

A UNIÃO ESTÁVEL E OS DIREITOS E DEVERES RECÍPROCOS DOS COMPANHEIROS

Nicolau Eládio Bassalo Crispino

Procurador da Justiça do Estado do Amapá

Professor de Direito Civil da Fundação Universidade Federal do Amapá

Resumo:

O presente estudo inicia com uma breve análise histórica de algumas das diversas formas de matrimônio vividas pela humanidade, desde a antiguidade, até o advento do Código Civil brasileiro.

Em seguida, mostra como o concubinato é tratado dentro da legislação em vigor, ressaltando o papel da jurisprudência nacional na proteção desta união.

Na sequência, trata de maneira mais detalhada, os direitos e deveres recíprocos entre os concubinos, analisando tanto a legislação em vigor, quanto o projeto do estatuto dos concubinos, trazendo, inclusive, idéias de alguns doutrinadores estrangeiros contemporâneos.

Ao final, apresenta algumas considerações conclusivas sobre o concubinato.

Abstract:

This study begins with a brief historical analysis of some of the different kinds of marriage lived by humanity since the ancient times, until the enactment of the Brazilian Civil Code.

Following, it shows how the concubinage is treated in the ruling Brazilian law, emphasizing the role of the national jurisprudence in the protection of this union.

Next, the study particularly stands out, the reciprocal rights and duties between the concubines, analysing not only the ruling Brazilian law, but also the project of the concubines statute, presenting, inclusively, ideas of some foreign contemporary authors.

Finally, it points out some conclusive considerations about the concubinage.

Unitermos: união estável; companheiros; direitos e deveres recíprocos.

Sumário:**Introdução****I Antecedentes históricos**

1. Direito Romano
2. Direitos anteriores ao Código Civil

II Direitos vigentes

1. O concubinato no Código Civil e nas legislações posteriores
2. O papel da jurisprudências nacional
3. Conceito de união estável
4. Os direitos e deveres recíprocos dos conviventes
 - a. Noções iniciais
 - b. Respeito e consideração mútuos
 - c. Assistência material e moral recíprocas
 - c.1. Assistência material
 - c.2. Alimentos
 - d. Assistência moral
 - e. Guarda, sustento e educação dos filhos comuns

III Projeto do Estatuto dos Concubinos

Direitos e deveres recíprocos dos companheiros dentro do projeto

IV - Doutrina estrangeira

1. França
2. Espanha
3. Portugal

Conclusões**Bibliografia**

Introdução

Nos dias de hoje, a união estável tem se mostrado um tema de grande importância, não-só por caracterizar uma forma de constituição de família, como também em razão da existência de algumas normas que necessitam ser estudadas com mais freqüência pelos doutrinadores contemporâneos.

Ao lado desses fatores, temos atualmente em tramitação no Congresso Nacional, um projeto de lei que tem a finalidade de criar um estatuto para a união estável, unificando as leis existentes que regulam essa união.

Em razão disto, faremos uma análise acerca dos direitos e deveres recíprocos dos concubinos, criados pela Lei n. 9.278/96, tentando mostrar as questões relevantes acerca de tais dispositivos.¹

Antes de iniciar o estudo específico a respeito dos direitos e deveres entre os conviventes, faremos um análise histórica do concubinato, desde o período romano, até os dias de hoje.

Em virtude da relevância do projeto, ao qual nos referimos anteriormente, faremos um estudo desse chamado "*estatuto da união estável*" no que tange a esses direitos e deveres recíprocos.

Finalizando, tentaremos mostrar como alguns doutrinadores estrangeiros vêm tratando a matéria em questão, fazendo um breve paralelo entre essas idéias, e o estágio atual que se encontra a relação concubinária dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

I - Antecedentes históricos

1. Direito Romano

No Direito Romano existia as chamadas justas núpcias (*justae nuptiae*) que representava o casamento legítimo contraído de acordo com o Direito Civil (*jure civile*). Dentro dessa espécie de união existia o casamento *cum manu* e o *sine manu*, tanto um quanto o outro, representavam formas legítimas de casamento, relativas, em princípio, aos cidadãos romanos.

1. Ao longo deste trabalho, utilizaremos os termos concubinos, conviventes e companheiros para designar o homem e a mulher que vivem em união estável.

O casamento *cum manu* se dividia em três espécies conhecidas: a *confarreatio*, a *coemptio* e o *usus*.

A *confarreatio* representava o matrimônio solene e religioso, privativo dos patrícios e sendo vedado aos plebeus. A cerimônia era realizada com dez testemunhas.

Já a *coemptio* representava o casamento privativo dos plebeus, que a *manus* se concretizava pela venda simbólica da mulher ao marido, com cerimônia que se assemelhava, pela forma, à *mancipatio* (modo formal de transferir a propriedade).

Usus era o casamento, cuja *manus* se concretizava após a coabitação contínua do homem e da mulher durante um ano. É semelhante ao instituto do usucapião transposto ao direito de família. Se a mulher abandonasse o domicílio conjugal por três noites (*usurpatio trinoctii*), a *manus* não se concretizava, não havia casamento.

No casamento *sine manu* havia uma cerimônia apenas simbólica, correspondente a condução da mulher para o lar do marido (*deductio uxoris in domum mariti*). Em virtude dessa pequena solenidade, não podemos dizer que esta união corresponderia ao nosso concubinato de agora.

Como nos lembra o professor Álvaro Villaça Azevedo,² além dessas justas núpcias, havia também em Roma outros tipos de ligações, correspondentes apenas a simples uniões de fato, sem nenhuma consequência jurídica, e outras regidas pelo Direito, muito embora não pelo *jus civile*. Eram três essas formas de união: a dos peregrinos, que passavam a conviver *sine connubio*, a dos escravos e a dos concubinos, que se uniam, livremente, sem o chamado *consensus nuptialis*.

O casamento entre romanos e peregrinos, ou somente entre estes últimos, era o chamado *iniustum* (contrário ao direito dos cidadãos), regulado pelo Direito pátrio dos estrangeiros que o contraíam.

A união entre os escravos, ou de pessoas livres com aqueles, era conhecida como *contubernium*, onde no início não produzia nenhum efeito jurídico, apenas ocorrendo tais efeitos na época do imperador Justiniano (parentesco e a *cognatio servilis*).

2. Azevedo, Álvaro Villaça. *Do Concubinato ao Casamento de Fato*, 1987.

Ao lado desses anteriores existia o instituto do concubinato, que, em Roma, consistia na convivência estável de homem e de mulher, livres e solteiros, como se casados fossem, entretanto sem a *affectio maritalis* e a *honor matrimonii*.³

Como assevera o professor Álvaro Villaça Azevedo, "*até o período clássico, o concubinato não existia como instituto jurídico, não produzindo, portanto, efeitos no âmbito do Direito, sendo certo que, do ponto de vista social, ensina Pietro Bonfante, deve ele sua origem certamente à legislação matrimonial do imperador Augusto, tendo a Lex Iulia et Papia Poppaea de maritandis ordinibus criado rígidos impedimentos de natureza social a uniões conjugais com mulher de situação social inferior; e a Lex Iulia de Adulteriis cominado inúmeras sanções às uniões extraconjugais com mulheres ingenuae et honestae (ingênuas e de categoria social honrada), considerando puníveis esses fatos, como stuprum ou adulterium, palavras estas que não significavam à época, respectivamente, violência e infidelidade conjugal, mas relação extraconjugal ilícita*".⁴

Segundo o professor José Cretella Júnior, chegou-se a atribuir ao concubinato efeitos jurídicos. Os concubinos eram obrigados à fidelidade, não podendo o concubino ter duas concubinas. Em 539, o imperador Justiniano, concedeu aos *liberi naturales* uma parte da sucessão *ab intestato* do pai, não havendo filhos legítimos, e, admitindo, ainda, a obrigação do pai em prestar alimentos aos seus filhos naturais.⁵

2. Direito anterior ao Código Civil

Vigoraram no Brasil, as Ordenações do Reino: as Ordenações Afonsinas, desde o descobrimento até o ano de 1521, as Ordenações Manuelinas, até o ano de 1603 e as Ordenações Filipinas, até o advento do Código Civil brasileiro, o qual entrou em vigor em 1º de janeiro de 1917.

Nessa época, antes do Concílio de Trento, segundo assevera o professor Arnoldo Wald existiam "*três espécies de casamentos válidos: o realizado perante a autoridade eclesiástica, o chamado de marido conhecido em que havia publicidade mas não se dava a intervenção da autoridade religiosa, caracterizando-*

3. Azevedo, Álvaro Villaça. *Op. cit.*, p. 19.

4. *Op. cit.*, pp. 19-20.

5. Júnior, José Cretella. *Direito Romano*, 1966, p. 88.

*se pela coabitação e pelo tratamento mútuo e recíproco como marido e mulher, e finalmente o casamento de consciência ou à morgaheira, sem publicidade, em que as partes viviam maritalmente (sem o favor das leis que não aprovavam estes ocultos remédios da incontinência)"*⁶

Como recorda aquele ilustre professor, as Ordenações Filipinas se referem ao casamento "*por palavra de presente à porta da Igreja ou por licença do prelado fora dela, havendo cópula carnal*" (Liv. IV. Tít. 46, § 1º) e àquele em que os cônjuges são tidos "*em pública voz e fama de marido e mulher por tanto tempo que, segundo direito, baste para presumir matrimônio entre eles, posto se não provém as palavras de presente*" (46, § 2º).

O professor Álvaro Villaça consigna que "*o Concílio Tridentino estabeleceu, dentre outros requisitos em matéria de casamento, que os párocos devessem ter um livro em que fossem assentadas, 'como em matrícula', as pessoas que realizassem os casamentos, bem como o lugar, o tempo e os nomes das testemunhas. E tais regras desse Concílio foram acolhidas e mandadas executar no Reino de Portugal pelas próprias Ordenações Filipinas e pela Lei de 13 de novembro de 1651; daí ficarem, então proibidos os 'matrimônios presumidos' Os casamentos só podiam, desse modo, provar-se pela certidão do pároco, cumpridas as solenidades estabelecidas nas regras tridentinas"*⁷

No Brasil, a Lei de 20.10.1823 manteve em vigor a legislação portuguesa, as quais seriam as Ordenações, leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções, até que se organizasse um Código Civil.

