

## REQUISITOS ESSENCIAIS PARA A CARACTERIZAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL

Ana Nice Gemelli Hendges\*

**RESUMO:** Esse artigo teve como objetivo demonstrar a situação atual da união estável no Direito Brasileiro com enfoque na Lei nº 9.278/96 com a intenção de ensejar reflexões sobre os novos conceitos básicos sobre a família e, assim, atentar para os requisitos essenciais para a caracterização da união estável. A união estável assim com o casamento é o principal centro de cultivo de relações que visam ao aprimoramento moral do homem. É importante a análise dos direitos dos conviventes pela assistência moral em razão de sua relevância, verdadeiro requisito da união estável que, assim como ocorre no casamento, favorece o cumprimento dos demais deveres pelos conviventes.

**PALAVRAS-CHAVE:** União Estável – Requisitos Essenciais – Direito Brasileiro.

### 1. Introdução

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a união estável entre o homem e a mulher, não unidos pelo matrimônio, passou a ser reconhecida como uma entidade familiar para efeito de proteção do Estado (art. 226, § 3º).

União estável e sociedade de fato, são temas bastante atuais que foram e estão sendo alvos de amplos estudos e discussões. Entretanto, talvez por ser razoavelmente novo, ficou um pouco descuidado este aspecto da qualificação dos cônjuges na sua condição de conviventes desta sociedade de fato.

É inquestionável que a família, não somente a brasileira, como a universal, passa atualmente por reformas substanciais. O Estado sempre interveio na família, impondo legislações e procedimentos, sob o pretexto de defender a instituição familiar. Todavia, presentemente, alteraram-se de forma expressiva os conceitos a respeito da união familiar. Basta observar as disposições contidas nos artigos 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal de 1988 e na recente Lei nº 9.278/96, que criou um novo conceito de família, quando estabeleceu: “a família base da sociedade, tem especial 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”.

Em verdade o termo união estável está a dar nome legal para o que se chamava família de fato, concubinato, vida em comum entre homem e mulher, ou mesmo posse do estado de casadas (arts. 203 e 206 do Código Civil de 1916 - art. 1.545 e 1.547 Código Civil. de 2002), com comunhão de interesses e de esforços para o bem

\* Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Paranaense - UNIPAR

comum e dos descendentes. Todavia, quando o casal vive em uma união estável, o seu estado civil permanece como solteiro e não há uma declaração expressa do seu estado de convivente. E, quando durante esta convivência, os cônjuges, através do esforço comum, adquirem algum bem imóvel, é uma característica da sociedade brasileira, ao lavrar-se a escritura pública de aquisição desse bem, figurar como adquirente somente o cônjuge varão.

Esse artigo, portanto, tem como objetivo demonstrar a situação atual do concubinato no direito brasileiro com enfoque na Lei nº 9.278/96 com a intenção de ensejar reflexões sobre os novos conceitos básicos sobre a família e, assim, atentar para os requisitos essenciais para a caracterização da união estável.

## 2. A União Estável na Lei nº 9.278/96

Etimologicamente, concubinato é comunhão de leito. Vem do latim *cum* (com) *cubare* (dormir); *concubinatus*. Conforme Silva (1995, p. 98) “[...] é a união ilegítima do homem e da mulher”. E, segundo o sentido de *concubinatus*, o estado de mancebia, ou seja, a companhia de cama sem aprovação legal. Para este autor, o concubinato consiste na união de um homem com uma mulher, sem ligações pelos vínculos matrimoniais, durante tempo duradouro, sob o mesmo teto, ou diferente, com aparência de casados - *more uxório* - *Uxor*, que quer dizer esposa, mulher no casamento legítimo. *Mos* significa modo, maneira. *More uxório*: a sua maneira, tal como a mulher em relação ao marido.

Concubinato é o mesmo que hemigamia, que é o matrimônio livre *matrimonium vocatur*, ou casamento de fato. Observa-se que genericamente a expressão diz respeito a um homem e a uma mulher que vivam juntos sem serem casados, mas como se assim o fossem. Ressalta-se que *more uxório* significa conforme o costume de mulher casada, ou consoante determina o casamento. Na linguagem forense é muito comum notadamente nas questões relacionadas à família.

Trata-se de instituto que a jurisprudência gradativamente vem apresentando soluções, já que estabelece um problema humano, social e, por isso, na opinião de Pedrotti (1998, p. 7), “reveste-se em uma situação jurídica, aceita de *iure civile* pelos juristas, por ser a união entre o homem e a mulher sem casamento”. O autor evidencia que concubina é a mulher que tem vida em comum com um homem, ou que mantém, em caráter de permanência, relações sexuais com ele. Concúbito, do latim *concubitus*, significa cópula, coito. O elemento etimológico primário do concubinato é o concúbito contínuo exclusivo da mulher com um homem com quem habita e/ou mantém relações sexuais. Esse é o conceito original de concubinato. Todavia, esse conceito tem evoluído bastante. De acordo com Dias; Cunha (2002, p. 212) a expressão concubinato carrega consigo o peso de um estigma e de um preconceito. “Concubina significa mais que a indicação de um determinado tipo de

relação amorosa. Em nossa cultura ocidental, a palavra “concubina” tem um significado depreciativo, e só é usada para as mulheres”. O autor ressalta que ninguém fala em concubino. Historicamente, concubino traduziu uma relação de “menos valia”, menor, quase uma depreciação moral, principalmente para as mulheres.

