

DA UNIÃO ESTÁVEL E DOS ALIMENTOS À CONCUBINA*

SÉRGIO GILBERTO PORTO

Professor de Direito Processual Civil dos Cursos de Pós-Graduação da PUC/RS, da Escola Superior da Magistratura e da Escola Superior do Ministério Público. Promotor de Justiça.

SUMÁRIO: 1. Da natureza e fundamentos dos alimentos decorrentes do matrimônio; 2. Da concubina e da pretensão alimentar, antes da nova ordem constitucional; 3. Da chancela constitucional ao concubinato; 4. Dos alimentos à concubina no atual sistema; 5. Das situações a serem dirimidas: 5.1 - ação proposta por concubina durante a vigência do ordenamento anterior, face à nova ordem, poderá repropor a demanda?; 5.2 - concubinato existente sob a égide do sistema anterior, desfeito antes do atual ordenamento, não havendo ação proposta; 5.3 - concubinato atual; 6 - Ações, ritos e competência.

1. DA NATUREZA E FUNDAMENTOS DOS ALIMENTOS DECORRENTES DO MATRIMÔNIO

É sabido que a obrigação alimentar decorre de mais uma fonte (1), e, por conseqüência, sua natureza e fundamentos se revelam diversos. Com efeito, seguindo a mesma orientação adotada por *Eduardo Espínola* (2) entendemos que a dívida alimentar pode decorrer de três categorias distintas, a saber: a) a lei, b) a vontade (contrato ou testamento) e c) o delito.

Neste passo, podemos afirmar que o direito a alimentos decorrente do matrimônio está - agora e tão-somente - consubstanciado no dever de mútua assistência que existe entre os cônjuges, conforme preceituado no artigo 231, inciso III, do Código Civil, no Livro I, correspondente ao Direito de Família.

2. DA CONCUBINA E DA PRETENSÃO ALIMENTAR, ANTES DA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL

Antes do advento da nova Constituição inexistia qualquer dúvida em torno da eventual pretensão alimentar por concubina, vez que a orientação esposada pela jurisprudência era de - sistematicamente - declará-la carecedora de ação (na linguagem do Código), por impossibilidade jurídica do pedido, pois, segundo tal entendimento, a obrigação alimentar pressupunha a existência de determinado vínculo familiar não presente nas chamadas *uniões livres*.

Reconhece a jurisprudência tão-somente o direito a partilha ou a indenização, por serviços prestados, à concubina, afastando, por decorrência, qualquer insinuação de direito a alimentos. Adota tal orientação sob o argumento de que "o con-

* Conferência pronunciada em 23.6.89, no III Foro Internacional de Debates Jurídicos. Brasil/Uruguai/Argentina.

cubinato é um estado de fato, insusceptível de equiparação ao casamento e só reconhecível no campo jurídico para efeitos restritos, em que não se incluem os alimentos (3)". Levam, portanto, os alimentos o suporte da família de direito e não da família de fato.

Conforme se vê, reserva a doutrina e a jurisprudência, à concubina, a meação do bens adquiridos durante a vigência da sociedade de fato ou a humilhante indenização por serviços prestados; jamais, porém, direito a alimentos, vez inexistirem entre os concubinos direitos ou obrigações pessoais decorrentes da união livre, contrariamente ao casamento, que impõe deveres e obrigações aos cônjuges.

3. DA CHANCELA CONSTITUCIONAL AO CONCUBINATO

A recente carta magna traçou um novo perfil constitucional ao Direito de Família, impondo, assim, novos rumos e novas indagações.

Com efeito, da leitura do texto fundamental emergem princípios que preponderam no mundo de hoje, tais como: a) igualdade de direitos entre o homem e a mulher; b) paridade absoluta entre os filhos, independentemente da origem destes; c) prevalência da afeição mútua nas relações de caráter pessoal e d) o da acatização da união estável como entidade familiar.

Neste último princípio encontra-se o cerne de nosso trabalho, especialmente por ter ele sido consagrado expressamente no § 3º, do artigo 226, da atual Constituição, quando estabelece que "Para efeito da 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".

Posta a questão das uniões livres nestes termos, cumpre indagar: haverá guinada de orientação no que ao instituto de alimentos? Vale dizer: diante desta nova perspectiva constitucional, nasceu à concubina direito a alimentos?

Qualquer resposta, sem exame prévio das circunstâncias afins e interligadas, seria prematura; do que decorre a necessária análise de algumas premissas, para a eventual conclusão.

4. DOS ALIMENTOS À CONCUBINA NO ATUAL SISTEMA

Surge, como premissa necessária à afirmação de que a concubina tem direito a alimentos, face ao novo regramento constitucional, o enfrentamento dos seguintes pontos: a) natureza da norma constitucional; b) necessidade de regulamentação; c) deveres do concubinato e a mútua assistência.