Vejam os pois, que, nessa época, o casamento no Brasil, identicamente como era concebido no Direito Romano, era uma situação de fato, onde lhe eram atribuídas conseqüências jurídicas.

Pela definição trazida anteriormente, podemos dizer que a nossa união estável de hoje chega a ser muito parecida com o casamento de pública fama "*maridos conhuçados*"

A Consolidação das Leis Civis, de Teixeira de Freitas, faz menção ao Concílio de Trento (art. 95), punindo os chamados casamentos clandestinos (art. 98), estabelecendo que a prova dos casamentos deveria ser feita pelas certidões extraídas dos Livros Eclesiásticos (art. 99), ou, como lembra o professor Wald, "*por qualquer*

6. Wald, Arnaldo. *Direito de Família*, 1995, p. 29.

7. *Op. cit.*, p. 171.

instrumento público ou por testemunhas que reconheçam 'que os cônjuges estiveram em casa teúda e manteúda, e em pública voz e fama de marido e mulher por tanto tempo quanto baste para presumir-se o matrimônio entre eles' (art. 10)".⁸

Surgiu, entre nós, a Lei n. 1.144, de 11.09.1861, dando efeitos civis, aos casamentos religiosos realizados pelos não-católicos, desde que estivessem devidamente registrados.

Com o advento da República, houve uma desvinculação da Igreja em relação ao Estado. A nossa Constituição de 1891, no seu art. 72, § 4º, prescreveu que só seria reconhecido o casamento civil, cuja celebração deveria ser gratuita.

O casamento civil foi devidamente regulado através do Decreto n. 181, de 24.01.1890, considerando como o único casamento válido o realizado perante autoridades civis.

II - Direito vigente

1. O concubinato no Código Civil e nas legislações posteriores.

O Código Civil brasileiro pouco menciona acerca da relação concubinária, sendo que, quase todas as vezes em que trata do concubinato, estabelece restrições aos direitos da concubina. São as regras:

"art. 248. A mulher casada pode livremente:

(...)

IV – Reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo marido à concubina (art. 1.177)."

(...)

"art. 1.177. A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até 2 (dois) anos depois de dissolvida a sociedade conjugal (arts. 178, § 7º, VI, e 248, IV)."

(...)

"art. 1.719. Não podem também ser nomeados herdeiros, nem legatários:

(...)

8. *Op. cit.*, p. 31.

Todos esses artigos, pois, são exemplos do chamado concubinato impuro, onde os companheiros vivem em comum, muito embora estejam impedidos de contrair matrimônio. Diferentemente, é claro, do concubinato puro, onde o casal de companheiros não possui nenhum impedimento para contrair matrimônio.

Mas, em apenas uma ocasião, o Código Civil brasileiro, fala em concubinato "sem total hostilidade"⁹ é exatamente quando, no inciso I, do art. 363, fica estabelecido que:

"art. 363. Os filhos ilegítimos de pessoas que não caibam no art. 183, I a VI, têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação:

I — se ao tempo da concepção a mãe estava concubina com o pretendido pai;

(...)."

Como recorda a prof.^a Maria Helena Diniz, há inúmeras leis extravagantes que concedem direitos aos concubinos, produzindo alguns efeitos jurídicos à união concubinária.

Traremos a seguir, alguns desses exemplos:

A Lei n. 6.015/73 (art. 57 e §§) permite que a concubina use o nome do companheiro.

Concede-se à concubina mantida pela vítima de acidente de trabalho, os mesmos direitos da esposa legítima (não existindo esta ou sendo ela culpada pela separação do casal) desde que conste como beneficiária do acidentado (Dec. Lei n. 7.036/44, não sendo alterado pela Lei n. 6.367/75; Lei n. 8.213/91).

A concubina de congressista falecido no exercício do mandato, cargo ou função, tem o direito de ser incluída como sendo sua beneficiária (Lei n. 4.284/63).

A concubina está processualmente legitimada a oferecer embargos de terceiro para excluir a penhora de imóvel residencial dos companheiros (Lei n. 8.009/90).

De acordo com a Lei n. 8.069/90, podem os concubinos adotar menores, desde que um deles tenha 21 anos e possa ser comprovada a estabilidade familiar.

9. Rodrigues, Sílvio. *Op. cit.*, 1989, p. 267.

Pode a concubina ser beneficiária dos favores da legislação social e previdenciária (Lei n. 8.213/91).

Através da Lei n. 8.245/91, pode a concubina permanecer na locação, após a morte de seu companheiro.

Apesar dessas leis acima citadas, somente com a Carta Magna vigente foi que o concubinato iniciou a ser tratado como um dos modos de formação da família brasileira.

Diz o § 3º, do art. 226, de nossa Lei Maior:

"Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 3º 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."

Este foi o marco caracterizador da preocupação do direito positivo nacional com a união duradoura entre o homem e a mulher com a finalidade de constituírem, juntos, um ambiente familiar, propício para o desenvolvimento do casal e dos filhos que dessa união surgirem.

Ademais, isto mostra a real importância dessa matéria dentro do Direito Civil pátrio, posto que, além da doutrina e jurisprudência haverem se preocupado imensamente, com a questão concubinária, o próprio legislador constituinte, elevando tal união à matéria constitucional, trouxe para esta seara o estudo dela, afastando, de uma vez por todas, a omissão do legislador infraconstitucional, em não regular a união estável, fato esse que somente veio a ocorrer, no final do ano de 1994, com a edição da mencionada Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994.¹⁰

E, finalmente, foi sancionada a Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996.¹¹ Esta lei foi que, pela primeira vez, estabeleceu os direitos e deveres recíprocos dos companheiros.

10. Esta nova lei veio a regular o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, trazendo regras, que até então, não existiam no Direito Positivo brasileiro. Ela ainda não veio regulamentar o § 3º, do art. 226, da Constituição, entretanto, foi a primeira legislação que tratou da vida de companheiros, após o advento da Carta Magna.

11. Esta lei regula o § 3º, art. 226 da Constituição Federal.

2. O Papel da jurisprudência nacional.

Os tribunais nacionais, analisando as diversas situações de fato entre homem e mulher, colocadas a sua apreciação, foram os que verdadeiramente iniciaram a proteção dos casais situados dentro do contexto que se refere o presente estudo.

Foram as decisões reiteradas das Cortes nacionais que criaram toda a proteção ao concubinato, até a promulgação de nossa última Constituição, fazendo crer que o Judiciário não esteve alheio a todos os acontecimentos sociais que modificaram a família contemporânea brasileira.

Não se pode olvidar de ressaltar que a jurisprudência não foi sempre favorável à proteção do concubinato, mas, com o passar dos anos, e, com a existência de algumas injustiças envolvendo essas relações, o pensamento dos Tribunais veio a consagrar a necessidade de amparar as situações de fato que se formavam e que reclamavam por soluções a seus diversos conflitos.

Como nos lembra o professor Arnoldo Wald, o próprio Supremo Tribunal Federal, em acórdão proferido em 24.01.47, cujo relator foi o ministro Hahnemann Guimarães, já decidiu que, "*a ordem jurídica ignora a existência do concubinato*".¹²

Mostrava-se tão-relevante a matéria concubinária para a jurisprudência nacional, que o colendo Supremo Tribunal Federal, por sua vez, através da Súmula n. 380, veio pôr fim na dúvida que tinham os Tribunais na possibilidade ou-não da partilha do patrimônio do casal. Estabelece aquela Súmula:

"380. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum."

Essa Súmula só veio a ser editada pelo Pretório Excelso, na década de 60, deixando claro, naquele momento, que a proteção do patrimônio do casal, somente se dava com fundamento no direito obrigacional, e não no direito de família. Isto quer dizer que, na dissolução do concubinato, a divisão dos bens apenas deveria se dar, se houvessem os concubinos contribuído efetivamente para a formação deste patrimônio.

A partir dessa regra trazida pelo STF, os Tribunais pátrios, de um modo geral, acompanharam tal raciocínio deixando já firmado o entendimento de

12. *Op. cit.*, p. 168.

que o concubinato merecia a proteção do Direito brasileiro, pois uma grande parcela da população nacional, naquela época (e também na atualidade), vivia sob essa forma de união, principalmente, levando-se em conta que a lei do divórcio somente foi editada em 1977.

Estava, pois, a partir desse momento, sedimentada a idéia de que a união concubinária, no aspecto patrimonial (que era o que mais afligia o casal) encontrava-se definitivamente protegida pelo Direito Civil brasileiro.

Acontece, porém, que, com o advento de tal Súmula, estabeleceu-se a regra de que a proteção patrimonial desta união de fato era auferida dentro do direito obrigacional, e não sob a égide do direito de família. E somente veio a ser tratada por esta segunda disciplina jurídica, acanhadamente, após a Constituição brasileira de 1988. Mas, finalmente, obteve atenção maior, com o advento das duas novéis legislações referidas inicialmente.

Exerceu pois, a jurisprudência, um papel marcante para se chegar à proteção jurídica da união estável, do modo pelo qual hoje se mostra para nós.

3. Conceito de união estável

O professor Álvaro Villaça Azevedo, em seu Estatuto dos Concubinos, conceituou o concubinato na "*união estável, prolongada, pública, contínua e permanente de um homem e de uma mulher, não-ligados por vínculo matrimonial, mas convivendo como se casados, sob o mesmo teto ou-não, constituindo, assim, sua família de fato*"¹³

O professor Francisco José Cahali conceitua a união estável como sendo "*o vínculo afetivo entre o homem e a mulher, como se casados fossem, com as características inerentes ao casamento, e a intenção de permanência da vida em comum*"¹⁴

Seguindo o caminho trilhado pelos juristas citados acima, e à luz da Lei n. 8.971/94 e, mais precisamente, da Lei n. 9.278/96, podemos afirmar que a união estável é a relação existente entre um homem e mulher, sendo duradoura, pública e contínua, formada com o escopo principal de formar uma família.

13. *Op. cit.* .p. 280.

