

O SEPARADO DE FATO NA UNIÃO ESTÁVEL

Fernanda Garcia Escane

Mestranda em Direito Civil Comparado pela PUC-SP, professora de Direito Civil em curso preparatório para a OAB e advogada civilista atuante.

E-mail: fernanda.escane@uol.com.br.

A união estável consiste na “união respeitável entre homem e mulher que revela intenção de vida em comum, tem aparência de casamento e é reconhecida pela Carta Magna como entidade familiar. É a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família **desde que não haja impedimento matrimonial**”¹. (destaque nosso).

A Constituição Federal resguarda essa entidade familiar, em seu artigo 226, parágrafo 4º:

“§ 4º 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”.

Em que pese ao legislador a disposição de que a lei deveria facilitar a conversão da união estável em casamento, até hoje não encontramos no ordenamento jurídico nenhum tipo de disposição legal amparando o “pedido” elaborado pela Constituição, mesmo com o advento do Código Civil e seu respectivo artigo 1.726, como veremos a seguir.

Não obstante a falta de regulamentação que favoreça transformar a união estável em casamento, os efeitos patrimoniais advindos da constituição da união estável começaram a ganhar relevo, em decorrência, paradoxalmente, da instabilidade daí resultante, sobretudo quando de sua dissolução.

¹ Maria Helena Diniz. *Dicionário jurídico*, v. 4, p. 795.

A Lei nº 8.971/94, nada estabeleceu acerca da questão patrimonial, preocupando-se apenas com a sucessão. Ela já havia sido parcialmente revogada pela Lei nº 9.278/96 e, com o advento do Código Reale, restou totalmente revogada.

Diante disso, a Lei nº 9.278/96, que regula o parágrafo 3º, do artigo 226, da Constituição Federal, em relação às questões patrimoniais assim estabeleceu:

“Art. 5º 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.

§ 1º Cessa a presunção do *caput* deste artigo se a aquisição patrimonial ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união.

§ 2º A administração do patrimônio comum dos conviventes compete a ambos, salvo estipulação contrária em contrato escrito”.

O Código Civil de 2002, na esteira do estabelecido no artigo supratranscrito, dispôs:

“Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

A Lei nº 9.278/96 era norma especial, vez que o Código Civil de 1916 nada dispunha acerca da união estável. Logo, norma especial prevalecia sobre as normas gerais esposadas no código anterior.

Entretanto, com o advento do Código Civil de 2002, que disciplinou a união estável, surgiu a dúvida: a Lei nº 9.278/96 teria sido revogada pelo Código Reale? Haveria ou não antinomia de primeiro ou de segundo grau?

No caso de antinomia de primeiro grau, a solução é facilmente apreendida, por se aplicar em critérios solucionadores, quais sejam, o da especialidade, o hierárquico e o cronológico.

Vale relembrar, também, que a antinomia, nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Jr., é “a oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo que colocam o sujeito numa posição

insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado”².

Maria Helena Diniz ensina que haverá “*antinomia de segundo grau*, quando houver conflito entre os critérios:

a) *hierárquico e cronológico*, hipótese em que sendo uma norma anterior-superior antinômica a uma posterior-inferior, pelo critério hierárquico deve-se optar pela primeira e pelo cronológico, pela segunda;

b) *de especialidade e cronológico*, se houver uma norma anterior-especial conflitante com uma posterior-geral; seria a primeira preferida pelo critério de especialidade e a segunda, pelo critério cronológico;

c) *hierárquico e de especialidade*, no caso de uma norma superior-geral ser antinômica a uma inferior-especial, em que prevalece a primeira, aplicando-se o critério hierárquico e a segunda, utilizando-se o da especialidade”³.

No caso em tela, trata-se de antinomia de primeiro grau e, aplicando o critério da especialidade, ficou disposto que *lex specialis derogat legi generali, i.e.*, a lei especial revoga a lei geral.

Ainda assim, não teríamos a revogação da Lei nº 9.278/96, por constituir-se ela em norma especial. Logo, temos de aplicar o critério cronológico, pelo qual *lex posterior derogat legi priori*, ou seja, a lei posterior revoga a lei anterior.

