

## A possibilidade de a pessoa casada constituir união estável

*Claudia de Oliveira Fonseca*<sup>1</sup>

**Resumo:** A família brasileira sofreu grandes transformações após o reconhecimento da união estável como entidade familiar pela Constituição de 1988, que facilitou a sua conversão em casamento. Apesar da grande divergência entre doutrina e jurisprudência sobre o tema, o código civil contribuiu para mitigar as dúvidas daí advindas, ao disciplinar a união estável e sua conversão em casamento.

**Palavras-chave:** Casamento. Família. União Estável.

### **The possibility of the married person to constitute steady union**

**Abstract:** The Brazilian family suffered big transformations after the Constitution Brazilian about recognition stable union while home circle, making easy its conversion in marriage. Despite numberless divergences in doctrine and jurisprudence about it, the civil code contributed to mitigate this doubts, treating about stable union when don't is possible marriage.

**Keywords:** Marriage. Family. Stable Union.

---

<sup>1</sup>Pós-graduada em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Professora da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (Uesb). E-mail: claudiaof@uesb.br

## **Introdução**

A Constituição Federal (CF) de 1988 contemplou expressamente em seu artigo 226 a união estável como forma de constituição da família, ao lado do casamento e da família monoparental (aquela constituída pela convivência de qualquer ascendente com qualquer descendente). Com o código civil de 2002, a matéria foi consolidada, e em seus artigos 1.723 a 1.727 foram trazidas algumas normas reguladoras da entidade familiar, o que ocasionou divergências na doutrina, com consequentes reflexos na jurisprudência pátria, como se verá a seguir.

O presente artigo trata da possibilidade de a pessoa casada viver em união estável com outrem, possibilidade contemplada na legislação vigente.

## **Evolução das relações familiares**

A sociedade sofre transformações instantâneas e o Direito, como instrumento de controle social, deve (deveria) acompanhar essa evolução social. Mas o Direito não tem a mesma velocidade de transformação experimentada pela sociedade em seus usos e costumes. Afirmar Gobbo (2000) que “dos vários ramos do direito, sem dúvida, o Direito de Família é dos ramos mais dinâmicos, porque seu objeto de estudo – a família – tem por sujeito o ser humano, dinâmico por natureza”. Desse modo, a legislação precisa acompanhar, ainda que de forma mais lenta, as mudanças ocorridas nesse campo.

Isso ocorre, afirma Hironaka (1999), porque a família é uma entidade histórica, interligada com os rumos e desvios da história, ela mesma mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a arquitetura da própria história através dos tempos.

A fisionomia da família mudou, e isso não significa o fim da clássica forma de família nuclear, mas que já não pode servir como único paradigma para a sociedade do futuro pelo surgimento de outras e variadas estruturas familiares, afirma Grisard Filho (2003).

O código civil de 1916 somente admitia como entidade familiar aquela instituída pelo casamento, livre de impedimentos e cumpridas as formalidades legais. Ou seja, o matrimônio era o único laço legítimo e legal de constituir família e apenas quem era ligado por tal vínculo tinha proteção do Estado, diz Gobbo (2000). Tal concepção, reafirma a autora, era fruto da influência sociorreligiosa, por meio da qual se via o casamento com claro interesse de continuidade da família, em que os envolvidos tinham seu papel bem definido: o homem era o provedor, responsável pelo sustento da família, e a mulher, mera reprodutora, restrita ao ambiente doméstico, à administração da casa e à criação dos filhos.

De 1916 até 1988, pouca ou nenhuma alteração houve nesse contexto. Mas, com o advento da Constituição e o consequente processo de constitucionalização<sup>2</sup> do direito de família, aqueles antigos institutos regulamentados pelo código civil de 1916 ganharam nova roupagem.

O direito de família, sem dúvida, foi objeto de grande transformação, pois a constitucionalização das relações familiares promoveu, segundo Dias e Pereira (2002), uma “nova ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana, realizando verdadeira revolução no direito de família” e possibilitando, assim, o reconhecimento, como entidade familiar, de relações não instituídas pelo casamento.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, tratou do reconhecimento estatal à união estável entre homem e mulher, considerada como entidade familiar. Além disso, reconheceu também como entidade familiar a família monoparental.<sup>3</sup>

Desde que o texto constitucional retirou a união estável do alcance da sociedade de fato, para dar-lhe o *status* de entidade familiar, seguramente ocorreu grande evolução no direito de família. Dessa forma, conforme Trevisan (2004), a família passa a ser um fato natural – e por ser o casamento uma convenção social já não se pode distinguir a família pela existência do matrimônio, solenidade que deixou de ser seu único traço diferencial.

