

MELQUIADES MANSUR ELIAS NETO

**O DIREITO DOS CONCUBINOS A ALIMENTOS E À  
SUCESSÃO**

Florianópolis, 1996.

MELQUIADES MANSUR ELIAS NETO

**O DIREITO DOS CONCUBINOS A ALIMENTOS E À  
SUCESSÃO**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL E  
PRÁTICA FORENSE - DPP  
TRABALHO DE CONCLUSÃO DO CURSO DE  
GRADUAÇÃO EM DIREITO  
DISCIPLINA: DPP 5802  
PROF. ORIENT.: JOÃO LEONEL MACHADO  
PEREIRA

Florianópolis, 1996.

## FOLHA DE APROVAÇÃO

A Banca Examinadora resolveu atribuir a nota 10,0 ao aluno MELQUIADES MANSUR ELIAS NETO, na disciplina DPP 5802 - Monografia, pela apresentação deste trabalho.



## SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO .....	5
2.	BREVES ASPECTOS HISTÓRICOS SOBRE CONCUBINATO .....	8
3.	DISTINÇÃO ENTRE CONCUBINATO/UNIÃO ESTÁVEL - MERA QUESTÃO TERMINOLÓGICA ? .....	12
4.	O DIREITO ALIMENTAR ENTRE COMPANHEIROS	
	4.1. Período Anterior a Lei 8.971/94 .....	17
	4.2. Período Posterior a Lei 8.971/94 e Anterior a Lei 9.278/96 .....	25
	4.2.1. Da Ação de Alimentos entre Companheiros e da Prova Pré-Constituída .....	36
	4.3. Período Posterior a Vigência da Lei n. 9.278/96 .....	44
5.	DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS CONCUBINOS .....	55
	5.1. Direito de Usufruto .....	62
	5.2. Direito de Propriedade .....	66
	5.3. Direito Real de Habitação .....	70
6.	CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	73
7.	BIBLIOGRAFIA .....	76

Mesmo após o advento da nova Carta Magna, os concubinos não tinham seus direitos garantidos por lei ordinária específica, principalmente em relação aos direitos a alimentos e à sucessão. Muitos propunham a necessidade de ampla regulamentação a respeito, valendo-se, inclusive, do argumento de que não se teria equiparado tal união ao casamento, sendo impossível, pois, aplicar-se à primeira os princípios norteadores das relações decorrentes do último.

Em 29 de Dezembro de 1994 entrou em vigor a Lei n. 8.971, que disciplinou o direito dos concubinos a alimentos e à sucessão. Apesar de muito aguardada nos meios jurídicos e forenses, a referida lei foi muito criticada devido ao fato de muitos considerarem que a mesma deu proteção demasiada as pessoas que vivem em concubinato e por conter algumas omissões e pontos obscuros.

No dia 13 de Maio de 1996, entrou em vigor a Lei n. 9.278, que revolucionou o Direito de Família brasileiro ao regulamentar a união estável de maneira extremamente assemelhada ao casamento.

A nova Lei (9.278/96) estabeleceu, entre os conviventes, direitos e deveres idênticos aos decorrentes do casamento, além de determinar, a referida lei, o direito alimentar e sucessório entre os que vivem em união estável, igualmente como os concedidos aos cônjuges.

Salienta-se que a Lei 9.278/96 não revogou totalmente a Lei n. 8.971/94, mas simplesmente a derogou, ou seja, revogou-a parcialmente naquilo em que for incompatível.

## 1. INTRODUÇÃO

O Concubinato sempre foi discriminado pela grande parte da sociedade, sendo essas uniões extra-matrimoniais ou “uniões livres” consideradas pecaminosas aos olhos da Igreja.

O tempo foi passando e o número de uniões livres foi crescendo, haja vista que cada vez mais as pessoas preferem optar pela união informal, sem os formalismos que a lei impõe ao casamento.

A “união informal” entre homem e mulher já existe há muito tempo, sendo que até então não tinha uma proteção judicial para os direitos decorrentes dessa união.

A Constituição Federal de 1988, ao dispor em seu art. 226, parágrafo 3º, que “*é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, para efeito e proteção do Estado*”, deu legitimidade ao concubinato, sendo um grande avanço para geração de direitos pleiteados pelos concubinos.

Este trabalho tem como objetivo verificar se a Lei 8.971/94, e posteriormente a Lei n. 9.278/96 regulamentaram e garantiram todos os direitos dos concubinos referentes a alimentos e à sucessão, por ocasião do término da vida em comum, quer pela dissolução da “União Estável” dos companheiros, quer pela morte de um deles. Será analisado como a doutrina e a jurisprudência vêm se posicionando a respeito da aplicação das Leis 8.971/94 e 9.278/96 e como são resolvidos os conflitos na qual as referidas leis forem omissas, observando sempre as divergências existentes acerca do tema.

Assim, passo a analisar o tema, iniciando com breves aspectos históricos acerca do concubinato, bem como, farei comentários sobre a questão terminológica e finalmente, abordarei o direito dos concubinos a alimentos e à sucessão.

## **2. BREVES ASPECTOS HISTÓRICOS SOBRE CONCUBINATO**

O Concubinato sempre foi discriminado pela grande parte da sociedade, sendo essas uniões extra-matrimoniais ou uniões livres consideradas pecaminosas aos olhos da Igreja. As concubinas eram as que mais sofriam com a discriminação, pois eram tidas como mulheres desonestas.

Outro obstáculo a ser vencido pelas pessoas que viviam em concubinato era em relação a inexistência de norma legal que disciplinasse a matéria, haja vista que o casamento era uma relação protegida pelo Estado e que existia normas regulamentando pormenorizadamente a matéria.

O tempo foi se passando e o número de uniões estáveis foi crescendo, sendo que atualmente a sociedade vem admitindo a convivência de homens e mulheres como se casados fossem, ganhando “status” de entidade familiar.

A “União Informal” entre homem e mulher já existe há muito tempo, sendo que até então não tinha uma proteção judicial para os direitos

decorrentes dessa união, apesar de que a Jurisprudência vinha reconhecendo direitos aos concubinos, como a partilha dos bens adquiridos na constância da união estável por ocasião de sua ruptura e outros direitos.

O Concubinato, a partir do advento da Constituição Federal de 1988, que em seu art. 226, parágrafo 3º, reconheceu “a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, para efeito da proteção do Estado”, passou a ter legitimidade como sendo uma sociedade conjugal existente entre homem e uma mulher, sem que estes sejam legalmente casados.

A União livre entre um homem e uma mulher é a forma de união mais frequente hoje em dia, superando até mesmo o casamento, o que vem provocando discussões acirradas entre doutrinadores e juristas, pois uns defendem a sua regulamentação e outros não.

Sobre o assunto manifestou-se JUAREZ ROSALES NEUMANN<sup>1</sup>, afirmando que:

*“Apesar de hoje haver mais uniões livre do que casamento, a instituição do matrimônio não fica enfraquecida; na medida que a lei e a jurisprudência avançam mais no reconhecimento do concubinato, o casamento fica mais fortalecido, com status de uma instituição privilegiada. Quanto mais é reconhecida a união livre, mais importante fica o casamento.”*

---

<sup>1</sup>NEUMANN, Juarez Rosales. *Do Casamento ao Concubinato*. Porto Alegre. Sagra. 1995. p. 121.

Mesmo após a nova Carta Magna, os concubinos não tinham os seus direitos a alimentos e a sucessão garantidos, tendo em vista a falta de regulamentação legal.

Havia a necessidade de uma norma que regulamentasse o direito dos concubinos, e finalmente em 29 de Dezembro de 1994 entrou em vigor a Lei n. 8.971, que disciplinou o direito dos concubinos a alimentos e à sucessão. Tratava-se de uma Lei muito aguardada nos meios jurídicos e forenses, considerando-se a existência de inúmeros casos de convivência conjugal sem casamento, que vinham e vêm crescendo a cada momento, quando as pessoas, em vez de se casarem, preferem passar a conviver juntas, como se casadas fossem.

Apesar de tão esperada nos meios jurídicos e forenses, a “Lei dos Companheiros”, como ficou conhecida, provocou muitas discussões entre os operadores do direito, sendo severamente criticada. Vale ressaltar a opinião do advogado JOSÉ SAULO PEREIRA RAMOS, que em artigo publicado na Folha de São Paulo, denominou a Lei n. 8.971/94 de “Piranha”, observando que *“a regulamentação do concubinato acabará com o casamento tradicional, principalmente, se as leis que regulamentarem a união estável forem mais benéficas aos companheiros do que as leis que regulam o casamento o são para os cônjuges”*, o que para ele acontece com a lei em questão.

A regulamentação do concubinato, ao meu ver, não trará nenhum desprestígio ao Casamento, pois cada um tem o direito de escolher o modo de viver, seja casado ou concubinariamente, é uma questão de opção de vida.

No dia 13 de maio de 1996, entrou em vigor a Lei n. 9.278, que revolucionou o Direito de Família brasileiro ao regulamentar a união estável de maneira extremamente assemelhada ao casamento. A referida Lei veio regular o parágrafo 3. do art. 226 da CF/88, além de determinar o direito alimentar e sucessório entre os que vivem em união estável, igualmente como os concedidos aos cônjuges.

O Professor RAINER CZAJKOWSKI, em sua recente obra sobre a “União Livre”, assim se manifestou acerca das Leis 8.971/94 e 9.278/96:

*“As Leis 8.971/94 e 9.278 96 trazem, todavia, muitos aspectos positivos. Representam, talvez, o primeiro passo para a ampla reformulação de todo o direito de família (...). A grosso modo, transformaram as uniões livres previstas pela Constituição num instituto jurídico incontestavelmente integrante do direito de família, afastando as incertezas plantadas por segmentos renitentes que teimavam em desconhecer ou obstruir pretensões formuladas neste patamar. Tenha-se em mente que são sempre as condutas e as relações sociais que acabam moldando e se impondo ao direito, nunca o contrário. A inovação, assim, configura no mínimo uma tentativa de trazer a lei para mais perto dos verdadeiros anseios de todo cidadão e de sua expectativa de justiça.”<sup>2</sup>*

---

<sup>2</sup>CZAJKOWSKI, Rainer. *União Livre: à luz das Leis 8.971/94 e 9.278/96*. Curitiba: Juruá, 1996. p.17

### **3.DISTINÇÃO ENTRE CONCUBINATO/UNIÃO ESTÁVEL - MERA QUESTÃO TERMINOLÓGICA ?**

Hoje em dia ao lermos jornais, revistas, livros, etc., é muito comum nos depararmos com expressões diferentes para se referir ao tema em estudo, como por exemplo concubinato, companheirismo, convivência e união estável. Alguns doutrinadores não fazem nenhuma diferenciação, utilizando as expressões como sinônimas. Outros, porém, entendem ser de grande importância tal diferenciação terminológica.

Creio ser necessário verificar se no caso de concubinos e companheiros estamos diante de distinção quanto às características e efeitos de cada uma das situações, ou mera referência terminológica sem maior significado.

MÁRIO DE AGUIAR MOURA, citado por FRANCISCO JOSÉ CAHALI, ao tratar do tema escreve:

*“Concubinato, segundo este modo de ver, é uma união clandestina ou mais ou menos clandestina entre*

*um homem casado que vive simultaneamente com a mulher legítima e a concubina. Tal união, por ser oculta ou quase oculta, irregular, velada aos olhos de terceiros, caracterizaria o adultério, porquanto não rompidos os laços do dever de fidelidade entre o homem e sua mulher legítima. A ausência de estabilidade torna a união da espécie incompatibilizada para o merecimento da tutela legal.*

*Companheira, ao revés, é a mulher que une seu destino ao do homem solteiro, viúvo, desquitado ou simplesmente separado de fato da mulher legítima. Sua característica está na convivência de fato, como se casados fossem aos olhos de quantos se relacionem com os companheiros de tal união. Pesam no conceito as exigências de exclusividade, fidelidade, vida em comum sob o mesmo teto, com durabilidade. Os vínculos entre os companheiros imita o casamento, ou, no dizer tradicional, é “more uxorio”. Todo o relacionamento se faz às claras, sem ocultação. Os dois frequentam a sociedade onde, reciprocamente, se tratam como marido e mulher”.<sup>3</sup>*

Na sentença da Juíza ELISABETE FILIZZOLA ASSUNÇÃO, citada por J. M. LEONI LOPES DE OLIVEIRA,<sup>4</sup> temos a diferenciação entre concubina e companheira:

*“Necessário se torna distinguir a concubina da companheira. No concubinato o cônjuge adúltero mantém convívio no lar com a esposa e, fora, teve encontros amorosos com a outra mulher, sendo esta a concubina. Todavia, quando o homem casado, separado de fato da esposa passa a conviver more uxorio com a outra mulher, esta será a sua companheira. Na primeira hipótese, o homem tem duas mulheres, a legítima e a outra e na segunda ele convive apenas com a companheira, porque se afastou da mulher legítima, rompendo de fato a vida conjugal”.*

<sup>3</sup>CAHALI, Francisco José. *União Estável e Alimentos entre Companheiros*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 44.

<sup>4</sup>OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Alimentos e Sucessão - No Casamento e na União Estável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2a. edição, 1996. p.81.