A expressão concubinato tem duplo sentido. Para Bittencourt (1989, p. 41) “um sentido genérico análogo à união livre, que é toda ligação de homem e mulher fora do casamento, também chamado de mancebia, amigação, barregã, amásia, etc”. Em sentido mais específico é o que se refere ao semimatrimônio, à posse de estado de casado, ao entrosamento de vida e de interesses numa comunhão de fato.

O concubinato, como aponta Azevedo (1986, p. 63), possui dois sentidos. O amplo, conseguido a partir da própria etimologia da palavra, que vem a significar a união sexual livre, porquanto “[...] mostrar-se como união duradoura, a formar a sociedade doméstica de fato, onde é importante o ânimo societário *affectio societatis* e a lealdade concubinária”.

A partir da colocação dos conceitos, é importante ressaltar as espécies de concubinato existentes na doutrina, para se concluir qual delas o Estatuto dos Concubinos regulamentou. Azevedo (1986, p. 63) salienta três espécies de concubinato “[...] o puro, o impuro e o desleal”. Para este autor, concubinato puro é aquele que se apresenta como a união entre o homem e a mulher com desejo de formar uma família de fato, sem qualquer interferência na família de direito. Para tanto, nesta espécie, tem-se que os concubinos podem ser solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos. Concubinato impuro é aquele realizado contra um casamento preexistente de um dos concubinos ou em relação incestuosa. Quanto ao concubinato desleal pode-se dizer que este se efetiva em concorrência com outro concubinato puro.

Da análise das disposições legais contidas tanto na Constituição Federal quando na Lei nº 9.278/96, o legislador, segundo Azevedo (1986, p.64), “[...] quis regulamentar o concubinato puro, deixando as outras espécies sem proteção legislativa”. Assim, o autor entende que, se o texto constitucional, em seu artigo 226, reafirmou ser a família a base da sociedade e, em seu parágrafo terceiro, abriu espaço ao legislador ordinário para facilitar a transformação das uniões estáveis em casamentos de fato, não poderia este, contrariando a Constituição, editar regulamentação oposta à família de direito ou até mesmo à família de fato.

A união estável entre o homem e a mulher está reconhecida pela Constituição Federal de 1988, como entidade familiar. Logo, os motivos inspiradores que deram ensejo ao Código de 1916, não mais encontram evidência na realidade da família brasileira. Nesse caso, MIRANDA (1987, p. 282) ressalta que “o jurista há de interpretar as leis com o espírito ao nível de seu tempo, isto é, mergulhado na viva realidade ambiente, e não acorrentado a algo do passado, nem perdido em alguma paragem, mesmo provável, do distante futuro”.

De acordo com Pedrotti (1998, p. 7):

*A repulsa do legislador de 1916 à figura da concubina hoje não mais se justifica, pois a realidade objetiva da vida demonstra que uniões ilegítimas surgem com forte vinculação afetiva, propiciando o florescimento moral de prole bem constituída, não raro até mesmo sob melhor padrão que famílias geradas à sombra da legalidade.*

A apreciação da questão jurídica do concubinato pelo Poder Judiciário vem de longos anos. O que sempre restou evidenciada foi a vida em comum dos concubinos através da manifestação de vontade renovada a todo instante pela prática de atos condizentes, assim como a situação de fato comprovada, filhos, fidelidade, entre outros.

Assim, a Constituição da República de 1988, em seu artigo 226, utiliza a expressão “união estável” em substituição a “concubinato”, como tradicionalmente usada em textos normativos, doutrinários e jurisprudenciais.

*Começa-se, então, a fazer distinções através das expressões “concubinato puro” e “concubinato impuro”. Hoje, vejo que essas expressões veiculam estigmas morais com os quais não se pode concordar. Porém, é necessário fazer uma distinção entre concubinato adúlterino e não adúlterino. Tal distinção não tem a função de discriminar ou de “moralizar”. A importância dessa distinção está em manter a coerência em nosso ordenamento jurídico com o princípio jurídico ordenador da sociedade (DIAS; CUNHA, 2002, p. 213).*

O autor supra citado ressalta que, através da evolução do pensamento construtor da doutrina sobre o direito concubinário, o concubinato não adúlterino é a união estável e o adúlterino continua sendo o concubinato propriamente dito. Assim, o novo Código Civil, em seu artigo 1.727, faz essa distinção: “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”.