Tais aspectos, por estarem interligados e por aparecerem como suporte da posição que se pretende defender, serão analiticamente considerados o, um a um, debatidos.

Assim, inicialmente, cumpre indagar a natureza da norma constitucional que admite como entidade familiar a união estável. Neste passo, oportuno lembrar, como o faz Celso Ribeiro Bastos, que "as Constituições não têm o caráter analítico próprio da legislação comum. Traçam apenas as linhas gerais que informarão a estrutura do Estado, limitando-se a apresentar o bosquejo da sua estrutura orgânico-política ("the frame of a government"). Devem oferecer tão-somente o substrato de cada instituição, reduzida a um traço, a uma característica dominante" (4). Essa a razão pela qual a doutrina tradicional vinha entendendo, inclusive com

suporte em Rui Barbosa (5), que as normas constitucionais eram ou *auto-executáveis*, ou *não-auto-executáveis*.

Todavia, a nosso sentir, parece mais apropriada a divisão tricotômica de José Afonso da Silva (6), onde as normas aparecem divididas em: a) normas constitucionais de eficácia plena; b) normas constitucionais de eficácia contida e c) normas constitucionais de eficácia limitada.

Ensina-nos o Prof. Celso Ribeiro Bastos, com suporte em José Afonso da Silva, que *normas constitucionais de eficácia plena* são “aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm a possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular”.

Já as *normas de eficácia contida* “são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos à determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados”. Dependem de limites que vierem a ser estabelecidos mediante lei ordinária posterior.

As *normas constitucionais de eficácia limitada* são divididas em: a) *normas constitucionais de princípio institutivo* — aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuição de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os caracterize definitivamente mediante lei; b) *normas constitucionais de princípio programático* — aquelas em que o legislador constituinte, ao invés de regular direta e imediatamente certos interesses, limita-se a traçar princípios a serem seguidos por seus órgãos.

Diante deste quadro, quer levando em conta a doutrina tradicional, quer considerando divisão tricotômica de José Afonso da Silva, certo é que a norma constitucional constante do § 3º, do artigo 226, da nova Carta *não é auto-aplicável*, uma vez que, a nosso sentir, se inclui entre aquelas de eficácia limitada, de princípio institutivo, eis depender de regulamentação posterior a ser procedida pelo legislador ordinário, pois, em última análise, edita o princípio de que a *união estável é uma entidade familiar*. Note-se, não se consagram maiores esclarecimentos em torno da extensão deste princípio; daí não se saber exatamente quais os contornos da adoção de tal orientação.

Poderíamos compará-la, em linguagem figurada, à norma penal em branco, que requer outra norma para completá-la e definir a imputabilidade da conduta. Assim, também a norma constitucional de eficácia limitada de princípio institutivo necessita de outra norma — desta feita de natureza ordinária — para lhe disciplinar o alcance.

Diante deste quadro, onde a atual Carta reconhece a *união estável* (“*rectius*”, concubinato) como verdadeiro instituto jurídico, tal qual é o casamento, ou outro instituto qualquer, emerge a necessidade de o legislador ordinário o regulamentar.

Com isto, não se está equiparando a união estável ao casamento, mas apenas alertando, face à natureza da norma constitucional, para a necessidade de regulamentação do instituto, tarefa a ser desenvolvida pelo legislador ordinário, e não pela jurisprudência, consoante apregoa Carlos Alberto Bittar (7), de quem ousamos discordar, em perfeita sintonia com Mário Aguiar Moura (8), que também deixa antever a necessidade de regulamentação, em recente trabalho intitulado

“O Concubinato e a Nova Constituição”.

A regulamentação cuja criação apregoamos diz respeito aos *direitos e deveres dos concubinos*. Com a proposta da esquematização legal dos direitos e deveres não se está a sustentar tenha sido a união estável equiparada ao casamento, mas, sim e apenas, que há necessidade de regulação do instituto e que esta disciplina não constitui tarefa de jurisprudência, e, sim, do legislador ordinário, pois a natureza do princípio e a forma como se encontra estatuído na Constituição, requer a ação legislativa para tornar efetivo o preceito em toda sua extensão e profundidade.

Não se afirme que, com isto, se estaria esvaziando o casamento, até mesmo porque o legislador constituinte fez clara opção pelo casamento como forma preferencial de constituição da família. Apenas não desconheceu a realidade social e, levando em conta que o direito serve a esta, e não esta àquele, jurisdicizou o instituto, sem, no entanto, perder de vista a observação feita por Jean Carbonnier (9) de que a união livre é um estado inferior ao casamento, embora juridicamente lícita.

