.2004.4.05.8400, Relator: Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, Data de Julgamento: 11/02/2010, Primeira Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça Eletrônico - Data: 25/02/2010 - Página: 237 - Ano: 2010) (Grifos nossos)

A seguridade social é situada através dos direitos da pessoa humana, para o doutrinador Fábio Zambitte Ibrahim (2007, p. 70), “a proteção social é um direito fundamental, já que reconhecido pela Constituição, mas também direito humano, adotado em diversas declarações

e pactos internacionais”, ou seja, a seguridade visa a proteção do indivíduo garantindo a ele condições mínimas para sobreviver.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, verifica-se que o direito a prestação do crédito alimentar para a concubina adúltera está em grande evolução no ordenamento jurídico brasileiro, embora ainda as relações adúlteras estejam vedadas diante das leis vigentes brasileiras. Antigamente, todos os afetos amorosos paralelos ao matrimônio eram considerados ilegítimos e não tinham os direitos legais e amparo nenhum para as companheiras e para os filhos havidos fora do casamento.

Observa-se que somente depois foi aceito juridicamente as ações de divórcio e a investigação de paternidade, assim também o reconhecimento das uniões estáveis como a entidade familiar prevista no artigo 226 § 6º da Constituição Federal. E, o avanço nas uniões putativas que, quando comprovados a separação de fato dos cônjuges também são devidos os direitos do casamento. Nesse sentido, as uniões putativas são relacionamentos que buscam uma vida conjugal onde os companheiros estão de boa-fé.

A pesquisa demonstrou que o instituto da putatividade tem o devido reconhecimento concedendo os mesmos direitos da união estável, e o fim da nomenclatura *concubinatio puro*, havendo somente o *concubinatio impuro* ou *adúltero* como impossibilitados de direitos e impedidos de casarem. Constata-se sobre o crédito alimentar que a sobrevivência está elencada nos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, fazendo do crédito alimentar o amparo legal para aqueles que não possam prover da sua própria manutenção viverem dignamente.

Percebe-se que os efeitos jurídicos em relação às uniões concubinárias adúlteras restando comprovada a dependência econômica do companheiro lesado e enganado pelo outro, garantem ser concedido a esse o direito de pensão alimentícia ou pensão por morte decorrente do tempo de união. O princípio da dignidade humana elencado na Constituição Federal de 1988 deve ser analisado nesse contexto, pois se a concubina dependeu durante anos do seu parceiro, pode-se afirmar que ela já dividia todos os recursos financeiros com a esposa legítima, não tendo assim nenhum prejuízo causado ao patrimônio, e negando-lhe tal pretensão, estaria deixando esta sem possibilidades de sustento.

Outro ponto destacado é o princípio da solidariedade, pois durante anos ela contou com a ajuda do companheiro infiel tendo assistência mútua durante todo o tempo de relação adúltera. Salienta-se que quando há presença da boa-fé e a dependência econômica

comprovada da amante, não há porque negar-lhe o devido amparo para que ela possa viver dignamente. Se comprovado que a concubina dependia financeiramente do companheiro infiel, e que perante todos era reconhecida como um núcleo familiar, não há porque negar-lhe tal direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**. 9ª edição. São Paulo: Saraiva. 2013.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Emenda Constitucional nº. 66, de 13 de julho de 2010**. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm>. Acesso em março de 2015.

_____. **Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil**. Revogado pela Lei. 10.406 de 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L3071.htm>>. Acesso em março de 2015.

_____. **Lei 6.515 de 26 de Dezembro de 1977**. Estabelece a regulamentação dos casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências.

_____. **Lei 8.971 de 29 de dezembro de 1994**. Estabelece a regulamentação do direito aos companheiros a alimentos e à sucessão.

_____. **Lei 9.278 de 10 de maio de 1996**. Estabelece a regulamentação do § 3º do art. 226 da Constituição Federal de 1988.

_____. **Projeto de lei 6.960/02 - 276/2207**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/20233.pdf>>. Acesso em junho de 2014>. Acesso em março de 2015.

_____. Tribunal De Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Ação Recisória N.º 70017086919**, 4º Grupo de Câmaras Cíveis, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 11/05/2007.

_____. Tribunal De Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível N.º 70053032165**, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 17/07/2013.

_____. Tribunal De Justiça do Estado de Sergipe. **Apelação Civil: N. 2006200874**, 2ª.CÂMARA CÍVEL, Relator: DES. CLÁUDIO DINART DÉDA CHAGAS, Data de Julgamento: 29/01/2008.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região: **AC: 397686 RN 0006734-69.2004.4.05.8400**, Relator: Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, Data de Julgamento: 11/02/2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 380**. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0380.htm>. Acesso em março de 2015.

CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio Fernando Elias; SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5ª edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. Vol. 5. 25ª edição. Editora Saraiva. 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro 6: Direito de Família**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

IBRAHIM, Fabio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 9ª edição. Rio de Janeiro: Impetus. 2007.

JÚNIOR, Miguel Horvath. **Direito Previdenciário**. 8ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 40ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e União Estável**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva. 2013.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil – Direito de Família**. Vol. 6. 27ª edição. Editora Saraiva. São Paulo. 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª edição. Editora Revista e Atualizada Segunda Triagem. Porto Alegre. 2012.

Texto completo do voto do Ministro Carlos Ayres Britto, no julgamento conjunto da **ADPF 132** e **ADI 4277**. disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>>. Acesso em março de 2015.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. Vol. 6. 10ª edição. São Paulo: Atlas. 2011.

WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Direito Civil: Direito de Família.** 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.