14. Cahali, Francisco José. *União Estável e Alimentos entre Companheiros*, 1996, p. 87.

4. Os direitos e deveres recíprocos dos conviventes

a. Noções iniciais

A Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996, que veio regular o § 3º do art. 226 de nossa Carta Magna, estabeleceu como direitos e deveres iguais dos conviventes, os seguintes:

"art. 2º. São direitos e deveres iguais dos conviventes:

- I respeito e consideração mútuos;
- II assistência moral e material recíprocas;
- III guarda, sustento e educação dos filhos comuns".

Como podemos verificar acima, este dispositivo legal estabeleceu uma verdadeira inovação legislativa. Ele definiu que, para o casal que vive uma união estável, sem o vínculo matrimonial, ficam configurados os citados direitos/deveres, os quais devem ser rigorosamente observados por eles, enquanto durar esta relação.

Ante a elevação da convivência contínua, pública e duradoura entre homem e mulher, à entidade familiar trazida pela Constituição brasileira, passou a ter uma verdadeira semelhança ao matrimônio. Com isso, algumas regras aplicáveis ao matrimônio começam a ter vida dentro da união estável, o que tornou possível, por parte do legislador ordinário, estabelecer a este relacionamento os direitos e deveres recíprocos, semelhantes aos relativos ao casamento civil.

Regulando este assunto, o Código Civil brasileiro, em seu art. 231, estabelece os direitos e deveres recíprocos dos cônjuges, o qual prevê o seguinte:

"art. 231. São deveres de ambos os cônjuges:

- I Fidelidade recíproca;
- II Vida em comum, no domicílio conjugal;
- III Mútua assistência;
- IV Sustento, guarda e educação dos filhos."

Podemos dizer, então, que a recente legislação acerca da união estável trouxe em seu bojo muita semelhança entre os direitos e deveres provenientes do matrimônio, em razão de que, sendo entidade familiar amparada pelo texto constitucional, não poderia o casal ter, nesse aspecto, tratamento em descompasso com o casamento civil.

Os doutrinadores que enfrentaram esta matéria afirmam que tais deveres instituídos pelo art. 2º da lei da união estável, deve guardar perfeita simetria com aqueles instituídos ao matrimônio, os quais foram transcritos acima. Adelina

Bitelli Dias Campos, comentando o referido art. 2º afirma que "*obviamente tais direitos e obrigações foram extraídos do art. 231 do Código Civil, relativo ao Título II, Capítulo I - Dos Efeitos Jurídicos do Casamento.*" E mais, "*é absurda a omissão em relação não digo à vida em comum no domicílio conjugal, mas à fidelidade recíproca*" (...) "*Em nosso entendimento os direitos e obrigações constantes do art. 231 do Código Civil deveriam ter sido acolhidos pelo art. 2º da Lei em exame.*"¹⁵

Caminhando sobre este mesmo entendimento o professor Rui Geraldo Camargo Viana, em seu recente trabalho *Família e Filiação*, preleciona que "*assim, há que contemplar-se como sujeitos, os concubinos, aos deveres impostos pelo Código Civil ao matrimônio, elencados no seu art. 231.*"¹⁶

Cabe-nos ressaltar que a doutrina não é unânime a respeito do assunto. O professor Washington de Barros Monteiro, lembrando Savatier, afirma que "*na união livre não há fidelidade, obediência, assistência obrigatória. Tudo isso, dado por amor, não deve durar senão enquanto puder durar esse amor. Os amantes nenhum compromisso assumem para o futuro; a independência de ambos é sagrada. Nas páginas de sua vida nada se escreve com tinta indelével. Por sua natureza, como afirmou Aliomar Baleeiro, os que entram na união livre sabem que têm sempre aberta a porta*"¹⁷

Diga-se, a propósito, o mencionado dispositivo ordinário que instituiu os direitos e deveres dos concubinos, inspirou-se completamente no projeto de Estatuto dos Concubinos do professor Álvaro Villaça Azevedo, o qual, em seu art. 4º assim estabelece:

"art. 4º. direitos e deveres São direitos e deveres recíprocos dos concubinos: a. lealdade; b. coabitação, ainda que com residências diferentes; c. assistência material e imaterial, sendo devidos alimentos se expressamente contratados.

art. 5º. São deveres de ambos os concubinos guardar, sustentar e educar seus filhos comuns.

art. 6º Fica assegurado que os direitos e os deveres dos concubinos são iguais."¹⁸

15. In *Jornal do Ministério Público Paulista*, ed. n. 11, 1996.

16. In *Família e Filiação*, trabalho apresentado pelo professor Rui Geraldo Camargo Viana, em concurso que o aprovou como Professor Titular em Direito Civil da FDUSP.

17. In *Curso de Direito Civil*, 2º v., São Paulo, Saraiva, 1994, p. 22.

18. In *op. cit.*

b. Respeito e consideração mútuos

O primeiro inciso, do art. 2º da Lei n. 9.278/96, diz que são direitos e deveres iguais dos conviventes o respeito e consideração mútuos. Podemos afirmar que respeito vem do latim *respectu*, e significa atenção, consideração, deferência a alguém. Já o vocábulo consideração, vem do latim *consideratione*, que significa observação, estima, respeito, importância dada a alguém.¹⁹ Notamos, pois, que respeito e consideração são vocábulos que importam significados semelhantes.

Trazendo o significado de tais vocábulos ao direito de família, podemos afirmar que o dever de respeito e consideração compreende no ato de dar atenção ao companheiro, estimar o convivente, observando as regras de convívio social, a fim de que essas duas pessoas que se uniram com o intuito de formar uma entidade familiar, possam, com a harmonia e franqueza sustentadoras dessa relação, ter uma vida em conjunto sedimentando esses laços de amor e de carinho permutados entre si.

Segundo o professor Rainer Czajkowski, respeito e consideração mútuos "*são regras morais antes que jurídicas. São requisitos intrínsecos de qualquer convivência, mesmo que a lei não o dissesse, e são consequência lógica do envolvimento afetivo entre os parceiros. Não existe prova judicial de respeito e consideração, porque se trata de uma conduta subjetiva, íntima. Quando há harmonia na relação, há respeito e consideração.*"²⁰

Como se pode verificar a lei não estabeleceu como dever dos conviventes, nem o dever de lealdade, previsto no estatuto do professor Villaça, e nem sequer o dever de fidelidade contido no art. 231, do Código Civil. Há autores que entendem que na união estável, em razão disso, não há este dever de fidelidade, mas, na verdade, uma aparente fidelidade ou apenas a exclusividade de relações sexuais.²¹ Ora, perguntamos então, qual a diferença entre fidelidade e quase-fidelidade? Ou fidelidade e exclusividade de relações sexuais? A nosso ver, na prática, não há essa diferença. Quando a lei quis falar em respeito e consideração mútuos, ela não quis permitir aos companheiros, dentro da harmonia e paz familiar, a

19. In *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1986.

20. Czajkowski, Rainer. *União Livre à luz da Lei n. 8.971/94 e da Lei n. 9.278/96*, Juruá, 1996, p. 58.

21. Rainer Czajkowski, *op. cit.*, p. 91.

possibilidade deles terem uma relação promíscua. Este dever de respeito e consideração mútuos deve proibir a deslealdade sexual entre eles.

Em nosso entendimento este dever de consideração e respeito para com o outro, não se dá em seu sentido genérico de estima que devemos ter ao próximo, mas sim, na verdade, deve este ser o embrião para o relacionamento normal entre os parceiros que decidiram constituir juntos uma união bem próxima ao matrimônio civil.

Sabemos que a fidelidade entre os companheiros faz parte da própria união estável.

O Superior Tribunal de Justiça, em julgado anterior às leis ordinárias ns. 8.971/94 e 9.278/96, através do acórdão proferido pelo ministro Sálvio de Figueiredo, aceitou a infidelidade de companheiro, motivo suficiente para impossibilitar a vida em comum, fazendo com que fosse confirmado o afastamento coercitivo do concubino do lar, responsável pela instabilidade familiar.²²

Mas, nem sempre foi este o entendimento da doutrina a respeito da exclusividade do relacionamento sexual entre os conviventes. Orlando Gomes, em sua obra "*O Novo Direito de Família*" entende contrariamente, quando diz que os deveres de fidelidade e de coabitação podem ser inobservados na família de fato sem qualquer sanção jurídica.²³

O professor Francisco José Cahali assim leciona: "*a fidelidade tem sido indicada como elemento essencial à caracterização de união estável, em homenagem aos princípios morais preservados pela sociedade, acrescentando-se que a ela se subordina o casamento; se o concubinato se espelha no matrimônio, inafastável a verificação de fidelidade*"²⁴

Retornando aos ensinamentos do professor Álvaro Villaça, destacamos que "*ao invés de falarmos em 'fidelidade da mulher', devemos mencionar o dever de lealdade recíproca, pois a lealdade é figura de caráter moral e jurídico independentemente de cogitar-se de fidelidade, cuja inobservância leva ao*

22. No presente julgado, em seu voto, o min. Sálvio Figueiredo afirmou que "*a lei não veda a um dos concubinos a possibilidade de requerer judicialmente o afastamento do outro do lar em que convivem, sendo-lhe lícito recorrer ao poder de cautela quando ocorrentes o 'fumus boni iuris' e o 'periculum in mora', anotando-se que, na espécie, a autora alegou violências reiteradas do seu companheiro, além de infidelidade na relação*" (g. n.). Recurso Especial n. 10.113 – SP, publicado no DJ de 09.09.1991, Lex n. 36/145.

23. *Apud* Rainer Czajkowski, *op. cit.*, p. 91.

24. *In op. cit.*, p. 70.

*adultério, que é figura estranha ao concubinato. Desse modo, a questão do dever de lealdade, entre concubinos, implica injúria apta a motivar a separação de fato dos conviventes, dada a revisão do contrato concubinário"*²⁵

A fidelidade na relação sexual está, pois, presente na união estável. Mas a dúvida surge em saber se este dever pode ser subsumido dentro do dever de respeito e consideração mútuos. A doutrina pouco se manifestou a respeito dessa legislação que instituiu este rol de direitos/deveres. Adelina B. D. Campos em seu comentário, ao qual referimos acima, diz que a fidelidade recíproca foi esquecida na gama de deveres estabelecidos no art. 2º da Lei n. 9.278/96, afirmando "*nem se diga que a frase 'respeito e consideração mútuos' incorpora a fidelidade, pois pode haver respeito pela pessoa sem que haja fidelidade.*"²⁶

Ousamos discordar do pensamento retro. Em nosso sentir, quando da caracterização da união estável, o dever de fidelidade deve imperar, pois, caso haja a chamada deslealdade sexual comprovada de um dos conviventes, há motivo suficiente para a ruptura de união. E este dever de exclusividade das relações sexuais entre os parceiros deve surgir do próprio respeito e consideração mútuos.

