

O RECONHECIMENTO DOS EFEITOS POSITIVOS DA PUTATIVIDADE NA UNIÃO ESTÁVEL, EM OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Jean Carlos Cardoso Pierri¹ e Isabelle Soares de Castro²

RESUMO

União estável putativa, espécie de convivência *more uxório*, é tema de análise pouco aprofundada, até mesmo nos estudos de renomados doutrinadores. Assim, vem por muitos sendo equiparada ao casamento putativo, a qual deriva da união entre pessoas quando uma delas, ou até mesmo ambas, está impedida de contrair núpcias, sendo que a resolução para situações como esta têm que se dar através de decisões judiciais apegadas à analogia, em respeito aos Princípios da Isonomia e da Dignidade da Pessoa Humana. A união estável surgiu com base na Constituição de 1988, que prima por uma sociedade mais justa, igualitária, calcada no alicerçamento dos direitos da família e das constantes mutações sociais, assim como da necessidade de se estabelecer uma nova forma de constituição de família. Durante anos a união estável era tida como entidade familiar. Apesar do legislador ainda destinar tratamento diferenciado àqueles que preferem conviver com outrem, *more uxório*, a se unirem em matrimônio, hoje este tipo de união é respaldada pelo código civil e, para surpresa de uns e insatisfação de outros tantos, já é há muito reconhecida como família. Em suma, a união estável putativa deve ser reconhecida com a finalidade de amparar aquele possuidor de boa fé subjetiva, que ao estabelecer convivência com outrem, é surpreendido com a previsão do artigo 1.561 do código civil, que se aplica somente ao casamento putativo, retirando-lhe os benefícios e direitos que deveriam igualmente ser aplicados à putatividade nas relações decorrentes de união estável.

Palavras-chave: Boa-fé; Casamento; União estável; Putatividade; Dignidade da pessoa humana; Analogia.

1- Especialista em Direito Civil pela ESA (Escola Superior de Advocacia). Professor de Processo Civil e Chefe de Departamento de Processo Civil da Faculdade de Direito de Valença, da Fundação Educacional Dom André Arcoverde (FAA). Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito do Centro Universitário Geraldo di Biase, da Fundação Educacional Rosemar Pimentel (FERP), campus Volta Redonda. Advogado Militante.

2- Acadêmica do 8º período de Direito da Faculdade de Direito de Valença, da Fundação Educacional Dom André Arcoverde (FAA). Estagiária da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

ABSTRACT

Putative stable union, kind of *more uxorio* intimacy, is the subject of brief analysis, even in studies of renowned scholars. Therefore, it has been equated to a putative marriage, which stems from the union between people when one or even both, is barred from contracting marriage, so that the resolution for such situations must go through judicial decisions, attached to the analogy concerned to the Principles of Equality and Dignity of the Human Being. The stable union has emerged based on the Constitution of 1988 that excels for a fairer and more equalitarian society, based on the foundation of family rights and constantly social changes, as well as the necessity of establishing a new pattern of family constitution. For years the stable union has been considered as a family. Although the legislator still grants special treatment to those who prefer to live together, *more uxorio*, to join in marriage, today this kind of union is backed by the civil code and for the surprise of some and dissatisfaction of many others, it has been recognized as a family for a long time. In short, the putative stable union should be recognized for the purpose of supporting one possessor of subjective good faith, that by establishing intimacy with others, is surprised with the requirements of article 1.561 of the civil code, which is applied to the putative marriage only, taking away the benefits and rights that should be equally applied to the putative relationships that result from the stable union.

Keywords: Good faith; Marriage; Stable union; Putative; Dignity of the human person; Analogy.

INTRODUÇÃO

Nos idos anos 50 e 60 principalmente, um movimento social de abrangência mundial intitulado de “revolução feminista” causou mudanças de relevo nas relações familiares de inúmeros países, dentre eles o Brasil. Os cientistas que desenvolveram a pílula anticoncepcional em 1960 não podiam imaginar que a criação recente embalaria aquele movimento, quando permitindo às mulheres a partir de então a possibilidade do planejamento familiar, estaria interferindo de forma contundente nas células familiares.

A sociedade paternalista predominante até então não iria aceitar tão profundas mudanças que vinham surgindo de forma veloz, já que estava enraizada no seio social a tradição secular do homem na chefia da família, cabendo à mulher apenas a função de gerir os filhos e afazeres domésticos.