A distinção entre concubinato e união estável faz-se necessária para aplicar as medidas e conseqüências jurídicas em cada um dos institutos. Os direitos e deveres decorrentes de uma união estável serão buscados no campo de Direito de Família utilizando-se seus marcos teóricos.

*O concubinato, assim considerado aquele adúlterino ou paralelo ao casamento ou a outra união estável, para manter-se a coerência no ordenamento jurídico brasileiro – já que o Estado não pode dar proteção a mais de uma família ao mesmo tempo -, poderá valer-se da teoria das sociedades de fato e, portanto, no campo obrigacional. É claro que isso, às vezes, pode significar não fazer justiça. Mas, nos casos concretos, levados à justiça, deverão ser levados em*

*consideração peculiaridades e desafios de cada situação, e o justo deverá ser a busca dos interesses e dos direitos dos sujeitos e não do objeto da relação (DIAS; CUNHA 2002, p.213).*

Diferentemente do disposto no artigo 1.727 do novo Código Civil, há casos em que as relações se dão paralelamente ao casamento ou a uma união estável. Tais casos não constituem nem concubinato e nem união estável. São encontros ou relações que não têm durabilidade, ou, mesmo tendo uma certa estabilidade ou duração, não têm o condão de constituir uma família. São as amantes.

Vale frisar que a Lei nº 9.278/96 vem regulamentar o disposto no artigo 226 da Constituição Federal. Por um lado, o novo texto legal passou a disciplinar as relações concubinárias e, ainda, possibilitou que estas possam ser convertidas em casamento de fato, se assim desejarem os concubinos.

A Constituição Federal, abraçando a causa já defendida pela doutrina, acolhida pela jurisprudência, e referida de forma acabada na legislação, no sentido de não deixar à margem do sistema legal as relações concubinárias, deu um grande avanço ao ampliar o conceito de família, para também cobrir, sob a proteção do Estado, as relações concubinárias. Conforme Cahali (2002, p. 697), com o art. 226, § 3º, institucionalizou o concubinato, “elevando a relação ao estado de entidade, categoria social mais ampla que aquela até então família constituída exclusivamente pelo casamento”. A relação concubinária, segundo prescreve a lei deve ter algumas características peculiares que consistem na união entre homem e mulher, duradoura, pública e contínua, com a finalidade de formar uma família.

É importante ressaltar que a relação deve ser duradoura. Embora a lei não estabeleça um prazo mínimo para esta relação, ao contrário do prazo que prescreve a Lei nº 8.971/94, deve-se afastar, desde logo, as relações passageiras, as paixões furtivas, nas quais não é estabelecido um vínculo entre as pessoas. Ou seja, como na maioria das redes jurídicas, deve-se ter em conta a conduta do homem médio.

Também a relação deve ser contínua. Isto quer dizer que não se pode conceber o concubinato, nos moldes previstos pela lei, sem o caráter de perenidade. As desavenças que resultam em separações com posteriores restabelecimentos da convivência comum podem levar à conclusão da inexistência do concubinato.

O caráter de publicidade da relação afasta a possibilidade do concubinato às escondidas. Assim, este não deve ser velado. É perfeitamente admissível o concubinato puro com os companheiros habitando residências separadas. Ademais, a existência de casas distintas é admissível inclusive no casamento de direito sem que, com isto, fique este instituto descaracterizado.

### **3. Requisitos para a caracterização da União Estável**

Buscando uma melhor identificação de qual o tipo de união se enquadra, no

caso concreto, ao conceito de união estável, visando precipuamente separar as alianças estáveis das meras relações sexuais, que mesmo se repetindo por algum tempo assim não se caracterizam, estabeleceu a doutrina alguns elementos aptos a indicar a estabilidade, e honrabilidade do relacionamento duradouro.

Iniciando-se a união estável sem ato formal, partiu-se do princípio de que, para reconhecer direitos aos seus partícipes, necessária se faz a verificação de algumas circunstâncias reveladoras do perfil do relacionamento a ser tutelado.

Desta forma, construíram a legislação, a doutrina e a jurisprudência uma série de requisitos que devem ser satisfeitos por uma união para que se caracterize como estável, e, conseqüentemente, ser reconhecida pelo direito, dentre os quais os mais importantes são:

### 3.1. Diversidade de sexo entre os parceiros

À evidência, exige-se pela regra geral que a convivência seja entre um homem e uma mulher, excluindo-se, assim, as relações existentes entre um homem e outro homem e uma mulher e outra mulher, lembrando-se até mesmo que o espírito da lei é a conversão da união em casamento, o que seria impossível na espécie.

No âmbito constitucional também se contempla tal entendimento (art. 226, § 3º da CF), o que já se vinha prestigiando antes mesmo da Carta Magna de 1988 e de qualquer dispositivo legal, fundando-se na moral e nos bons costumes.

