

O papel da *affectio maritalis* na configuração da união estável – Comentários ao REsp. 1.454.643*

Andréia Fernandes de ALMEIDA**

RESUMO: Este artigo analisa hipótese em que o STJ não reconhece o ínterim de 2 (dois) anos anteriores ao casamento como uma relação que configura união estável, ainda que em tal período tenha havido coabitação. O voto condutor sustenta que a linha tênue de distinção entre namoro qualificado e união estável reside na identificação do requisito subjetivo da *affectio maritalis* no momento presente, e não como uma projeção para efeitos futuros. A partir desse posicionamento será apresentada a escalada do afeto e da união estável no ordenamento pátrio brasileiro, bem como a mutação familiar presente em nossa sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: 1. União estável. 2. *Affectio maritalis*. 3. Mutação familiar.

SUMÁRIO: 1. Apresentação do caso; 2. Uma visão histórica da união estável no direito brasileiro; 3. Os pressupostos para a caracterização da situação fática: união estável; 4. A *affectio maritalis* e a escalada do afeto; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1. Apresentação do caso

O caso em exame refere-se a pleito de reconhecimento e dissolução de união estável alegada nos dois anos anteriores ao casamento, isto posto, cumulado com partilha do imóvel adquirido neste ínterim. Encerrada a fase instrutória, em primeira instância, o magistrado julgou procedente o pedido “para declarar a união estável entre P. A. de O. B. e M. A. B., no período de 28 de janeiro de 2004 a setembro de 2006”, determinando, assim, a aplicação da regra consubstanciada no artigo 1.725 do códex civil, partilhando igualmente os bens adquiridos na constância da união. Entretanto o pedido de condenação ao pagamento de aluguel pelo uso exclusivo restou julgado improcedente.

* A grande maioria das ideias contidas neste artigo estão sendo desenvolvidas em tese de doutorado intitulada: **Os Conflitos Familiares e o Papel do Estado nestas Relações: a violência doméstica e as políticas públicas de proteção e promoção familiar**, a ser defendida na UFF em 2016; um esboço foi apresentado no artigo intitulado “O Mandamento Constitucional e as Políticas Públicas das Famílias: as ações de proteção e promoção da *célula mater* da sociedade”, no V Seminário Interdisciplinar em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF) e encontra-se disponível nos anais do evento.

** Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Pós-Graduada em Direito Civil pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Coordenadora do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá (UNESA) – Campus Menezes Côrtes. Professora de Direito Civil da Graduação e Pós Graduação. Advogada.

Em contrariedade à decisão proferida no primeiro órgão jurisdicional, as partes recorreram ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que reformou, *in totum*, a decisão de primeiro grau, julgando improcedente o pedido de reconhecimento e dissolução da alegada união. Irresignada, a autora intentou embargos infringentes, aos quais o Tribunal de origem conferiu parcial provimento, reestabelecendo a sentença de procedência da autora, ora embargante, alterando apenas a proporção: 2/3 (dois terços) para M. A. B. e 1/3 (um terço) para P. A. de O. B.

M. A. B. então interpôs Recurso Especial no Superior Tribunal de Justiça sob a alegação de violação dos artigos 332 e 333, II, do Código de Processo Civil, bem como os artigos 104, 884, 1.658 e 1.726 do Código Civil de 2002, uma vez que a Corte Estadual teria concluído pela presença do requisito subjetivo da união estável (*affectio maritalis*) sem a existência de provas nos autos que conferisse supedâneo a tal constatação. Em contrarrazões P. A. de O. B. manejou, ainda, recurso especial adesivo, com fulcro nos artigos 1.725 do Código Civil e artigo 5º da Lei 9.278/96, além de todo posicionamento majoritário jurisprudencial.

No julgamento do REsp. 1.454.643, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, na parte conhecida e julgou prejudicado o recurso adesivo, abordou logo no início a controvérsia instaurada sobre as circunstâncias fáticas delineadas na origem e imutáveis na via especial: (i) união estável ou mero namoro qualificado no período imediatamente anterior ao casamento.