O desenvolvimento da massa feminina trouxe consequências singulares para a sociedade da época. Os homens começaram a abandonar suas famílias de origem e passaram a constituir outras de forma “irregular”, o denominado concubinato, o

que aos olhos da lei daquele tempo era ilícito. Neste aspecto, o reconhecimento do divórcio no Brasil foi conveniente, já que as mulheres que se permitiam viver com um homem sem com ele serem casadas, eram até então denominadas de concubina (amante do homem casado).

Insta esclarecer que o concubinato, considerado ilícito como dito acima, além de atentar contra a honradez e a dignidade da mulher, a deixava vulnerável caso o companheiro abandonasse o lar ou viesse a falecer, já que não lhe era assegurado nenhum direito decorrente dessa união. A Constituição vigente negava-lhes o reconhecimento dos filhos havidos na constância da união “ilegal”, os quais não podiam receber o nome paterno, sendo os mesmos qualificados como filhos bastardos ou extraconjugais.

Mesmo com tantas irregularidades, esta nova forma de constituição de família só passou a ser considerada lícita a partir da vigência da Constituição da República de 05/10/1988, a qual atribuiu-lhe a denominação de entidade familiar.

CRFB/1988 – MARCO DIVISÓRIO NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO

Não podendo mais “fechar os olhos” para esta situação que já alcançava relevo nas famílias brasileiras, quando a CRFB/1988 entrou em vigor, o legislador constitucional consagrou aquilo que durante décadas vinha sendo, de fato, absorvido e efetivado pela sociedade.

No entanto, tradição que é no Brasil ao tratar de temas polêmicos, a Carta Magna em seu art. 226, § 3º, apenas reconheceu e denominou aquela forma de constituição familiar (entidade familiar) entre homem e mulher que já existia há décadas, não lhe atribuindo quaisquer efeitos ou tecendo maiores precisões sobre o tema. Preferiu “plantar a semente” e aguardar a reação social advinda do impacto que esta “modernidade” iria causar nos seios familiares.

Os direitos decorrentes da agora chamada união estável só obtiveram reconhecimento jurídico quando entraram em vigor as Leis no 8.971 de 29/12/1994 que regulamentou o direito a alimentos e sucessões entre os companheiros, e no 9.278 de 10/05/1996, a qual veio, esta sim, para regulamentar o § 3º do art. 226 da

CRFB, estabelecendo os direitos e obrigações de cunho pessoal entre os companheiros, bem como divisão patrimonial e assistência material (alimentos).

Depois deste momento, o instituto só voltou a ser alvo de inovações com a entrada em vigor do CC/2002, o qual dedicou um título inteiro (arts. 1.723 a 1.727) a tratar do tema. Antes a união estável somente seria reconhecida se não houvesse entre os companheiros os impedimentos matrimoniais previstos no art. 1.521 do CC. Agora, inclusive, aquele que embora casado seja separado de fato e viva publicamente com outra pessoa, esta já recebe o *status* de companheira do mesmo, sendo a relação entre eles reconhecida como união estável, o que antes da vigência do CC isto não seria possível.

Art. 5º CAPUT DA CRFB/1988 – PRINCÍPIO DA ISONOMIA

O art. 5º da CRFB/1988 como cediço, positivado para tornar a sociedade brasileira mais justa e igualitária, excluiu qualquer distinção entre as pessoas, seja ela de natureza religiosa, gênero sexual, educacional, etc., colocando-as pare passo perante a lei.

Tarefa que não é das mais fáceis, mas há de se admitir o esforço do legislador na intenção de criar mecanismos legais a fim de dar cumprimento ao comando constitucional supra citado, muito embora seja evidente que ainda há muito a se fazer no sentido de se corrigir falhas graves que a legislação pátria em vigor possui, notadamente quando o tema se refere às relações familiares advindas da união estável, se comparadas com aquelas resultantes do casamento.

Apenas a título de reflexão, eis que este não é o tema do presente estudo, hoje uma pessoa com 70 anos de idade que queira se casar, prestigiando assim o instituto, é obrigado a se submeter ao regime da separação obrigatória de bens, por força do recém alterado art. 1.641, II do CC. Agora, se esta mesma pessoa resolve viver em união estável com outrem, embora tenha os mesmos 70 anos de idade, o regime a ser adotado é o da comunhão parcial de bens, já que este é o único previsto na legislação para tais casos, ressalvado ainda o direito de, através de contrato escrito, particular que seja, adotar outro que melhor lhe convier.

