

Monogamia: princípio estruturante do casamento e da união estável

❖ As teses de repercussão geral do STF

➤ A ADFAS como *amicus curiae*



Recurso Extraordinário 1.045.273/SE

- RE interposto pelo concubino – **relação concomitante a uma união estável**
- **Tema 529**: *Possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável e de relação homoafetiva concomitantes, com o consequente rateio de pensão por morte.*
- **Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS)** foi admitida como *amicus curiae* em 30/06/2016



Recurso Extraordinário 883.168/SC

- RE interposto pela União – **relação simultânea a um casamento**
- **Tema 526**: *Possibilidade de concubinato de longa duração gerar efeitos previdenciários.*
- **Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS)** foi admitida como *amicus curiae* em 05/08/2016.



Recursos Extraordinários 1.045.273/SE e 883.168/SC

Fundamentos da ADFAS na qualidade de *amicus curiae*:

- A **monogamia** é princípio estruturante da união estável, na conformidade do **art. 226, § 3º da Constituição Federal**, que se refere a **duas pessoas**: um homem e a uma mulher.
- A **união estável é equiparada em efeitos ao casamento e nele pode ser convertida**, conforme art. 226, § 3º da Constituição Federal, de modo que a **institucionalização de duas uniões estáveis concomitantes equivaleria à permissão da bigamia**.
- A **monogamia foi enfatizada em todos os votos proferidos na ADPF 132 e da ADI 4.277, j. em 05/05/2011**, quando o artigo 1.723 do Código Civil foi interpretado de modo a que não seja impedido o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Recursos Extraordinários 1.045.273/SE e 883.168/SC

Fundamentos da ADFAS na qualidade de *amicus curiae*:

- Foi esclarecido que o STF não estava (re)julgando se as relações entre pessoas do mesmo sexo devem ter proteção jurídica, o que já foi reconhecido na ADPF 132 e na ADI 4277, em 2011.
- No RE 1.045.273/SE **nada importava a homo ou heterossexualidade** da relação adúltera.
- Estava em **pauta** se ao **concubinato**, chamado de **relação paralela**, poderiam ser atribuídos direitos previdenciários.
- Reconhecer a atribuição de benefícios previdenciários ao concubino, implicaria atribuir licitude à relação de adultério.

Recursos Extraordinários 1.045.273/SE e 883.168/SC

Fundamentos da ADFAS na qualidade de *amicus curiae*:

- Os temas de repercussão geral, embora se direcionassem a Recursos Extraordinários de **matéria previdenciária**, envolviam, antes, o **conceito de Família**, na medida em que se questionava o reconhecimento ou não de efeitos ao concubinato - “adultério”.
- A **base da concessão dos benefícios da seguridade social por morte** reside na existência de uma entidade familiar, em forma de casamento ou de união estável, e no parentesco.
- Primeiramente haveria a divisão entre o viúvo/a e o/a amante. Depois da morte de um deles, o benefício seria destinado na totalidade ao sobrevivente. Mínimo necessário: possibilidade de exigência de um salário mínimo por 2 ou 3, ou sabe-se lá que número de beneficiários.

Recursos Extraordinários 1.045.273/SE e 883.168/SC

Fundamentos da ADFAS na qualidade de amicus curiae:

- Uma relação paralela não pode ser havida como entidade familiar no conceito constitucional e infraconstitucional de união estável.
- Todo o sistema jurídico é embasado na monogamia: proteção do Estado à Família!
- Igualmente, não pode produzir efeitos previdenciários, que se baseiam nos conceitos do Direito de Família, em especial na concessão de pensão previdenciária 'post mortem'

Recursos Extraordinários 1.045.273/SE e 883.168/SC

Fundamentos da ADFAS na qualidade de *amicus curiae*:

- **Jurisprudência uniforme do STF e do STJ pela não atribuição de direitos previdenciários, familiares e sucessórios à relação adúltera, independentemente de sua duração.**
- A título de exemplo: acórdão proferido no RE 397.762-BA, de relatoria do Ministro Marco Aurélio.