O legislador ordinário, por duas ocasiões, rechaçou, igualmente, as relações entre homossexuais, quando da edição da Lei 8.971/94 e, mais recentemente, com a Lei 9.278/96. Moura citado por Parizatto (1998, p. 67) argumenta que:

*Como imitação natural do casamento, a diversidade de sexo é a característica básica do concubinato. Está entre suas finalidades fundamentais o intercâmbio de relações sexuais entre os conviventes concubinários. Deve ser posto como expectativa válida o desejo de procriar. Tanto assim que a existência de filhos é suporte de deferimento de direitos pela própria lei, muitas vezes cautelosa em acolher a união livre. A geração de filhos, em verdade, serve para impregnar de maior moralidade a união, por demonstrar os elevados propósitos dos companheiros.*

Assim, muito embora exista projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional, no sentido de amparar legalmente tais “uniões” quando estáveis, de autoria da então Deputada Marta Suplicy, estas estão claramente à margem da legislação pertinente à família, que não as ampara, podendo-se inclusive colacionar diversos julgados que negam qualquer direito a estas uniões.

Convém aqui salientar que, embora excluídas da legislação, existe uma nova

jurisprudência sendo criada nos tribunais, que admite a dissolução da sociedade formada por pessoas do mesmo sexo.

Esta nova tendência, não as admite como entidades familiares, porém vêem nelas uma sociedade de caráter eminentemente obrigacional, tratando-as, de certa forma, de maneira idêntica às relações concubinárias existentes anteriormente à Constituição Federal de 1988 (Súmula n.º. 380 do STF). Como bem expõe Pontes de Miranda, citado por Santos (1996, p. 70): “Não segue daí que ficaram sem qualquer proteção as relações homossexuais. Limitam-se ao direito obrigacional, como o caso da sociedade de fato, que pode haver entre quaisquer pessoas.”

Em um julgado recente, trazido por Santos (1996, p. 70-71), citando artigo publicado na Folha de São Paulo, a 6ª Câmara Cível do TJRJ, determinou que metade dos bens de A.P.M., falecido em 1992, vítima da AIDS, fique com seu companheiro H.S. O desembargador Mello Serra afirma, em seu voto, que está provada “a excepcional dedicação do sócio postulante durante a doença”. Pela primeira vez, a solidariedade de uma das partes é levada em conta na hora de definir a partilha de bens de um casal homossexual.

Por último, em questão relativa à diversidade de sexo, Pereira (1994, p. 45), “envolve os casos de dubiedade de sexo ou intervenção cirúrgica que faz prevalecer o sexo psicológico sobre o fisiológico”. Para o autor, neste caso prevalecerá para todos os efeitos jurídicos, o “novo sexo” da pessoa constante no Registro Civil, se a alteração do nome for judicialmente autorizada.

### 3.2. Notoriedade de Afeições Recíprocas

Exige-se, para que seja reconhecida a união estável, que esta apresente sinais exteriores, que demonstrem a vida em comum dos partícipes. Não há necessidade de publicidade, embora a lei a este termo se refira, mas sim de notoriedade. A convivência entre o casal pode ser discreta, divulgando-se a sua existência de fato dentro de um círculo restrito. Nada impede de ser reconhecida a união estável quando somente os amigos, as pessoas de íntima relação de ambos ou os vizinhos possam atestar a sua existência. Assim, não se pode falar em união estável se os encontros forem furtivos ou secretos, embora haja reiterado prática de relações sexuais. Neste sentido são as lições de DINIZ (1996, p. 21):

*Notoriedade de afeições recíprocas, que não significam de modo algum publicidade. A esse respeito bastante expressiva é a lição de Cunha Gonçalves, segundo o qual a ligação concubinária há de ser notória, porém pode ser discreta, caso em que a divulgação do fato se dá dentro de um círculo mais restrito, dos amigos, o das pessoas de íntima relação de ambos, o dos vizinhos da concubina, que poderão atestar as visitas freqüentes do amante, suas entradas e saídas.*

A discrição, como pondera PEREIRA (1994, p. 45), “é um meio termo entre a publicidade ou a notoriedade franca e o segredo destas relações”.

Ao comentar a necessidade instituída na nova lei, PARIZATTO (1998, p. 67) salienta que “o dispositivo legal exige que a relação seja pública”. Deve se entender tal determinação como a exigência de uma relação notória, não secreta, feita às escondidas, clandestina. A união estável deve ser conhecida das pessoas, pois que o casamento o é. Devem os concubinos dar aparência de que são casados e que vivem nessa condição.

### 3.3 Fidelidade

Mesmo que não esteja expressamente previsto na Lei 9.278/96, tampouco na Lei 8.971/94, a fidelidade, que é inerente ao casamento (Art. 231, I, do Código Civil de 1916, e art. 1.566, I, do Código Civil de 2002), também devem existir na relação concubinária, amparando-se na moral e nos bons costumes, e tendo em vista a *mens legis latoris*, já que a nova Lei, em seu art. 2º, prevê que são deveres dos conviventes o respeito e consideração mútuos, dever este que jamais poderia ser dado por cumprido, sem a existência da fidelidade entre os parceiros. Entretanto, configurada a boa fé de um dos companheiros, a exemplo do casamento putativo, reconhecesse resultados jurídicos a esta relação, desde que presentes outros requisitos caracterizadores.