Apenas retomando as idéias anteriormente esposadas, este respeito de que fala a lei, não é o respeito comum a qualquer pessoa, mas sim a estima, atenção e importância que se dá à pessoa do outro companheiro.

Será que nós podemos afirmar que se um dos companheiros quebrar a fidelidade de relações sexuais, não estaria faltando com o respeito à pessoa do outro convivente? Obviamente que a resposta seria afirmativa, porquanto o respeito e consideração são relativos ao casal oriundo ou do casamento ou da relação estável.

Isto porque, também, são raros os exemplos de uma união estável sem a existência da relação sexual entre os parceiros. O professor Sílvio Rodrigues definindo a relação concubinária não afasta a finalidade da satisfação sexual quando afirma que o concubinato representa a "*união do homem e da mulher, fora do matrimônio, de caráter estável, mais ou menos prolongada, para o fim da satisfação sexual, assistência mútua e dos filhos comuns e que implica uma presumida fidelidade da mulher ao homem.*"²⁷

25. *Op. cit.*, pp. 65-66.

26. *Op. cit.*

27. *In Direito Civil*, v. 6, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 271.

É claro que se deve ressaltar que, para surgir o dever de lealdade, subsumido no inciso I, do art. 2º (respeito e consideração mútuos), da Lei n. 9.278/96, ou de qualquer outro desses incisos, deve haver a completa caracterização de união estável entre o homem e mulher, devidamente caracterizada de acordo com o art. 1º desta lei, dispositivo legal caracterizador da formação desta união.

Zeno Veloso,²⁸ em recente trabalho acerca da união estável, nos afirma, com precisão, que dentre os deveres recíprocos dos concubinos está incluído o dever de fidelidade. Sustenta o professor paraense que dentro do relacionamento existente entre os companheiros que vivem como se fossem marido e mulher, há o "requisito moral inarredável" da fidelidade recíproca entre os mesmos.

Paulo Martins de Carvalho Filho, ao comentar o dever de respeito e consideração mútuos, afirma que "*não se reporta o dispositivo, às expressas, à fidelidade recíproca, como o faz o Código Civil em relação aos cônjuges; pelo respeito e consideração mútuos, entretanto, está abrangido o dever de fidelidade*"²⁹

Caminhando em cima desta trilha de raciocínio, não podemos deixar de afirmar que entre os parceiros de uma união estável deve haver a presunção da exclusividade do relacionamento sexual entre eles, pois, como pudemos verificar acima, este relacionamento busca, primordialmente, a satisfação sexual recíproca. Logo este relacionamento sexual deve ser presumido dentro do concubinato. No entanto, não devemos olvidar que poderá haver exemplo de casais que vivam em união estável sem existir o relacionamento sexual entre eles, como, por exemplo, a união entre pessoas idosas.

Afirmamos ainda que, uma vez caracterizada tal união, há de se observar o dever de coabitação entre os conviventes. Pode-se concluir dessa forma, em função de que entre os conviventes há essa exclusividade de relações sexuais entre eles e que tal relacionamento tem, como uma de suas finalidades, a satisfação sexual recíproca. E, como consequência lógica desse pensamento, a falta a esse dever de coabitação, poderíamos falar em possibilidade de ruptura da união estável.

Fazendo alusão aos autores que comentam o dever de coabitação entre os cônjuges, verificamos que o mesmo se aplica, perfeitamente, à união estável.

O professor Caio Mário da Silva Pereira consigna com propriedade que "*o casamento sugere coabitação e esta requer comunidade de existência. É*

28. In *União Estável*, Belém, Cejup, 1997, pp. 79-80.

29. In RT n. 734-15.

preciso deixar bem claro que a coabitação não se satisfaz com a moradia sob o mesmo teto. Requer intimidade de convivência, que se apelida de débito conjugal, segundo terminologia advinda do Direito Canônico, para exprimir as relações sexuais."³⁰

O professor Álvaro Villaça Azevedo, comentando a matéria, afirma com proficiência que o dever coabitacional representa "*a imposição legal, de ordem pública, aos cônjuges de seu relacionamento fisiológico, sexual, recíproco, enquanto durar a convivência no lar conjugal.*"³¹

Assim, ante a perfeita simetria do relacionamento sexual dentro do matrimônio, bem como o existente entre os conviventes de uma união estável, nos moldes de nossa Carta, podemos afirmar que nesse relacionamento último deve prevalecer o dever de coabitação dos conviventes, com o conseqüente "débito entre conviventes".

A jurisprudência pátria não tem aceito a existência do implícito dever de coabitação entre os conviventes. O Tribunal de Alçada de Minas Gerais, em julgado de 1990, entendeu que entre os concubinos há total liberdade de união e de separação, não devendo existir no concubinato o dever legal de coabitação entre os concubinos.³²

Mas, na doutrina, encontramos pensamento diverso do proferido pelo Tribunal mineiro. O professor Rui Geraldo Camargo Viana comentando a matéria, preleciona que "*quanto ao debitum conjugal, o direito ao corpo do parceiro é essencial, como já vimos, ao concubinato que, diversamente do casamento, não se contenta com a união espiritual (casamento branco); sem o congresso sexual não se configura o concubinato e essa disposição in corpore alieno, não se compadece com relacionamentos múltiplos e paralelos*".

Aliás, a fidelidade das relações sexuais e o dever de coabitação, com o conseqüente débito dos conviventes, se complementam; entendemos que um não pode viver sem o outro. Se entendermos não haver o débito conjugal para os parceiros, não há que se falar em lealdade ou fidelidade nas relações sexuais.

30. *In Instituições de Direito Civil*, v. V, Rio de Janeiro, Forense, 1992, p. 101.

31. *In Dever de coabitação*. Inadimplemento, São Paulo, José Bushatsky Editor, 1976, p. 197.

32. Diz a ementa: "Medida Cautelar – Separação de Corpos – Concubinos – Inadmissibilidade – Cautelar que pressupõe sociedade conjugal – Inexistência de dever legal de coabitação no concubinato.", *in RT 675/186*.

Há de se afirmar ainda que tais deveres somente podem ser exigidos dos parceiros, quando a caracterização da união estável for indubitosa, ou seja, for insuscetível de qualquer contestação.

Somente para complementar, podemos ainda atestar que o dever de coabitação entre os conviventes, igualmente como verificamos no matrimônio, pode ser exercido ainda que os parceiros não convivam sob o mesmo teto. Tanto no casamento, quanto na união estável, esta coabitação pode efetivar-se ainda que os conviventes não habitem a mesma residência.

Ensina a professora Maria Helena Diniz: "*ante a circunstância de que no próprio casamento pode haver separação material dos conviventes por razão de doença, de viagem ou de profissão, o concubinato pode existir mesmo que os amantes não residam no mesmo teto, desde que seja notório que sua vida se equipara à dos casados civilmente (Súmula 382).*"³³

Ademais podemos afirmar que ainda em pleno vigor existe a Súmula n. 382 do STF que determina: "*A vida em comum sob o mesmo teto, more uxorio, não é indispensável à caracterização do concubinato*".

Mesmo porque, a jurisprudência brasileira tem entendido ser essencial para a configuração do concubinato, não a fixação de uma só residência do casal, mas sim a convivência *more uxorio*, sendo esta a característica marcante para a configuração de dita relação. O Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu que é essencial para a caracterização da união concubinária a existência da convivência *more uxorio*, elemento primordial para a existência de união estável.³⁴

Outra conclusão que se pode tirar de tais interpretações é que, face a existência da presunção de relação sexual entre os conviventes, o surgimento de prole, faz com que advenha a presunção, ao menos de fato, de que o pai seja o companheiro da mãe.

Comentando acerca de tal matéria o professor Rainer Czajkowski trouxe um julgado em que o Superior Tribunal de Justiça, confirmando decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Paraná, em ação ordinária, aceitou a aplicação análoga do princípio *pater is est ...*, para filhos nascidos de companheira, casada eclesiasticamente. O ministro Athos Carneiro, em brilhante voto, afirmou que

33. Diniz, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 5, 9ª ed., São Paulo, Saraiva, 1994, p. 224.

34. Ap. Cív. 167.994-1/8, j. 10.09.92, TJSP, in *Jurisprudência Brasileira*, Juruá, 173/269.

*"incontestada a vida more uxorio, sob o pálio do casamento eclesiástico, indubitosa a 'união estável' que a vigente Constituição protege e define como entidade familiar, tenho em que se presumem filhos do casal os nascidos durante a aludida união estável, aplicando-se-lhes a antiga parêmia do pater est ..."*³⁵

Vários fatores impõem dúvida na afirmação da presunção da paternidade. Um exemplo disto é o fato dos companheiros não conviverem necessariamente, sob o mesmo teto. Segundo o professor Rainer Czajkowski *"a fixação de residências separadas, contudo, enfraquece consideravelmente a presunção da paternidade atipicamente aplicável às uniões estáveis, ao ponto mesmo de inviabilizá-la. Não é concluir que há promiscuidade sexual e falta de seriedade, é só deixar de aplicar a presunção, por si já excepcional, nestes casos."*³⁶

Ora, como afirmamos acima, sabemos que no matrimônio também pode haver a chamada separação material dos cônjuges, em razão de alguns fatores, assim também na união estável, podem os companheiros não dividirem o mesmo teto.

Desse modo, havendo a caracterização de união estável, mesmo com o casal não-repartindo o mesmo teto, em razão apenas desse fato, não há porque, ao nosso ver, desconsiderar a presunção de fato da paternidade da prole.

c. Assistência material e moral recíprocas

Quanto ao inciso II do art. 2º da Lei n. 9.278/96, o mesmo prescreve que são direitos e deveres iguais dos conviventes, a assistência moral e material recíprocas.

Este inciso II, a nosso ver, corresponde à assistência material e imaterial (devida por um cônjuge ao outro), contida no inciso III do art. 231 do Código Civil.