Com a vigência da Constituição Federal de 1988, que em seu art. 226, parágrafo 3º, dispõe que “(...), *é reconhecida a união estável entre homem e a mulher como entidade familiar, (...)*”, não criou instituto diverso do concubinato, apenas deu natureza jurídica ao concubinato.

Sobre o assunto, temos a lição de JORGE FRANKLIN ALVES FELIPE, citado por J. M. LEONI LOPES DE OLIVEIRA:<sup>5</sup> “*A união estável se identifica com o próprio concubinato, que é, em sua essência, uma união responsável, durável, não se confundindo com aventuras ou meros relacionamentos amorosos*”.

Com a superveniência da Lei n. 8.971/94 se optou pela referência ao termo “companheiros”, também já utilizado pela Lei dos Registros Públicos (Lei n. 6.015/73), que segundo alguns doutrinadores é para evitar aquela carga histórica negativa do concubinato. A Lei n. 9.278/96 preferiu a expressão “conviventes” para determinar os integrantes da união estável, e deve ser interpretado como sinonímia de “companheiros”, não constituindo uma nova categoria distinta das demais referidas.

Apesar dessas diferenças de expressões, creio ser uma questão puramente terminológica, pois, em que pesem várias opiniões em contrário, penso que na prática o que importa é verificar se determinada união é suficientemente sólida para merecer a tutela do Estado. Desse modo, o que vai

definir se uma relação de fato é ou não estável, são as características desse relacionamento, não tendo relevância a denominação utilizada.

De acordo com BASÍLIO DE OLIVEIRA, “ (...) Hoje, a mulher concubina e mulher companheira têm a mesma conotação, designativo de cônjuge de uma sociedade conjugal de fato”.<sup>6</sup>

A respeito do assunto, JOÃO ROBERTO PARIZATTO, ensina que a Lei n. 8.971/94 menciona a palavra companheira, e não concubina:

*“O texto em apreço fala da companheira e não da concubina, mas na realidade a mencionada lei é dirigida à concubina ou ao concubino, sendo que a diferença entre companheira e concubina para os efeitos legais não tem qualquer significado, porquanto a proteção outorgada pela mencionada lei n. 8.971, de 29/12/94, é dirigida à concubina e ao concubino, ainda que se tenha usado o termo companheira ou companheiro”.* (grifei)<sup>7</sup>

E cita EDGARD DE MOURA BITTENCOURT:

*“Concubinato exprime a idéia geral de união mais ou menos prolongada, fora do casamento. Pode revestir-se de aspectos morais ou imorais. Companheira é a designação elevada que se dá à mulher unida por longo tempo a um homem, como se fosse sua esposa; mas, como não existem os laços do casamento civil, é concubina. Em suma, essa distinção entre concubina e companheira, tecnicamente, não admite nenhuma consistência. São constantes, nos tribunais, as referências aos direitos da concubina, em casos em que*

---

<sup>5</sup>OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Alimentos e Sucessão - No Casamento e na União Estável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2a. edição. 1996. p. 80.

<sup>6</sup>OLIVEIRA. Basílio de. *Direito Alimentar e Sucessório entre Companheiros*. Rio de Janeiro: Destaque. 1995. p. 57.

<sup>7</sup>PARIZATTO, João Roberto. *O Direito dos Concubinos a Alimentos e à Sucessão*. Rio de Janeiro: Aide. 1995. p. 50.

*os adeptos da distinção só os outorgariam à companheira.” (grifei)<sup>8</sup>*

Neste trabalho utilizarei as várias expressões existentes para se referir as pessoas que vivem em união estável, haja vista que a diferenciação é apenas uma questão terminológica, sem maiores consequências. Dependendo do assunto a ser abordado, será utilizada a terminologia comumente usada pelos legisladores e doutrinadores quando se referem à matéria.

---

<sup>8</sup>Idem. Ibidem. p. 51.

## **4. O DIREITO ALIMENTAR ENTRE COMPANHEIROS**

### **4.1. PERÍODO ANTERIOR À LEI N. 8.971/94**

A questão do direito à alimentos entre concubinos por dissolução da sociedade conjugal de fato (união estável) sempre foi conturbada no direito brasileiro.

Antes do advento da Constituição Federal de 1988 não se admitia sequer a discussão em torno da eventual pretensão de alimentos à concubina, mesmo que comprovada a sua necessidade e a existência da união estável. Só se admitia a indenização por serviços prestados à mulher que fosse lesada e à partilha dos bens havidos do esforço comum, nos termos da Súmula 380 do STF. Sendo que a questão era encarada como um direito obrigacional, não podendo jamais ser considerada como prestação alimentar.

A jurisprudência nacional era quase que unânime no entendimento de que a concubina era carecedora de ação por impossibilidade jurídica do pedido, ante a ausência de suporte legal. Nesse entendimento, temos a lição de BASÍLIO DE OLIVEIRA :

*“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”.<sup>9</sup>*

Diz ainda:

*“Reconhece a jurisprudência tão-somente o direito à partilha ou à indenização, por serviços prestados, à concubina, afastando, por decorrência, qualquer insinuação de direito a alimentos. Adota tal orientação sob o argumento de que ‘o concubinato 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. Levam, portanto, os alimentos o suporte da família de direito e não da família de fato”.<sup>10</sup>*

Sobre o mesmo assunto é salutar o entendimento de YUSSEF

SAID CAHALI, citado por Francisco José Cahali:

*“Antes da CF/88, exauria-se o direito da companheira no simples direito à meação dos bens da sociedade de fato (Súmula 380). A seu turno, a jurisprudência vinha decidindo sistematicamente pela inexistência de obrigação legal de alimentos em favor da companheira: simples concubinato não confere à mulher o direito de pleitear alimentos do amásio; a obrigação alimentar é*

---

<sup>9</sup>OLIVEIRA, Basílio de. *Direito Alimentar e Sucessório entre Companheiros*. Rio de Janeiro: Destaque, 1995. p. 37.

<sup>10</sup>Idem. *Ibidem*. p. 37.

*condicionada por lei às relações de parentesco ou à existência de vínculo conjugal”.*<sup>11</sup>

Com o advento da Constituição Federal de 1988, que em seu art. 226, parágrafo 3 °, elevou a união estável à qualidade de entidade familiar protegida pelo Estado, criou-se uma grande divergência na jurisprudência e entre os doutrinadores acerca da possibilidade ou não da obrigação alimentar entre os companheiros.

Muitos entendem ter sido instituído o direito de alimentos entre os concubinos, haja vista que a Constituição consagrou juridicamente o concubinato, enquadrando-o como entidade familiar. O dever de alimentos tem como fundamento uma obrigação de caridade e solidariedade familiares, sendo que se a Constituição passou a considerar o concubinato como entidade familiar, como forma de família, não há porque este dever de solidariedade não atue igualmente entre os concubinos.

A respeito do assunto, BASÍLIO DE OLIVEIRA escreveu que:

*“No atual estágio do nosso Direito, a questão da pensão alimentícia entre concubinos por dissolução da sociedade conjugal de fato (união estável) ainda não é pacífica. Todavia, a partir dos novos postulados constitucionais, vem-se fortalecendo uma corrente doutrinária, à qual nos filiamos, preconizando a admissibilidade de tal direito, ante a prova da existência da união estável configuradora da entidade familiar ( CF, art. 226, & & 3° e 4°).”*<sup>12</sup>

<sup>11</sup>CAHALI, Francisco José. *União Estável e Alimentos entre Companheiros*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 109.

<sup>12</sup>OLIVEIRA, Basílio de. *O Concubinato e a Constituição Atual*. Rio de Janeiro: Aide, 1993. p. 85.

Diz ainda:

*“... nossa posição com relação ao direito alimentar entre concubinos, desde o início, foi por conseguinte, no sentido do seu reconhecimento imediato, com fundamento na própria Constituição, não obstante alertando para a necessidade da sua previsão legal, a fim de garanti-lo de forma definitiva e incontroversa.”*<sup>13</sup>

Comungando da mesma hipótese, temos a lição de ARNALDO MARMITT, citado por João Roberto Parizatto, escrevendo que: *“Do jeito como a Constituição Federal expõe a matéria, elevando o concubinato à posição de entidade familiar, considerando-o uma espécie de família, dando-lhe a proteção do Estado e, conseqüentemente, do Poder Judiciário, possibilitou a prestação alimentar entre os concubinos.”*<sup>14</sup>

A 8a. Câmara do TJRS, aos 20/12/90, no julgamento da Ap. Civ. 590069308, que teve como Relatora a Desembargadora Maria Berenice Dias, contemplou a hipótese dos alimentos à concubina, decidindo que:

*“Concubina - Alimentos - Cabimento. Alimentos à concubina. Com o advento da nova Carta Constitucional, que deferiu à união estável proteção estatal, comprovada sua existência, exsurge a obrigação alimentar entre ambos.”*<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup>OLIVEIRA, Basílio de. *Direito Alimentar e Sucessório entre Companheiros*. Rio de Janeiro: Destaque, 1995. p. 19.

<sup>14</sup>PARIZATTO, João Roberto. *O Direito dos Concubinos a Alimentos e à Sucessão*. Rio de Janeiro: Aide, 1995. p. 62.

<sup>15</sup>Repertório IOB de Jurisprudência - 1a. Quinzena de Dezembro de 1991 - n. 23/91 - 3/6338. p. 505.

Apesar de alguns doutrinadores e algumas decisões dos Tribunais admitirem ter os concubinos direitos a pleitear alimentos quando deles necessitar, após a dissolução da uniao estável, amparados pela Constituição Federal que em seu art. 226, parágrafo 3., enquadrou o concubinato como entidade familiar dando-lhe proteção do Estado, a matéria não era pacífica, sendo que a maioria das decisões eram contrárias a concessão dos alimentos aos concubinos. Tal entendimento contrário sustentava a falta de norma legal expressa, e que os alimentos eram devidos somente havendo parentesco ou matrimônio.

Portanto, a grande maioria dos doutrinadores entendia que, para haver dever alimentar entre os concubinos, mesmo após a vigência da Constituição Federal de 1988, haveria a necessidade de norma expressa que estabelecesse tal dever.

Nesse entendimento, MÁRIO AGUIAR MOURA, citado por J. M. Leoni Lopes de Oliveira<sup>16</sup>, não via como criar tal obrigação sem texto legal:

*“Embora se enfatize que os alimentos devidos por uma pessoa a outra tenham muito de direito natural, por destinarem-se à sobrevivência física e psíquica do ser humano, o regime de sua obrigatoriedade decorre formalmente da lei”.*

E mais adiante, continuava:

*“No âmbito do Direito Civil, inexistente qualquer dispositivo que consagre a obrigatoriedade de o concubino, findo o concubinato, pensionar o outro, tal como sucede no casamento”.*

---

<sup>16</sup>OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Alimentos e Sucessão - No Casamento e na União Estável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2a. edição, 1996. p. 113.

A 2a. Câmara Cível do TJSP, no julgamento da Ap. Cív. 125.557-1, rel. Des. Costa de Oliveira, entendeu inadmissível a concessão de alimentos à concubina, decidindo que:

*“Concubina. Não faz jus a alimentos. Alimentos são instituto típico do direito parental, ou protectivo, ou entre cônjuges. Fora daí, como no concubinato, somente há doação, em prestações sucessivas ou não. A regra jurídica do art. 226, & 3., da Constituição da República de 1988, diz respeito a prestações do Estado, não entre os concubinos. E faltam ainda definições. Urge a edição de regra jurídica, em lei. Não se alterou o Direito de Família, e o protectivo, da tradição do Direito brasileiro. Não há o direito da autora-apelante aos alimentos, de parte de quem inculca por seu ex-concubino. (...)”<sup>17</sup>*

No mesmo sentido, a 3a. Câmara Cível do TJSP, no julgamento da Ap. Cív. 195.273-1/8, rel. Des. José Malerbi, entendeu não haver obrigação alimentar entre concubinos, decidindo que:

*“Concubinato. Alimentos. Obrigação Inexistente. Ao reconhecer a existência e a importância na sociedade da união estável entre o homem e a mulher, o legislador constituinte entendeu de admiti-la, atribuindo ao Estado-Poder a incumbência de respeitá-la. Contudo, não equiparou o concubinato ao casamento. A Lei de Alimentos, por sua vez, é bastante clara ao estabelecer o direito e a obrigação alimentar apenas entre os cônjuges ou parentes. Inexiste, por via de consequência,*

---

<sup>17</sup> RJTJSP, 129/36.