Ao apreciar a questão, o Ministro Relator Marco Aurélio Belizze precisou enfrentar o período de coabitação iniciado em janeiro de 2004, como sendo ou não a convivência *more uxorio*, bem como a presença da *affectio maritalis*, pois após o deslocamento para a Polônia de M. A. B., em agosto de 2003, por motivos profissionais, deixando no Brasil a então namorada P. A. de O. B., a qual, após conclusão do curso de graduação, e com a intenção de cursar a língua inglesa, em janeiro de 2004 P. A. de O. B. também se desloca para o país polaco, passando então a residirem sob o mesmo teto, acarretando um estreitamento do convívio entre as partes.

Antes de apresentar seu posicionamento, o Ministro Relator trouxe à baila o fundamento da decisão proferida na Corte Estadual, a qual teria reconhecida a união estável no aludido interregno, com fulcro na demonstração dos elementos caracterizadores: (i) relacionamento público, (ii) duradouro, (iii) contínuo, tudo isto sob a mesma residência.

Superada esta explanação o posicionamento do Relator mostra-se contrário e desfavorável à caracterização da união estável no caso concreto apresentado, afirmando ser imprescindível distinguir esta entidade familiar do denominado “namoro qualificado”, pois não “consubstancia mera proclamação, **para o futuro**, da intenção de constituir uma família. É mais abrangente. Esta deve se afigurar **presente** durante toda a convivência, a partir do efetivo compartilhamento de vida, com irrestrito apoio moral e material entre os companheiros. **É dizer: a família deve, de fato, restar constituída.**”

Com todo o fundamento doutrinário e jurisprudencial o voto apresenta como único traço distintivo entre os dois institutos (união estável e namoro qualificado) a ausência de intenção presente de constituir uma família, embora a coabitação, por si, evidencia a constituição de uma união estável, podendo ser um relevante indício, a mesma não poderá ser considerada de forma isolada para a identificação da *affectio maritalis*.

É sobre o caso julgado pelo STJ e as consequências sobre a interpretação dos dispositivos pertinentes à união estável no direito brasileiro que se debruça o presente trabalho.

2. Uma visão histórica da união estável no direito brasileiro

Nos arranjos familiares de décadas passadas, reconhecia-se apenas a família constituída pelo casamento, contudo, a vida social da contemporaneidade, muito mais dinâmica e por vezes, instantâneas, intensas e não duráveis¹, fez surgir uma mutação e variação na forma de se relacionar, podendo ser mencionada a união estável como um dos expoentes desta mudança, onde o ordenamento pátrio reconheceu como entidade familiar aquela constituída por duas pessoas que convivem em posse do estado de casado, ou com a aparência de casamento (convivência *more uxorio*)², uma situação fática que se converteu em relação jurídica, ou seja, aquela relação no qual o ordenamento estabelece relevância jurídica aos fatos³, uma vez que tal espécie familiar, não fundada no casamento civil, gera relações internas e externas, as quais precisam ser protegidas e regulamentadas pelo direito, não podendo o ordenamento deixar de qualificar do ponto de vista jurídico, esta situação dita de fato.

¹ SILVEIRA, Diego Oliveira da. *Namoro e união estável: como diferenciar essas relações?* *Revista da Faculdade de Direito UniRitter*, Porto Alegre, n. 12, p. 162-184, 2011. p. 163.

² LOBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 168.

³ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 637.

Indiscutível a importância jurídica que esta situação fática possui no seio da sociedade, sua regulamentação necessitou de uma expressa previsão constitucional do seu reconhecimento⁴, para *a posteriori* contar com uma legislação infraconstitucional específica.

Entretanto este reconhecimento legislativo teve um longo caminho no direito brasileiro, o qual perpassa pela instituição casamento, cabendo fazer uma retrospectiva histórica, que remonta aos idos da proclamação da independência e a instauração da monarquia (1822-1899), onde o Brasil permaneceu sob influência direta e incisiva da Igreja Católica no que tange ao casamento, no Decreto n. 3, datado de 1827, trazia a obrigatoriedade das disposições do *Concilio Tridentino e da Constituição do Arcebispado da Bahia sobre matrimonio*⁵, com isto estava consolidada a jurisdição eclesiástica nas questões matrimoniais, consequência lógica era o casamento religioso, tendo como única entidade a família matrimonial, onde a Igreja consagrou a união entre um homem e uma mulher, como sacramento indissolúvel: até que a morte os separe, com a máxima *crecei e multiplicai*. A Igreja Católica flexibilizou suas regras em 1861, no Decreto 1.144 que *fez extensivo os efeitos civis dos casamentos, celebrados na forma das leis do império, aos das pessoas que professarem religião diferente da do Estado*⁶.