Conclui-se, portanto, que o Código Civil revogou a Lei nº 9.278/96 apenas no que com ele não for compatível.

O Enunciado 261, do Conselho da Justiça Federal, dispõe que “a obrigatoriedade do regime da separação de bens não se aplica a pessoa maior de sessenta anos, quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade”.

Nesse caso, em especial, para não haver lacuna ontológica (se da aplicação da lei resultar injustiça) e/ou axiológica (ausência de norma justa), há que entender que o Enunciado foi perfeito ao atentar que, na união estável constituída antes de o convivente completar sessenta anos de idade, o regime escolhido antes dela (da comunhão parcial, por exemplo, no silêncio dos conviventes) deverá prevalecer.

Feitas essas considerações preliminares, pode-se dizer que a união estável do separado de fato enseja uma série de problemáticas, como veremos a seguir.

A união estável de pessoas livres (solteiros, viúvos, separados judicialmente ou divorciados) já esbarra num problema que parece ser inerente às uniões estáveis: o termo inicial e/ou final para a sua configuração.

² Maria Helena Diniz. *Conflito de normas*, p. 19.

³ _____ . *Conflito de Normas*, p. 49.

Nesse caso específico, depara-se com as questões atinentes aos bens que, eventualmente, já pertenciam ao convivente antes da constituição da união estável. Ou seja, há discussões por bens que pertenciam a determinado convivente antes do rompimento dessa união, o que permite, por vezes, ao outro convivente participar desse bem, visto que – importa lembrar – não são certos os dias de início ou fim da união estável.

No caso do separado de fato, o problema é ainda maior, dada a dificuldade em solucionar os problemas no âmbito patrimonial.

Ainda que alguns doutrinadores interpretem que a união estável se verifica independentemente de quaisquer ressalvas impostas pela lei, salvo melhor juízo, não pode prevalecer tal entendimento.

Nossa ressalva se impõe pelo fato de a própria Constituição Federal prever a facilitação da conversão da união estável em casamento, o que pode ocorrer apenas se os conviventes não forem impedidos ao casamento, como sabiamente dispõe o artigo 1.723, parágrafo primeiro, do Código Civil.

O Código Civil, ao disciplinar a união estável, em seu artigo 1.723, parágrafo único, dispôs expressamente que “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 ou judicialmente”. (destaque nosso).

Para a exata compreensão do disposto neste artigo, insta dizer que, para que a união estável seja reconhecida nos termos do disposto no artigo acima transcrito, é imprescindível que o convivente casado tenha-se separado – seja de fato ou de direito - antes de dar início à convivência.

Sem embargo de entendimento contrário, a nosso ver, a questão patrimonial nesse caso poderá causar grandes problemas tanto ao cônjuge quanto ao convivente. Exemplificamos: uma pessoa casada se separa apenas de fato. Há o patrimônio do casal - ainda não partilhado - composto de uma casa, dois automóveis e bens móveis. Decorrido certo tempo, um dos cônjuges, que permanece na casa do casal, passa a viver em união estável com outra pessoa. Segue uma série de reformas na casa que, antes, era do casal. Rompe-se a união estável.

Pergunta-se: se à união estável se aplicam as mesmas disposições da comunhão parcial de bens, como resolver a questão, vez que a casa era patrimônio dos cônjuges mas, com as reformas, o convivente também terá direito a ela, visto que contribuiu onerosamente na reforma? E o cônjuge, que poderá sair prejudicado quando da meação ou favorecido ilicitamente por conta das reformas feitas no imóvel?!

A pergunta é pertinente pois à união estável se aplicam as regras atinentes ao regime da comunhão parcial de bens, isto é, o convivente tem direito aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável.

E o convivente?! Terá algum direito?! Sobre o que deverá recair a meação do convivente?! Será possível delimitar seguramente até que valor tinha direito o cônjuge separado e, depois disso separar, até que valor terá direito o convivente?! *Data venia*, difícil será resolver os casos trazidos para a apreciação do Poder Judiciário.

O problema ainda não veio à baila por ser o Código Civil ainda bastante recente. Mas a previsão expressa do legislador de que o cônjuge separado de fato pode constituir união estável, a nosso ver, acarretará enormes problemas na seara patrimonial.