*vínculo obrigacional de natureza alimentar entre concubinos. O vínculo é apenas moral e não jurídico.”<sup>18</sup>*

Outra decisão afirmando que a concubina não faz jus a alimentos, foi no julgamento da Ap. Cív. 126.200-1, da 1a. Câmara Cível do TJSP, rel. Des. Roque Komatsu, decidindo que:

*“Concubina não faz jus a alimentos. A obrigação de alimentos entre marido e mulher não está fundada no vínculo de parentesco, no ius sanguinis - art. 396 do Código Civil. Está baseada ou no dever de mútua assistência entre os cônjuges ou no dever de manutenção da família pelo marido. Está assim submetida a um regime particular, pois a referida obrigação não é senão um dos efeitos do casamento. O pressuposto da pretensão alimentar entre os cônjuges é o matrimônio. Admita-se que seja retroativamente aplicado o art. 226, & 3., da Constituição da República de 1988, segundo o qual para efeito de proteção do Estado é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. Mesmo assim inexistente a mencionada obrigação, pois, dissolvido o concubinato e também a chamada sociedade de fato, não há cogitar do dever de mútua assistência entre os concubinos ou no dever de manutenção da família pelo concubino. O mútuo e a família não existem mais. Admita-se que, a partir da vigência da atual Constituição, os mesmos deveres deverão ser observados por aqueles que se unirem sem casamento ou com ele. Em termos de mera relação concubinária, tem prevalecido a tese de sua irrelevância para o efeito de gerar obrigação alimentícia. No Direito brasileiro, a jurisprudência vem decidindo sistematicamente pela inexistência da obrigação legal de alimentos em favor da companheira. O fundamento da obrigação alimentar, existente entre os cônjuges, não se estende aos participantes das uniões livres, more uxorio. E se, mesmo após a separação, o ex-concubino continua prestando durante certo período*

---

<sup>18</sup>Repertório IOB de Jurisprudência - 1a. quinzena de julho de 1993 - n. 13/93 - 3/8563. p. 245.

*pensão mensal à antiga companheira, nada o impede de cessar unilateralmente o pagamento, sem que aquela possa exigí-lo pelas vias judiciais, uma vez que a liberalidade, caracterizada como obrigação natural, não pode ser transmudada em obrigação civil. Cuidando-se de cumprimento de dever moral, susceptível de suspensão, ao arbítrio do doador, não fica este com o direito de postular a repetição do já dado. E essa situação, existente antes de outubro de 1988, não pode ser modificada pela Constituição, sob pena de ofender um princípio da não retroatividade da lei, acolhida pelo nosso ordenamento jurídico”. (grifei)<sup>19</sup>*

Diante das controvérsias existentes acerca da pretensão alimentar entre companheiros após a Constituição Federal de 1988, creio ser mais prudente ficar com a corrente majoritária que entende ser inviável tal pretensão, haja vista a inexistência de norma legal disciplinando a matéria, e por entender que na época só era devido alimentos em razão de parentesco e do matrimônio, o que não ocorre com o concubinato. Logo após a CF/88, mais precisamente em 29 de Dezembro de 1994, com o advento da Lei n. 8.971, os companheiros passaram a ter o direito a alimentos garantido por lei.

---

<sup>19</sup>RJTJSP, 131/60.

## **4.2. PERÍODO POSTERIOR À LEI N. 8.971/94 E ANTERIOR À LEI 9.278/96**

Mesmo após a Constituição Federal de 1988, que em seu art.226, parágrafo 3., reconheceu a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, para efeito e proteção do Estado, os concubinos não tinham os seus direitos a alimentos garantidos, tendo em vista a falta de regulamentação legal.

Finalmente, em 29 de Dezembro de 1994 foi sancionada a Lei n. 8.971 que disciplinou o direito dos concubinos a alimentos, tratando-se de uma lei muito aguardada nos meios jurídicos e forenses. A referida lei dispõe em seu art. 1º: “ *A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei 5.478, de 25 de junho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove necessidade. Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.*”

Analisando o art. 1º da Lei n. 8.971/94 verifica-se que passou a ter duas espécies de união estável: sem prole e com prole.

O concubinato *sem prole*, segundo a referida lei, é a união entre um homem e uma mulher, em que ambos sejam solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, com relações reiteradas por mais de cinco anos.

A Lei n. 8.971/94 conceitua a união estável *com prole* como a união entre um homem e uma mulher, em que ambos sejam solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, com relações reiteradas, *more uxorio*, com fidelidade recíproca, publicidade e *affectio societatis*.

Salienta-se que na união estável com prole, ou seja, havendo filho ou filhos, somente se dispensa a prova da convivência por mais de cinco anos, mas não dispensa as demais características da união estável; até porque a prole comum poderia ter sido fruto de mera relação sexual efêmera.

Esse requisito alternativo criou muita polêmica entre os operadores do Direito, pois se for interpretado literalmente a existência de prole seria bastante à caracterização da união estável, e com isso fugiria por completo do sentido constitucional da expressão “união estável”.

Sobre o assunto, PESTANA DE AGUIAR, citado por J. M. Leoni Lopes de Oliveira<sup>20</sup>, pronunciou-se sobre a Lei n. 8.971/94:

---

<sup>20</sup>OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Alimentos e Sucessão - No Casamento e na União Estável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2a. edição, 1996. p. 101.

*“A nosso ver ficou muito aquém, da mens legis constitucional do art. 226 parágrafo 3., esse estranho requisito elterativo, a enveredarmos para perigosa e inaceitável interpretação literal do art. 1º da Lei 8.971, através da qual a superveniência de prole seria bastante à caracterização da união estável.*

*Malgrado a Lei 8.971 não o diga claramente, é inevitável estar conferindo direitos, a alimentos e à sucessão, a companheiro ou companheira em união estável desfeita por separação ou óbito.*

*Na alternativa diversa, sob o rigor da prole superveniente ser bastante à caracterização da união estável, a inconstitucionalidade da lei ordinária em epígrafe seria manifesta. A mais efêmera aventura sexual, com tempo de duração inferior a um dia, pode gerar prole, e nem por isso merece ser identificada à união estável ! Seria se desnaturar por completo o sentido constitucional dessa expressão, tanto para efeito da proteção do Estado, como na configuração da entidade familiar e para ser facilitada sua conversão em casamento”.*

Deve-se observar, também, a lição de FRANCISCO JOSÉ CAHALI, de que *“só a certidão de filho comum não bastaria para legitimar a pretensão alimentar, pois este fato apenas dispensa o lapso de cinco anos de convivência, mas não retira a necessidade de comprovação da existência da união estável, embora, certamente, seja um relevante indício do concubinato”*.<sup>21</sup>

O prazo quinquenal para caracterização da união estável sem prole foi muito criticado, pois a união fática está muito mais vinculada ao *animus* dos companheiros, do que propriamente ao tempo de sua duração. Muito mais importante do que o espaço de tempo, é a intenção dos conviventes

---

<sup>21</sup>CAHALI, Francisco José. *Dos Alimentos na União Estável da Lei 8.971/94*; Repertório IOB de Jurisprudência - 3/10532 - 1a. quinzena de fevereiro de 1995.

para que a relação se torne estável, sendo de todo inconveniente à fixação de prazo certo para caracterizar a união estável sem prole.

Um exemplo a respeito da inconveniência quanto à fixação de prazo certo é com relação a um homem e uma mulher que conviveram quatro anos e nove meses, não tiveram filhos, e após esse período foi dissolvida a união estável. Estando presentes as demais características da união estável, poderá a companheira pleitear alimentos do companheiro se deles necessitar, sem que a relação tenha alcançado cinco anos? Se for considerar literalmente o texto legal, não poderia pleitear alimentos, pois não cumpriu-se o prazo de cinco anos. Mas, é lógico que se estão presentes os demais requisitos, deverá ser concedido os alimentos pleiteados, até por uma questão de justiça.

A Lei 8.971/94 ao conceder o direito de alimentos somente à “companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo ...”, deixou clara a intenção do legislador em proteger apenas as uniões “concubinárias puras”, sem impedimentos para o casamento, ou, mesmo havendo o impedimento para um possível casamento, no caso de pessoas separadas judicialmente, não há mais o dever de fidelidade: tendo excluído de sua incidência, em princípio, o chamado “concubinato impuro ou adúltero”.

Acerca do assunto, é necessário se fazer uma breve diferenciação entre “concubinato puro” e “concubinato impuro”, sendo que o primeiro é aquele resultante da união de pessoas livres e desimpedidas, e o último é o resultante da relação entre duas pessoas quando há algum impedimento para o

casamento. A respeito da diferença entre concubinato puro e impuro, importante é a lição de MARIA HELENA DINIZ, citada por Basílio de Oliveira, que:

*“Consiste o concubinato numa união livre de pessoas de sexo diferente, que não estão ligadas entre si por casamento civil.*

*O concubinato pode ser puro e impuro. Configura-se o primeiro com a união duradoura entre homem e mulher, sem casamento civil, de pessoas solteiras, divorciadas, viúvas e separadas judicialmente, isto é, pessoas desimpedidas. Já no concubinato impuro, um ou ambos estão comprometidos ou impedidos de novo matrimônio, quer no adúltero quer no incestuoso”.*<sup>22</sup>

Creio ser injusto deixar o concubinato impuro em sentido estrito, ou seja, aquele formado por pessoas que já estejam separadas de fato e que mantém uma relação sólida com um (a) outro (a) parceiro (a), fora da proteção legal. Mesmo porque, como salienta BASÍLIO DE OLIVEIRA,<sup>23</sup> *“a Constituição Federal não fez distinção entre o concubinato puro e impuro, valendo dizer que, uma vez configurada uma união estável entre homem e mulher (entidade familiar), incide a proteção do Estado, devendo-se-lhe aplicar o disposto na Lei n. 8.971/94”.* Mas, infelizmente a Lei n. 8.971/94 não dá proteção ao concubinato impuro, somente tutela o concubinato puro e o concubinato entre pessoas já separadas judicialmente.

---

<sup>22</sup>OLIVEIRA, Basílio de. *Direito Alimentar e Sucessório entre Companheiros*. Rio de Janeiro: Destaque, 1995. p. 58.

<sup>23</sup>Idem. *ibidem*. p. 59.

Outro requisito explícito no art. 1º da Lei 8.971/94 é em relação a comprovação do estado de companheira para poder valer-se da lei especial de alimentos, ao estabelecer que “*a companheira comprovada de um homem (...) , poderá valer-se do disposto na Lei n. 5.478/68, (...)*” . Sendo que esse tópico será analisado adiante, quando for tratado acerca do rito da lei de alimentos e da prova pré-constituída .

Outra questão de grande importância a respeito do dever alimentar entre companheiros, instituído pela Lei 8.971/94 é com relação a necessidade da (o) credora (or) e a cessação da obrigação alimentar, ao prever que “*(...) enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade*”. Com relação a prova da necessidade é preciso verificar a dependência econômica no decorrer da união estável e a diferença de rendimentos entre o alimentante e a alimentanda, como acontece, por exemplo, com uma mulher que durante a união só cuidou do lar sem nenhuma atividade remunerada, ou mesmo auferindo renda a mesma é irrisória, neste caso ficaria provada a necessidade para fins de alimentos. Agora, se os companheiros têm a mesma condição financeira, podendo muito bem se manter, não há dever alimentar entre ambos, pois a união estável, por si só, não é elemento determinante do dever alimentar. É preciso demonstrar a necessidade daquele que pede alimentos e a possibilidade daquele em face de quem se pede.

A expressão “*enquanto não constituir nova união*” , do art. 1º da Lei. 8.971/94, pressupõe que se a (o) companheira (o) credora (or) dos alimentos se casar com outro (a) ou constituir nova união concubinária, pode

ensejar a extinção da pensão alimentícia. Salienta-se que não é necessário o concubinato puro, para se requerer a exoneração do dever alimentar, bastando apenas a existência do concubinato impuro. Tal entendimento de extinção da pensão alimentícia se faz porque caso a companheira credora constitua um novo casamento ou um novo concubinato, é presumido que a mesma passou a ser mantida ou ajudada pelo novo cônjuge ou companheiro, cessando, dessa maneira, a sua necessidade de receber pensão alimentícia.

Sobre o assunto, assim se manifestou J. M. LEONI LOPES DE OLIVEIRA:

*“Não se deve pensar que, por ter a Lei n. 8.971/94 estabelecido como característica da união estável uma convivência duradoura, isto é, convivência more uxorio, não possa o companheiro, obrigado a pagar pensão, exonerar-se desse dever com fundamento na existência de concubinato impuro do companheiro alimentado. Claro que pode. E, neste caso, pouco importa que o concubinato do companheiro credor dos alimentos seja considerado como concubinato impuro. (...)”<sup>24</sup>*

E acrescenta:

*“Não se exige, aqui, o concubinato puro, para servir de causa de pedir a exoneração do dever alimentar. Basta a existência do concubinato impuro, isto é, aquele em que não se exige que os concubinos coabitem, (...). Podem os concubinos morar em residências diversas e, ainda assim, será cabível o pedido de exoneração do dever alimentar.”<sup>25</sup>*

---

<sup>24</sup>OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Alimentos e Sucessão - No Casamento e na União Estável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2a. edição, 1996. p. 152.

<sup>25</sup>Idem. *ibidem*. p. 153.