Com a proclamação da República em 15 de novembro de 1889 vislumbrou-se uma cisão entre a Igreja e o Estado, o que incluiu a retirada da competência exclusiva do casamento da Igreja Católica, passando a ser uma atribuição do Estado sua regulamentação, o qual foi feito através do decreto n. 181, de 1890, disciplinando assim o casamento civil pelo Estado. Contudo, como todas as rupturas e mudanças de paradigmas, os resquícios dos sistemas anteriores não são completamente apagados, desta forma, há a manutenção do casamento *até que a morte os separe*, com um uma alteração, no novo decreto surge a possibilidade do divórcio⁷, o qual não era apto a gerar a dissolução do casamento, somente a morte de um dos cônjuges tinha este condão (art. 93⁸). No Código Civil

⁴ Artigo 226, §3º CF/88

⁵ Disponível em

<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/sn/1824-1899/decreto-38408-3-novembro-1827-566712-publicacaooriginal-90232-pl.html> Acesso em 30 de setembro de 2015.

⁶ Disponível em

<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1144-11-setembro-1861-555517-publicacaooriginal-74767-pl.html>. Acesso em 30 de setembro de 2015.

⁷ Art. 82. O pedido de divórcio só pôde fundar-se em algum dos seguintes motivos: § 1º Adulterio. § 2º Sevícia, ou injúria grave. § 3º Abandono voluntario do domicilio conjugal e prolongado por dous annos continuos. § 4º Mutuo consentimento dos conjuges, si forem casados ha mais de dous annos. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D181.htm. Acesso em 30 de setembro de 2015.

⁸ Art. 93. O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos conjuges, e neste caso proceder-se-ha a respeito dos filhos e dos bens do casal na conformidade do direito civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D181.htm. Acesso em 30 de setembro de 2015.

elaborado por Clóvis Beviláqua (Lei 3.071 de 01º de janeiro de 1916) houve uma manutenção do divórcio previsto no decreto, com todas as suas nuances, porém com um novo nome: desquite.

As Constituições que seguiram trouxeram de forma expressa a indissolubilidade do casamento: Constituição de 1934 no artigo 114, o qual dispunha que *a família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado*⁹; Constituição de 1946 no artigo 163 afirmava que *a família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado*¹⁰; na Constituição de 1967 o artigo 167 que tratava família, afirmava em seu §1º que *o casamento é indissolúvel*¹¹, regra que teve seguimento na carta outorgada pelos chefes militares, na emenda constitucional nº. 1, de 17 de outubro de 1969, o artigo 175¹². Foi com a Emenda Constitucional nº. 9, de 28 de junho de 1977, sob grande polêmica na época e reprovação da Igreja Católica, que se buscou alterar este artigo 175, trazendo uma inovação que permitia extinguir por inteiro os vínculos de um casamento e autorizava um novo casamento: *o casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos*¹³ (art. 175, § 1º da Constituição de 1967).

E foi a lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977 responsável por regulamentar o §1º do artigo 175 da Constituição de 1967, disciplinando os casos de dissolução do casamento da sociedade conjugal e do casamento, com seus efeitos e respectivos processos. Isto representou uma quebra de paradigma, pois até o ano de 1977 as pessoas casadas permaneciam com um vínculo jurídico até a morte de um dos cônjuges, uma vez o desquite apenas interrompia os deveres conjugais e terminava a sociedade conjugal, mas não dissolvia o casamento, o que trazia como consequência o impedimento para ambos de recomeçar suas vidas ao lado de outra pessoa. A chamada Lei do Divórcio rompeu com os grilhões da igreja e a indissolubilidade do casamento, abrindo os horizontes para novos arranjos familiares, deixando para trás a entidade familiar até que *a morte os*

⁹ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 30 de setembro de 2015.

¹⁰ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 30 de setembro de 2015.

¹¹ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em 30 de setembro de 2015.