Divorciada do comando constitucional que estabelece o princípio da isonomia, a legislação infraconstitucional dá tratamento diferenciado para a mesma pessoa

com as mesmas características, quando alocada, ora numa relação de casamento, ora numa relação de união estável, como abaixo se verá.

NULIDADE E ANULABILIDADE MATRIMONIAL, E OS EFEITOS DOS VÍCIOS QUE AS OCASIONARAM

O artigo 1.521 do CC traz a relação dos impedimentos para o casamento, estabelecendo um rol taxativo de pessoas que, terminantemente, não podem se casar. A desobediência ao comando legal acarreta a decretação da nulidade do ato, na forma da determinação esposada no art. 1.548 do mesmo diploma.

Na mesma esteira, sendo o casamento ato extremamente solene, a inobservância de algumas das exigências legais para sua regular celebração pode acarretar não a nulidade, mas a anulabilidade do ato, tal como preveem os arts. 1.550, 1.556, 1.558, elencando estes um rol não fechado, de casos de anulabilidade do casamento.

Assim, quando se estabelece um vínculo matrimonial entre aqueles que estão autorizados ao ato, e estes o celebram de forma regular, observando-se categoricamente cada uma das formalidades legais, se está diante de um casamento válido, surgindo direitos e deveres para ambos, seja de ordem pessoal, conforme previsão do art. 1.566, tanto quanto de ordem patrimonial, com previsão a partir do art. 1.639, os quais estabelecem os regimes de bens e efeitos dos mesmos.

A inobservância à proibição do art. 1.521, como dito, acarreta a necessária decretação da nulidade do ato. Significa dizer que este casamento em sendo nulo, é incapaz de produzir os efeitos regulares que se espera de um casamento válido. Os casos enumerados no artigo são de tal gravidade que ofendem a ordem social (por isso chamados de impedimentos dirimentes públicos ou absolutos), a ponto de o legislador (art. 1.522) permitir que qualquer pessoa possa apontar o impedimento a qualquer tempo, desde que o faça até antes da celebração. O fato é de tal natureza que nem o tempo é capaz de convaler o vício e tornar este casamento válido.

D'outro giro, com relação aos casos de anulabilidade é diferente. O casamento celebrado em desobediência às exigências positivadas nos artigos supra citados que tratam do tema, faz com que o casamento permaneça em um estado de dúvida, podendo tornar-se válido posteriormente. Não sendo o mesmo plenamente

perfeito, fica estacionado na linha divisória entre a validade plena e sua anulabilidade.

Ocorre que nesta hipótese o vício aqui contido é um vício menor, de menos gravidade. O delineamento dos casos que acarretam a anulabilidade de um casamento não possui um rol fechado como já dito, sendo casos que interessam apenas aos noivos e quando muito a alguns de seus familiares, sendo por isso chamados de impedimentos dirimentes privados ou particulares, quando nestes casos a lei limitou a legitimação das pessoas que poderiam apontar o vício no sentido de anular o ato, variando de acordo com cada caso, estabelecendo inclusive prazo decadencial para o manuseio da ação competente.

No casamento anulável, como ele está muito mais próximo de sua regular validade que de sua anulação, após sua celebração o mesmo passa a produzir seus efeitos como se válido fosse e assim permanecerá até que a ação anulatória seja proposta e se obtenha provimento judicial positivo, quando a mesma restabelecerá o casal ao estado anterior em que se encontravam na data da celebração.

Caso contrário, se nada for requerido nos prazos que a lei prevê para cada um dos casos, o tempo tem o condão de “fechar a cicatriz”, tornando este casamento plenamente válido, e nada mais poderá ser requerido por quem quer que seja.

OS EFEITOS DA PUTATIVIDADE NAS RELAÇÕES DE CASAMENTO

Segundo De Plácido e Silva³: “Putativo deriva do latim *putativus* (imaginário), de *putare* (reputar, crer, imaginar, considerar). Na significação jurídica, a putatividade (qualidade de putativo) gera uma reputação de real a respeito da coisa ou do fato, para que surta certos efeitos jurídicos”.