<sup>2</sup>Constitucionalização é a expressão usada pelos doutrinadores na aplicação de preceitos da Constituição Federal de 1988 nas relações familiares.

<sup>3</sup> Art. 226, § 4º da CF: “entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

## União estável – requisitos para sua constituição

A união estável é a convivência não adulterina nem incestuosa, duradoura, pública e contínua, entre um homem e uma mulher, sem vínculo matrimonial, como se casados fossem, sob o mesmo teto ou não, constituindo, desse modo, família de fato, diz Azevedo (2000). Para que a união assim se caracterize, não pode haver impedimentos à realização do casamento, tais como os previstos no artigo 1.521 do código civil – não se aplica, porém, a incidência do inciso VI<sup>4</sup> desse artigo no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

É facilmente perceptível que a família moderna não necessita do contrato solene denominado “casamento” para sua constituição e existência, diz Almeida (1998). Nisto reside, segundo entendimento do doutrinador, a natureza sociojurídica da união estável: fato gerador alternativo e natural da família. Hoje reconhecida como entidade familiar<sup>5</sup>, a união estável, que no passado possuiu a denominação de “concupinato”, do latim *cum cubare*, sempre possuiu sentido pejorativo, associado à devassidão. Não obstante, sua existência factual nunca foi negada, ao revés, mesmo em Roma já foi premiada com conotações jurídicas, conquanto tímidas dado que conceituada como “casamento inferior”, conforme Almeida (1998).

Nesse sentido, quando legislação e doutrina conceituam a união estável como aquela entre pessoas de sexo diferente, que, sem haverem celebrado casamento, vivem como se casadas fossem, de forma contínua e duradoura, reforça-se a tese de que, nesse tipo de união, o que importa, para sua caracterização, é a intenção dos conviventes de, efetivamente, constituírem uma família, diz Melo (2005). É por isso que alguns doutrinadores entendem que a união estável é um fato social. Mas se a união estável é fato social, seria necessário regulamentar tal situação,

<sup>4</sup> Art. 1.521 do código civil – Não podem casar: I – os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II – os afins em linha reta; III – o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV – os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V – o adotado com o filho do adotante; VI – as pessoas casadas; VII – o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

<sup>5</sup> Art. 226, § 3º, da CF: 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.

uma vez que, na maioria das hipóteses, os protagonistas dessa relação fizeram a opção de fugir das normas legais que regem o casamento? Mas, e se assim não o for, será que a ausência de normas jurídicas não seria o caminho para injustiças no caso concreto? Foi exatamente por isso que o legislador pátrio resolveu normatizar essa relação, elevando-a à categoria de entidade familiar. Essa intervenção do Estado visa assegurar a concretude do Princípio da Igualdade Substancial de forma a evitar um desequilíbrio das partes na relação, como afirma Maria Berenice Dias<sup>6</sup>:

A exaustiva regulamentação da união estável a faz objeto de um dirigismo estatal não querido pelos conviventes. Tratando-se de relações de caráter privado, cabe questionar a legitimidade de sua publicização. Assim, passou o Estado a regular não só os vínculos que buscam o respaldo legal para se constituírem, mas também os relacionamentos que escolhem seus próprios caminhos e que não desejam qualquer interferência.

O código civil, em seu artigo 1.723, reza: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. O dispositivo legal exige: diferença de sexos<sup>7</sup>, convivência pública, contínua e duradoura com o objetivo de constituir família. Então vejamos: convivência pressupõe vida em comum, não significa, portanto, dever de coabitação no mesmo domicílio. Não! É possível a caracterização de união estável à distancia; ainda que os companheiros residam em locais diversos é possível caracterizar a estabilidade da união (como admitido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na súmula 382<sup>8</sup> para caracterização do concubinato).

<sup>6</sup> A estatização das relações afetivas e a imposição de direitos e deveres. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e cidadania: o novo CCB e a *vacatio legis***. Belo Horizonte: IBDFAM, Del Rey, 2002. p. 307.