¹² Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em 30 de setembro de 2015.

¹³ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm#art175§1. Acesso em 30 de setembro de 2015.

separe, neste momento pode ser visto o surgimento das famílias recompostas ou recombinações como diz Anthony Giddens¹⁴.

Neste momento abre-se caminho para uma alteração legislativa capaz de proteger a situação fática com tantos reflexos no mundo jurídico, construindo uma solução de justiça para além da jurisprudência brasileira, inserindo na Magna Carta de 1988 a possibilidade expressa de reconhecimento e proteção da entidade familiar denominada: união estável (Artigo 226, § 3º), encerrando assim o enquadramento depreciativo ao termo concubinato, *definido como relações imorais e ilícitas, que desafiavam a sacralidade atribuída ao casamento*.¹⁵

Com a abertura constitucional deste novo caminho familiar, as Leis 8.971/1994 e 9.278/96 tiveram um papel relevante na construção de um estatuto mínimo conferido aos companheiros, como o dever de alimentos, a sucessão dos bens adquiridos na constância da união, os direitos e deveres recíprocos, o direito real de habitação, a conversão da união estável em casamento, bem como a competência do juízo da Vara de Família para dirimir os conflitos decorrentes desta “nova” família constitucional¹⁶.

Como o escopo de um arremate legislativo, o Código Civil de 2002 trouxe toda a regulamentação relacionada à união estável, revogando-se assim a legislação anterior. Imperioso referir, que o Código Civil de 2002 estabeleceu uma diferenciação entre o casamento e a união estável, o qual pode ser vislumbrado em diversos artigos do codex, especialmente no que tange aos direitos sucessórios, um resquício da influência religiosa com a preferência ao matrimônio traz à tona tratamento pormenorizado aos institutos. Entretanto, este ponto cinzento não é o cerne a ser tratado neste artigo.

3. Os pressupostos para a caracterização da situação fática: união estável

Inegável a relevância jurídica que a situação fática, ora denominada união estável, apresenta no contexto social, contudo a problemática deste instituto reside em identificar o exato momento em que o relacionamento amoroso deixa de ser um namoro, ou noivado e passa a ser uma convivência *more uxorio*, ponto de confluência entre a transformação da realidade e a norma. Diverso do que ocorre no casamento, esta entidade familiar não

¹⁴ GYDDENS, Anthony. *Modernidade e Identidade*. Tradução Plínio Dentizen. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002. p. 164.

¹⁵ LOBO, Paulo Luiz Netto. *Op. cit.* p. 169.

¹⁶ *Idem*.

possui uma data exata de início, sendo uma verdadeira sucessão de “atos preparatórios” até a sua consumação.

A sociedade contemporânea apresenta relacionamentos amorosos que *não possuem os freios sexuais e sociais de décadas atrás*¹⁷, as novas formas que o homem encontrou para se relacionar tem gerado uma grande dificuldade na identificação dos tipos de relações existentes, nos novos arranjos familiares; os relacionamentos atuais precisam ser interpretados por uma nova perspectiva, os limites entre namoro qualificado e união estável são muito tênues e sua diferenciação é de suma importância, uma vez que a união estável possui repercussões patrimoniais e alimentares para os companheiros da união.

Cabe ao operador do direito a complexa tarefa de diferenciar o namoro qualificado da união estável, motivo pelo qual torna-se imprescindível identificar e apresentar de forma clara no relacionamento posto à apreciação a presença dos pressupostos caracterizadores da união estável, não podendo deixar de verificar e tentar harmonizar da melhor forma a autonomia da vontade das partes envolvidas, tendo sido este o grande embate posto à apreciação no REsp 1.454.643.

Por isso, compete aos operadores do direito e das áreas interdisciplinares identificar quando os integrantes da relação amorosa almejam um namoro e quando desejam constituir uma união estável, preservando a autonomia da vontade das pessoas; preservando a dignidade da pessoa humana e sanando eventual conflito de direitos fundamentais.¹⁸

Coube ao Ministro Relator Marco Aurélio Belizze harmonizar as vontades contrastantes, onde P. A. de O. B. desejava o reconhecimento da união estável no período em que estiveram juntos, ao passo que M. A. B. alegava que embora o relacionamento fosse sério, a intenção de constituir família era projetada para um momento futuro.