Para Sílvio Rodrigues (1994, p. 249), a fidelidade é o traço distintivo mais relevante a ser considerado e, “[...] em muitos casos, poder-se-ia mesmo dizer que o elemento básico caracterizador do concubinato é a presumida fidelidade recíproca dos concubinos”, pois para o autor ela não só revela o propósito de vida em comum e o de investirem-se eles na posse do estado de casados, como cria uma presunção *juris tantum* de que o filho havido é do casal.

### 3.4 Coabitação

Uma vez que a união estável deve ter a aparência de casamento, um dos elementos caracterizadores desta relação, segundo Rodrigues (2000, p. 249), “seria a coabitação, ou seja, devem os conviventes viver sobre o mesmo teto”. Entretanto, a maioria dos doutrinadores, ante a circunstância de que no próprio casamento, as pessoas em casas separadas admitem haver uma separação material do casal. Aceitando a existência de concubinato, mesmo que os conviventes não residam no mesmo teto, desde que seja notório que sua vida se equipara à dos casados civilmente.

Entendimento este que é consagrado pela Súmula 3821 do Supremo Tribunal Federal. A este respeito, Faria (1996, p. 97) cita um exemplo interessante, em que “apesar da separação material deve-se reconhecer a existência da união”. Como o casal de magistrados que atuam em comarcas distintas, que, em vista da necessidade

de estarem presentes nas comarcas onde exercem a função jurisdicional, cada qual permanece, durante a semana, residindo na cidade para qual foi designado, somente coabitando na mesma residência nos fins de semana.

### 3.5 Estabilidade - união duradoura e contínua

A estabilidade é outro fator muito importante para caracterizar a união estável. A união deve se prolongar no tempo, sendo, portanto durável e contínua, de modo que demonstre equilíbrio na relação familiar.

Com a edição da Lei nº 8.971, no fim do ano de 1994, estabeleceu o legislador ordinário o prazo mínimo de cinco anos (caso não houvesse prole em comum) para a configuração de uma união de homem e mulher como estável, gerando assim o “estado” de convivência. O prazo de cinco anos, adotado neste texto legal, vinha a ratificar uma atitude já há muito utilizada pelos tribunais para a caracterização até então das chamadas “sociedades de fato” entre as pessoas que vivessem em comunhão.

Por este mesmo raciocínio escreve Oliveira (1995, p. 95) “com essa característica, exige-se que os conviventes morem sob o mesmo teto, mantendo vida como se casados fossem. É necessário que os conviventes tenham o mesmo domicílio”.

Para Diniz (1996, p. 224), “ante a circunstância do próprio casamento pode haver uma separação material dos consortes por razões de doenças, de viagem ou de profissão”, o concubinato pode existir mesmo que os amantes não residam no mesmo teto, desde que seja notória que sua vida se equipara à dos casados civilmente.

Este também é o pensamento de Monteiro (1991, p. 78), “não se pense, todavia, que a coabitação se torne necessária para caracterizar o concubinato, pois pode este existir sem que convivam os concubinos na mesma casa”. Normalmente, é certo, apresentam-se estes *more uxório*, aparecendo em público como regularmente consorciados. Pode acontecer, entretanto, que não convivam sob o mesmo teto, sendo notório, porém, que a sua vida se equipara à das pessoas casadas.

Na legislação anterior, juntamente com o requisito da diversidade de sexo, a duração da união por pelo menos 5 (cinco) anos (não havendo filhos em comum), era um requisito objetivo inflexível, sem o qual, mesmo presente os demais requisitos, não se poderia aceitar a vivência das pessoas como união estável.

A posterior edição da Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, revogou esta disposição da Lei de 1994, levando em conta que a estabilidade de uma união está mais ligada à intenção do casal, do que propriamente ao prazo fixado em lei, deixando de lado o prazo fixo da lei, exigindo-se apenas que as uniões sejam duradouras, ficando a cargo da análise do caso *in concreto* o reconhecimento da durabilidade da convivência. Gomes (1996, p. 84) interpreta a intenção do legislador da seguinte forma:

*Acredita-se, pois, que a vontade do legislador ordinário não foi a de criar uma nova espécie de relacionamento legal e sim revogar as disposições da Lei 8.971/94, que forneciam elementos estáticos para a definição de união estável (5 anos de duração ou filhos em comum), impedindo aos julgadores qualquer exame de índole subjetiva. Conseqüentemente, há convivência entre as referidas Leis somente naquilo em que a última não regulamentou de maneira contrária ou se omitiu em regulamentar.*

Cahali (2002, p. 65) ao comentar a nova Lei, utiliza-se da mesma referência:

*Neste contexto, o prolongamento da união no tempo, funcionaria apenas como uma das provas do concubinato, mas não requisito para a produção de seus efeitos. Com efeito, para a caracterização da união estável são verificados outros fatores que não o tempo pela sua natureza de relacionamento como se matrimônio fosse, embora, repita-se, a durabilidade possa ser relevante como meio de prova à verificação do instituto.*

Inexiste dúvida de que a convivência por determinado período de tempo, às vezes prolongado, dará maior aparência de uma relação estável. Todavia, tal fator não pode mais ser reconhecido como preponderante, haja vista que outros elementos demonstradores da relação deverão ter relevante destaque.