Os companheiros, assim como os cônjuges, devem, no decorrer da união estável, observar condutas de satisfação recíprocas.

Como nos chama à atenção o professor Yussef Said Cahali, *"a expressão mútua assistência empregada pelo legislador qualifica-se como vaga; no*

35. Rec. Esp. 23 – PR. Relator min. Athos Carneiro, publicado em *Jurisprudência Brasileira*, 166, Juruá, 1994, julgado comentado pelo professor Rainer Czajkowski, *op. cit.*, p. 93.

36. Czajkowski, Rainer, *op. cit.*, p. 94.

*variegado das manifestações que integrariam seu conteúdo, enquanto Lafayette refere-se a um 'direito à mútua assistência nas enfermidades e desgraças da vida', com realce à sua função humanitária, outros, como Cândido Oliveira, confundem os deveres de assistência e de socorro; Clóvis, fazendo distinção entre esses dois conceitos, pretende que a expressão mútua assistência 'não deve ser tomada no sentido restrito de cuidados pessoais nas enfermidades; compreende, também, o socorro na desventura, o apoio na adversidade, e o auxílio constante em todas as vicissitudes da existência'; observando, porém, Sílvio Rodrigues, que, com essa abrangência tão-ampla, 'a infração ao dever de mútua assistência pode ficar sem sanção, pois difícil será demonstrar a existência do dever de consolar um cônjuge e recusa do outro em fazê-lo.'*³⁷

Nesse caso, havendo a configuração da união estável, isto é, depois de caracterizada a união entre homem e mulher, de conformidade com o art. 1º, da Lei n. 9.278 de 10 de maio de 1996, os companheiros passam a ter o chamado dever de mútua assistência.

c. 1. Assistência material

A assistência material, prevista no Código Civil, como afirma a prof.^a Regina Beatriz T. da Silva Papa dos Santos, "*significa o auxílio econômico necessário à subsistência dos cônjuges.*"³⁸ Analogamente ao estabelecido para os cônjuges, entendemos que o dever de assistência material entre os companheiros é idêntico a este.

Em nosso humilde entendimento, as mesmas regras que a doutrina estabeleceu para delimitar esta assistência econômica dentro do matrimônio, são inteiramente aplicáveis aos companheiros que vivem em estável união. Aliás, a Lei n. 9.278/96 mencionou essa assistência dentro dos direitos e deveres dos conviventes.

Ademais, como lembra o professor Czajkowski "*assistência material, assim como a moral, integra o conteúdo mínimo de união livre e é dever recíproco entre os parceiros. Como parte do conteúdo de relação, assistência material sempre*

37. Cahali, Yussef S. *in Alimentos*, 2ª ed., São Paulo, RT, 1994, p. 149.

38. Santos, Regina Beatriz T. da S. P. dos. *Dever de Assistência Imaterial entre os Cônjuges*, São Paulo, Forense Universitária, 1990, p. 79.

existe. Pode ou não caracterizar dependência econômica. Há dependência se um dos parceiros é, financeiramente, hipossuficiente. Há necessidade do dependente; o outro o mantém. Quando ambos são economicamente ativos e independentes, não há necessidade, mas alguma assistência material sempre continua existindo."³⁹

O Tribunal de Justiça do Paraná, em julgado proferido antes das leis relativas à união estável (ns. 8.971/94 e 9.278/96), já decidiu que entre os companheiros existe o dever de assistência material.⁴⁰

Aliás acreditamos já ser pensamento da maioria dos Tribunais nacionais a existência do dever de mútua assistência entre os concubinos. O Tribunal de Justiça de São Paulo, caminhando no mesmo raciocínio do Tribunal do Paraná, já decidiu que o dever de mútua assistência, onde se fundamenta a obrigação alimentar, é regra de direito decorrente de qualquer entidade familiar.⁴¹

Esta assistência material serve como fundamento ao pedido de alimento caso o companheiro dele necessite, conforme o art. 7º da Lei n. 9.278/96. E, a respeito dos alimentos, teceremos algumas considerações.

c. 2. Alimentos

A Lei n. 8.971/94, que dispõe sobre os alimentos e sucessão, estabeleceu que a companheira que estivesse na situação de convivente, de acordo com o seu art. 1º, provando a necessidade, faria jus a alimentos, utilizando-se, para isto, a proteção da Lei n. 5.478, de 25 de julho de 1968, que é a que regula a ação de alimentos.

39. Czajkowski, Rainer, *op. cit.*, p. 83.

40. Em seu voto, o des. relator Ruy Fernando de Oliveira, afirmou: "Lúcido, pois, o parecer do ilustre procurador de Justiça Mauro Todeschini, quando afirmou que 'em sã consciência ninguém poderia negar que a mulher dedicada à vida em comum por mais de dezesseis anos, trabalhando fora de casa e no estabelecimento comercial do concubino, sem salário, naturalmente para o auxílio da manutenção do lar comum e da prole, tem direito ao menos à assistência material, quando, agora, com mais de cinquenta anos de idade, se viu trocada por outra mulher.'" *In Jurisprudência Brasileira* 173/184.

41. Em seu voto, o des. relator Jorge Almeida, afirmou que: "reconhecida a existência da ordem familiar na 'união estável', dela emerge o 'dever de assistência', ao qual é indiferente a razão formal e sua constituição. Com celebração ou-não, à família, por razão natural, não se pode negar dever de assistência entre os seus membros". *In Jurisprudência Brasileira* 173/277.

É claro que o requisito temporal de que fala o art. 1º da Lei n. 8.971/94, ao nosso ver, foi suprimido pelo art. 1º, da Lei n. 9.278/96, dispositivo este que não menciona mais o período de cinco anos.

Pode então, a companheira ou o companheiro, unidos sob a forma de união estável, pedir alimentos.

Para que possa interpor tal ação, o demandante deve provar a necessidade da prestação alimentar. As duas legislações, quando falam na possibilidade de receber alimentos, vincula-o à necessidade do convivente que a requer.

O *caput* do art. 1º, da Lei n. 8.971/94, diz que a companheira para requerer os alimentos, deve provar a necessidade. A Lei subsequente de n. 9.278, de 20 de maio de 1996, no seu art. 7º também coloca como requisito essencial para a prestação alimentar do convivente demandado, a prova de necessidade do convivente demandante.

Ademais, a prestação alimentar deve-se dar sempre sob a égide do binômio necessidade/possibilidade de que fala a doutrina, com base estatuída no art. 400, do Código Civil, o qual estabelece:

"art. 400. Os alimentos devem ser fixados na proporção da necessidade do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada."

Mesmo em relação à união estável deve-se ter em mente a idéia de que a prestação alimentícia deverá ser devida de acordo com essa característica de necessária e possível.⁴²

O Tribunal de Justiça de São Paulo (cuja decisão comentamos anteriormente) entendeu ser necessário para a configuração do dever alimentar a presença do binômio necessidade/possibilidade.⁴³

Uma questão relevante a ser considerada neste momento é a de que o convivente demandante no momento do pedido de prestação alimentícia, se não o fez em outra relação processual anterior, deve trazer prova cabal de existência de entidade familiar - "união estável" -, que se formou entre os companheiros.

42. Yarshell, Flávio Luiz. Tutela Jurisdicional dos "Conviventes" em matéria de alimentos *in* *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família*: v. 3, São Paulo, R.T., 1996, p. 56.

43. No voto o des. relator, afirmou que em virtude de não estar provado dispor o varão de recursos para pagar alimentos, sua concessão restou prejudicada. O presente julgado (Ap. Civ. 178.409-1/5, j. 02.12.92) já foi mencionado anteriormente (JB 173/227).

O demandante é impelido a trazer prova cabal de existência da união entre o demandante e o demandado, pois, como lembra Flávio Luiz Yarshell, é *"imprescindível que o demandante prove a existência da 'união estável' (entidade familiar)."*⁴⁴

Outra questão relevante a ser ainda tratada é relativa à culpabilidade na ruptura da união estável, como requisito obrigatório, para que o convivente seja demandado em uma ação de alimentos.

Sabemos que os dois dispositivos legais relativos a união estável, não mencionam como sendo essencial que o demandado da prestação de alimentos seja o responsável pela ruptura de sociedade familiar dos conviventes, hipótese esta bastante clara, inculpada no art. 19 da Lei do Divórcio para o caso de ruptura da sociedade matrimonial.

A pensão de que fala o art. 19 da Lei n. 6.515/77, em nosso sentir, é a mesma prestação alimentar prevista no art. 7º da Lei n. 9.278/96 e no *caput* do art. 1º da Lei n. 8.971/94.

Ademais, ainda aproveitando os ensinamentos de Flávio Luiz Yarshell, podemos destacar:

"a questão, que parece ser bastante relevante, está situada no plano material do ordenamento e se traduz em saber se é aplicável analogamente, às hipóteses de união estável, a regra do art. 19 da lei do divórcio. Embora o presente estudo quanto ao tema dos alimentos - esteja essencialmente voltado às questões de ordem processual, não nos furtamos a assumir uma posição. Assim, nada obstante não exista - nem mesmo pelo advento da nova lei - identidade entre o casamento e a chamada 'entidade familiar' mas considerando que o valor tutelado nas duas hipóteses é substancialmente o mesmo, inclinamo-nos pela resposta positiva, entendendo ser lícito e justo que o 'convivente' demandado, se não for responsável pela ruptura da vida conjugal, está desonerado de prestação alimentícia em favor do outro consorte, podendo até mesmo exigi-la, se presente os requisitos da necessidade e possibilidade."

Corroborando tal entendimento, nos faz compreender que, muito embora não haja previsão expressa nas legislações atinentes, é essencial que a prestação alimentícia seja inerente ao convivente que deu causa a ruptura da sociedade familiar estável. E isto se confirma atualmente, em função de ter a lei mais

44. *Op. e p. cit.*

recente trazido os direitos/deveres dos conviventes, sendo um deles a assistência material de ambos, e, como conseqüência do seu inadimplemento, a obrigação de prestar os devidos alimentos, conforme prevê o *caput* do art. 7º, da Lei n. 9.278/96, já antes mencionado.