No anseio de auxiliar a identificar o momento de confluência, pode-se extrair do artigo 226, §3º da Constituição Federal de 1988 e do artigo 1.723 do Código Civil de 2002, alguns requisitos legais que devem conter em um relacionamento de modo a culminar em uma nova família no seio social, são eles: (i) relação afetiva entre homem e mulher*, (ii) convivência pública, contínua e duradoura, (iii) objetivo de constituir família, e (iv) possibilidade de conversão para o casamento.

¹⁷ SILVEIRA, Diego Oliveira da. *Op. Cit.* p. 164.

¹⁸ *Ibidem.* p. 172.

Destrinchando os requisitos supra, não se pode deixar de chamar atenção à alteração no requisito de gênero apresentado, pois embora os diplomas legais tragam as expressões homem e mulher, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 132 trouxe o reconhecimento da entidade familiar nas uniões entre pessoas do mesmo sexo, trazendo uma qualificação jurídica às uniões homossexuais, cabendo ressaltar que *o voto do relator é preciso e enfático na relação entre o direito geral de liberdade e o direito fundamental de liberdade sexual*¹⁹.

Suplantada assim é a discussão de gênero no relacionamento, uma figura majora força e destaque, o elemento imaterial: afeto (relação afetiva), indispensável em qualquer que seja a entidade familiar apresentada e elevada à categoria de princípio jurídico da afetividade²⁰, apresenta-se como responsável pela criação e manutenção da família, nas palavras de Chico Buarque: *com açúcar, com afeto, fiz seu doce predileto, pra você parar em casa*²¹.

No campo do requisito convivência, falta grave é afirmar que isto deve ocorrer sob o mesmo teto, conforme já enfrentado pelo STJ, *a vida em comum sob o mesmo teto, more uxorio, não é indispensável à caracterização do concubinato*²², posicionamento que acompanha a realidade social que brota do manancial de possibilidades fáticas de relações afetivas, incluindo as pessoas que optaram por viver em residências separadas.

Em sede jurisprudencial, verifica-se que tribunais estaduais vêm posicionando-se no mesmo sentido. Assim, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em ação declaratória de reconhecimento de união estável homoafetiva *post mortem* cumulada com partilha,

[...] A coabitação não constitui requisito necessário para a configuração da união estável, havendo elementos outros que denotam o imprescindível intuito de constituir uma família, como o respeito mútuo, a comunhão de interesses, a fidelidade e a estabilidade da relação.²³

¹⁹ RIOS, Roger Raupp. As uniões homossexuais e a “família homoafetiva”: o direito de família como instrumento de adaptação e conservadorismo ou a possibilidade de sua transformação e inovação. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, abr.-jun./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/as-unioeshomossexuais-e-a-familia-homoafetiva/>>. Acesso em 22 de outubro de 2015.

²⁰ *Demarcando seu conceito, é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico.* LOBO, Paulo Luiz Netto. *Op. cit.* 70.

²¹ Com açúcar, com afeto. Chico Buarque de Holanda.

²² Súmula 382 STJ.

²³ TJRJ, Ap. Civ. 0314609-24.2011.8.19.0001, Rel. Des. Claudio de Mello Tavares, DJ 14/10/2015.

Na apelação 0002265-41.2013.8.19.0025 o mesmo Tribunal, reconheceu também uma união estável ressaltando ser dispensável a coabitação, desde que estejam presentes os demais requisitos, *embora não seja a coabitação elemento essencial para caracterizar a união estável, no caso em exame, este momento coincide com o início do relacionamento qualificado pelos elementos descritos no art. 1723, CC.*²⁴

A esmagadora jurisprudência pátria realça o critério dispensável da coabitação na fundamentação da decisão proferida, seja no reconhecimento ou não de uma união estável; residir sob o mesmo teto sempre é analisada e ponderada pelos julgadores, o que denota a enorme relevância que a coabitação ainda possui na configuração de uma entidade familiar.