Tratando do assunto, também temos a opinião de BASÍLIO DE OLIVEIRA,<sup>26</sup> que esclarece:

*“A expressão “enquanto não constituir nova união”, do art. 1º da lei em exame, não esclarece se essa união terá que ser duradoura ou estável, para ensejar a extinção da pensão.*

*Nesse passo, entendemos que deve ser aplicada a mesma orientação doutrinária e jurisprudencial predominante, acerca do direito alimentar entre cônjuges, em que não se exige a configuração de um concubinato estável para efeito da exoneração da obrigação alimentar por parte do obrigado. Para tal fim, é relevante qualquer ligação amorosa do cônjuge beneficiário da pensão. É portanto influente para a espécie, tanto a vida em comum more uxore como as relações concubinárias instáveis (...).”*

É inegável que a Lei n. 8.971/94, era muito aguardada nos meios jurídicos e forenses, como já foi dito anteriormente, mas, também, a referida lei gerou muitas dúvidas e deixou muitos pontos obscuros, entre eles, por exemplo, se o fator culpa pelo término da união estável, influi para a imposição ou denegação da obrigação alimentar.

Devido a omissão da lei, não há um consenso entre os juristas a esse respeito, pois muitos entendem ser correto deixar de lado a questão da culpa para fins de imposição de pensão alimentícia, outros, porém, entendem que em virtude da Lei do Divórcio<sup>27</sup>, ao disciplinar a mesma matéria, diz que é o cônjuge culpado que prestará alimentos ao outro, se deles necessitar, é mister

---

<sup>26</sup>OLIVEIRA, Basílio de. *Direito Alimentar e Sucessório entre Companheiros*. Rio de Janeiro: Destaque, 1995. p. 66-67.

<sup>27</sup>Art. 19, Lei 6.515/77: “O cônjuge responsável pela separação judicial prestará ao outro, se dela necessitar, a pensão que o juiz fixar”.

a verificação do culpado pelo término da união estável para se estipular quem deva prestar alimentos ao outro. Argumentam, também, que não se poderia dispensar o fator culpa, sob pena de conceder-se mais privilégios à concubina do que à mulher casada, sendo um flagrante desprestígio à figura do casamento.

Sobre esse assunto, JOÃO ROBERTO PARIZZATO<sup>28</sup>, enfatiza:

*“De se observar que, falando-se em igualdade de direitos nas relações concubinárias, para se deferir benefícios iguais àqueles outorgados pelo casamento, tem-se que não somente os direitos mas também os deveres devem ser observados e cumpridos. Na situação em apreço, exigindo-se, para a imposição de pensão alimentícia a um dos cônjuges, a ocorrência do fator culpa como se insere da Lei do Divórcio, no caso de alimentos devidos pela relação concubinária, não se poderia dispensar tal perquirição, sob pena de outorgar-se mais privilégios à concubina do que à mulher casada. Seria flagrante desprestígio à figura do casamento, o que evidentemente não pode ocorrer, porquanto a Constituição Federal, ao outorgar proteção à união estável como entidade familiar, não desprestigiou a figura do casamento, que continua sendo a base da família.”*

FRANCISCO JOSÉ CAHALI, ao discorrer sobre o assunto, diz:

*“Em assim sendo no casamento, exigindo-se a culpa para a imposição de obrigação alimentar, outro não poderá ser o critério para a fixação de pensão entre os companheiros, embora não tenha a Lei n. 8.971/94 determinado a similitude de tratamento entre companheiros e cônjuges para efeito de alimentos, consignando apenas um dos meios processuais para o exercício do direito.*

---

<sup>28</sup>PARIZZATO, João Roberto. *O Direito dos Concubinos a Alimentos e à Sucessão*. Rio de Janeiro: Aide, 1995. p. 60.

*Isto porque entendimento diverso contraria toda a evolução doutrinária, jurisprudencial e mesmo legislativa, buscando uma identidade de efeito entre o casamento e a união estável, uma vez que iria conferir maior vantagem, neste particular, à relação concubinária.*<sup>29</sup>

E cita SÉRGIO GISCHKOW PEREIRA :

*“Posta a matéria na disciplina do divórcio, até certo ponto se simplifica o equacionamento da responsabilidade alimentar no concubinato ou união estável. A solução está, a meu ver, em aplicar, analogicamente, o tratamento conferido ao divórcio. Isto significa condicionar o pagamento dos alimentos, em termos de obrigação alimentar, a que o concubino não seja responsável pela ruptura da união concubinária (...). Se no casamento, dissolvido pelo divórcio, não se pode cogitar dos alimentos independentemente de responsabilidade, também assim não será viável na dissolução do concubinato, sob pena de os concubinos ficarem em melhor posição do que os casados.(...) Destarte, não poderá pedir alimentos quem provocou a ruptura do concubinato, em termos fáticos, ou quem nele se conduziu mal. Em contrapartida, será autorizado a postulá-los quem não pode ser acusado de atos daquela espécie.”*<sup>30</sup>

Apesar da omissão da Lei n. 8.971/94, entendo que deva ser apurada a responsabilidade pelo término de uma relação concubinária para, então, quem não tiver culpa pelo término da relação receber alimentos do (a) companheiro (a), observando-se o binômio necessidade-possibilidade.

A Lei n. 8.971/94 prestigiou a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres e que vigoram também no âmbito do casamento legal, prevista na Constituição Federal<sup>31</sup>, ao estabelecer no parágrafo único do art. 1º ,

<sup>29</sup>CAHALI, Francisco José. *União Estável e Alimentos entre Companheiros*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 100.

<sup>30</sup>Idem. *ibidem*. p. 101.

<sup>31</sup>Art. 5º, inciso I, da CF/88: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

que: *“Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente ou viúva”*.

A respeito da reciprocidade de direito alimentar entre os companheiros da união estável, temos o brilhante entendimento de JOÃO ROBERTO PARIZATTO:<sup>32</sup>

*“ Em vista da igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, prevista no art. 5º, inciso I, da Constituição Federal, estabeleceu-se no parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.971, de 29 12 94, que: “Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva”, prevendo-se que não somente à concubina, mas também ao concubino, sendo o caso e provados os requisitos previstos no mencionado art. 1º, poderá valer-se da ação de alimentos prevista na Lei n. 5.478, de 25 07 68. Sendo assim, o homem pleiteará alimentos contra a mulher, provando sua necessidade e as condições desta de lhe outorgar tais alimentos, pressupondo-se, neste caso, que a mulher está em melhores condições do que o homem. Tal situação, embora de difícil ocorrência, evidentemente poderá se apresentar em determinados casos específicos, amparando-se, assim, a igualdade de direitos e obrigações de ambos os concubinos, como ocorre no casamento.”*

Com relação ao direito intertemporal, comungo do entendimento de FRANCISCO JOSÉ CAHALI<sup>33</sup>, para quem *“ a Lei n. 8.971 94 aplica-se às uniões estáveis existentes quando da sua vigência, ainda que iniciada a*

---

Art. 226, parágrafo 5º da CF/88: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

<sup>32</sup>PARIZATTO, João Roberto. *O Direito dos Concubinos a Alimentos e à Sucessão*. Rio de Janeiro: Aide. 1995. p. 65.

<sup>33</sup>CAHALI, Francisco José. *União Estável e Alimentos entre Companheiros*. São Paulo: Saraiva. 1996. p. 159.

*convivência anteriormente, mas não atinge as relações extintas até 29 de dezembro de 1994<sup>34</sup>, para quais aplica-se o regime então vigente, onde inexistia a previsão legal aos alimentos.”*

#### **4.2.1. DA AÇÃO DE ALIMENTOS ENTRE COMPANHEIROS E DA PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA.**

A Lei n. 8.971/94 dispõe em seu art. 1º que a companheira ou companheiro, cumpridos os requisitos exigidos, poderão valer-se da Lei Especial de Alimentos n. 5.478/68. Muitos criticaram<sup>35</sup> esse artigo por não se referir expressamente ao direito material dos companheiros a alimentos, mas, como bem salienta BASILIO DE OLIVEIRA<sup>36</sup>, “*está claro que na hipótese da pretensão alimentar entre concubinos, as normas do direito material que disciplinam o instituto de alimentos e que são do Direito de Família, terão plena incidência (...)*”.

---

<sup>34</sup>A Lei n. 8.971/94 foi publicada no DOU de 30/12/1994, dispondo seu art. 4º a entrada em vigor na data da publicação.

<sup>35</sup> “O artigo 1º da lei comentada é também passível de crítica pelo fato de não fazer **menção expressa ao direito material** dos companheiros a alimentos, talvez por mero preconceito, já que poderia muito bem tecnicamente ser inaugurada com a declaração clara e inequívoca de que seria reconhecido o direito alimentar entre os companheiros que vivem em união estável, nos termos da Constituição, podendo valer-se da Lei n. 5.478/68 para a sua postulação. Ora, para “valer-se do disposto na lei” é preciso, antes, que o pedido seja juridicamente possível e que o postulante da prestação jurisdicional tenha seu direito substancial assegurado pela lei ou pelo contrato, o que apenas ficou implícito naquele dispositivo”. ( OLIVEIRA, Basílio de. *Direito Alimentar e Sucessório entre Companheiros*. Rio de Janeiro: Destaque, 1995. p. 65). (grifei)

O art. 1º da Lei n. 8.971/94 determina que a “*companheira comprovada*” pode pedir alimentos pelo rito especial da Lei n. 5.478/68. Portanto, a companheira que deseja pleitear alimentos deve ir munida de prova pré-constituída da existência do concubinato. A companheira deve provar a relação estável e o decurso de mais de 5 (cinco) anos desta, salvo se houver prole, quando será necessária somente a prova da relação. Assim, caso a companheira não consiga demonstrar de plano, através de prova pré-constituída, a obrigação alimentar, não será possível a utilização da Lei de Alimentos (Lei n. 5.478/68).

JOÃO ROBERTO PARIZATTO entende que a Lei n. 8.971/94 criou dificuldades para a concubina pleitear alimentos utilizando-se da Lei n. 5.478/69, argumentando que:

*“A Lei n. 8.971/94, de 29/12/94, ao estabelecer o direito de a concubina valer-se da ação de alimentos prevista na Lei n. 5.478, de 25/07/68, criou dificuldades para sua utilização, porquanto para ingresso da ação deverá ser provada a obrigação alimentar, que no caso em apreço é a relação estável há mais de 5 (cinco) anos. Vale ressaltar, assim, que na inexistência de prole não será possível à concubina a utilização de tal ação de alimentos se a relação concubinária não contar com mais de 5 (cinco) anos de duração”.*<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> Idem. ibidem. p. 65.

<sup>37</sup> Idem. ibidem. p. 56.

A Lei de Alimentos<sup>38</sup> exige a prova pré-constituída do parentesco ou da obrigação alimentar, sendo que no caso de casamento a obrigação alimentar é provada através da certidão de casamento, e com relação ao parentesco a prova é feita pela certidão de nascimento. Ocorre que em relação a “união estável” a prova da obrigação alimentar não se dá tão facilmente, pois a questão de sua existência é fática, uma vez inexistente o registro civil da união estável, como ocorre no casamento e na filiação.

Comentando sobre o assunto, JOÃO ROBERTO PARIZATTO doutrina:

*“Os alimentos são devidos pela relação de parentesco (Código Civil, art. 396), ou pelo dever de mútua assistência, no caso de marido e mulher (Código Civil, art. 231, III), eis que estes não são parentes. Nestes casos, exibida a prova da relação de parentesco ou do vínculo conjugal, por certidão de nascimento ou de casamento, sendo o caso, tem-se a possibilidade de se pleitear alimentos, ficando feita a prova para os fins da ação. No caso em espécie, tendo a Lei n. 8.971, de 29/12/94, outorgado à concubina o direito de valer-se da Lei n. 5.478, de 25/07/68, tem-se que a concubina, por não ser legalmente casada e assim não possuir certidão atestadora de tal situação fática, terá de provar a relação e o decurso de mais de 5 (cinco) anos desta, salvo se existir prole, quando será necessária somente a prova da relação.*

*Em vista de que para admissibilidade da ação prevista na Lei n. 5.478, de 25/07/68, há necessidade de prova pré-constituída do concubinato e do decurso de mais de 5 (cinco) anos deste, salvo ser houver prole, quando ficará a concubina com o dever de provar somente a relação concubinária, tem-se que não será*

---

<sup>38</sup>Art. 2º. Lei n. 5.478/68: “O credor, pessoalmente, ou por intermédio de advogado, dirigir-se-á ao juiz competente, qualificando-se, e exporá suas necessidades, provando apenas o parentesco ou a obrigação de alimentar do devedor, indicando seu nome e sobrenome, residência ou local de trabalho, profissão e naturalidade, quanto ganha aproximadamente ou os recursos de que dispõe”.

*possível, como já frisamos, a utilização de tal ação sem que sejam provados tais requisitos.”*<sup>39</sup>

A prova pré-constituída da existência do concubinato (união estável) exigida pela Lei n. 8.971/94, para que a companheira possa pleitear alimentos pelo rito especial da Lei n. 5.478/68, segundo os autores, pode ser obtida através dos seguintes documentos: de uma sentença declaratória da existência de união estável, uma justificação judicial<sup>40</sup>, o casamento religioso e no exterior<sup>41</sup>, indicação como dependente no imposto de renda<sup>42</sup>, a averbação do patronímico do companheiro ao nome da companheira<sup>43</sup>, etc.

A respeito da exigência da prova pré-constituída para o exercício da ação de alimentos prevista pela Lei n. 8.971/94, e dos meios de prova que se

<sup>39</sup> Idem, ibidem. p.54-5.