Mesmo com o Enunciado nº 115, aprovado na Jornada de Direito Civil de 2002, que dispõe “[haver] presunção de comunhão de aqüestos na constância da união extramatrimonial mantida entre os companheiros, sendo desnecessária a prova do esforço comum para se verificar a comunhão dos bens”, salvo melhor juízo, apenas reforça o exposto neste breve trabalho.

Outro ponto observado que nos leva a discordar da possibilidade de o separado de fato constituir união estável reside na disposição do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, anteriormente transcrito, combinado com o artigo 1.726, do Código Civil.

A Constituição Federal pede a facilitação da conversão da união estável em casamento – tão-somente.

Conquanto tenha procurado disciplinar essa facilitação, o Código Civil não logrou êxito, visto que preceitua no artigo 1.726, que “a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil”, mas sem apontar nenhuma espécie de facilitação.

Muito pelo contrário. Inicialmente, porque cabe questionar: a que juiz se refere o artigo?! Ao juiz de paz, ao juiz de direito, ao juiz da família – que juiz?

Mais precisamente no que tange ao separado de fato, deve-se refletir sobre a indagação formulada por Maria Helena Diniz: “Mas, perguntamos, como converter a união estável do separado de fato e do separado judicialmente, aplicando pura e simplesmente o artigo *sub examine*, diante do fato de o vínculo matrimonial ainda não ter desaparecido”⁴?

Se o Código Civil nem mesmo facilitou a conversão da união estável em casamento das pessoas desimpedidas, que dizer em relação ao separado de fato?

Ademais, não se pode esquecer que o concubinato permanece, até mesmo pelo disposto no artigo 1.727, o qual estabelece: “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”.

Entendemos que o legislador caminhou bem ao elaborar o artigo 1.727, isso porque o Direito não se presta a preservar ditos “direitos” que afrontam as leis e os bons costumes e, em nosso entender, o patrimônio dos concubinos deve ser analisado sob o enfoque da sociedade de fato, no

⁴ _____ . *Código Civil anotado*, p. 1.413.

âmbito da Vara Cível, com o fito de impedir o enriquecimento ilícito, mas sem gozar jamais da equiparação legal de família, visto não qualificar-se como tal, sem embargo de entendimento contrário.

Quanto ao separado de fato, estamos a premiá-lo não aplicando o disposto no artigo acima exposto. Apenas para breve reflexão, vale pensar na hipótese do separado de fato eventualmente.

Referimo-nos ao “separado de fato eventualmente” como àquele que deixa o lar e retorna inúmeras vezes. A união estável independe de tempo para a sua caracterização. A lei, como visto, autoriza sua constituição para os separados de fato. Como convalidar, ou não, a união estável e/ou a constância do casamento nessas situações?!

Mesmo com a exigência de que a união deve ser duradoura e contínua, expressamente prevista no artigo 1.725, do Código Civil, fato é que a coabitação não é imprescindível para sua caracterização, o que, a nosso ver, *data venia*, possibilita essa situação fática⁵.

Partilhamos do posicionamento manifestado por Regina Beatriz Tavares da Silva quando expõe que “a manutenção de uma relação estável na vigência de um casamento tem o mesmo significado, no plano moral, da bigamia, em que concorrem dois casamentos civis, o que é ilícito civil, a acarretar a nulidade do segundo casamento, como também dispõe este Código Civil, nos arts. 1.548, II e 1.521, VI, é ilícito penal, como tipifica o Código Penal, no art. 235; não há, portanto, sentido em atribuir efeitos à união estável que concorre com o casamento civil e punir com nulidade o casamento que concorre com outro casamento civil”⁶.

Não se pode esquecer do dever de lealdade previsto no artigo 1.724, do Código Civil, que permeia as uniões estáveis. Em razão do dever de lealdade, não é possível manter duas uniões estáveis simultaneamente, sob pena de uma delas não ser considerada união estável. Entretanto, é possível manter um casamento e a união estável?!

A sociedade conjugal termina, de acordo com o disposto no artigo 1.571, do Código Civil, pela morte de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulação do casamento, pela separação judicial ou pelo divórcio.