Exige-se que a união seja contínua, ou seja, não poderá ser esporádica, ainda que se admita eventualmente a separação momentânea dos conviventes. O que poderá ocorrer mesmo por briga ou desentendimentos.

O exíguo prazo da relação não a constitui como união estável. Ocorre que os bens onde houve a efetiva contribuição da convivente supérstite devem ser partilhados, até mesmo tendo em vista o instituto do enriquecimento sem causa, ou ainda, pode esta reivindicar do espólio perdas e danos por ter largado o emprego e sua vida em outra cidade. Porém, no que se refere a direitos hereditários e alimentícios, estes não existem.

Para Rizzardo (1988, p. 175) “é evidente que uma união temporária, casual ou passageira não resulta efeito jurídico nenhum”. Uma das qualidades mais relevantes da sociedade de fato é a continuidade da vida em comum, embora não esteja condicionada a determinado lapso temporal.

Ainda a respeito da continuidade, Faria (1996, p. 23) argumenta que: “A união com vários períodos de separação é uma união instável, isto é não estável, as interrupções, se por acaso ocorrerem devem ser breves e escassas, possíveis a qualquer casal”.

### **3.6 Objetivo de formação de núcleo familiar**

O artigo 1º da Lei nº 9.278/96 também introduziu uma característica subjetiva

na união estável, ao estatuir o termo com objetivo de constituição de família”. Os conviventes devem ter 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.

Não há dúvida de que a relação concubinária existente entre o homem e a mulher deve se fundar na *afectio societatis*, com o objetivo maior da constituição de uma família como aquela legalmente instituída pelo casamento. Além de tudo a Carta Magna de 1988 trouxe um novo conceito ao Direito de Família, ao abranger a união estável entre homem e mulher, erigindo-a à condição de uma entidade familiar.

Um dos elementos que caracterizam o concubinato é a ausência de matrimônio válido contraído por seus partícipes. No entanto, tal entendimento vem sendo modificado, aceitando-se que há união estável quando um dos conviventes ou ambos, encontram-se separados apenas de fato do seu cônjuge.

A Lei n.º 9.278/96 não mais traz a exigência de que os conviventes sejam solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos como se fazia na legislação anterior. Porém, não se deve entender que a legislação esteja amparando a união entre homem (ou mulher) casado(a) que possui outra família legítima, com outra mulher (ou homem), numa relação às escondidas e adúlterina, pois é flagrante a ilicitude deste relacionamento, que sequer cumpre o requisito da fidelidade.

O que se pretendeu, ao se retirar da legislação a exigência quanto ao Estado Civil dos conviventes, foi a extensão dos direitos previstos na lei também às pessoas que vivam em união estável, não obstante serem casadas, mas se encontrarem a longo tempo separados de fato de seu antigo cônjuge, o que faz desaparecer os deveres matrimoniais.

De acordo com Cahali (2002, p. 65) “não se pode negar o acerto da orientação doutrinária e jurisprudencial admitindo a caracterização da união estável mesmo se um ou ambos forem casados, desde que separados de fato”. Efetivamente, a separação de fato põe termo ao regime de bens e aos deveres do casamento, dentre eles coabitação e fidelidade. Em assim sendo, tornam-se os cônjuges separados de fato desimpedidos para constituírem nova família através da união estável.

Segundo Alvim citado por Faria (1996, p.12) antes mesmo da Lei nº 9.278/96 “[...] não é necessário que residam sob o mesmo teto, nem que estejam separados judicialmente ou divorciados dos cônjuges anteriores, mas exclusivamente separados de fato.”

### 3.7 Inexistência de impedimentos matrimoniais

Existem certas pessoas que, embora reúnam os elementos característicos, não poderão ver reconhecidas suas uniões fáticas. Dentre estas, pode se destacar as que possuam impedimentos matrimoniais, elencados nos Arts. 1.517, 1521, 1.523, e 1.550

(Código Civil de 2002), e no artigo 183 do Código Civil de 1.916, (salvo inciso VI, conforme item anterior), da Lei Substantiva Civil. Estando estas pessoas impedidas de casar, pelos mesmos motivos estarão impossibilitadas de viverem em união estável.

Os impedimentos que envolvem os laços de parentesco sejam sanguíneos ou civis, afrontam os princípios morais, não podendo ser admitidos, tendo em vista até mesmo a elevação da união estável à entidade familiar.