Recurso Extraordinário 1.045.273/SE

- **Ministros com votos vencedores** que acolheram os argumentos da ADFAS:
 - Rel. Alexandre de Moraes
 - Ricardo Lewandowski
 - Gilmar Mendes
 - Luiz Fux
 - Dias Toffoli
 - Nunes Marques
- **Ministros com votos divergentes vencidos:** Luiz Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Carmen Lúcia e Marco Aurélio.

Recurso Extraordinário 883.168/SC

- **Ministros com votos vencedores** que acolheram os argumentos da ADFAS:
 - Nunes Marques
 - Ricardo Lewandowski
 - Alexandre de Moraes
 - Gilmar Mendes.
 - Rosa Weber
 - Luiz Fux
 - Cármen Lúcia
 - Roberto Barroso
- **Ministro com voto vencido:** Luiz Edson Fachin

Recursos Extraordinários 1.045.273/SE e 883.168/SC

Votos vencedores

- O Relator, **Ministro Alexandre de Moraes, Relator do RE 1.045.273/SE**, proferiu voto pelo improvimento do RE, fundamentado na **equiparação da união estável ao casamento**, e, conseqüentemente, na impossibilidade de reconhecer direitos em relação paralela a uma união estável.
- E argumentou que **se fosse possível o reconhecimento de duas uniões estáveis, seria também possível o reconhecimento da validade de dois casamentos.**
- Desse modo, se fossem reconhecidas duas uniões estáveis concomitantes, o STF estaria aceitando a **bigamia**.
- **A mesma fundamentação foi reiterada pelo Ministro no julgamento do Tema 526.**

Recursos Extraordinários 1.045.273/SE e 883.168/SC

Votos vencedores

- O **Ministro Ricardo Lewandowski** citou o acórdão proferido no RE 397.762-BA, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, que atribuiu à relação simultânea a um casamento a natureza de concubinato, acentuando a **impossibilidade de remover fatos e provas em sede de RE**.
- Ainda, destacou que a **publicidade é elemento essencial do reconhecimento de uma união estável**, na conformidade do ordenamento legal, e que a clandestinidade, que é inerente a uma relação paralela, impede o reconhecimento de uma entidade familiar.

Recursos Extraordinários 1.045.273/SE e 883.168/SC

Votos vencedores

- O **Ministro Gilmar Mendes** enfatizou que a **regra constante do Código Civil (art. 1.723, § 1º)**, especificamente no que se refere ao requisito de inexistência de comunhão de vidas de uma pessoa que mantenha o estado civil de casado, para que possa constituir união estável com outra pessoa, aplica-se ao caso em tela. Esta norma **impede a concomitância de duas uniões estáveis com efeitos jurídicos**.
- Destacou a **insegurança jurídica que se instalaria no Brasil** se houvesse o reconhecimento de **duas uniões estáveis concomitantes**.

Recursos Extraordinários 1.045.273/SE e 883.168/SC

- Divergência aberta pelo **Ministro Edson Fachin** no RE 1.045.273/SE
- Voto vencido no RE 883.168/SC
- Argumentos do Ministro Edson Fachin:
- O **STF estaria debatendo somente a divisão da pensão** entre o viúvo/a e a pessoa com quem o falecido manteve uma relação paralela, e não outros efeitos jurídicos, como comunhão de bens, direito à herança etc.
- *“a boa-fé se presume, inexistente demonstração em sentido contrário, prevalece a presunção, especialmente porque não se cogita de boa-fé subjetiva e sim de **boa-fé objetiva**”.*

Recursos Extraordinários 1.045.273/SE e 883.168/SC

Boa-fé subjetiva nas relações putativas

- Miguel Reale:

*“Em primeiro lugar, importa registrar que a **boa-fé** apresenta dupla faceta, a objetiva e a **subjetiva**. Esta última – vigorante, v.g., em matéria de direitos reais e casamento putativo – corresponde, fundamentalmente, a uma **atitude psicológica**, isto é, uma **decisão da vontade, denotando o convencimento individual da parte de obrar em conformidade com o direito.**” (grifos nossos).*

Recursos Extraordinários 1.045.273/SE e 883.168/SC

Boa-fé objetiva x Boa-fé subjetiva

- Sílvio de Salvo Venosa:

“Na boa-fé subjetiva, o manifestante de vontade crê que sua conduta é correta, tendo em vista o grau de conhecimento que possui de um negócio. Para ele há um estado de consciência ou aspecto psicológico que deve ser considerado.