O professor Álvaro Villaça Azevedo, comentando o art. 7º da Lei n. 9.278/96, afirma que o mesmo "*trata de prestação de assistência material, de caráter alimentar, em caso de rescisão contratual, que deve ser paga pelo concubino culpado ao inocente, quando este necessitar desse pensionamento.*"⁴⁵

O insigne mestre ensina que como o art. 7º fala em dissolução de união estável por rescisão, somente deverá pagar os alimentos quando houver o descumprimento de um dos deveres previstos no art. 2º, da Lei n. 9.278/96, os quais mencionamos anteriormente.

Em julgado relativo a alimentos, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que para a concubina ter direito a alimentos não pode ela ter sido culpada na ruptura da união estável, sob a alegação de que não seria juridicamente possível dar aos conviventes mais do que se concede aos unidos pelo matrimônio.⁴⁶

Nesse mesmo sentido, temos outro julgado proferido pelo mesmo Tribunal de Justiça de São Paulo, que denegou a concessão de alimentos, em virtude de não haver prova de culpa do requerido na ação de alimentos, pela ruptura do concubinato.⁴⁷

45. *Revista Literária de Direito* - maio/junho de 1996, p. 21.

46. Da manifestação do relator, podemos destacar que "não há como escapar à interpretação do ilustre juiz *a quo* e do douto procurador de Justiça, segundo a qual não podem os concubinos ter mais direitos que aqueles reconhecidos aos cônjuges, sob pena de se subverter todos os princípios disciplinadores da sociedade conjugal. A Lei n. 8.971, de 29.12.94, que regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, referiu-se à Lei n. 5.478, de 25.7.68, sem jamais permitir esse direito ao responsável pela separação. Nesse sentido, válida a lembrança do art. 19 da Lei n. 6.515, de 26.12.77, do qual se extrai a conclusão de que o cônjuge inocente não tem a obrigação de alimentar o outro" Acórdão AC 274.815-1/8, rel. des. Laerte Nordi, j. 19.12.95, DJ SP, 28.02.96, p. 21, *in Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 19/96, p. 337.

47. Diz a ementa: "Alimentos – Ação movida por ex-concubina, que se qualifica como casada – inaplicabilidade do benefício previsto na Lei n. 8.971/94, que exige que os companheiros sejam solteiros, viúvos, desquitados ou divorciados – Ausência de prova de culpa do requerido pela ruptura do concubinato – Recurso provido." AC 13.008 -4/1, rel. des. César Lacerda, j. 06.11.96, DJ SP, 10.01.97, p. 15, *in Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 06/97, caderno 3, p. 109.

d. Assistência moral

A assistência moral mútua dos conviventes, em nosso sentir, nada mais é do que a chamada assistência imaterial de que estão obrigados os cônjuges pela legislação civil. Não se pode cogitar de diferença entre a assistência imaterial dos que vivem sob o regime matrimonial e a assistência moral a que estão obrigados os conviventes, em virtude do disposto no art. 2º, inciso II, da Lei n. 9.278/96.

Ademais achamos oportuno mencionar as palavras de J. L. Corrêa de Oliveira e F. J. Ferreira Muniz, onde, em sua obra *Direito de Família* (direito matrimonial), afirmam: "*o concubinato é uma comunhão de vida, em que dominam essencialmente relações de sentimentos e interesses de vida em conjunto... essas relações traduzem o estreito e íntimo vínculo de coesão entre os concubinos ... se assenta na vontade do casal, cotidianamente renovada. (...) Comunhão de vida, em seus componentes espirituais e materiais: comunhão de sentimentos e comunhão material inerentes à vida conjugal e familiar.*"⁴⁸

O professor Francisco José Cahali, assim afirma: "*veja-se, pois, ser requisito efetivo do concubinato a comunhão de vidas de corpo e alma, de carne e espírito, a mais pura e desinteressada intenção de unir os respectivos destinos com respeito e compreensão e, juntos, projetar novos caminhos à vida.*"⁴⁹

O professor Yussef Said Cahali ao definir a idéia de afeição contida no dever de assistência imaterial dos cônjuges, preleciona este como sendo "*um complexo de relações, nas quais se manifesta aquela necessidade suprema de fazer coincidir os atos e os sentimentos com a comunhão de esforços na luta da vida.*"⁵⁰

A professora Regina Beatriz T. da Silva Papa dos Santos, leciona que: "*quando o cônjuge presta cuidados, atenção e apoio físico e moral ao consorte doente, está protegendo seu direito à vida ou à integridade física, o mesmo ocorrendo com relação ao esposo de muita idade. Quando procura consolá-lo pela morte de um ente querido, está protegendo seu direito à integridade psíquica. Quando defende o consorte em suas adversidades com terceiros, está protegendo*

48. *Apud* Cahali, Francisco José, *op. cit.*, p. 75.

49. *Op. cit.*, p. 76.

50. *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 1, p. 143. *Apud* Santos, Regina B. T. de Silva P. dos, *op. cit.*, p. 107.

sua honra. Quando partilha de suas alegrias e realizações está protegendo sua integridade psíquica. Quando participa de seu dia-a-dia, prestando-lhe o devido apoio, está lhe oferecendo força e energia para viver com prazer o cotidiano familiar, social e profissional"

E afirma ainda: "*assim, compete ao cônjuge proteger o direito à vida, à integridade física e psíquica, à honra, à liberdade física e de pensamento, ao segredo e, enfim, defender todos os bens da personalidade do outro cônjuge contra os fatos naturais e as ofensas ou atos de terceiros que possam vir a agredi-los.*"⁵¹

Ante as definições acima transcritas, não temos dúvidas que tal assistência devida pelos cônjuges se adequa perfeitamente à vida dos companheiros. Sendo a união estável reconhecida como entidade familiar, onde deve prevalecer o respeito e consideração mútuos entre os companheiros, não se pode deixar de ver presente todas essas situações antes mencionadas inerentes à convivência matrimonial. Não podemos aceitar que, ante ao estágio atual em que se encontra a união estável, não deva o convivente prestar o devido apoio real ao outro "*oferecendo força e energia para viver com prazer o cotidiano familiar, social e profissional.*"

Poder-se-ia questionar que a assistência moral proposta no inciso II, do art. 2º, da Lei n. 9.278/96, por assim ser denominada, seria diversa da assistência imaterial embutida na "mútua assistência" de que fala o inciso III, do art. 231, do Código Civil. Entretanto não nos parece ser esta a interpretação correta.

Clóvis Beviláqua, ao comentar o nosso Código Civil, preleciona que o termo assistência não deve ser interpretado no sentido de cuidados na doença, mas sim, "*em sua significação ampla de socorro na desventura, apoio na adversidade, auxílio constante em todas as vicissitudes da existência.*"⁵²

O próprio insigne mestre Washington de Barros Monteiro ao comentar esta mútua assistência, nos ensina que: "*com essas palavras quis o Código dizer que os cônjuges reciprocamente se obrigam à prestação de socorro 'material' e 'moral' Uma das finalidades do matrimônio é precisamente o mutuum adjutorium nos momentos felizes, como nos instantes de infortúnio*". E diz ainda: "*além desse conforto 'moral', cabe ainda aos cônjuges mútua colaboração material destacando nesse tema a obrigação alimentar, que compreende não-só prestação de alimentos*

51. *Op. cit.*, p. 109.

52. *Apud* Regina Beatriz T. da Silva P. dos Santos, *op. cit.*, p. 104.

*propriamente ditos (alimenta naturalia), como também de vestuário, transporte, medicamentos e até diversões (alimenta civilia)."*⁵³

Portanto, não há como deixar de aceitar que esta assistência moral não seja a idêntica assistência imaterial, prevista no art. 231, inciso III, do Código Civil, que tanto a doutrina faz alusão, perfeitamente aplicável em nossos dias, aos companheiros unidos com a devida estabilidade.

e. Guarda, sustento e educação dos filhos comuns

Diz ainda o art. 2º, inciso III, da Lei n. 9.278/96:

"Art. 2º. São direitos e deveres iguais dos conviventes:

(.....)

III - guarda, sustento e educação dos filhos comuns.'

Este dispositivo legal traz uma verdadeira semelhança entre o quarto inciso do art. 231 do Código Civil. Este dever não-representa dever dos conviventes reciprocamente considerados, mas se trata de um dever dos mesmos para com a sua prole. Ele decorre mais precisamente da existência do vínculo de filiação, ou seja, em virtude do pátrio poder, do que realmente em virtude do casal estar vivendo em comunhão. É claro que a convivência em comum, decorrente de união estável, faz com que tal dever para com os filhos seja exercido de maneira igualitária pelo casal, não importando em maior ou menor grau de intensidade entre os conviventes.

Sobre tal dever, o professor Álvaro Villaça Azevedo leciona que a guarda dos filhos tem a ver com a posse que os companheiros exercem como pais, e não simplesmente por estarem em união estável.⁵⁴

Porém, o que é importante ressaltar é que, como mencionamos acima, este dever é exercido pelos companheiros tendo como beneficiário, não o outro companheiro, mas sim a prole existente do casal.

53. Washington de Barros Monteiro, in *Curso de Direito Civil*, v. 2., São Paulo, Saraiva, p. 113.

54. In *Revista Literária de Direito*, maio/junho de 1996, p. 19.

III Projeto do Estatuto dos Concubinos

Direitos e deveres recíprocos dos companheiros dentro do projeto

O Ministério da Justiça nomeou uma Comissão com a finalidade de apresentar contribuições, visando o aprimoramento da Lei n. 9.278/96.

Esta Comissão presidida pelo ministro Waldemar Zveiter, sendo relator o professor Dr. Arnoldo Wald, apresentou o anteprojeto de lei do estatuto da união estável, hoje já projeto de Lei n. 2.686/96. O seu art. 2º estabelece o seguinte:

"art. 2º. Decorrem da união estável os seguinte direitos e deveres para ambos os companheiros, um em relação do outro:

- I Lealdade;
- II Respeito e consideração;
- III Assistência Moral e Material."

Pela leitura do referido dispositivo, nota-se que ele modificou muito pouco o art. 2º, da Lei n. 9.278/96.

O art. 2º do projeto incluiu no seu primeiro inciso o dever de lealdade para ambos os companheiros, acatando assim o esboço de projeto do professor Álvaro Villaça Azevedo, o qual fizemos alusão anteriormente.