<sup>40</sup> “A eficácia declaratória da sentença de justificação, aliás, fica excluída, não só por ser outro o pedido da ação, como também pela inexistência de contraditório no processo, inadmitindo o oferecimento de defesa.

Neste contexto, não constituída sentença declaratória da existência da união estável, mas apenas prova unilateral produzida pelo requerente da medida, embora facultada a juntada de documentos e reperguntas pelo interessado às testemunhas, **a justificação judicial, para efeito de instruir pedido de alimentos pela lei especial, deve ser recebida com ressalvas**”. ( CAHALI, Francisco José. *União Estável e Alimentos entre Companheiros*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 145-6).(grifei)

<sup>41</sup> “Cabe ressaltar que, para efeito de obrigação alimentar, a caracterização da união estável por estes dois meios não afasta o requisito específico do período de constância da união, previsto no art. 1º da Lei n. 8.971/94, mas convive com ele; vale dizer, além da comprovação do casamento religioso ou no exterior, também mostra-se indispensável a verificação do prazo igual ou superior a cinco anos de união, reduzido com o nascimento de prole comum”. ( CAHALI, Francisco José. *União Estável e Alimentos entre Companheiros*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 137).

<sup>42</sup> “Igualmente aqui se faz a advertência de que esta comprovação é insuficiente, por si só, à imposição alimentar, sendo necessária a demonstração do prolongamento da convivência no tempo ou o nascimento de filho, pois a legislação tributária não exige, para a indicação da companheira como dependente, qualquer prazo de convivência ou prole comum”. ( CAHALI, Francisco José. *União Estável e Alimentos entre Companheiros*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 138).

<sup>43</sup> “Releva notar com relação a este documento a desnecessidade de comprovação ou mesmo alegação de preenchimento do requisito tempo de duração da união ou prole comum, pois, para a obtenção dessa vantagem (prerrogativa), a Lei de Registros Públicos (art. 57, parágrafo 3º) já exige o implemento dessas condições, assim: “O Juiz competente somente processará o pedido se tiver expressa concordância do companheiro, e se da vida em comum houverem decorrido, no mínimo, 5 (cinco) anos ou existirem filhos da união”. ( CAHALI, Francisco José. *União Estável e Alimentos entre Companheiros*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 141).

admitem, temos a lição de FRANCISCO JOSÉ CAHALI, citado por João Roberto Parizatto<sup>44</sup>:

*“Assim, temos como indispensável, para o exercício da ação autorizada pelo referido art. 1º, a demonstração de plano da obrigação alimentar, ou seja, da união estável entre as partes, por 5 (cinco) anos ou menos se existente prole comum. A questão torna-se mais complexa quanto à forma desta comprovação, uma vez inexistente o registro civil da união estável, como ocorre no casamento e na filiação. Tratando-se de meios de prova, não se pode esgotar a matéria; permitindo-nos, entretanto, direcionar a questão no sentido de que bastaria, até nova lei estabelecendo a respectiva forma, qualquer documento de reconhecimento indiscutível da união estável, como: certidão de casamento religioso ou no exterior embora não formalizado no Registro Civil brasileiro; indicação, pelo alimentante, da alimentada como dependente do Imposto de Renda; escritura pública de reconhecimento da situação, ou do dever de pensionar (RJTJESP 51 30); sentença judicial acolhendo a partilha de bens ou outros aspectos com base no concubinato; etc. Por outro lado, não se deve admitir provas unilateralmente produzidas pelo alimentando (declarações suas ou de terceiros), ou aqueles documentos que, por si só, não trazem um reconhecimento expresso da obrigação, como fotos, cartas e bilhetes íntimos, ou até mesmo demonstração de residência comum, pois a caracterização da união estável exige mais, especialmente com um juízo de valor a respeito da relação entre o homem e a mulher como se casados fossem. Aceito que para o exercício da pretensão alimentar através da lei especial é indispensável a prova pré-constituída da obrigação. Admite-se, em tese, a impossibilidade de exercício desta ação quando dependente de instrução probatória a relação concubinária.”*

---

<sup>44</sup>PARIZATTO, João Roberto. *O Direito dos Concubinos a Alimentos e à Sucessão*. Rio de Janeiro: Aide, 1995. p. 56-7.

A sentença declaratória da existência de união estável, como visto anteriormente, consiste em prova pré-constituída. Assim sendo, como bem salienta J. M. LEONI LOPES DE OLIVEIRA<sup>45</sup>, *“a mulher que for para a ação de alimentos, pelo rito da Lei de Alimentos, com sentença declaratória da existência de concubinato (união estável), está munida de prova pré-constituída, fazendo, portanto, jus aos alimentos provisórios previstos no art. 4º da Lei de Alimentos.”*

Segundo BASÍLIO DE OLIVEIRA devemos, pois, distinguir duas situações:

- “a) concubinato já declarado por sentença - nesta hipótese, não oferece qualquer resistência à idéia de adotar o procedimento estabelecido pela Lei n. 5.478/68, face à definição da relação pré-processual; efetivamente, uma vez tornado indiscutido pelo legislador o direito a alimento, e reconhecida por sentença a situação fática, a demanda ficará reduzida à apuração da necessidade de um e à possibilidade de outro, com a fixação do quantum debeat, daí a pertinência da aplicação da Lei de Alimentos;*
- b) concubinato ainda não reconhecido por sentença - nesta hipótese, o objeto litigioso 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 impõe-se, pois trata-se de ação de cognição plenária, e não sumária.”<sup>46</sup>*

Na falta de prova pré-constituída da obrigação alimentar, como no caso de uma “união estável” ainda não reconhecida por sentença, a

---

<sup>45</sup>Idem, ibidem. p. 134.

companheira não poderá valer-se do disposto na Lei n. 5.478/68, só podendo exercer os seus direitos pelas vias ordinárias. Portanto, no caso de ação ordinária de alimentos, estando ausente o requisito da prova pre-constituída da obrigação alimentar, tem-se que, em princípio, mostra-se inaplicável o disposto no art. 4º da Lei de Alimentos, segundo o qual “*ao despachar o pedido, o juiz fixará desde logo alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor, salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita.*”

Porém, poderá ser concedido “alimentos provisionais” em procedimento cautelar específico (art. 852 do CPC), a exemplo do que vem acontecendo na ação de investigação de paternidade cumulada com pedido de alimentos, provados os requisitos do “*fumus boni juris*” e do “*periculum in mora*”. Com relação ao primeiro requisito, BASÍLIO DE OLIVEIRA<sup>47</sup> entende que “*a doutrina não exige prova cabal e completa para a concessão da liminar, bastando a fumaça do bom direito e não a demonstração definitiva e indubitosa da existência do direito material do autor.*”

Com relação ao *quantum* da pensão alimentícia a ser fixada pelo Juiz, a pedido feito pela (o) companheira (o), deve-se levar em conta o art. 400 do Código Civil, fixando-se os alimentos na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

A Lei n. 8.971/94 ao facultar à (ao) companheira (o), a utilização da Lei n. 5.478/68 para que seja pleiteado alimentos em vista de tal relação

---

<sup>46</sup>OLIVEIRA, Basílio de. *Direito Alimentar e Sucessório entre Companheiros*. Rio de Janeiro:

estável, fixados tomando-se em conta o binômio necessidade-possibilidade, como já manifestado anteriormente, também possibilitou que tanto os alimentos provisórios fixados na inicial<sup>48</sup> como a decisão judicial<sup>49</sup> sobre alimentos podem ser revistos a qualquer tempo, em face da modificação da situação financeira dos interessados.

---

Destaque, 1995, p. 82.

<sup>47</sup> Idem, ibidem, p. 79-80.

<sup>48</sup> Art. 13, parágrafo 1º, Lei 5.478/68: “Os alimentos provisórios fixados na inicial poderão ser revistos a qualquer tempo, se houver modificação na situação financeira das partes, mas o pedido será sempre processado em apartado”.

<sup>49</sup> Art. 15, Lei 5.478/68: “A decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado e pode a qualquer tempo ser revista, em face da modificação da situação financeira dos interessados”.

### **4.3. PERÍODO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI n. 9.278/96**

Apesar de ter sido muito aguardada nos meios jurídicos e forenses, a Lei n. 8.971/94 que regulou o direito dos concubinos a alimentos e à sucessão, foi muito criticada por especialistas e operadores do Direito, por ser omissa e conter muitos pontos obscuros, motivo pelo qual era necessário uma outra lei regulamentando ou completando aquela.

No dia 13 de maio de 1996, entrou em vigor a Lei n. 9.278, que regulamentou o art. 226, parágrafo 3º da Constituição Federal, que estabelece: “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”.

Dispõe o art. 1º da Lei n. 9.278/96 que: *“É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.”* Comparando-se os dois artigos acima (art. 226, parágrafo 3º da CF e art. 1º da

Lei n. 9.278/96), se conclui que a expressão constitucional, “União Estável”, foi reinterpretada pela Lei n. 9.278/96, como “convivência duradoura”, sendo ambas sinônimas.

Primeiramente é necessário verificar se a Lei n. 8.971/94 foi revogada pela Lei n. 9.278/96, caso não esteja totalmente revogada, também é necessário a verificação de quais normas da primeira (8.971/94) estão em vigor diante da vigência da segunda (9.278/96), principalmente com relação a caracterização da união estável e alimentos, por ser a matéria em debate.

Segundo a grande maioria dos autores a Lei n. 8.971/94 não foi revogada totalmente, apenas ocorreu a revogação parcial (derrogação) naquilo que é incompatível com a Lei n. 9.278/96.

Em relação ao art. 1º da Lei n. 8.971/94, o mesmo foi derogado (revogado parcialmente) pela nova lei, sendo que a Lei n. 9.278/96 falou genericamente em “*convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família*”; portanto, sem cogitar de impedimentos, de tempo ou de prole. A exigência de um lapso temporal mínimo e pré-estabelecido de cinco anos, caso não houvesse prole, exigido pela Lei n. 8.971/94 não mais persiste em virtude da nova lei. Sendo possível que se configure a união em prazo inferior, desde que atendidos os outros requisitos legais supra indicados.

RAINER CZAJKOWSKI, acerca do assunto, manifestou-se:

*“Não há, também, na nova lei, o requisito alternativo de que a convivência tenha subsistido por um mínimo de*

*cinco anos, ou que dela tenha resultado prole. É mais viável, mesmo, que a Lei não imponha, nem uma condição, nem outra. (...) a estabilidade em cada caso concreto é um elemento variável - que não deve ser rigidamente fixado na lei - e a presença de filhos não é indispensável para a configuração de uma família informal. A Lei 8.971/94, no entanto, continua oferecendo uma diretriz importante: a existência de filhos é sintoma veemente de estabilidade.”<sup>50</sup>*

Quanto a qualificação dos conviventes, para se configurar a união estável, não há mais restrições em relação ao estado civil dos mesmos, haja vista a omissão da Lei n. 9.278/96 a esse respeito. Não há, portanto, a necessidade de que ambos sejam solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, podendo se caracterizar a união estável quando um ou ambos os conviventes sejam apenas separados de fato de antigos cônjuges.

Neste sentido, J. M. LEONI LOPES DE OLIVEIRA <sup>51</sup>, doutrina:

*“Entretanto, diante do novo texto do art. 1º da Lei n. 9.278/96, somos que não cabe mais a exigência de que ambos os conviventes sejam separados judicialmente, divorciados ou viúvos, em virtude da omissão, na referida norma, dessa exigência.*

*Cedemos, portanto, em função da redação do art. 1º da Lei n. 9.278/96 ao entendimento sobre a não-exigência da qualificação dos parceiros, para caracterizar a união estável.*

*Deve-se ressaltar, sob pena de amparar relacionamentos esporádicos, que, para a caracterização de união estável em que um dos parceiros seja casado com terceiro, deve existir uma separação de fato em relação ao cônjuge, além das*

<sup>50</sup>CZAJKOWSKI, Rainer. *União Livre: à luz das Leis 8.971/94 e 9.278/96*. Curitiba: Juruá, 1996. p. 132.

<sup>51</sup>OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Alimentos e Sucessão - No Casamento e na União Estável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2a. edição, 1996. p. 89.

*demais características: diversidade de sexos; coabitação; estabilidade; publicidade; fidelidade; finalidade; e, por último, affectio societatis.”*

A Constituição Federal e as Leis 8.971/94 e 9.278/96 exigem, para se caracterizar a união estável entre os conviventes, a diversidade de sexos, isto é, convivência entre homem e mulher, não se admitindo a união estável entre homossexuais.

A coabitação é elemento essencial para caracterização da união estável nos termos da nova lei, devendo os conviventes morarem sob o mesmo teto como se casados fossem, apesar de essa característica não estar explícita na Lei n. 9.278/96. A esse respeito, J. M. LEONI LOPES DE OLIVEIRA<sup>52</sup> entende que *“apesar da omissão, entre os deveres dos conviventes, no art. 2º da Lei n. 9.278/96, do dever de coabitação, à semelhança do disposto no art. 231, inciso II do Código Civil, que estabelece como dever de ambos os cônjuges “a vida em comum, no domicílio conjugal”, somos que a convivência more uxorio deve existir para a caracterização da união estável”*. Contudo, o mesmo autor ressalva:

*“Entretanto o dever de coabitação não significa, a todo evidente, que o casal possa em determinado período de sua convivência residir em casas diversas, como por exemplo, em decorrência de compromissos profissionais. suponha-se, por exemplo, o caso daquele Juiz que designado para exercer sua função jurisdicional em outra comarca, só possa retornar ao lar nos fins de semana, ou, ainda, da guia turística*

---

<sup>52</sup>Idem, ibidem. p. 91.