“A boa-fé objetiva, por outro lado, tem compreensão diversa. O intérprete parte de um padrão de conduta comum, do homem médio, naquele caso concreto, levando em consideração os aspectos sociais envolvidos. Desse modo, a boa-fé objetiva se traduz de forma mais perceptível como uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos.” (grifos nossos)

Recursos Extraordinários 1.045.273/SE e 883.168/SC

Boa-fé subjetiva na relação putativa

- Yussef Said Cahali:

“não basta à boa-fé, a errônea representação da realidade, mas se reclama tenha sido usada certa diligência visando atingir, ainda que sem êxito, a exata notícia da coisa, configurada assim a boa-fé no resultado negativo da atividade intelectual exercida para se conhecer a verdade.”

Recursos Extraordinários 1.045.273/SE e 883.168/SC

- No Código Civil de 2002 (CC/02), o princípio da boa-fé foi contemplado no seguinte sentido:
- Art. 422. *Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.*
- A boa-fé objetiva é um modelo de conduta social ou um padrão ético de comportamento, que impõe, concretamente, a todo cidadão que, nas suas relações, atue com honestidade, lealdade e probidade.
- A boa-fé subjetiva é o estado de consciência ou a crença do sujeito de estar agindo em conformidade com as normas do ordenamento jurídico.

Recursos Extraordinários 1.045.273/SE e 883.168/SC

Em suma:

Boa-fé subjetiva: erro de fato - depende de prova e é aplicável à relação putativa

- Quem pratica o ato (casamento ou união estável) acredita que seu comportamento está conforme o Direito, porque ignora a existência prévia do casamento ou da união estável de seu parceiro.
- A pessoa que pratica o ato é vítima.

Boa-fé objetiva: conduta honesta, ética e correta - é presumida e é inaplicável à relação putativa

- O amante sabe que seu comportamento não é correto.
- O amante atenta contra o princípio da boa-fé e os bons costumes.
- O amante não é vítima de um ato ilícito, outrossim, pratica um ato ilícito, por ser cúmplice do adultério.

Recurso Extraordinário 1.045.273/SE

Divergência – Votos vencidos

- O **Ministro Luís Roberto Barroso** acompanhou a divergência, **examinando a matéria de fato** constante dos autos, argumentou que, pelos elementos processuais de instâncias inferiores, não haveria prova sobre qual relação teria se iniciado primeiramente.
- Ao fazer referência ao RE 397.762-BA, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, **pretendeu diferenciar os impedimentos do casamento dos impedimentos da união estável**, alegando que naquele caso havia vedação expressa ao reconhecimento de união paralela a casamento (Código Civil, art. 1723, § 1º), enquanto esse impedimento não existiria em relação simultânea a uma união estável.
- Por fim, segundo o Ministro Luís Roberto Barroso, houve uma **expansão na Constituição Federal na proteção de situações de fato**, sendo a monogamia princípio estruturante do casamento e não da união estável.
- **Outro entendimento no Tema 526**, manifestando-se pelo **IMPROVIMENTO** do RE 883.168/SC

Recurso Extraordinário 1.045.273/SE

Divergência – Votos vencidos

- **Ministra Rosa Weber**
- Fundamentação ao provimento do RE:
- **Distinção entre a união estável e o casamento.**
“Deve ser privilegiado o casamento”, concluindo que não cabe a sua equiparação à união estável.
- **Deve ser aplicada a mesma principiologia que informa o direito do trabalho, que é o princípio da realidade, com o reconhecimento de efeitos jurídicos a situações fáticas que não encontram óbice na legislação brasileira.**
- **Outro entendimento no Tema 526, manifestando-se pelo IMPROVIMENTO do RE 883.168/SC**