O artigo 1º do Projeto de Lei nº 1.888/91, que originou a Lei nº 9.278/96, estabelecia que, para a configuração da união estável, não se admitia uma relação incestuosa. A Comissão de Justiça e de Redação Final da Câmara dos Deputados, porém, retirou do texto tal vedação, passando o artigo 1º da Lei a ser omissivo quanto à matéria.

À primeira vista, tem-se assim que as relações incestuosas, não foram descartadas pela Lei nº 9.278/96, tanto que a proibição constante no projeto foi suprimida no texto original. Há de se observar, contudo, que o objetivo legal é sempre a conversão da união estável em casamento, e para que tal ocorra é necessário o processo de habilitação para casamento, onde verificar-se-ão os impedimentos legais para casamento, o que inviabiliza no caso exposto a *mens legis*.

Embora a união estável seja uma relação de fato, constituída com o passar do tempo e, portanto, sem um marco inicial, para salvaguardar a família e, principalmente, proteger os conviventes, a exemplo das regras estabelecidas no casamento (Código Civil, art. 231, inciso I a IV) a Lei nº 9.278/96 estabeleceu deveres aos companheiros.

Crispino (1998, p. 175), comentando a respeito dos deveres oriundos da união estável salienta que, “[...] sendo entidade familiar amparada pelo texto constitucional, não poderia o casal ter, nesse aspecto, tratamento em descompasso com o casamento civil”.

A Lei nº 9.278/96 estabelece o respeito e consideração e à assistência moral e material como direitos e deveres, já que os deveres de cada um dos conviventes correspondem a direitos, reconhecidos ao outro companheiro. Segundo Pedrotti; Pedrotti (2002, p. 30), “[...] também a guarda e educação dos filhos caracterizam-se como direitos-deveres, entre os genitores e prole. Já o sustento dos filhos é dever, bem como o é a administração dos bens comuns dos conviventes”.

Ainda, Pedrotti; Pedrotti (2002, p. 30) assevera que:

*Fala-se sempre em deveres dos conviventes e não em obrigações, porque têm conteúdo preponderantemente ético, com embasamento na Moral e no Direito Natural, traduzindo-se e condutas permanentes dos companheiros, sem possibilidade, na maioria das vezes, de execução forçada, em caso de inadimplemento.*

A grande mudança no direito concubinário se deu a partir de 1988 com a

Constituição da República, autorizando definitivamente que as questões relativas a essa outra forma de família fossem tratadas no campo do Direito de Família e não mais no campo do Direito Obrigacional. Essa não é apenas uma simples mudança didática na organização jurídica. De acordo com Dias; Pereira (2002, p. 221) essa mudança, reveste-se de importância porque “instala um outro marco teórico, mudando o ângulo de visão e o raciocínio de atribuição e distribuição de direitos decorrentes da união estável. Com isso, a concepção sobre a contribuição indireta ganha mais força”.

A união estável assim com o casamento é o principal centro de cultivo de relações que visam ao aprimoramento moral, do homem. É importante a análise dos direitos dos conviventes pela assistência moral em razão de sua relevância, verdadeiro alicerce da união estável que, assim como ocorre no casamento, favorece o cumprimento dos demais deveres pelos conviventes.

*A assistência moral baseia-se no amor, que se presume existir entre os companheiros, razão pela qual pode parecer impossível delimitar seu conteúdo no plano jurídico. Realmente o amor ou afeição é sentimento que a lei não pode impor aos companheiros, o que gera a falsa noção de que a assistência moral seja um dever mais moral do que jurídico, vago e de difícil sancionamento legal. Porém, é exatamente a idéia de afeição contida nesse dever que acarreta sua extrema relevância, eis que nele se manifesta a coincidência desse sentimento com a comunhão de esforço na luta da vida. Em suma, a mútua assistência moral tem como conteúdo a observância recíproca da conduta própria de duas pessoas que se amam (PEDROTTI; PEDROTTI, 2002, p. 31).*

Por outro lado, a assistência moral é de suma importância, principalmente, na atualidade, em que as pessoas pouco se comunicam no lar, descuidando do companheiro, sem diálogo e sem considerá-lo, em verdadeiro estado de abandono moral. É a vida de um convivente, como se o outro não existisse.

Cuidando do dever de assistência imaterial entre cônjuge, Santos (1990, p. 109) ressalta que ele implica “a solidariedade que os cônjuges devem ter em todos os momentos da existência e que se manifesta sob as mais variadas formas”. A autora comenta que, do mesmo modo, acontece entre os companheiros que devem manter esse clima de solidariedade, nos bons e nos maus momentos de sua convivência.