*internacional, que passa longos períodos fora do lar. Nessas, como em outras hipóteses, que a jurisprudência apreciará caso a caso, não se encontra ausente a coabitação”.*<sup>53</sup>

Outra característica da união estável é com relação a publicidade e a continuidade da relação, sendo que a Lei n. 9.278/96 estabeleceu que “*é reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher estabelecida com objetivo de constituição de família*” (grifei). No dizer de J. M. LEONI LOPES DE OLIVEIRA<sup>54</sup>: “*Convivência pública é aquela conhecida de todos; é a convivência daqueles que vivem em união estável e manifesta, notória. Essa convivência se dá em público, não é uma convivência secreta*”. No tocante a expressão “contínua”, RAINER CZAJKOWSKI<sup>55</sup> entende que “*a Lei quis evitar a caracterização da estabilidade pela somatória de períodos de união absolutamente intercalados, separados, sem nenhum vínculo subjetivo entre eles*”. Pondera o mesmo autor que “*no contexto das uniões livres, o conteúdo legal de “contínuo” deve receber interpretação maleável. Nem sempre pode ser compreendido como sem interrupções. A viagem a negócio ou para estudos, a briga e a reconciliação subsequente, não afetam a continuidade da relação entre parceiros; óbvio que podem significar intervalos na convivência física, mas não ruptura*”.<sup>56</sup>

---

<sup>53</sup>Idem, ibidem. p. 95.

<sup>54</sup>Idem, ibidem. p. 98.

<sup>55</sup>CZAJKOWSKI, Rainer. *União Livre: à luz das Leis 8.971/94 e 9.278/96*. Curitiba: Juruá, 1996. p. 71.

<sup>56</sup>Idem, Ibidem. p. 71.

O art. 1º da Lei n. 9.278/96 também introduziu uma característica subjetiva da união estável, ao estatuir o termo “(...) *com objetivo de constituição de família*”. Os conviventes devem ter o propósito, a intenção de constituir uma família, sendo que esse aspecto está muito relacionado com a seriedade da relação, com a vontade de fazer com que a relação seja estável.

A Lei n. 9.278/96 também inovou ao estabelecer no seu art. 2º os direitos e deveres iguais dos conviventes, quais sejam: “*I - respeito e consideração mútuos; II - assistência moral e material recíproca; III - guarda, sustento e educação dos filhos*”. Deixou, apenas, de fazer referência expressa à fidelidade e a vida em comum sob o mesmo teto, elencados como deveres no casamento pelo Código Civil (art. 231), embora a noção de fidelidade possa ser encontrada no âmbito do respeito e da consideração mútua, e com relação a coabitação já foi manifestado anteriormente.

A Lei n. 8.971/94 não se referia expressamente ao direito material dos companheiros a alimentos, apenas facultava a utilização da Lei n. 5.478/68 para se pleitear pensão alimentícia. Essa omissão foi sanada pela nova Lei n. 9.278/96, que disciplinou o direito a alimentos em dois de seus artigos. O art. 2º, inciso II, dispõe que: “*São direitos e deveres iguais dos conviventes: (...); II - assistência moral e material recíproca*”. E o art. 7º estabelece que: “*Dissolvida a união estável por rescisão, assistência material prevista nesta lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos*”.

Portanto, a assistência material como direito e dever mútuo previsto no art. 2º, II, da Lei n. 9.278/96, serve como fundamento ao pedido de alimentos, em caso de necessidade, conforme o art. 7º da Lei.

A Lei 9.278/96 subornou o direito de alimentos à dissolução da união estável **por rescisão**, não se estendendo tal direito quando a dissolução da relação for ocasionada pela morte de um dos conviventes. Sobre este ponto, temos o entendimento do festejado RAINER CZAJKOWSKI <sup>57</sup>:

*“(...) a Lei subordina o direito de alimentos à dissolução da união estável **por rescisão**. Via de regra não se cogita de aplicar o art. 23 da Lei do Divórcio. Alimentos convencionados entre os parceiros, e que podem extrapolar em muito a noção de “necessidades”, cessam com a morte de qualquer deles. Não havendo convenção, morrendo um dos parceiros na constância da união, o sobrevivente tem outros direitos materiais para sua garantia: a presunção de condomínio, o usufruto e a habitação. Não há por isso, via de regra, “necessidade” para postular alimentos contra os herdeiros do falecido. O art. 23 da Lei do Divórcio só deve ser aplicado em circunstâncias excepcionais, em casos de desamparo absoluto e para atender a necessidades vitais do parceiro sobrevivente”.*

A Lei n. 8.971/94 também foi omissa no que se refere a culpa pelo término da união estável, conforme já manifestado anteriormente. Neste sentido, a Lei n. 9.278/96 corrigiu essa omissão, ao atribuir direitos e deveres entre os conviventes, elencados no art. 2º. Portanto, aquele que foi o responsável pela dissolução da união estável, infringindo alguns dos deveres do

---

<sup>57</sup> Idcm. Ibidem. p. 132.

art. 2º da Lei n. 9.278/96, não tem o direito a pensão alimentícia. A este respeito, RAINER CZAJKOWSKI<sup>58</sup>, doutrina:

*“Embora a Lei 9.278 não tenha feito uma relação entre o art. 7º e o art. 2º, que trata dos direitos e deveres recíprocos entre os parceiros, a simples confrontação de ambos conduz a algumas evidências. Não basta, por si só, a demonstração de que houve união estável e de que há necessidade material. O parceiro que dá causa ao rompimento da união, infringindo algum dos deveres elencados no art. 2º, **não deve ter a pretensão alimentar acolhida**. Entender o inverso seria fomentar a irresponsabilidade e a má-fé. Seria admitir que um parceiro, deliberadamente, desrespeitasse gravemente o outro, provocando o fim de um relacionamento incômodo, e dele ainda pleiteasse alimentos. Parece claro que não pode ter sido esta a intenção da Lei. Dito de outra forma: o parceiro que comprovadamente é o responsável pela ruptura da união, abriu mão da assistência material, renunciou a ela pois, até então, presumivelmente a recebia. Neste pormenor, a Lei de 96 corrigiu grave omissão da anterior”.* (grifei)

A respeito da culpa pelo término da relação estável, importante também frisar o entendimento do conceituado ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO<sup>59</sup>, entendendo que *“durante a união, os concubinos devem-se mutuamente, alimentos. Após a ruptura da sociedade concubinária, serão eles devidos, se houver culpa, devendo o culpado pagar ao inocente alimentos, se deste necessitar. É expresso o art. 7º ao assentar que cuida de dissolução da união estável, por rescisão, que não existe sem culpa”*.

---

<sup>58</sup>Idem, Ibidem, p. 133.

<sup>59</sup>AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Com a Promulgação da Lei n. 9.278, em 10 de maio de 1996, está em vigor o Estatuto dos Concubinos*. Revista Literária de Direito. n. 11: maio/junho de 1996. p. 22.

A questão da referência à Lei n. 5.478/68 (Lei de Alimentos), constante na Lei n. 8.971/94 e omitida pela nova Lei, também deve ser enfrentada. Considerando que a Lei n. 9.278/96 não revogou a anterior, a não ser naquilo que for incompatível, chega-se a conclusão de que a remissão legal permanece, isto é, são invocáveis as disposições constantes da lei que disciplina o processo de alimentos.

A companheira ou o companheiro, conforme já dito anteriormente quando do comentário à Lei n. 8.971/94, podem pleitar alimentos pelo rito especial da Lei n. 5.478/68, desde que munidos de prova pré-constituída da existência da união estável, ou seja, deve ser provada “*a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família*”, nos termos do art. 1º da Lei n. 9.278/96, devendo, também, ser demonstrada a necessidade daquele que pede alimentos e a possibilidade daquele em face de quem se pede.

A prova pré-constituída da existência do concubinato (união estável), além dos documentos referidos anteriormente quando do comentário à Lei n. 8.971/94, pode ser obtida através do contrato escrito realizado entre os conviventes, que estipula o regime de bens que deverá reger a convivência, previsto no art. 5º da Lei n. 9.278/96. Sobre o assunto, J. M. LEONI LOPES DE OLIVEIRA<sup>60</sup> manifesta-se:

---

<sup>60</sup>OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Alimentos e Sucessão - No Casamento e na União Estável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2a. edição. 1996. p. 140-1.

*“ Com a vigência da Lei n. 9.278/96, foi introduzido, no sistema jurídico, um outro meio de prova documental, que servirá certamente como prova pré-constituída para a obtenção dos provisórios na ação de alimentos. Estamos nos referindo ao contrato escrito previsto no art. 5º da lei. (...) Se a convivente apresentar, junto com a inicial de alimentos, o contrato escrito ( pacto ) que estipulou com o réu, sobre o regime de bens que deveria reger sua convivência, isso deve ser considerado como prova pré-constituída”.*

Entretanto, na falta de prova pré-constituída da obrigação alimentar, conforme já dito anteriormente quando do comentário a Lei n. 8.971/94, não poderá a convivente valer-se do disposto na Lei n. 5.478/68, só podendo exercer seus direitos pelas vias ordinárias. Nesse caso, a princípio, a convivente não poderá ser beneficiada com a fixação de alimentos provisórios, disposto no art. 4º da Lei de Alimentos. Porém, poderá ser concedido “alimentos provisionais” em procedimento cautelar específico (art. 852 do CPC), provados os requisitos do “*fumus boni juris*” e do “*periculum in mora*”, conforme já dito anteriormente.

Com relação ao *quantum* da pensão alimentícia a ser fixada pelo Juiz, deve-se levar em conta o binômio necessidade-possibilidade, podendo os alimentos serem revistos a qualquer tempo, em face da modificação da situação financeira dos interessados, consoante ao já dito anteriormente.

A obrigação de prestar alimentos extingue-se quando a (o) convivente credora (or) dos alimentos se case com outro (a) ou constitua nova união concubinária, caso em que cessaria a necessidade, nos termos do que já

foi dito anteriormente quando do comentário a Lei n. 8.971/94, salientando-se que a morte do devedor dos alimentos, também extingue a obrigação alimentar.

Finalmente a Lei n. 9.278/96 dirimiu qualquer conflito existente quanto a competência para se julgar assuntos referentes ao concubinato (união estável), dispondo em seu art. 9º que: *“Toda matéria relativa à união estável é de competência do juízo da Vara de Família, assegurando o segredo de justiça”*.

## 5. DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS CONCUBINOS.

Antes da vigência das Leis 8.971/94 e 9.278/96 os companheiros tinham os direitos sucessórios restrito à disposição testamentária, podendo ter participação no inventário do “de cujus”, na qualidade de administrador provisório do espólio, ou até mesmo como credor do autor da herança, caso já tivesse sido reconhecida a sociedade de fato entre ambos. Atualmente, estando em vigor as Leis supracitadas, os direitos sucessórios dos concubinos são muito maiores.

Após a vigência da Lei n. 8.971/94 foi instituída uma nova modalidade de herdeiro: a (o) companheira (o) do “de cujus”. BASÍLIO DE OLIVEIRA preceitua que esta inovação “*mexe na ordem sucessória e chega até a eliminar a expectativa de direitos hereditários de parentes do companheiro falecido, como é o caso dos direitos sucessórios dos colaterais, na falta de descendente e ascendente*”.<sup>61</sup>

O art. 2º da Lei n. 8.971/94 dispõe que:

---

<sup>61</sup>OLIVEIRA, Basílio de. *Direito Alimentar e Sucessório entre Companheiros*. Rio de Janeiro: Destaque. 1995. p. 105.

*“As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do (a) companheiro (a) nas seguintes condições: I - o (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujus, se houver filhos deste ou comuns; II - o (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujus, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes; III - Na falta de descendentes e de ascendentes, o (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança”.*

Fazendo-se uma análise desse art. 2º verifica-se que atribuiu direito sucessório ao companheiro a título de direito de *propriedade* (inciso III) e direito de *usufruto* ( incisos I e II). Tais direitos (usufruto e de propriedade) serão vistos com mais detalhes em seguida.

Primeiramente resta saber se as restrições do art. 1º da Lei n. 8.971/94, quanto ao tempo de convivência, caso não houvesse prole, e ao estado civil dos companheiros, persiste em relação a sucessão, mesmo após a vigência da nova Lei n. 9.278/96. Muitos autores acreditam que não mais se exige a qualidade dos companheiros de serem solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, e muito menos o tempo de 5 (cinco) anos de convivência, caso não houvesse prole, em face da Lei n. 9.278/96. Mas a corrente majoritária entende que a Lei n. 9.278/96 não revogou a de n. 8.971/94 em se tratando de direito sucessório, portanto, neste aspecto, ambas as Leis coexistem, cada qual com suas particularidades.