Falar de putatividade fatalmente nos remete às propedêuticas aulas de direito penal no curso de graduação, quando naquele exemplo clássico, alguém trafegando por uma rua deserta defrontasse com seu desafeto, e este, enfiando a mão por dentro de jaqueta, demonstra ao outro que irá sacar a qualquer momento uma arma

3- SILVA, De Plácido e. Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 1.138.

a fim de lhe atacar. Este, no intuito de se defender, saca a sua de forma mais veloz, atira e mata seu pretense ofensor, quando depois se verifica que a vítima nada possuía, já que estava retirando do bolso apenas um maço de cigarros ou sua carteira.

Se aquela situação que motivou a ação do autor do fato fosse real, justificaria sua conduta e estaria o mesmo diante de uma excludente de ilicitude. É o típico caso de legítima defesa putativa. A situação não era real, mas aparentava ser e, igualmente está justificada a atitude do autor, o que faz com que ele receba o benefício da lei de não ser punido. Esta situação envolvendo putatividade também foi prevista pelo legislador nas relações de casamento.

Embora tenha o legislador cercado o ato do casamento da segurança normal que se espera com a necessária elaboração de um processo de habilitação para o casamento, o qual deve ser fiscalizado por algumas autoridades, expedição de proclamas para que chegue ao conhecimento de um número expressivo de pessoas o ato que está por se celebrar, tendo tudo isto a intenção de evitar que pessoas mal intencionadas burlem a lei no sentido de fazer aquilo que se veda; ou seja, casar-se lhe sendo defeso, ou casar-se sem cumprir as devidas observâncias às demais solenidades, como, por exemplo, a autorização dos pais para a celebração de casamento dos menores entre 16 e 18 anos de idade, mister se faz o esclarecimento de que podem ocorrer falhas no aludido processo de habilitação. Teve o mesmo a consciência normal de que em virtude dessas falhas não seria difícil um casamento ser celebrado com inobservância à proibição ou às formalidades, em virtude de todo tipo de artimanhas engendradas por mentes maquiavélicas.

Desta forma, estabeleceu o legislador no art. 1.561 e seguintes do CC, o que a doutrina chama de casamento putativo; ou seja, é aquele que aos olhos alheios parece um casamento plenamente válido, mas em virtude de ter sido celebrado quando proibido ou com inobservância de uma solenidade essencial, este vício o tornar nulo ou mesmo anulável. A questão agora é saber se ao se casarem os noivos sabiam ou não desse vício. Se ambos estavam de boa fé ou de má fé. A apuração sobre a intenção dos mesmos não retirará do ato matrimonial o vício e, por isso, mantém-se o necessário reconhecimento de que o mesmo é de fato nulo ou anulável.

O que se almeja em descobrir-se a intenção dos nubentes é para a aplicação de uma regra basilar do Direito que reside no fato de que aquele que está de má fé deve ser punido, enquanto aquele que está de boa fé deve ter seus direitos preservados, sendo que no casamento putativo não é diferente. Para aquele que estava de boa fé ao celebrá-lo, e isto pode ocorrer com um ou com ambos, serão os efeitos e os direitos que adquiriu com o ato, preservados até a data da sentença que decretar sua nulidade ou sua anulabilidade.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves⁴: “Os efeitos da putatividade são todos os normalmente produzidos por um casamento válido, para o cônjuge de boa fé, até a data da sentença que lhe ponha termo. A eficácia dessa decisão manifesta-se *ex nunc*, sem retroatividade, e não *ex tunc*, não afetando os direitos até então adquiridos. Essa situação faz com que o casamento putativo assemelhe-se à dissolução do matrimônio pelo divórcio.”

Ao contrário, para quem estava de má fé, e de igual forma, pode apenas um estar de má fé ou ambos estarem investidos da mesma, sofrerá duplamente a sanção da lei prevista no art. 1.564 do CC, quando, primeiro, perderá todas as vantagens que retiraria de um casamento válido e regular sobre o outro cônjuge, além de ter que cumprir todas as promessas que fez ao inocente no pacto antenupcial.

Boa-fé nas relações de casamento, segundo Arnaldo Rizzardo⁵, citando Pontes de Miranda: “Consiste na ignorância, por parte de ambos os esposos ou de um só deles, da existência da causa impeditiva.”