Na linha de que deva existir disciplina legal para o concubinato, lembra Maria da Glória Villaça Borin Gavião de Almeida a sugestão de Álvaro Villaça Azevedo ao propor o Estatuto do Concubinato (10). Oportuno também o paralelo traçado pela ilustre Promotora de Justiça do Estado de São Paulo, ao afirmar que: “A considerar-se a união estável como entidade familiar constitucionalmente reconhecida, os mesmos deveres deverão ser observados por aqueles que se unirem sem casamento ou com ele. Tal solução é fundamental para que a união estável não passe a ter privilégios em relação ao casamento”.

Assim, justifica-se a necessidade de disciplina não-somente pelos argumentos legais antes invocados, mas também pelos fáticos, decorrentes da responsabilidade advinda da união estável, não outorgando a esta privilégios em detrimento ao casamento e ao rumo estabelecido na carta.

Entre os deveres a serem incluídos no regramento da união estável, a nosso sentir, necessariamente deverá constar o da *mútua assistência*, vez ser componente essencial das relações pessoais.

No dever de mútua assistência, conforme já exposto no item 1 deste trabalho, está embutido o direito a alimentos e, portanto, a partir de sua imposição legal, legitimados estarão os concubinos a postularem, um contra o outro, alimentos, respeitados os parâmetros integrantes do binômio necessidade-possibilidade. Sem ele, inviável é a pretensão alimentar, e, novamente, a nosso sentir, a jurisprudência passará a reconhecer o que até aqui admitia à concubina, conforme exposto no item 2, retro, impedindo, destarte, qualquer avanço no campo das relações jurídicas familiares e desvirtuando a proposta do legislador constituinte de dar proteção legal às uniões livres.

5. DAS SITUAÇÕES A SEREM DIRIMIDAS

Diante da admissão expressa da possibilidade de a concubina obter alimentos, com a inclusão do dever de mútua assistência nas relações concubinárias, emergem várias circunstâncias que necessariamente deverão ser enfrentadas no trato da questão.

5.1 AÇÃO PROPOSTA POR CONCUBINA DURANTE A VIGÊNCIA DO ORDENAMENTO ANTERIOR, FACE À NOVA ORDEM, PODERÁ REPROPOR A DEMANDA?

Creemos que não, eis contra ela seria oposta exceção de coisa julgada. É bem verdade que, se esta foi declarada carecedora de ação, não há coisa julgada material mas tão-somente formal. Tal circunstância não impede, por si só, a rediscussão da mesma demanda. No entanto, admitindo, como o faz a mais moderna doutrina, que as decisões sobre as condições da ação — por integrarem o mérito — sujeitam-se à coisa julgada material, esbarraria aí a pretensão de eventual postulação (11).

Não bastasse tal circunstância, uma vez ser esta passível de questionamento, face o tumultuado tema de Teoria Geral do Processo Civil que envolvem as chamadas condições da ação, cuja criação se deve a Enrico Tullio Liebman (12), sofreria a pretensão o obstáculo do *principio constitucional da irretroeficácia* da norma, muito bem exposto por Pontes de Miranda (13). Tal princípio inviabiliza a possibilidade de que determinada norma venha a produzir efeitos sobre fatos passados, quando é consabido que se legisla para o futuro, e não para o passado.

Releva notar que o festejado mestre apregoa, e com razão, que a lei é eficaz para o futuro, não podendo, por decorrência, estender sua eficácia para o passado, salvo se expressamente assim o fizer. “In casu”, não permite o texto constitucional se cogite de tal ressalva.

Assim, pois, impossível o beneficiamento pelo atual sistema.

5.2 CONCUBINATO EXISTENTE SOB A ÉGIDE DO SISTEMA ANTERIOR, DESFEITO ANTES DO ATUAL ORDENAMENTO, NÃO HAVENDO AÇÃO PROPOSTA

Aqui, a exemplo da hipótese anterior, incidirá o princípio da irretroeficácia do ordenamento novo, vez ter sido ele criado para regular os fatos presentes e futuros, e não os passados. Revela notar que a orientação aqui esposada toma por base a circunstância de que o ordenamento gerará efeitos levando em conta o suporte fático de seu tempo, não se admitindo possa a lei nova — embora de natureza originária — projetar sua eficácia para o passado.

5.3 CONCUBINATO ATUAL

Creemos que antes da regulamentação do instituto do concubinato, sem a admissão de que entre os concubinos houvesse o dever de mútua assistência, inviável a dedução de pretensão alimentar, pois neste momento a norma constitucional apenas criou a possibilidade de tal circunstância vir a ser contemplada pelo legislador ordinário. Assim, as vias normais para obtenção de alimentos resultam obstruídas. No entanto, face à falta de apetite legiferante de nosso legislador, vez não ter promovido qualquer adaptação da legislação ordinária após encerramento da Assembleia Nacional Constituinte, emerge a necessidade de verificar se, na ausência de legislação ordinária, a via injuncional supre tal circunstância e, por ela, possível resulta a obtenção de prestação alimentar.