Mesmo com a construção jurisprudencial no sentido de que a separação de fato é causa extintiva da sociedade conjugal, sem embargo de entendimento contrário, não altera o estado da pessoa separada de fato para separado judicial.

Esse é o motivo que nos leva a defender a aplicação do artigo 1.571, já citado, pois, convém repetir, a jurisprudência não tem o condão de alterar o estado civil da pessoa, mesmo que separada de fato, por não existir tal estado.

⁵ Súmula 382, do Supremo Tribunal Federal: “A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

⁶ Ricardo Fiúza (coord.). *Novo Código Civil comentado*, p. 1.591.

Entre as possibilidades que merecem destaque para o nosso estudo estão a *separação* e o *divórcio*.

As modalidades de separação e de divórcio são, respectivamente, separação judicial consensual ou separação judicial litigiosa e divórcio-conversão ou divórcio-remédio.

Não há como suscitar a “dificuldade” em manter a situação fática da pessoa com sua situação de direito.

Se há decisão no sentido de que o “imóvel adquirido pelo marido (casado sob o regime da comunhão parcial), após a separação de fato e antes da homologação do pedido de separação, comunica-se o imóvel, uma vez que a sociedade conjugal só termina se ocorrerem as hipóteses previstas na LDI 2.^o” - (RT 685/143) – com maior razão deve-se atentar para o separado de fato que constitui uma união estável.

São essas e muitas outras liberalidades concedidas pelo próprio legislador que ensejam tantas controvérsias no meio jurídico. Não se afirma contudo, que o legislador não tenha de cuidar dessas relações, até porque a própria Constituição Federal se preocupou com essas situações fáticas.

O que pretendemos expor, entretanto, é que, se o legislador se permitir tentar regulamentar todas as situações fáticas, cada dia mais as controvérsias no meio jurídico aumentarão.

Ademais, vale lembrar, há um caminho para que todos os direitos sejam garantidos ao convivente: o casamento.

Neste trabalho, objetivou-se demonstrar que conceder direitos aos conviventes, como se casados fossem, resulta num equívoco por privilegiar, em certas ocasiões, maiores benesses aos conviventes do que aos cônjuges.

Apenas para esboçar a enormidade do problema, a união estável, por vezes, ampara mais os conviventes que próprios cônjuges.

Se a pessoa desimpedida não casa, não o faz para fugir às formalidades, responsabilidades e deveres oriundos do casamento. Bem por isso, com maior razão, seus direitos merecem ser restringidos, podendo o Estado continuar a amparar a entidade familiar, mas sem conceder-lhe direitos inatos ao casamento.

Ressalve-se que não se pretende “maltratar” quem optou por viver em união estável – longe disso.

Trata-se apenas de dar a cada um o que é seu, na medida de suas diferenças, aplicando aqui, o princípio da igualdade, tão consagrado em nossa Constituição Federal, cujo objetivo é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.

A união estável não é casamento!

Se o convivente não está satisfeito com os direitos conferidos pela Constituição Federal, pode, a qualquer momento, casar-se e passar a gozar os mesmos direitos dos cônjuges.

Mas a situação fática que se apresenta é que os conviventes, apesar de conhecerem as limitações dessa relação, após sua dissolução, acabam pleiteando direitos inerentes ao casamento e, o que é pior, nossos tribunais têm deferido de forma espantosa todos esses pedidos, ao arrepio inclusive, do disposto na Constituição Federal.

No caso que analisamos o separado de fato na união estável -, não foi diferente. O legislador, infelizmente, acabou por autorizar a convivência do separado de fato, sem atentar, *data venia*, para os problemas que tal disposição criará no meio jurídico. Mais: sem atentar para a vontade dos que convivem.

Reiteramos ainda uma vez que os que convivem o fazem por vontade própria, porquanto, se quisessem, contrairiam núpcias, sem problemas ou impedimentos de nenhuma espécie.

Infelizmente, sabemos que a nossa posição é minoritária mas, ainda assim, importa consigná-la nesta breve análise do separado de fato que mantém uma relação sob a égide da união estável.

NOTAS

Maria Helena Diniz. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Conflito de normas*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Dicionário jurídico*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

Ricardo Fiúza (coord.). *Novo Código Civil comentado*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.