Outro ponto que merece enfrentamento é a estabilidade ou duração da convivência, tendo sido um problema tormentoso desde a sua inserção no ordenamento pátrio em 1988. A primeira lei regulamentando esta figura jurídica estabeleceu um critério objetivo para a configuração de uma união estável e duradoura, determinou uma convivência mínima de cinco anos ²⁵, todavia, o diploma legal seguinte (Lei 9.278/96) não fez nenhuma menção a um lapso temporal mínimo, enunciando de forma genérica que a convivência deve ser pública, contínua e duradoura²⁶, o que foi reproduzido pelo Código Civil de 2002.

Neste contexto é interessante mencionar a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que reconheceu a união estável e ainda condenou ao pagamento de alimentos em relacionamento que durou cerca de 15 (quinze) meses entre Maria e I. J. C., onde embora haja pouco lapso temporal de convivência, durante este ínterim estavam presentes todos os requisitos ou pressupostos caracterizadores deste tipo familiar, apto ainda a gerar a responsabilidade para a concessão de alimentos a ex-companheira,

[...] APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. ALIMENTOS, BENFEITORIA EM IMÓVEL RESIDENCIAL. 1. ALIMENTOS. Não obstante o curto período de união estável

²⁴ TJRJ. Ap. Cív. 0011389-44.2010.8.19.0028, Rel. Des. Claudia Telles de Menezes, DJ 23/09/2015.

²⁵ Lei 8.971/94. Art. 1º *A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele **viva há mais de cinco anos**, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.* (grifo do autor)

²⁶ Lei 9.218/96. Art. 1º *É reconhecida como entidade familiar a **convivência duradoura, pública e contínua**, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.* (grifo do autor)

(cerca de 15 meses) indubitavelmente a autora tem necessidade de assistência material, pois não trabalha e é doente.²⁷

Outro requisito que decorre da inteligência da parte final do *caput* do artigo 1.723 do Código Civil, é o objetivo de constituir família, o *animus familiae* a ser aferido na relação afetiva. Nas palavras de Paulo Lôbo, *objetivo é alvo, finalidade*²⁸, é a vontade de constituir família que diferencia o relacionamento de uma amizade, relação religiosa ou no ambiente de trabalho.

Para finalizar a análise dos aspectos para a configuração de uma união estável, mister se faz constatar a ausência de causas de impeditivas, conforme disposto no artigo 1.723, §1º, do Código Civil de 2002, a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do artigo 1.521 do mesmo diploma legal, não se aplicando apenas o inciso IV, qual seja, a pessoa casada encontrar-se separada de fato.

Todos estes pressupostos foram colocados à prova no REsp 1.454.643, uma vez que a presença dos mesmos é indispensável para que possa ser declarada e reconhecida a união estável, respeitando também a autonomia da vontade das partes envolvidas.

4. A *affectio maritalis* e a escalada do afeto

O grande destaque abordado no acórdão em exame refere-se ao chamado *affectio maritalis*, que vai muito além do simples requisito disposto no artigo 1.723 do Código Civil de 2002, o qual traz a expressão *com o objetivo de constituição de família*, uma expressão que pode dar ensejo à interpretação de projeção futura para o surgimento daquela entidade familiar, mas que, conforme já disposto acima, tem o condão de diferenciar aquele relacionamento de uma simples “amizade colorida”, por exemplo.

Outro requisito que cabe destacar e que não se pode trazer como expressão sinônima é a convivência *more uxorio*, ou seja, estando presente naquele relacionamento uma convivência duradoura, pública, estável, com o intuito de constituir família (a própria afirmação da vida em comum), há a demonstração que, naquela união estável, o casal deve viver *more uxorio*, ou seja, de forma idêntica a cônjuge.

²⁷ TJRS, Ap. Cív. 70061164646, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, DJ 16/10/2014.

²⁸ LOBO, Paulo Luiz Netto. *Op. cit.* p. 173.