Cite-se a título de exemplificação, um pai casar-se com uma filha ou um irmão casar-se com uma irmã, e todos desconhecendo estas qualidades. O fato do desconhecimento não tira do ato a qualidade de nulo. Contudo, se está diante de um evidente caso de casamento nulo putativo, pois se não houvesse o vício, o casamento seria plenamente válido. Aqui preservam-se os direitos de todos até a data da sentença que declarar a necessária nulidade.

Outro exemplo, um homem se casa com uma mulher acreditando que esta fosse maior de idade, quando a mesma possuía apenas 17 anos, tendo ela, sem o

4- GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 6, p. 109.

5- RIZZARDO, Arnaldo, Apud Pontes de Miranda. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 154.

conhecimento do noivo, falsificado uma certidão de nascimento para evitar a interferência dos pais em sua intenção, os quais terminantemente não autorizariam o casamento. Estamos diante de um caso de casamento anulável putativo, já que se não fosse a falta de autorização dos pais para o casamento de quem é menor, este casamento seria totalmente regular.

No caso anterior, como somente o homem estava de boa fé, para ele preservam-se os direitos decorrentes deste casamento, até a data da sentença que decretar sua anulabilidade, em detrimento da noiva que sofrerá as punições acima descritas; ou ainda, como dito, se quem de direito não manusear a ação anulatória competente dentro do prazo legal, o tempo irá sanar este vício, e o casamento tornar-se-á plenamente válido e ninguém nada mais poderá reclamar futuramente.

Frise-se que com relação aos direitos dos filhos, seja qual for a natureza do casamento, nulo ou anulável, ou estando um dos pais apenas ou ambos de má fé, para eles nada muda, sendo seus direitos plenamente preservados

DA INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO DA PUTATIVIDADE NA UNIÃO ESTÁVEL – OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA–

“A família, segundo o constituinte de 1988, é algo mais amplo que um simples vínculo civil: é uma instituição baseada no amor, na afetividade, no companheirismo e na dedicação”.⁶

Ao cruzarmos a linha divisória existente entre o casamento e a união estável, percebemos, como já dito, diferenças singulares e significativas no tratamento que o legislador dá ao cônjuge e o que destina ao companheiro. Em que pese o fato de demonstrar o legislador um cuidado especial em dar àqueles que são casados, direitos que não são observados para os que optaram viver *more uxorio*, esta falta de previsão ou tratamento diferenciado, por vezes, pode acabar colidindo frontalmente com o Princípio da Isonomia, anteriormente citado, trazendo prejuízos incomensuráveis a quem não merece sofrê-los.

6- FEIJÓ, Roberto Nogueira. Direito de Família Contemporâneo: análise dos institutos da união estável e da união homoafetiva diante dos princípios constitucionais do Direito de Família. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Fortaleza: Tribunal de Justiça do Ceará, 2006. v. 22. p. 11-62.

Pois bem, dentre inúmeras diferenças, esta distinção de tratamento também se verifica quando analisamos a putatividade no campo do matrimônio e no campo da união estável. Como visto acima, no que se refere ao casamento o legislador buscou estabelecer explicitamente artigos delineadores da matéria, inclusive estabelecendo com precisão os direitos e punições aplicáveis aos envolvidos em cada caso.

Na união estável esta previsão simplesmente não existe, cabendo aos Tribunais nacionais, volta e meia, depararem-se com esta situação na prática e terem que recorrer à analogia para solução do caso, esposados na boa fé subjetiva dos contraentes, conforme jurisprudências abaixo selecionadas.

Ementa: UNIÃO ESTÁVEL. SITUAÇÃO PUTATIVA. "AFFECTIO MARITALIS". NOTORIEDADE E PUBLICIDADE DO RELACIONAMENTO. BOA-FÉ DA COMPANHEIRA. PROVA DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL. JUNTADA DE DOCUMENTOS COM A APELAÇÃO. DESCABIMENTO. 1. (...) 2. Tendo o relacionamento perdurado até o falecimento do varão e se assemelhado a um casamento de fato, com coabitação, clara comunhão de vida e de interesses, resta indubitosa a *affectio maritalis*. 3. Comprovada a notoriedade e a publicidade do relacionamento amoroso havido entre a autora e o *de cujus*, é cabível o reconhecimento de união estável putativa, quando fica demonstrado que a autora não sabia do relacionamento paralelo do varão com a mãe da ré. Recurso provido. (SEGredo DE JUSTIÇA) (**Tribunal:** Tribunal de Justiça do RS **Seção:** CIVEL **Número:** 70025094707 **Comarca de Origem:** Gravataí **Órgão Julgador:** 7ª Câmara Cível **Tipo de Processo:** Apelação Cível **Decisão:** Acórdão **Relator:** Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves)