*Todos aqueles cuidados, apoios, atenções, significam proteção aos bens da personalidade do convivente, como acentuamos, acerca do casamento, em trabalho intitulado “Dever de Assistência Imaterial entre Cônjuges”. Quando o convivente presta cuidados ao companheiro enfermo ou de idade avançada,*

*está oferecendo proteção à sua vida ou à sua integridade física. Ao consolá-lo pela morte de ente querido, está protegendo seu direito à integridade psíquica. Quando o defende nas adversidades com terceiros, está protegendo sua honra (PEDROTTI; PEDROTTI, 2002, p. 31).*

De acordo com os autores acima citados, assim, conceituamos a assistência moral na união estável como o dever de proteger os direitos da personalidade do convivente. No entanto, esse dever pode conduzir ao controle abusivo de um dos conviventes sobre o outro, razão pela qual lhes é imposto também o dever de respeito, que, igualmente, tem por objeto os bens da personalidade.

#### 4. Conclusão

O concubinato teve uma evolução muito significativa no sentido de ser aceito pela sociedade, saindo de uma posição de extremo preconceito e discriminação para atingir uma posição de aceitação.

O fato social se impôs e o legislador constituinte de 1988 correspondeu às aspirações mais liberais e constitucionalizou as uniões livres estáveis, conforme o § 3.º, do artigo 226 da Carta Magna: “para efeito da proteção do Estado é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”.

Entretanto, a principal mudança na história do concubinato, no Brasil, refere-se ao presente momento quando os assuntos procedentes das relações estáveis, que eram tratados no campo do Direito das obrigações, passaram a ser matérias de interesse exclusivo do Direito de Família. A união concubinária, representada pela união de um homem e de uma mulher sem serem casados legalmente, rompeu a barreira do tempo, para se ver em tal situação, uma verdadeira entidade familiar.

O Constituinte, com o objetivo de expurgar a carga de preconceito existente sobre a palavra concubinato, substituiu-a na Constituição de 1988 pela expressão União Estável, quando em seu art. 226 vem reconhecer, para efeito de proteção do Estado, esta forma de constituir família.

Hoje, não mais se exige a colaboração para configurar concubinato, o que interessa é a comunhão de vida permanente. Convém ressaltar que a lei atribui efeitos jurídicos em decorrência da infidelidade, no casamento, mas se omite em relação à união estável. Em decorrência da aparência de casamento, surge a idéia de um elemento que, embora discutível, é requisito essencial a qualquer entidade familiar. Trata-se da questão de fidelidade entre os companheiros.

#### 5. Referências

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023**: informação e documentação: referências – elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

AZEVEDO, A. V. **Do concubinato ao casamento de fato**. Belém: CEJUP, 1986.

BITTENCOURT, E. de M. **O Concubinato no direito**. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1989.

CAHALI, F. J. **Contrato de convivência na união estável**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIAS, M. B.; CUNHA, R. da. **Direito de família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro: sucessões**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

FARIA, M. R. C. de. **Os direitos sucessórios dos companheiros**. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 1996.

GOMES, R. R. **União estável conforme a Lei nº 9278/96: questão pessoal ou institucional?** Jurisprudência Catarinense, Florianópolis, v. 76, 1996.

MIRANDA, P. **Tratado de direito de família: direito matrimonial**. São Paulo: Max Limonad, 1987.

MONTEIRO, W. de B. **Curso de direito de civil: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 1991.

OLIVEIRA, B. de. **Direito alimentar e sucessório entre companheiros**. Rio de Janeiro: Destaque, 1995.

PARIZATTO, J. R. **Os direitos e os deveres dos concubinos**. São Paulo: Sumus, 1998.

PEDROTTI, I. A. **Concubinato: união estável**. São Paulo: Universitária de Direito, 1998.

PEDROTTI, I.; PEDROTTI, W. **Novo código civil brasileiro: quadro comparativo**. São Paulo: LZN, 2002.

PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de direito civil: direito da família**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

RIZZARDO, A. **Casamento e concubinato - efeitos patrimoniais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1988.

RODRIGUES, S. **Direito civil: direito das coisas**. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil: direito de família**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SANTOS, G. M. S. S. **União estável e alimentos**. São Paulo: LED, 1996.

SILVA, de P. e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. SISTEMA DE BIBLIOTECAS. **Normas para apresentação de trabalhos**. Curitiba: Ed. da UFPR, 2002. pt.6: Referências bibliográficas.

### **ESSENTIAL REQUERIMENTS FOR THE CHARACTERIZATION OF THE STABLE UNION**

**ABSTRACT:** This article had as objective to demonstrate the current situation of the stable union in the Brazilian Right with focus in the Law in the 9.278/96 with the intention to opportunity reflections on the new basic concepts about family and, so, to attempt for the essential requirements for the characterization of the stable union. The stable union like the marriage, it belongs the main center of cultivation of relationships that aim at moral aprimoration, to the man. It is important the analysis of the rights of the convivens for the moral attendance in reason of its relevance, the true requirement of the stable union that, like accur in the marriage, to bias the execution of the other duties for the companions.

**KEYWORDS:** Stable union - Essential Requirements - Brazilian Right.

Artigo recebido para publicação em: 24/11/03

Artigo aceito para publicação em: 18/12/03