Guilherme Calmon diferencia tais requisitos subjetivos: convivência *more uxorio* da *affectio maritalis*, apresentando o traço distintivo entre as duas figuras,

[...] A respeito dos requisitos subjetivos, devem ser colacionados: a) convivência *more uxorio*, ou seja, aquela que tenha aparência de casamento, com a intenção de vida em comum; b) *affectio maritalis*, ou o sentimento de amor e solidariedade entre os companheiros, a intenção de se unirem cercados de sentimentos nobres, desinteressados de qualquer fator de índole econômica ou patrimonial²⁹

A ausência da *affectio* foi decisiva para o indeferimento do pedido de reconhecimento de união estável alegada por P. A. de O. B. no período anterior ao casamento celebrado em setembro de 2006, sendo a pedra de toque do Ministro Relator na sua decisão a *affectio maritalis*, como se depreende da transcrição abaixo:

[...] Por oportuno, releva anotar que a Constituição Federal, ao erigir a união estável ao patamar de entidade familiar, ao lado do casamento, conferiu-lhe, por conseguinte, absoluta proteção estatal. Inexiste, assim, a preponderância de um instituto sobre outro. Não obstante, ainda que se tratem de categorias de núcleo familiar, com efeitos jurídicos próprios, há que se reconhecer uma significativa distinção entre o casamento e a união estável. O primeiro, por pressupor a expressa manifestação de vontade dos nubentes, encerra, desde logo, uma segurança jurídica que não se verifica, de plano, na segunda. Nessa (na união estável), diversamente, por se tratar de um estado de fato, demanda, para a sua conformação e verificação, a reiteração do comportamento do casal que revele, a um só tempo e de parte à parte, a comunhão integral e irrestrita de vidas e de esforços, de modo público e por lapso significativo.

Na espécie, todavia, o relacionamento vivenciado pelas partes em momento anterior ao casamento não apresentou, em sua plenitude, tais características, **notadamente a referente à conformação da *affectio maritalis***, a obstar, por conseguinte, a verificação de verdadeira união estável. (grifo do autor)

²⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Companheirismo: aspectos polêmicos. In: *Revista da EMARF*, Rio de Janeiro, v. 12, p. 10-49, ago. 2009. P. 35

Tal julgado evidencia a escalada que o afeto tem tido na seara do Direito de Família. Hodiernamente as relações familiares baseiam-se em sentimentos de afeto, solidariedade e projeto de vida em comum³⁰. Há uma sociedade líquida, com mutações sociais e relacionamentos fluidos. A crise das ideologias fortes, pesadas, sólidas, típicas da modernidade foi deixada de lado. Na pós-modernidade está presente um clima fluido, líquido, leve, caracterizado pela precariedade, incerteza e rapidez de movimento, com alterações constantes nas formas que o ser humano tem encontrado para se relacionar³¹.

Tem sido cada vez mais difícil diferenciar o namoro de uma união estável. A interação do casal tem sido cada vez mais profunda - a liberdade com que se relaciona, a forma como dividem a vida, seja morando juntos, sendo sócios em uma atividade empresarial, planejando viagens ou mesmo frequentando constantemente ambientes públicos como um casal estável - preenchendo em alguns casos os requisitos da publicidade, estabilidade e durabilidade, sem que isso possa ser caracterizado como uma união estável, pois ausente pode estar o ânimo de marido e mulher (*affectio maritalis* no sentido literal da palavra).

Nas palavras do Ministro Relator isto é um namoro qualificado, com a presença de quase todos os pressupostos de uma união estável, mas com a ausência do único traço distintivo: *a intenção presente de constituir família*. Isto posto, os pressupostos caracterizadores da união estável não podem ser analisado isoladamente, uma vez que é imprescindível o sentimento de “marido e mulher” durante o relacionamento e não a simples intenção futura.

Nesse sentido, imprescindível se faz que sejam auferidos de modo objetivo, todos os requisitos caracterizadores de uma união estável, sejam os objetivos (exemplo: impedimento à união estável), bem como o mais intrínseco de todos, a *affectio maritalis*, de índole totalmente subjetiva.

Diversos são os arranjos e as formas que o ser humano encontrou para se relacionar, da família tradicional, celebrada sob o manto religioso, passando pela família homoafetiva, com uma parada na família formada pela universalidade dos filhos sem a presença dos pais, em todas há uma comunhão de afeto, um sentimento que vem ganhando força jurídica.

³⁰ FACHIN, Luiz Edson. Elementos críticos do direito de família. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 92.

³¹ Ideias extraídas do sociólogo polonês Zygmunt Bauman. BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução: Plínio Dentizien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

De Morgan e Bachofen³² até Maria Celina Bodin de Moraes³³, todos os estudos sobre a família demonstram um traço característico, o afeto que deve estar presente nas entidades familiares, assumindo atualmente um papel central na definição e identificação de uma família, papel este que tomou grande relevo no julgado ora analisado.