Ementa: UNIÃO ESTÁVEL PUTATIVA. Caso em que a autora uniu-se ao "**de cujus**" de boa-fé sem ter conhecimento que se tratava de homem casado. Reconhecimento de união estável putativa. Deram provimento. Por maioria. 10 fls. (BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº. 70003251469, Oitava Câmara Cível, Relator: Rui Portanova. Porto Alegre, 13 de dezembro de /2001)

Ementa: UNIÃO ESTÁVEL PUTATIVA. Sua possibilidade, se a companheira desconhece que seu companheiro mantém vida dupla e se relaciona com outra mulher anterior e com ela mantém a vida marital, sem desfazê-la, para estabelecer a união posterior com exclusividade. Aplicação por analogia do art. 221 do Código Civil de 1916. Prova dos autos a denotar, que o finado mantinha união concomitante com duas mulheres, a ensejar o reconhecimento da união estável, com os efeitos jurídicos daí decorrentes, em favor das duas. Recurso provido. (BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível nº. 33248, Décima Oitava Câmara Cível, Relator: Carlos Eduardo Passos, Rio de Janeiro, 03 de Agosto de 2004).

Maria Berenice Dias⁷ defende a possibilidade da existência da união estável putativa:

A diferença centra-se exclusivamente no fato de a mulher ter ou não ciência de que o parceiro se mantém no estado de casado ou tem outra relação concomitante. Assim, e ainda segundo esta corrente que vem se fortalecendo, somente quando a mulher é inocente, isto é, afirma não ser sabedora de que seu par tem outra, há o reconhecimento de que ela está de boa-fé e se admite o reconhecimento da união estável, com o nome de união estável putativa.

Em que pese o cuidado do legislador em trazer o delineamento (com importantes previsões) do instituto da união estável para o texto do CC de 2002, não há na lei substantiva nem na legislação extravagante sobre o tema, qualquer resquício de previsão da putatividade aplicável àqueles que optaram por esta forma de convivência familiar. E por que este “descuido”? A resposta intriga e incita o debate, já que não é difícil imaginar a situação exemplificativa a seguir exposta. Inclusive o autor Marco Aurélio Viana⁸ confirma a possibilidade: “Nada impede que uma pessoa se una a outra sem saber do seu matrimônio.” (...) Ela desconhece o casamento preexistente e, de boa-fé, liga-se à outra pessoa e constitui, sob sua ótica, uma união estável. Em assim sendo, a união estável decorre de erro de fato ou de direito, porque o convivente une-se ao que é casado por ignorar o seu estado civil”.

7- DIAS, Maria Berenice. Adulterio, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade. Disponível em: http://www.juristas.com.br/mod_revistas.asp?ic=245. Acesso em 12.08.2001 às 17:00 h.

8- VIANA, Marco Aurélio. Da união estável. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 90.

Imagine João, casado com Maria com quem tem 2 filhos, residente em Chuí – RS, extremo sul do Brasil, caminhoneiro destes que cruzam o país de norte a sul, e que por vezes passa 2 a 3 meses sem ir em casa. Numa dessas andanças pelo país, conhece Vanessa, residente no Oiapoque – AP, extremo norte, com quem estabelece namoro e pouco tempo depois já estão de casa montada e morando juntos. Os anos passam, nascem filhos, imóvel próprio comprado, algum patrimônio amealhado, conta bancária conjunta, e todos que conhecem o casal naquela localidade os têm como “marido e mulher”, sem que Vanessa ou Maria desconfiem da vida dúplice que João mantém.

Tempos depois João morre, e ao deflagrar processo administrativo junto ao INSS visando o recebimento de sua pensão previdenciária, Vanessa descobre que Maria estava habilitada junto à autarquia como dependente do mesmo na qualidade de esposa, recebendo sobredita pensão, descobrindo-se então que o mesmo era casado e mantinha vida conjugal ostensiva e pública com ambas, com a esposa Maria e com a companheira Vanessa.