<sup>7</sup> Apesar de a lei fazer referência à divergência de sexos para caracterização da união estável, não podemos subtrair do conhecimento do leitor o movimento doutrinário a favor da aplicação dos princípios da igualdade e da analogia para reconhecimento legal da união homoafetiva no mesmo patamar da união estável.

<sup>8</sup> Súmula 382 do STF: A vida em comum, sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato.

A palavra duradoura significa estável, duração por tempo razoável, tempo suficiente para caracterizar o *intuitu familiae*. O dispositivo não exige prazo mínimo de convivência, ficando abandonado de vez o critério temporal (cinco anos) exigido na lei 8.971/94, como bem afirma Pereira (2003, p. 121): “importa agora a existência de certa continuidade e um entrosamento subjetivo para distingui-la de uma união passageira, descomprometida”.

Além desses requisitos, a união estável exige o elemento intencional, o objetivo de constituir família.

A convivência precisa ainda ter publicidade, isto é, que não ocorra às escondidas, de forma que a comunidade reconheça os companheiros como se casados fossem. Logo, não é possível união adúlterina ser caracterizada como união estável. Somente é possível falar em união estável se não houver impedimento para essa nova relação.

### **União estável de pessoa casada**

Em regra, quem é impedido para o casamento também é impedido para constituir união estável. Mas o código civil traz duas ressalvas no artigo 1.723, § 1º: “A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato<sup>9</sup> ou judicialmente”<sup>10</sup>.

A razão de tais exceções consiste no fato de o código civil visar a proteção da realidade fática e não de uma mera certidão de casamento, que já não corresponde à realidade.

A Constituição Federal, em seu artigo 226, § 3º, determina o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, e o dever de que a lei facilite sua conversão em casamento. Parte da doutrina, inclusive Tartuce (2005), defende que o

<sup>9</sup> A separação de fato é a ruptura da vida em comum, em caráter contínuo e prolongado, que pode, em certas circunstâncias, dissolver a sociedade conjugal.

<sup>10</sup> A separação judicial é o processo fundado numa das hipóteses dos artigos 1.572 a 1.574 do código civil, por meio do qual se dissolve a sociedade conjugal, ao fazer cessar os deveres de coabitação e fidelidade recíproca e o regime de bens, mas não se extingue o vínculo matrimonial, pois este só desaparece com a morte, o divórcio, a nulidade ou a anulação do casamento.

artigo 1.723, § 1º do código civil, ao estabelecer a possibilidade de pessoa separada de fato manter união estável com outrem, entra em choque com esse preceito constitucional. Segundo aquele autor, valendo-se de uma interpretação sistemática do texto constitucional então transcrito, devem ser aplicadas aos companheiros as mesmas regras protetivas do casamento, o que não seria possível quando se tratasse de união “estável” constituída por pessoa cujo vínculo do matrimônio ainda não tivesse sido desfeito.

É sabido que a pessoa separada de fato não pode contrair novo casamento, e também a pessoa separada judicialmente, isso porque a separação de fato não extingue o vínculo matrimonial. Como à união estável devem ser aplicadas as mesmas regras do casamento, afirmam os defensores dessa corrente doutrinária que a pessoa separada de fato mantém com outrem um concubinato impuro adúltero, e chegam à conclusão de que não se pode conceber, portanto, pela ótica do texto constitucional, que um homem separado de fato constitua união estável.

Outra parte da doutrina afirma estar claro que a lei civil admite a possibilidade de uma pessoa casada constituir união estável desde que esteja separada judicialmente ou separada de fato do seu cônjuge.

De acordo com o artigo 1.727 do código civil: “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”.

Conforme a previsão dos artigos 1.723 e 1.727 do código civil, se não houver impedimento para o casamento, a união notória, contínua e duradoura é dita estável; ao contrário, havendo impedimento matrimonial, ainda que seja notória, contínua e duradoura, a união permanente ou não eventual é denominada concubinato, ressalvadas as exceções previstas na segunda parte do § 1º do artigo 1.723 do código civil (BAPTISTA, 2005).