Neste passo, estabelece o artigo 5º, inciso LXXI, da Carta Magna que “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne

inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais . . .”. Inicialmente, deve ser dito que o direito a alimentos não está expressamente consagrado, mas tão-somente a possibilidade de vir a ser outorgado pelo legislador ordinário, quando regulado o instituto do concubinato, portanto não é direito constitucional amparável por mandado de injunção.

De outro lado, deve ser observado que o mandado de injunção somente protege as garantias fundamentais constitucionalmente especificadas na Carta Magna e que tem estas por escopo, não a supressão da legislação via decisão de equidade, mas a busca de uma ordem judicial para que o órgão competente (do Executivo, do Legislativo ou do próprio Judiciário) expeça a norma regulamentadora do dispositivo constitucional. Desta forma, o que ocorrerá é que o Judiciário decidirá o mandado de injunção ordenando que a autoridade impetrada tome as providências cabíveis, inclusive com a fixação de prazo, se necessário (14). Além do que, não é juízo de 1º grau competente para conhecer de eventual ação de injunção, vez que, dependendo da origem da omissão, estará um dos tribunais superiores legitimados à ordem.

6. AÇÕES, RITOS E COMPETÊNCIA

Admitida a idéia de que o legislador deverá regular o concubinato e nesta esquematização incluir o dever de mútua assistência, impõem-se a legítima preocupação com a forma pela qual deverá ser canalizada eventual pretensão alimentar.

Assim, pois, inicialmente deveremos distinguir situações que envolvam ações de concubinato: a) *concubinato já declarado por sentença*: nesta hipótese, não oferecemos qualquer resistência à idéia de adotar o procedimento estabelecido pela Lei 5.478/68, face à definição da relação pré-processual; efetivamente, uma vez tornado indiscutido pelo legislador o direito a alimentos, e reconhecida por sentença a situação fática, a demanda ficará reduzida à apuração da necessidade de um e a possibilidade de outro, com a fixação do “quantum debeatur”; daí a pertinência da aplicação da Lei de Alimentos; b) *concubinato ainda não reconhecido por sentença*: nesta hipótese, o objeto litigioso (15) envolve a pretensão declaratória de reconhecimento da existência do concubinato e, posterior, postulação a alimentos; como a matéria fática será exaustivamente debatida, a adoção do rito ordinário se impõe, pois se trata de ação de cognição plenária, e não sumária.

No que diz com a competência para processar e julgar os efeitos aforados, especialmente nas comarcas cujas varas sejam especializadas, importante destacar que, com o reconhecimento da união estável como forma legítima de constituição da família, as questões daí decorrentes foram deslocadas da órbita do Direito Obrigacional para a seara do Direito de Família e, por consequência, passam a ser da competência das varas de família, e não mais das varas cíveis.

NOTAS

- (1) PORTO, Sérgio Gilberto. *Doutrina e prática dos alimentos*. Rio de Janeiro, Aide, 1985, p. 12-3.
- (2) ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro, Gazeta Judiciária, 1954.
- (3) PORTO, Sérgio Gilberto. *Doutrina*, . . . p. 118-9.

- (4) BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo, Saraiva, 1980. p.86.
- (5) Apud BASTOS, Celso Riberiro. *Curso . . .*, p. 88.
- (6) Idem, ibidem, p. 91-4.
- (7) BITTAR, Carlos Alberto. Novos rumos do direito de família. In: . *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo, Saraiva, 1989.
- (8) MOURA, Mário Aguiar. O concubinato e a Nova Constituição. *Revista Jurídica*, 137 (5).
- (9) CARBONNIER, Jean. *Sociologia jurídica*. Coimbra, Almedida, 1979. p. 181.
- (10) ALMEIDA, Maria da Glória Villaça Borin Gavião de. A nova ordem familiar. In: *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo, Saraiva, 1989.
- (11) DALL'AGNOL, Jorge Luís. *Pressupostos processuais*. Porto Alegre, Lejur, 1988.
- (12) *Manual de derecho procesal civil*. Buenos Aires, EJEA, 1980.
- (13) MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967* São Paulo, RT, 1968. t. 5.
- (14) Tudo conforme MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data"*. 12. ed. São Paulo, RT, 1989.
- (15) A expressão, de origem germânica, que envolve a idéia de fixação da lide, consagrada por Karl H. Schwab. In: . *El objeto litigioso en el proceso civil*. Buenos Aires, EJEA, 1968.