O exemplo acima encontra respaldo na posição de Marta Vinagre Bembom⁹: “Se há casamento putativo, achamos que pode existir união estável putativa, como, por exemplo, no caso de a mulher conviver com homem casado (que também convive com a esposa), mas a companheira não está ciente do fato, ou seja, encontra-se de boa-fé. A analogia, dada a semelhança das situações e por imperativo de justiça, é cabível”.

Ao verificar o que dispõe o art. 1.723 do Código Civil, o § 1º diz que determinada união não será reconhecida como união estável se ocorrem os impedimentos para o casamento previstos no art. 1.521, já citado. Assim, se houver restrições para que aquele casal se una em matrimônio, o relacionamento entre eles não será legalmente reconhecido como tal, recebendo tratamento de concubinato, conforme expressa previsão do art. 1.727.

No entanto, o artigo trouxe uma inovação em seu texto, a qual não era contemplada nas leis nos 8.971/1994 e 9.278/1996, ambas afetas ao instituto. Prevê o mesmo, que alguém casado e que não tenha mais vida conjugal com seu cônjuge,

9- BEMBOM, Marta Vinagre. A reciprocidade da legislação e da jurisprudência no casamento e na união estável. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5532. Acesso em 12.08.2011 às 17:15 h.

possa estabelecer com terceira pessoa relacionamento, o qual será reconhecido como união estável. Neste caso, embora haja impedimento para o matrimônio entre eles, o legislador abrandou a situação, já que, encontrando-se separado de fato de sua esposa e vivendo de forma pública, contínua e ostensiva como se casado fosse com outrem, não haveria porque não atribuir reconhecimento à mesma.

No exemplo citado acima, se observado apenas o texto frio da lei, a união entre Vanessa e João jamais poderia ser reconhecida como união estável, já que ele, durante todo o tempo em que manteve relacionamento com ela, estava casado e ainda mantinha vida conjugal plena com sua esposa Maria. Estar-se-ia aqui diante de mero concubinato, o qual não estenderia a Vanessa quaisquer dos direitos previstos em lei decorrentes da união estável. Notadamente, alimentos, mútua assistência, direitos previdenciários, direitos sucessórios, etc.

Novamente citando Arnaldo Rizzardo¹⁰: “Se perceptível, *v.g.*, a existência de um impedimento, como o do casamento anterior de um dos nubentes, não há boa fé. Daí não se pode apreciar separadamente tal elemento da escusabilidade”.

Todavia, um fato em particular nesta história muda a forma de se observar e analisar a questão. Vanessa desconhecia ser João casado, e o tinha como seu legítimo companheiro, assim como todas as demais pessoas do ciclo social que os conhecia; ou seja, estava a mesma imbuída de boa fé quando estabeleceu esta comunhão de vida, ignorava o impedimento que obstava o matrimônio de ambos, e que aos olhos da lei os inibiria de ter a união estável entre eles reconhecida de forma regular e passível de produzir os efeitos legais.

Em casos tais, deve ser reconhecida a putatividade desta união, sob pena de se punir injustamente quem não pode ser punido, principalmente em virtude de estar revestido de boa fé. Lembrando a regra geral de direito que todo aquele que dela está revestido deve ter seus direitos preservados, e em contrapartida, aquele que está de má fé deve sofrer as sanções como resposta à desobediência as comandos legais.

É este o pensamento, dentre outros autores, de Yussef Said Cahali¹¹: “Mais tão duro castigo pode ser injusto, ao punir pessoas que não visaram contrariar a lei,

10- RIZZARDO, Op.cit., p. 154.

11- CAHALI, Yussef Said. O Casamento Putativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 2.

ferindo gente que foi levada ao matrimônio na ignorância do impedimento, ligando-se através de uma união que parecia regular aos olhos de todos."

O fato citado põem-se em linha de colisão com o Princípio da Isonomia (art. 5º, *caput* da CRFB/1988), que dispõe de forma clara que ninguém pode sofrer qualquer tipo de restrição ou tratamento diferenciado em virtude de qualquer natureza. E é exatamente o que se vê neste caso.