Do confronto entre esses artigos, podemos afirmar que a união estável consiste em união pública, contínua e duradoura entre pessoas de sexo diferente que não tenham impedimento para o matrimônio, ao passo que o concubinato consiste em união de pessoas impedidas de

casar; mas a segunda parte do artigo 1.723 da legislação civil afirma ser possível uma pessoa casada constituir união estável, desde que esteja separada judicialmente ou de fato do seu cônjuge. São, portanto, duas hipóteses contempladas pela legislação em que, apesar de estar presente um impedimento matrimonial, não se encontra impedimento para a constituição da união estável.

Fica, portanto, evidente que para uma pessoa casada habilitar-se para novo casamento e contrair novo matrimônio terá que primeiro divorciar-se, ou invalidar o casamento anterior. Mas para que estabeleça uma união estável, não precisará agir da mesma forma; basta transcorrer o prazo de dois anos da separação de fato do casal – em analogia ao prazo previsto no texto constitucional para a cessação do vínculo matrimonial pelo divórcio – que a nova união será considerada estável. Contudo, vale ressaltar, o código civil não estabeleceu tempo de separação de fato entre os cônjuges a partir de quando cessaria o impedimento para a constituição da união estável. Esse entendimento emana da doutrina.

É inegável que houve grande avanço da legislação civil nesse assunto, mas não se pode esquecer que o legislador criou grande dificuldade para o julgador quando lhe for apresentado o caso concreto. Imaginemos, por exemplo, a situação de coexistência de regime de bens do casamento e da união estável, enquanto não dissolvida a sociedade conjugal. Adverte Baptista (2005) que ficará extremamente difícil identificar o momento da separação de fato do casal e o começo da nova relação, a união estável. Nesse caso, será o julgador que, analisando a situação fática, verificará se o período de convivência é suficiente para que a união seja considerada estável e estabelecerá as conseqüências patrimoniais daí advindas para os protagonistas dessa história da vida real, de forma que não gere injustiça e locupletamento ilícito a desfavor do direito de qualquer dos envolvidos no conflito.



## **Considerações finais**

Verificamos que o ordenamento jurídico quis proteger a realidade fática e não a situação meramente formal ao possibilitar a caracterização da união estável por pessoa casada, desde que esteja separada de fato ou judicialmente. Parece-nos que houve acerto legislativo nesse aspecto, ao preferir contemplar a realidade fática em detrimento da realidade documentada, que se distanciou da situação concreta, pois outra não é a função do Direito senão estabelecer regramento para o convívio social, logo não poderia o legislador fechar os olhos para a realidade, como se ela não existisse.

Mas, apesar do regramento legislativo, sem dúvida o julgador irá se deparar com situação concreta de difícil solução, principalmente quando se tratar de confusão de regimes de bens do casamento e da união estável. Deverá o julgador estar atento às situações fáticas para que não proporcione o enriquecimento sem causa de uma das partes em detrimento da outra.

## **Referências**

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 4. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FIÚZA, Ricardo. **Direito civil**: curso completo. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GRISARD FILHO, Waldir. Os alimentos nas famílias reconstituídas. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. (Coord.). **Novo Código Civil**: questões controvertidas. São Paulo: Editora Método, 2003. p. 373-388. v. 2.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 1, p. 7-17, 1999.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Comentários ao novo Código Civil:** da união estável, tutela e curatela. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XX.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil:** parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SIMAS FILHO, Fernando. **A prova na investigação de paternidade.** 6. ed. Curitiba: Juruá, 1998.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Comentários aos arts. 1.565 a 1.727 do Código Civil de 2002. In: FIÚZA, Ricardo (Coord.). **Novo Código Civil comentado.** São Paulo: Saraiva, 2002.

TEIXEIRA, Ana Carolina B.; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A criação de um novo estado civil no Direito Brasileiro para a união estável. In: \_\_\_\_\_. **Questões controvertidas no direito de família e das sucessões.** São Paulo: Método, 2005. p. 267.

TEPEDINO, Gustavo. Cidadania e os direitos da personalidade. **Revista Jurídica Notadez**, Porto Alegre, ano 51, n. 305, p. 24-39, mar. 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil – direito de família.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

VILLAÇA, Álvaro. União estável. **Revista do Advogado**, São Paulo: AASP, n. 58, mar. 2000.

*Recebido em: agosto de 2008*

*Aprovado em: abril de 2009*