O art. 2º da Lei n. 8.971/94 ao se referir que “*as pessoas referidas no artigo anterior (...)*”, sujeita seu conteúdo às limitações do art. 1º da mesma Lei. Contudo, em se tratando de direito sucessório, entendo que somente o companheiro falecido (ele ou ela) deverá ser solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, não se estendendo esta restrição ao sobrevivente (ele ou ela) que poderá ser casado e somente separado de fato de antigo cônjuge. RAINER CZAJKOWSKI<sup>62</sup> entende que: “*Se o parceiro falecido for casado, mesmo que consolidadamente separado de fato de antigo cônjuge, este art. 2º não incide em benefício do parceiro sobrevivente. Prevaecem os direitos do antigo cônjuge do de cujus, embora de há muito separado de fato, porque ainda não está dissolvida a sociedade conjugal; pelo menos não para efeitos sucessórios*”.

Com relação ao tempo de convivência para se caracterizar a união estável, caso não houvesse prole, entendo que a exigência de 5 (cinco) anos não mais persiste, podendo ser por prazo inferior, observando-se as demais características da união estável.

A respeito da compatibilidade das Leis n. 8.971/94 e 9.278/96, em matéria sucessória no tocante ao estado civil das partes, RAINER CZAJKOWSKI doutrina:

*“É de destacar, novamente, que neste aspecto, as Leis de 94 e 96 coexistem, cada qual com suas particularidades. Se as restrições do art. 1º da Lei 8.971/94 não subsistem*

---

<sup>62</sup>CZAJKOWSKI, Rainer. *União Livre: á luz das Leis 8.971/94 e 9.278/96*. Curitiba: Juruá, 1996. p. 143.

*com relação aos alimentos, foi porque a Lei 9.278/96, dos alimentos tratou de forma mais abrangente. Ao contrário, se continua vigente o art. 2º da Lei 8.971/94, vigente está nos termos em que se expressa. A incidência dos direitos deste art. 2º é para “as pessoas referidas no artigo anterior”, o que equivale a repetir: a companheira de homem solteiro, etc; e o companheiro de mulher solteira, etc”.*<sup>63</sup>

O art. 3º da Lei n. 8.971/94 instituiu o direito de meação entre os companheiros, quando da morte de um deles, dispondo que:

*“Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade de que haja colaboração do(a) companheiro(a), terá o sobrevivente direito à metade dos bens”.*

A meação decorre da existência de comunhão de vida no momento do ingresso de bens na esfera jurídica dos companheiros. A meação pressupõe colaboração, material ou moral.

A Lei n. 9.278/96 ao se referir sobre o direito de meação, em seu art. 5º, dispõe que:

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

Neste caso, em se tratando de direito à meação, a Lei n. 9.278/96 é mais abrangente que a Lei n. 8.971/94, pois, enquanto nessa em seu art. 3º

---

<sup>63</sup>Idem. Ibidem. p. 144.

remete ao direito do (a) companheiro(a) à metade dos bens por ocasião da sucessão por morte, naquela em seu art. 5º permite apurar a meação com o fim da convivência, e por óbvio, não será necessariamente com a morte de um dos conviventes. Mesmo assim, inexistente incompatibilidade, sendo que os dispositivos se completam.

A Lei n. 9.278/96 inovou em relação a anterior, ao estabelecer no parágrafo único do art. 7º o direito real de habitação, dispondo que:

“Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família”.

O direito real de habitação instituído pela nova Lei, não se submete a restrição de que o convivente falecido (ele ou ela) deva ser solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, mas sim, ao conceito de união estável do art. 1º da Lei n. 9.278/96. O direito real de habitação será visto com mais detalhes em seguida.

A respeito da capacidade sucessória do convivente sobrevivente e a lei que regerá a sucessão, é necessário verificar o art. 1.577 do Código Civil, que diz:

*“A capacidade para suceder é a do tempo da abertura da sucessão, que se regulará conforme a lei então em vigor”.*

Portanto, entendo que para o convivente (ele ou ela) ter direitos sucessórios é necessário a existência de união estável no momento do

falecimento do autor da herança. Com relação a lei que rege a sucessão, será aquela existente no momento da abertura da sucessão. Conclui-se, portanto, que os conviventes só terão o direito de propriedade e o direito de usufruto legal quando as sucessões forem abertas após a vigência da Lei n. 8.971/94. O mesmo se aplica em relação ao direito real de habitação, só tendo direito a ele o convivente, se a abertura da sucessão se deu após a vigência da Lei n. 9.278/96.

Outro ponto importante em relação ao direito sucessório dos concubinos, é referente a prova da união estável. Os autores entendem que deva se aplicar o mesmo procedimento referente aos alimentos, ou seja, a concubina, para se habilitar na sucessão do companheiro falecido, deverá estar munida da prova *pré-constituída* da existência de união estável.

Esta prova pré-constituída, conforme já dito anteriormente quando do comentário sobre alimentos, poderá ser obtida através de uma sentença declaratória da existência de união estável, pela justificação judicial, etc. Após a vigência da Lei n. 9.278/96, segundo J. M. LEONI LOPES DE OLIVEIRA<sup>64</sup>, *“foi introduzido, no sistema jurídico, um outro meio de prova documental, que servirá certamente como prova pré-constituída para a habilitação no inventário. Estamos nos referindo ao contrato escrito, previsto no art. 5º da Lei n. 9.278/96 (...)”*. Portanto, conforme o mesmo autor, se *“a convivente apresentar o contrato escrito que estipulou com o de cujus, sobre o*

---

<sup>64</sup>OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Alimentos e Sucessão - No Casamento e na União Estável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2a. edição, 1996. p. 195.

*regime de bens que deveria reger sua convivência, isso constituirá prova pré-constituída*”.<sup>65</sup>

---

<sup>65</sup>Idem. Ibidem. p. 195.

## 5.1. DIREITO DE USUFRUTO

O art. 2º, incisos I e II, da Lei n. 8.971/94, conforme já dito anteriormente, concedeu ao convivente sobrevivente o direito de usufruto legal, nas seguintes situações:

- Se o “de cujus” tiver descendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito ao usufruto da quarta parte dos bens, enquanto não constituir nova união.
- Se o “de cujus” não tiver filhos, mas tiver algum ascendente vivo, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito ao usufruto da metade dos bens, enquanto não constituir nova união.

Com relação as restrições do art. 1º da Lei n. 8.971/94, como já frisei anteriormente, entendo que somente o(a) companheiro(a) falecido deva ser solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, não se estendendo esta restrição ao convivente sobrevivente(ele ou ela), que poderá ser somente separado de fato de antigo cônjuge. Sobre o assunto, RAINER CZAJKOWSKI<sup>66</sup> diz que: *“O usufruto sobre a quarta parte ou sobre a metade dos bens, instituído nos incisos I e II do art. 2º da Lei n. 8.971 94, como se viu, não se aplica em benefício do parceiro sobrevivente, se o parceiro falecido (ele ou ela), for casado e somente separado de fato de antigo cônjuge.(...)”*.

---

<sup>66</sup>Idem. Ibidem. p. 147.

O usufruto estabelecido pelos incisos I e II do art. 2º da Lei n. 8.971/94, em favor da(o) companheira(o) sobrevivente de uma união estável, é oriundo do usufruto viual, estabelecido no art. 1.611, parágrafo 1º, do Código Civil, em favor do cônjuge viúvo. O usufruto instituído pela lei acima referida, em favor da(o) companheira(o) sobrevivente, segundo JOÃO ROBERTO PARIZATTO<sup>67</sup>, “*é o legal, ou seja, constituído por determinação da lei em favor da(o) concubina(o), independentemente da vontade do(a) concubino(a) falecido(a), que poderia operar-se, por exemplo, pelo testamento, que é a forma preferida para a constituição do usufruto, por contrato ou por declaração unilateral*”.

O usufruto é direito real sobre coisa alheia. Portanto, o usufrutuário tem direito à posse, ao uso, à administração e à percepção dos frutos de uma coisa, cuja propriedade pertence a outrem, nesse caso ao(a) companheiro(a) falecido(a). Acerca do assunto, RAINER CZAJKOWSKI doutrina:

*“ (...) , tanto o usufruto quanto a habitação são direitos reais sobre coisa alheia. São, aqui, direitos sucessórios que beneficiam o parceiro sobrevivente de uma união estável, e incidem sobre o patrimônio que o falecido deixou, incidem sobre coisa alheia. Bens que já sejam privativos do parceiro sobrevivente, ou a parte dos bens que já lhe pertençam por força da sociedade de fato ou da presunção de condomínio, não estão abrangidos nestas regras de usufruto e habitação. Não há, neste caso, nenhum direito sucessório sobre eles; eles já eram do parceiro sobrevivente ao tempo da morte do outro.*”

---

<sup>67</sup>PARIZATTO, João Roberto. *O Direito dos Concubinos a Alimentos e à Sucessão*. Rio de Janeiro: Aide, 1995. p. 80.

*Usufruto e habitação incidem sobre os bens do morto, não sobre os do sobrevivente*”.<sup>68</sup>

O art. 2º da Lei n. 8.971/94, em seus incisos I e II, dispõe que “o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união (...)”, portanto, o usufruto legal é temporário, ou seja, perdura enquanto o convivente (ele ou ela) sobrevivente não constituir uma nova união. Apesar da lei supracitada fazer referência tão-somente a nova união, parece evidente que também o novo casamento do convivente (ele ou ela) sobrevivente será causa de extinção do usufruto legal, bem como a sua morte o será.

Também não há menção no art. 2º da Lei n. 8.971/94 de que a nova união deva ser estável ou possa ser transitória. Alguns autores entendem que para ocorrer a perda do direito de usufruir os bens do “de cujus”, a nova união deve ser estável. Outros, no entanto, acham que basta a união transitória para que o(a) companheiro(a) perca tal direito. Caberá à Jurisprudência solucionar este problema.

MARIO ROBERTO CARVALHO DE FARIA<sup>69</sup>, entende que: “A aplicação do usufruto legal aos companheiros (...) se fará em analogia ao usufruto vidual”. O mesmo autor faz algumas críticas ao usufruto legal, argumentando que:

---

<sup>68</sup>Idem. Ibidem. p. 148.

<sup>69</sup>FARIA, Mario Roberto Carvalho de. *Os Direitos Sucessórios dos Companheiros*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1996. p. 69.

*“O usufruto legal como meio de amparo ao consorte já foi por nós criticado em outras oportunidades.*

*A nosso ver, não atende à expectativa pretendida. Na eventualidade de um grande patrimônio, permite ao usufrutuário a ingerência no patrimônio do autor da herança, propiciando sérios conflitos com os herdeiros.*

*Imaginemos ser o autor da herança pessoa de grandes recursos, sócio de diversas empresas, possuidor de enorme patrimônio imobiliário. A companheira, usufrutuária de metade de todo esse vasto império, poderá influir nas decisões da administração, causando enormes problemas na gerência das empresas.*

*Não deve o usufruto incidir indiscriminadamente sobre todos os bens da massa hereditária. O magistrado, usando de bom senso, estabelecerá os bens sobre os quais deverá recair, prevendo a possibilidade de litígios futuros e dificuldades na administração patrimonial”.*<sup>70</sup>

---

<sup>70</sup>Idem. Ibidem. p. 71.

## 5.2. DIREITO DE PROPRIEDADE

O convivente (ele ou ela) sobrevivente herda a título de propriedade se não houver ascendentes ou descendentes, como dispõe o art. 2º, inciso III da Lei n. 8.971/94. Corresponde este inciso III, ao *caput* do art. 1.611 do Código Civil, que confere os mesmos direitos aos cônjuges.

Com relação as restrições do art. 1º da Lei n. 8.971/94, como já frisei anteriormente, entendo que somente o(a) companheiro(a) falecido(a) deva ser solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, não se estendendo esta restrição ao convivente (ele ou ela) sobrevivente, que poderá ser somente separado de fato de antigo cônjuge.

BASÍLIO DE OLIVEIRA lembra que não se deve confundir o inciso III do art. 2º da Lei n. 8.971/94 com o art. 3º da mesma lei, porque naquele, o(a) companheiro(a) herdará a totalidade dos bens se o falecido não tiver ascendente ou descendente. Neste, porém, a situação é diversa, porque o companheiro fará jus á metade dos bens porque contribuiu com seu esforço e trabalho para a aquisição do patrimônio e também por existirem herdeiros necessários.

Em relação ao mesmo inciso III do art. 2º da lei supracitada, muitos autores tem alertado para não interpretá-lo literalmente, pois se assim for poderá se pensar que o direito do companheiro sobrevivente priva o “de

cujus” de testar seus bens como bem lhe aprouver, tornando assim o companheiro sobrevivente como herdeiro necessário.