A mesma situação vista de prismas diferentes e que em virtude disso recebe tratamento diferenciado. Uma mulher casa-se com um homem desconhecendo que este já era casado quando estabeleceu este 2º casamento. Estando ela de boa fé, a lei reconhece o resguardo de seus direitos em decorrência da putatividade explicitamente prevista nos arts. 1.561 e 1.564.

Agora, se esta mesma mulher estabelece vida em comum com este mesmo homem, *more uxorio*, desconhecendo que ele seja casado, mesmo estando ela de boa fé, não há qualquer previsão legal que reconheça este caso como união estável putativa, preservando assim seus direitos, tal qual se faz no casamento.

Esta anomalia jurídica atenta também contra o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o qual vincula a preservação daqueles direitos incomensuráveis, inerentes à personalidade de cada ser humano em especial, individualmente. Valores estes intransmissíveis, que não permitem que um ser humano sofra qualquer tipo de distinção dos demais seres que se encontram na mesma situação que ele.

Diz Maria Berenice Dias¹²: "O direito das famílias está umbilicalmente ligado aos direitos humanos, que tem por base o Princípio da Dignidade Humana, versão axiológica da natureza humana. O Princípio da Dignidade Humana significa, em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares".

O Estado foi criado para dar dignidade às pessoas e não o contrário. Ele depende da existência das pessoas para que ele próprio tenha existência. Quando o Estado edita leis para preservar os direitos daquelas, são na verdade os próprios direitos e princípios que ele está a preservar.

12- DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: Revista dos tribunais, 2006. p. 53.

Nas palavras de Fernando Ferreira dos Santos¹³:

Conseqüentemente, cada homem é fim em si mesmo. E se o texto constitucional diz que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, importa concluir que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado. Aliás, de maneira pioneira, o legislador constituinte, para reforçar a idéia anterior, colocou, topograficamente, o capítulo dos direitos fundamentais antes da organização do Estado.

Assim, toda e qualquer ação do ente estatal deve ser avaliada, sob pena de inconstitucional e de violar a dignidade da pessoa humana, considerando se cada pessoa é tomada como fim em si mesmo ou como instrumento, como meio para outros objetivos. Ela é, assim, paradigma avaliativo de cada ação do Poder Público e um dos elementos imprescindíveis de atuação do Estado brasileiro.

Em obediência aos valores incomensuráveis e inerentes a cada pessoa, clamam estes princípios para que o legislador reformule a legislação afeta ao tema aqui posto em debate, para que se corrijam as imperfeições e omissões contidas nas relações familiares decorrentes da união estável quando comparadas com aquelas decorrentes do casamento, não somente na questão da putatividade aqui abordada, mas em tantas outras existentes, extirpando-as em definitivo, estabelecendo comunhão de igualdade de direitos entre as pessoas que decidiram se unir em matrimônio e aquelas que fizeram a opção de viver como se casados fossem, por ser matéria da mais lúdima justiça, e apegando às regras constitucionais de igualdade e dignidade.

13- SANTOS, Fernando Ferreira dos. Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/160/principio-constitucional-da-dignidade-da-pessoa-humana>>. Acessado em 08/08/2011, às 15:15 h.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BEMBOM, M. V. **A reciprocidade da legislação e da jurisprudência no casamento e na união estável**. Disponível em: www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5532. Em 12.08.2011 às 17:15 h.
- CAHALI, Y. S. **O Casamento Putativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- DIAS, M. B. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- BERENICE, M. **Adulterio, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade**. Disponível em: www.juristas.com.br/mod_revistas.asp?ic=245. Em 12.08.2001 às 17:00 h.
- FEIJÓ, R. N. **Direito de Família Contemporâneo: análise dos institutos da união estável e da união homoafetiva diante dos princípios constitucionais do Direito de Família**. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Fortaleza: Tribunal de Justiça do Ceará, 2006. v. 22.
- GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 6.
- RIZZARDO, A.; MIRANDA, A. P. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense: 2006.
- SANTOS, F. F. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. Disponível em: jus.uol.com.br/revista/texto/160/principio-constitucional-da-dignidade-da-pessoa-humana. Em 08/08/2011, às 15:15h.
- SILVA, P. Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- VIANA, M. A. **Da união estável**. São Paulo: Saraiva, 1999.