Apesar deste dever de lealdade não ter feito parte do rol do art. 2º da Lei n. 9.278/96, em nosso entendimento já estava ele contido no dever de respeito e consideração mútuos do inciso I, do mesmo artigo.

Ademais, acerca de tal questão fizemos uma breve comparação entre o dever de lealdade para com os companheiros e o dever de fidelidade para com os cônjuges.⁵⁵

Outro ponto a ser destacado, no art. 2º do projeto de estatuto de União Estável, é o fato de ter sido excluído o dispositivo referente a "*guarda, sustento e educação dos filhos comuns dos conviventes*" (art. 2º, III, Lei n. 9.278/96), talvez pela razão lógica de que tais deveres resultam, não em virtude de existência dessa relação de união estável, mas, na verdade, da relação de filiação existente entre a prole e os pais, estejam esses genitores vivendo sob o regime matrimonial ou sob o regime de união estável.

Os outros dois incisos, II e III do art. 2º do projeto de lei, são os mesmos tratados nos incisos I e II, do mesmo art. 2º, da Lei n. 9.278/96, sobre os

55. Letra "b", do item 4.

quais nos reportamos quando estudamos os direitos e deveres dos companheiros neles contidos.

E, por último, achamos essencialmente importante comentar o *caput* do art. 1º do projeto de lei ora estudado, pelo fato de que nele há um dever de ambos os companheiros não-mencionado nas Leis ns. 8.971/94 e 9.278/96, e há muito contemporizado pela jurisprudência pátria.

Estabelece o art. 1º:

"art. 1º É reconhecido como união estável a convivência, por período superior a cinco anos, *sob o mesmo teto*, como se casados fossem, entre um homem e uma mulher, não impedidos de realizar matrimônio ou separados de direito ou de fato dos respectivos cônjuges.

(...) " (grifo nosso)

Da leitura do referido artigo, tem-se que se tornou requisito essencial de existência da união estável, a convivência dos companheiros sob o mesmo teto. Esta exigência, não nos parece estar em acordo com o pensamento da maioria dos doutrinadores bem como da jurisprudência nacional, na atualidade.

O professor Álvaro Villaça Azevedo, no seu esboço de anteprojeto do Estatuto dos Concubinos, art. 1º, referido no seu livro "*Do Concubinato ao Casamento de Fato*,"⁵⁶ previu o conceito de concubinato como sendo "*a união estável, prolongada, pública, contínua e permanente de um homem e de uma mulher, não ligados por vínculo matrimonial, mas convivendo como se casados, 'sob o mesmo teto ou não', constituindo, assim, sua família de fato.*"

O art. 4º desse esboço, ainda prevê o seguinte:

"art. 4º Direitos e Deveres são direitos e deveres recíprocos dos concubinos: a) lealdade; b) coabitação, *ainda que com residências diferentes*; (...)." (g. n.)

Desses dispositivos acima mencionados, verificamos que o professor Villaça pensava que a convivência *more uxorio* dos companheiros não deveria ser, obrigatoriamente, sob o mesmo teto. Todos esses artigos de seu esboço são claros em estabelecer que a residência comum dos coniventes pode acontecer (sendo matéria de prova do relacionamento estável), mas não deveria ser elemento essencial para a constituição da união duradoura e permanente dos companheiros, visando a proteção legislativa, por ele tanto defendida.

56. *Op. cit.*, p. 280.

Aliás, o entendimento jurisprudencial acerca da matéria já se firmou há bastante tempo, pois, como mencionamos primeiramente, o Supremo Tribunal Federal, através da Súmula n. 382, já determinou que "*a vida em comum sob o mesmo teto more uxorio, não é indispensável à caracterização do concubinato.*"

Comentando tal exigência da convivência sob o mesmo teto, prevista no Projeto de Lei n. 2.686/96, o juiz Euclides de Oliveira, do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, asseverou que "*o requisito de um mesmo domicílio não consta dessa enumeração por já se achar incluído dentro da definição sugerida para a união estável ('sob o mesmo teto'). É, no entanto, assunto controverso, por afastar determinadas situações de união estável ainda que sem vivência na mesma casa (por exigência de trabalho, ou mera conveniência das partes). A jurisprudência de há muito se consolidou em aceitar concubinato de pessoas residindo em diversos lares, desde que não se confunda, é claro, com simples namoro, noivado ou amasiamento, porque necessários outros requisitos como a aparência pública de união e o propósito de constituição de família.*"⁵⁷

Portanto, em nosso entendimento, o presente projeto de lei modifica o entendimento já sedimentado da maioria de nossa doutrina bem como da própria Corte Suprema, conforme mostramos através da Súmula n. 382.

O projeto de lei, no seu art. 6º, estatui mais que:

"art. 6º Dissolvida a união estável, o juiz poderá, considerando o disposto no art. 2º e demais circunstâncias, determinar que sejam prestados alimentos por um dos companheiros ao outro, que deles necessitar, nos termos da Lei n. 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto o credor não constituir nova entidade familiar de direito ou de fato."

Desse modo, a prestação alimentar entre os companheiros continua sendo dever dos mesmos, oriundo da assistência material a que se obrigam os conviventes de conformidade com o art. 2º desse projeto.

O art. 6º transcrito acima, apesar de não-mencionar expressamente, nos faz crer que o dever da prestação alimentar segue os mesmos moldes do previsto no art. 400, do Código Civil e no art. 19 da Lei n. 6.515/77, isto é, que ele deva ocorrer, levando-se em conta o binômio necessidade/possibilidade, sempre que houver culpa do companheiro devedor.

57. "Projeto de novo Estatuto da União Estável", in *Tribuna da Magistratura*, jan./fev. de 1997, pp. 23-24.

alimentos por um dos conviventes, o juiz poderá determinar a sua prestação, "considerando o disposto no art. 2º e demais circunstâncias"

Ao reportar-se aos dispositivos que enumeram os direitos e deveres recíprocos dos companheiros, a nosso ver, o projeto quer assegurar que, ao determinar a prestação de alimentos, deve o magistrado atentar ao detalhe de que o companheiro devedor desta prestação seja obrigatoriamente o culpado da ruptura do elo estável de união, em razão de haver praticado ato ou atos que venham a infringir um dos deveres recíprocos inerentes a essa união, previstos todos no art. 2º do projeto, os quais foram transcritos acima. Mesmo porque, hodiernamente, entendemos não ser possível essa relação, merecer tratamento privilegiado em relação ao do casamento em matéria de prestação alimentar.

IV Doutrina estrangeira

1. França

O Direito francês não tem se preocupado muito com a união concubinária. Segundo a idéia de dois autores franceses Jean Hausser e Danièle Huet-Weiller,⁵⁸ na atualidade, entre os concubinos, não há nem obrigações pessoais, muito menos obrigações pecuniárias. Isto se dá em virtude de não haver para a união concubinária, "um estatuto mínimo" que venha a trazer o sistema jurídico protetor dessa união de "não-casados"

Dizem aqueles autores que não pode haver um tratamento equiparado entre os concubinos e os cônjuges, já que, para estes últimos, há um regime legal que estabelece regras para todas as situações relativas a união matrimonial.

No que tange, especificamente, a direitos e deveres, aqueles doutrinadores são enfáticos em dizer que entre os concubinos franceses não há obrigação de fidelidade ou de coabitação.

No entanto, se pode verificar, pelo que afirmam Hausser e Huet-Weiller, a jurisprudência francesa, tem-se mostrado bastante sensível aos anseios dos companheiros, no que tange a sua proteção jurídica.

58. Hausser, Jean e Huet-Weiller, Danièle. *Traité de Droit Civil. La Famille*. Paris, 1989.

Destacam também os referidos autores, que a união concubinária, quando da sua ruptura, é tratada unicamente sob o ângulo patrimonial, exigindo, por incrível que pareça, uma espécie de lealdade mínima entre o casal.⁵⁹

2. Espanha

O professor Luis Fernando Saura, em sua obra *Uniones Libres y la configuracion del nuevo derecho de familia*,⁶⁰ nos mostra que os autores espanhóis têm-se mostrado bastante interessados com as chamadas *uniones conyugales de echo*.

Nesse seu livro, o professor Fernando Saura é categórico ao afirmar que *"é óbvio que quem não contrai matrimônio é porque não quer (partindo sempre da pessoa que convive maritalmente com outra de distinto sexo), sejam quais forem – e todas devem parecer legítimas 'prima facie' – as íntimas razões que a conservar tal postura os induz. E certo é, assim mesmo, que o matrimônio é vínculo, e vínculo é como laço, união, atadura de uma coisa com outra, – de uma pessoa com outra no nosso caso – que, inexoravelmente, gera faculdades e deveres recíprocos. Porém, se por vínculo seguimos entendendo a união ou ligação de uma pessoa a outra, que diferença pode haver entre o vínculo que origina o matrimônio e aquele outro que nasce da simples e mera conjunção de vontades orientadas ao estabelecimento de uma comunidade de vida? Pois, nada mais nem nada menos que, no primeiro caso, as faculdades e obrigações recíprocas podem ser exigidas legalmente, enquanto não-ocorre o mesmo na segunda hipótese."*⁶¹

Pelo que se pode concluir desse pensamento retro, no Direito espanhol as uniões estáveis não atingiram o patamar idêntico àquelas existentes no Brasil, ante a ausência de proteção legal a essas uniões, mas os doutrinadores espanhóis contemporâneos têm se mostrado favoráveis a esta proteção.

Gimeno Sendra, em voto do Tribunal Constitucional espanhol (acórdão n. 184/90, retirado da referida obra), comentando e analisando os arts. 32.1 e 39.1 da Constituição espanhola, consigna que: *"certamente, o direito a contrair*

59. *Op. cit.*, p. 754.

60. Saura, Luis Fernando. *Uniones libres y la configuracion del nuevo derecho de familia*, Valência, 1995.

61. *Op. cit.*, p. 72.