A esse respeito, temos a lição de MÁRIO ROBERTO CARVALHO DE FARIA:

*“Não podemos acolher essa interpretação, por entendê-la absurda. Inadmissível atribuir à companheira mais direitos que aos herdeiros descendentes ou ascendentes, parentes consanguíneos em primeiro grau do autor da herança”.*<sup>71</sup>

E continua:

*“Desejando o testador excluí-la da sucessão, poderá utilizar o permissivo do art. 1.725 do estatuto civil. Para tanto, basta dispor de seus bens por via testamentária em favor de terceiros.*

*Ressaltamos que, excluindo a companheira da sucessão por meio de testamento, não ficará esta ao desabrigo, pois fará jus ao usufruto legal.*

*Temos que o legislador, simplesmente, desejou incluir a companheira na ordem da vocação hereditária.*

*Inseriu-se entre os herdeiros facultativos, juntamente com o cônjuge e os colaterais”.*<sup>72</sup>

Portanto, verifica-se que um dos requisitos para que o convivente herde a título de propriedade é a inexistência de testamento do “de cujus”.

Há divergência entre os autores acerca de qual a colocação do convivente sobrevivente, na ordem da vocação hereditária de que dispõe o art. 1.603 do Código Civil.<sup>73</sup>

---

<sup>71</sup>Idem. Ibidem. p. 94.

<sup>72</sup>Idem. Ibidem. p. 94.

Entre aqueles que entendem que igualou-se para fins sucessórios

a(o) companheira(o) ao cônjuge, temos JOÃO ROBERTO PARIZATTO:<sup>74</sup>

*“Na ordem de sucessão legítima, os descendentes ocupam o primeiro lugar, os ascendentes, o segundo lugar, e o cônjuge sobrevivente, o terceiro lugar. No caso em apreço, igualou-se para fins sucessórios a(o) concubina(o) ao cônjuge, prevendo-se que, na hipótese de inexistirem descendentes ou ascendentes do de cujus, a(o) concubina(o) receberá a totalidade da herança, o que ocorre, na mesma hipótese, ao cônjuge sobrevivente que aparece em terceiro lugar na ordem da vocação hereditária prevista no art. 1.603 do Código Civil”.*

Igualmente, é do mesmo entendimento RAINER

CZAJKOWSKI.<sup>75</sup>

*“O inciso III do art. 2º, por sua vez, equiparou o companheiro sobrevivente ao cônjuge sobrevivente, na ordem de vocação hereditária estabelecida pelo art. 1.603 do Código Civil. Portanto, quando faltam descendentes e ascendentes do falecido, nesta ordem, o companheiro sobrevivente herda a totalidade da herança, assim como faria o cônjuge viúvo, nesta situação, se o de cujus fosse casado. Num e noutro caso, ficam afastados da sucessão os colaterais, o Município, o Distrito Federal e a União. Assim como é irrelevante, para este fim, o regime de bens adotado no casamento, é irrelevante também saber se há, ou não, sociedade de fato ou presunção de condomínio entre os companheiros. O que é absolutamente necessário é que se prove ter sido a união estável.*

*A inclusão do(a) companheiro(a) na ordem de vocação hereditária, nos termos da Lei 8.971/94, jamais propicia*

<sup>73</sup>Art. 1.603, Código Civil: “A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I- Aos descendentes. II- Aos ascendentes. III- Ao cônjuge sobrevivente. IV- Aos colaterais. V- Aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União”.

<sup>74</sup>Idem. Ibidem. p. 83.

<sup>75</sup>Idem. Ibidem. p. 145.

*uma concorrência entre cônjuge e parceiro sobrevivente. Isto porque, para o parceiro (ele ou ela) da união estável herdar, pela ordem legal, além da falta de descendentes e ascendentes, o de cujus deverá ser solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo. Se o parceiro falecido (ele ou ela) for apenas separado de fato de algum antigo cônjuge, o parceiro sobrevivente, com quem conviva ao tempo da morte, não herda (pelo menos não a título legal). Neste caso, prevalece o art. 1.603, III, do Código Civil, sobre o art. 2º, III, da Lei 8.971/94”.*

Com interpretação diversa, temos MÁRIO ROBERTO CARVALHO DE FARIA:<sup>76</sup>

*“Tendo a Constituição Federal colocado o casamento em um patamar superior à união estável, não há dúvida de que a posição do cônjuge é superior à da companheira, devendo por isso precedê-la na ordem da vocação hereditária.*

*Discordamos daqueles que entendem estar a companheira colocada no mesmo plano do cônjuge. Em havendo cônjuge, jamais será a companheira considerada herdeira do autor da herança. Inadmitiu o legislador a possibilidade de herdar a companheira do autor da herança casado”.*

Creio que deva prevalecer o entendimento da corrente doutrinária que defende a colocação do convivente ao lado do cônjuge sobrevivente, e não depois dele, na ordem da vocação hereditária.

---

<sup>76</sup>Idem. Ibidem. p. 94.

### 5.3. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

A Lei n. 9.278/96, no parágrafo único do art. 7º, estabeleceu o direito real de habitação, ao dispor que: *“Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família”*.

Com a nova lei conferindo o direito real de habitação aos conviventes, igualou-se de vez o direito sucessório do convivente sobrevivente ao direito sucessório do cônjuge sobrevivente. No casamento, o instituto equivalente encontra-se no art. 1.611, parágrafo 2º, do Código Civil.

Segundo J. M. LEONI LOPES DE OLIVEIRA,<sup>77</sup> *“não há incompatibilidade formal entre os direitos de propriedade e usufruto com o direito real de habitação. Pelo contrário, os três institutos convivem harmonicamente, tal como se dá, em relação ao cônjuge, como se verifica do disposto no art. 1.611 e seus parágrafos, do Código Civil”*.

Em relação ao usufruto, conforme já dito anteriormente, se exigia que o parceiro falecido (ele ou ela) fosse solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, não se admitindo que o mesmo fosse casado e somente separado de fato de antigo cônjuge, para que o companheiro(a) sobrevivente tivesse direito ao benefício. Já em relação ao direito real de habitação, não há

---

<sup>77</sup>Idem. Ibidem. p. 77.

essa restrição, sendo necessário somente que se caracterize a união estável, entidade familiar, disposto no art. 1º da Lei n. 9.278/96. Portanto, o direito real de habitação em benefício do convivente sobrevivente, existe mesmo se o parceiro falecido for casado e somente separado de fato de antigo cônjuge.

A Lei n. 9.278/96 em seu art. 7º, parágrafo único, exige que o imóvel objeto do direito real de habitação seja “*destinado à residência da família*”. Portanto, este direito real de habitação somente incidirá sobre o imóvel destinado à residência da família. Consiste este direito real de habitação na utilização gratuita de imóvel alheio, sendo que o titular desse direito deverá residir, com sua família, nesse imóvel, não podendo alugá-lo, emprestá-lo, conforme dispõe o art. 746 do Código Civil.

O direito real de habitação, a exemplo do direito de usufruto, conforme já dito anteriormente, é direito real sobre coisa alheia, devendo, portanto, incidir sobre o patrimônio deixado pelo parceiro falecido, não sobre os do convivente sobrevivente.

Há casos em que poderá incidir tanto o direito sucessório de usufruto (Lei 8.971/94), quanto o direito real de habitação (Lei 9.278/96), quando o convivente (ele ou ela) falecido não for casado(separado de fato do antigo cônjuge). Devendo incidir aquele cujo o efeito sucessório for mais abrangente em favor da(o) companheira(o) sobrevivente. Sobre esse assunto, temos a lição de RAINER CZAJKOWSKI:

*“Se falece o parceiro da união estável, **sem** estar no estado de casado (separado de fato do antigo cônjuge),*

*pode haver um entrelaçamento entre o direito sucessório do usufruto (Lei 8.971) e o de habitação (Lei 9.278). Quando o imóvel destinado à residência da família é o único desta natureza no espólio, incide o direito de habitação sobre todo ele, como é evidente. A expressão econômica deste direito, neste caso, é maior do que o usufruto da quarta parte ou da metade dos bens. Se, ao contrário, o patrimônio é maior, formado por diversos bens, inclusive residenciais, o usufruto da quarta parte ou da metade dos bens é mais abrangente do que o direito de habitação. É de prudência elementar, então, que se faça incidir o usufruto sobre um imóvel residencial destinado (ou destinável) à moradia da família, além de sobre outros bens”.*<sup>78</sup>

O direito real de habitação em favor do convivente (ele ou ela) sobrevivente é temporário. De acordo com o parágrafo único do art. 7º da Lei n. 9.278/96, o convivente sobrevivente “(...) terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento (...)”. Portanto, o direito real de habitação subsiste enquanto o convivente sobrevivente não constituir nova união estável ou casamento. Tal direito também se extinguirá caso o convivente sobrevivente vier a falecer.

---

<sup>78</sup>Idem . Ibidem. p. 147-8.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O concubinato cada vez mais vem se solidificando na sociedade como a forma preferida das pessoas se unirem e constituírem família sem os formalismos do casamento. Tendo sua relevância no mundo jurídico evoluído com o advento da Constituição Federal de 1988 e a promulgação das Leis 8.971/94 e 9.278/96.

Em relação às várias expressões existentes para se referir às pessoas que vivem em união estável, creio ser uma questão puramente terminológica, pois, em que pesem várias opiniões em contrário, penso que na prática o que importa é verificar se determinada união é suficientemente sólida para merecer a tutela do Estado.

Constatou-se que, com a entrada em vigor da Lei n. 8.971/94, passou a existir o dever alimentar entre os companheiros, em vista de norma expressa do art. 1º da referida lei. A mesma Lei concedeu ao companheiro sobrevivente o direito de propriedade e o direito de usufruto legal, tal qual é concedido ao cônjuge.

Com a vigência da Lei n. 9.278/96, atribuiu-se aos conviventes os mesmos direitos e deveres que os concedidos aos cônjuges. A referida Lei acrescentou mais um direito sucessório aos conviventes, além daqueles já concedidos pela Lei n. 8.971/94, qual seja, o direito real de habitação. Sendo que atualmente o convivente possui os mesmos direitos sucessórios que o cônjuge sobrevivente.

Entendo que a Lei n. 9.278/96 não revogou totalmente a Lei n. 8.971/94, apenas a derogou, ou seja, revogou-a parcialmente naquilo em que for incompatível. Um grave erro da Lei 8.971/94 que foi posteriormente corrigido pela Lei n. 9.278/96, é quanto ao prazo mínimo de convivência, para o reconhecimento da união estável, sem prole, que a primeira exigia que fosse de 5(cinco) anos e que não mais persiste em decorrência da nova Lei. Cabe, agora, a jurisprudência dizer, caso a caso, sobre a ocorrência ou não de união estável, não mais exigindo-se um prazo mínimo para se caracterizar a referida união, devendo ser analisado pelo julgador se estão comprovadamente presentes os requisitos da convivência duradoura, pública e contínua entre o homem e a mulher, com o objetivo de constituição de família.

Finalmente a Lei n. 9.278/96 dirimiu qualquer conflito existente quanto a competência para se julgar assuntos referentes ao concubinato (união estável), dispondo em seu art. 9º, que: *“Toda matéria relativa à união estável é de competência do juízo da Vara da Família, assegurando o segredo de justiça”*.

Acredito, pois, que as discussões relativas ao concubinato (união estável) continuarão a existir, mesmo porque a sociedade vem evoluindo cada vez mais, e novos questionamentos acerca da união estável surgirão.

## BIBLIOGRAFIA

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *A recente Lei n. 8.971/94 que concede aos concubinos o direito a alimentos e à sucessão poderá ser revogada*. Revista Literária de Direito - Março/Abril de 1995. p. 26-33.

\_\_\_\_\_. *Com a promulgação da Lei 9.278, em 10 de maio de 1996, está em vigor o Estatuto dos Concubinos*. Revista Literária de Direito - Maio/Junho de 1996. p. 14-26.

BITTAR, Carlos Alberto. *O Direito de Família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Concubinato*. São Paulo, 1995.

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

\_\_\_\_\_. *Dos Alimentos na União Estável da Lei 8.971/94*. Repertório IOB de Jurisprudência - 1a. Quinzena de Fevereiro de 1995 - 3/10532.

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

- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 5 - Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- FARDIN, Noemia Alves. *CONCUBINATO - Aspectos Sociojurídicos da União Estável*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- FARIA, Mario Roberto Carvalho de. *Os Direitos Sucessórios dos Companheiros*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.
- FERNANDES, Milton. *Efeitos Jurídicos da Dissolução do Concubinato*. AJURIS 31.
- NEUMANN, Juarez Rosales. *Do Casamento ao Concubinato*. Porto Alegre: Sagra, 1995.
- OLIVEIRA, Basílio de. *Direito Alimentar e Sucessório entre Companheiros*. Rio de Janeiro: Destaque, 1995.
- \_\_\_\_\_. *O Concubinato e a Constituição Atual*. Rio de Janeiro: Aide, 1993.
- OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Alimentos Decorrentes do Casamento e do Concubinato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Alimentos e Sucessão - No Casamento e na União Estável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2a. edição, 1996.
- PARIZATTO, João Roberto. *O Direito dos Concubinos a Alimentos e à Sucessão*. Rio de Janeiro: Aide, 1995.
- PEREIRA, Sérgio Gischkow. *A União Estável e os Alimentos*. RT, 657:17-24.
- Repertório IOB de Jurisprudência - 1a. Quinzena de Dezembro de 1991 - n. 23/91 - 3/6338, p. 505.
- Repertório IOB de Jurisprudência - 1a. Quinzena de Julho de 1993 - n. 13/93 - 3/8563, p. 245.