5. Considerações finais

Com efeito, há uma crescente judicialização dos conflitos familiares, levando ao judiciário os envoltimentos amorosos, desnudando toda a relação conjugal, apresentando fotos, planos e declarações de amor, para que assim um terceiro, defina se há no caso apresentado um enlace apto a chamar de entidade familiar ou uma mera intenção futura de constituir família.

A união estável, com a ausência da formalidade que é da essência do casamento, deixa para os fatos o papel central de definição e constatação dos pressupostos indispensáveis para a caracterização deste tipo de família. Foi a união livre, sem formalidades, a escolha daquele casal.

A legislação pátria procurou estabelecer critérios claros para a configuração da família não fundada no casamento, entretanto, as diversas formas que o ser humano encontrou para se relacionar, tem dificultado a distinção de um namoro qualificado para uma união estável, cabendo agora a *affectio maritalis* o papel de tábua da salvação, ou melhor, de tábua de distinção, demonstrando a importância crescente que o afeto está tomando no meio jurídico.

Conseguir entender quando as partes possuem um namoro qualificado e quando desejam uma união estável, o intérprete estará respeitando a autonomia da vontade dos envolvidos, preservando a dignidade da pessoa humana e sanando eventual conflito de direitos fundamentais; desta forma o intérprete além de respeitar a autonomia da vontade das partes, estará tutelando a dignidade da pessoa humana e evitando o enriquecimento sem causa³⁴.

³² ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do estado*. Tradução Leandro Konder. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1984.

³³ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *A Família Democrática*. In: Rodrigo da Cunha Pereira (coord.), *Anais da V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 613-640.

³⁴ SILVEIRA, Diego Oliveira da. *Op. Cit.* p. 181.

Diante das breves reflexões aqui expostas, constata-se que para uma adaptação à nova realidade social, o julgador buscou um novel elemento que norteia as formas de interação do homem, para uma aplicação da lei que possa acompanhar a evolução da sociedade, é este o papel do afeto no atual direito de família e no tocante ao REsp 1.454.643 o Ministro Relator Marco Aurélio Belizze trouxe a *affectio maritalis* como o cerne para o não reconhecimento de uma união estável à um relacionamento estável, público, duradouro e com coabitação.

6. Referências

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Família*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

BRUNO, Denise Duarte. Balizando sociologicamente a questão da ética nos litígios de família. In: *A ética da convivência familiar* (coord. Tânia da Silva Pereira; Rodrigo da Cunha Pereira). Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do estado*. Tradução Leandro Konder. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1984.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie de família*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Companheirismo: aspectos polêmicos. In: *Revista da EMARF*, Rio de Janeiro, v. 12, p. 10-49, ago. 2009.

GLANZ, Semy. *A família mutante: sociologia e direito comparado*. Inclusive o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GYDDENS, Anthony. *Modernidade e Identidade*. Tradução Plínio Dentizen. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*. São Paulo: RT, 1997.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas. In *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: DelRey, 2002.

LOBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Em busca da nova família: uma família sem modelo. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul.-set./2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/embusca-da-nova-familia/>>. Acesso em 20 de outubro de 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A Família Democrática. In: Rodrigo da Cunha Pereira (coord.), *Anais da V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 613-640.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Perspectivas a partir do Direito Civil-Constitucional. Palestra proferida em 21.09.2006 no *I Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito, amor e sexualidade. In: _____ (coord.). *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*. A família na travessia do milênio. Belo Horizonte: IBDFAM/OAB-MG/ Del Rey, 2000.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SILVEIRA, Diego Oliveira da. *Namoro e união estável: como diferenciar essas relações?* *Revista da Faculdade de Direito UniRitter*, Porto Alegre, n. 12, p. 162-184, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no casamento. In *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Como citar: ALMEIDA, Andréia Fernandes de. O papel da *affectio maritalis* na configuração da união estável – Comentários ao REsp. 1.454.643. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro: a. 4, n. 2, jul-dez/2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-papel-da-affectio-maritalis/>>. Data de acesso.