*matrimônio é um direito expressamente reconhecido pela Constituição (art. 32.1), porém, dessa declaração não se infere ... que a Constituição não-reconheça um 'pretense direito a formar uma união de fato', nem que a família não-matrimonial permaneça, no nível constitucional, desprotegida".*⁶²

E completa o professor Saura, que "*também nossa Constituição protege, não-só a família como instituição jurídica, como também a família como realidade natural, pelo que, junto à família matrimonial, também hão de merecer proteção constitucional as denominadas 'uniões matrimoniais de fato'.*"⁶³

Este mesmo professor espanhol, complementando seu raciocínio, leciona que o direito daquele país deve conceder aos conviventes alguns direitos que são concedidos aos cônjuges. Um desses direitos é o direito de pensão, quando dela necessitar. Este professor, ainda, no trecho final de sua mencionada obra, ensina que "*o abandono injustificado por um dos conviventes, pode dar lugar a uma indenização de perdas e danos.*"⁶⁴

Notamos, pois, que esses autores espanhóis entendem como sendo essencial que estas ditas "uniões de fato" devam ser protegidas pelo legislador daquele país.

3. Portugal

O grande professor João de Matos Antunes Varela⁶⁵ lembra que nenhum direito era concedido aos concubinos, antes da Revolução de 1974. No máximo, a convivência *more uxorio*, apenas seria importante para determinação da paternidade do infante concebido da união de fato dos pais.

Após a Constituição de 1976, afirma o professor português que foi reconhecido a todo cidadão, o direito de constituir família "*à margem do casamento*" em razão da relação concubinária.

Antunes Varela lembra, ainda, que o Código Civil português prevê dispositivo relativo ao concubinato. O art. 2.020 desse diploma legal, "*concede àquele que, no momento da morte de pessoa não-casada ou separada judicialmente*

62. *Apud* Saura, Luis Fernando, *in op. cit.*, p. 73.

63. *Op. cit.*, pp.74-75.

64. *Op. cit.*, p. 136.

65. Varella, João de Matos Antunes. *Direito de Família*, 1982.

de pessoas e bens, vivesse com ela more uxorio há mais de dois anos, o direito de exigir alimentos da herança do falecido."⁶⁶ Este direito, segundo estabelecido no próprio Código, deverá ser exercido dentro dos dois anos subseqüentes à data da morte do autor da sucessão.

Notamos, pois, que a legislação privada portuguesa, começa a aceitar a possibilidade do concubino ter direitos – aqui no caso, direito a alimentos – em virtude da existência de relação concubinária com o *de cujus*. Pelo que menciona o dispositivo legal, o companheiro não chega a ter direito sucessório, mas lhe é concedida a possibilidade de vir a receber alimentos do espólio. Como lembra ainda o professor Antunes Varela, esta disposição legal mencionada anteriormente, "*constitui uma providência, inteiramente nova, de proteção material ou econômica fundada na relação concubinária.*"⁶⁷

No entanto, o mesmo professor consigna mais adiante, que "*a nova legislação não criou entre as pessoas ligadas pelo concubinato nenhum deveres próprios da relação familiar, em geral, ou da relação conjugal, em especial*" E, indo mais além, leciona que "*como quer que seja, não há em nenhum caso o reconhecimento de qualquer dever de cooperação ou de assistência semelhante aos que vinculam reciprocamente os cônjuges.*"⁶⁸

Apenas para registrar, os Tribunais portugueses têm reconhecido a existência de sociedade de fato entre os conviventes, igualmente como tem feito a jurisprudência brasileira majoritária.

O Direito Civil português, como lembra o professor José Joaquim Almeida Lopes,⁶⁹ além desse direito a alimentos, tem reconhecido ainda algum direito ao "convivente sobrevivente" em permanecer no imóvel locado, quando o principal arrendatário vier a falecer, desde que a convivência *more uxorio*, entre o casal, exista há mais de cinco anos.

Segundo o professor Almeida Lopes, "*em Portugal a união de facto vive um atomismo legislativo e jurisprudencial e não debaixo de uma regulamentação totalizadora, orgânica e típica.*"⁷⁰

66. *Op. cit.*, p. 21.

67. *Op. e p. cit.*

68. *Op. cit.*, p. 22.

69. Lopes, José Joaquim Almeida. A União de facto no Direito português, in *Revista Española de Derecho Canónico*, v. 50, n. 134, 1993.

70. *Op. cit.*, p. 250.

Pela análise acima proferida, podemos inferir que na França, na Espanha e em Portugal, a relação concubinária ainda não mereceu a proteção legislativa que no Brasil verificamos. Entretanto, a doutrina contemporânea desses países, começa a dedicar um espaço considerável ao amparo jurídico da relação entre homem e mulher unidos sem vínculo matrimonial.

Conclusões

1. Em face do disposto no inciso I, do art. 2º, da Lei n. 9.278/96, podemos afirmar que dentro do dever de respeito e consideração mútuo está contido o dever de fidelidade recíproca entre os companheiros.

2. Dentro da união estável (relação entre homem e mulher com vontade de constituir família), há a presunção fática do relacionamento sexual entre ambos, e, em consequência, deve haver o chamado dever de coabitação entre os conviventes, que a doutrina mais atual chama de "*débito de conviventes*"

3. Podemos afirmar que, em função da existência da relação sexual entre os conviventes, deve-se consignar que, existindo prole, deverá haver uma presunção fática da paternidade desses filhos, pelo companheiro-varão.

4. Pela regra do art. 2º, da Lei n. 9.278/96, há o dever de assistência recíproca entre os conviventes à semelhança do que ocorre entre os cônjuges.

5. Para que possa haver o pedido de alimentos por um dos companheiros, esse que demandar, deverá trazer prova cabal da existência da união estável, representando requisito essencial para esse pedido.

6. O direito a alimentos de que fala a Lei n. 8.971/94 e a Lei n. 9.278/96, deve ser devido pelo convivente quando este tiver dado causa à ruptura da sociedade concubinária. Devendo a concessão dessa prestação alimentícia estar sempre condicionada ao binômio necessidade/possibilidade de que fala o art. 400, do Código Civil.

7. Ante o avanço dado pela jurisprudência nacional, principalmente após a edição da Súmula n. 382 do STF, o novo Estatuto dos Concubinos não deverá conter a exigência da convivência sob o mesmo teto para configurar a união estável.

8. Países como França, Espanha e Portugal não chegaram ainda a produzir leis que regulem a "*união de fato*" entre homem e mulher, muito embora a jurisprudência daqueles países já ter concedido alguns direitos a esses casais.

9. O Código Civil português já traz, em seu bojo, regra que prevê a concessão ao companheiro sobrevivente, de direito a alimentos a serem pagos pelo espólio do companheiro falecido (art. 2.020).

10. Pela análise dos doutrinadores franceses, espanhóis e portugueses, somos forçados a afirmar que o Direito brasileiro atingiu um patamar mais elevado que aqueles, no que tange à proteção jurídica da união estável.

São Paulo, junho de 1997.

Bibliografia

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Com a promulgação da Lei n. 9.278, em 10 de maio de 1996, está em vigor o Estatuto dos Concubinos*, in *Revista Literária de Direito*, São Paulo, Editora Literária de Direito, 1996.

_____. *Dever de Coabitação. Inadimplemento*, São Paulo, José Bushatsky Editor, 1976.

_____. *Do Concubinato ao Casamento de Fato*, Belém, Cejup, 1987

CAHALI, Francisco José. *União Estável e Alimentos entre Companheiros*, São Paulo, Saraiva, 1996.

CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*, 2ª ed., São Paulo, RT, 1994.

CAMPOS, Adelina Bitelli Dias. *Considerações sobre a Lei n. 9.278/96*, in *Jornal do Ministério Público Paulista*, São Paulo, ed. n. 11, 1996.

CARVALHO FILHO, Paulo Martins de. *Lei 9.278 (de 10 de maio de 1996). A União Estável*. In *Revista dos Tribunais*, v. 734, pp. 13-39, São Paulo, RT, 1996.

CRETILLA JÚNIOR, José. *Direito Romano*, São Paulo, RT, 1966.

CZAJKOWSKI, Rainer. *União Livre à luz da Lei n. 8.971/94 e da Lei n. 9.278/96*, Curitiba, Juruá Editora, 1996.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 5, 9ª ed., São Paulo, Saraiva, 1994.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio*, Rio de Janeiro, Editora Nova Fronteira, 1986.

- HAUSSER, Jean e HUET-WEILLER, Danièle. *Traité de Droit Civil. La Famille*, Paris, Librairie Générale de Droit e de Jurisprudence, 1989.
- JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA Cível e Comércio. v. 166, Curitiba, Editora Juruá, 1992.
- _____. v. 173, Curitiba, Editora Juruá, 1994.
- LEX – JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS. n. 36, São Paulo, Lex ed., 1992.
- LOPES, José Joaquim Almeida. *A união de facto no Direito português*, in *Revista Española de Derecho Canonico*, v. 50, n. 134, Salamanca, Universidade Pont. de Salamanca, 1993.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil. Direito de Família*, 2º v., 31ª ed., São Paulo, Saraiva, 1994.
- OLIVEIRA, Euclides de. *Projeto de Novo Estatuto da União Estável*, in *Tribuna da Magistratura*, São Paulo, jan./fev., 1997.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. V. Rio de Janeiro, Forense, 1992.
- REPERTÓRIO IOB DE JURISPRUDÊNCIA. Caderno 3, n. 19, São Paulo, IOB – Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda., 1996.
- _____. Caderno 3, n. 6, São Paulo, IOB – Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda., 1997.
- REVISTA DOS TRIBUNAIS, v. 675, p. 186, São Paulo, 1992.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*, v. 6, 16ª ed., São Paulo, Saraiva, 1989.
- SANTOS, Regina Beatriz T. da Silva Papa dos. *Dever de Assistência Imaterial entre os Cônjuges*, São Paulo, Forense Universitária, 1990.
- SAURA, Luis Fernando. *Uniones libres y la configuración del nuevo derecho de familia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.
- VARELA, João de Matos Antunes. *Direito de Família. Direito Matrimonial*, Lisboa, Livraria Petrony, 1982.
- VELOSO, Zeno. *União Estável*. Belém, Cejup, 1997.
- VIANA, Rui Geraldo Camargo. *Família e Filiação*. São Paulo, 1996.

WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família*, 10ª ed., São Paulo, RT, 1995.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional dos "Conviventes" em Matéria de Alimentos*, in *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família, Aspectos Constitucionais, Cíveis e Processuais*, v. 3, São Paulo, RT, 1996.