Recurso Extraordinário 1.045.273/SE

Divergência – Votos vencidos

- **Ministra Cármen Lúcia**
- Fundamentação ao provimento do RE:
- **Distinção entre a união estável e o casamento.**
- Afirmou que nos acórdãos anteriores em que a matéria foi examinada sob a sua relatoria tratava-se de casamento a impedir a produção de efeitos jurídicos em relação paralela.
- **Outro entendimento no Tema 526**, manifestando-se pelo **IMPROVIMENTO** do RE 883.168/SC

Recurso Extraordinário 1.045.273/SE

Divergência – votos vencidos

- No mesmo sentido da divergência, o voto do **Ministro Marco Aurélio**, que **observou ser diferente o caso em análise de outro que se tornou paradigma**, aquele constante do RE 397.762/BA, em que foi relator e não concedeu benefícios previdenciários porque a relação era paralela a um casamento e não a uma união estável. Assim, **concluiu por desigualar a união estável em relação ao casamento.**
- **Não votou no RE 883.168/SC**, por já estar aposentado

Recurso Extraordinário 1.045.273/SE

ADFAS:

- A união estável foi equiparada ao casamento, inclusive em efeitos sucessórios, pela Suprema Corte no julgamento dos Recursos Extraordinários 646.721 e 878.694 (embargos - j. 26.10.2018), fixando a seguinte tese: *É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.*
- A divergência aberta no RE 1.045.273/SE desigualava a união estável do casamento em seus impedimentos.
- Dois institutos não podem ter os mesmos efeitos e impedimentos de constituição diferentes.

Recurso Extraordinário 1.045.273/SE e 883.168/SC

ADFAS

- **DIÁLOGO ENTRE O DIREITO PREVIDENCIÁRIO E O DIREITO DE FAMÍLIA**
 - O Direito Previdenciário se utiliza dos conceitos do Direito de Família na atribuição do benefício previdenciário da pensão por morte.
 - A correlação entre essas áreas não rompe a autonomia do Direito Previdenciário.
 - Ainda que autônomos, o Direito Previdenciário e o Direito de Família dialogam entre si, de forma que é impossível concluir pela inclusão de concubino como beneficiário de pensão *post mortem*.

Recurso Extraordinário 1.045.273/SE e 883.168/SC

ADFAS

- **A MONOGAMIA É PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL NA UNIÃO ESTÁVEL**
 - O art. 226, § 3º da Constituição Federal impõe expressamente o princípio da monogamia na união estável ao mencionar a união entre duas pessoas.
O julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132, por esta Suprema Corte, ao reconhecer a união estável homossexual, acentuou nos votos ali proferidos o princípio da monogamia.
- **JURISPRUDÊNCIA UNIFORME NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE A NÃO ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS PREVIDENCIÁRIOS, FAMILIARES E SUCESSÓRIOS À RELAÇÃO PARALELA.**

Recurso Extraordinário 1.045.273/SE

ADFAS

- **SÚMULA VINCULANTE Nº 279 IMPEDE ANÁLISE DE FATOS E PROVAS PELO STF, MAS, DIANTE DA ANÁLISE FEITA PELA DIVERGÊNCIA ABERTA NA 1ª SESSÃO DE JULGAMENTO, ESCLARECE-SE O SEGUINTE:**
 - Há prova de que o recorrente conhecia a relação de união estável heterossexual havida pelo falecido, de modo que não caberia, em qualquer hipótese, falar em presunção da boa-fé do recorrente.
 - Há prova da anterioridade da união estável heterossexual, de modo que não se poderia, de nenhum modo, considerar o argumento de que não se sabe qual relação primeiramente teve início.

Recurso Extraordinário 1.045.273/SE e 883.168/SC

Votos vencedores

- **Ministro Dias Toffoli**

- O Ministro enfatizou a **prevalência do princípio constitucional da monogamia**, ressaltando a impossibilidade de reconhecimento de dois vínculos, sendo a segunda relação caracterizadora do concubinato.
- O Ministro Dias Toffoli esclareceu que a **boa-fé de um companheiro numa relação em concorrência com uma união estável pré-constituída ou com um casamento**, não tem guarida no art. 1.561 do Código Civil, nem mesmo por simetria, uma vez que **os efeitos do relacionamento putativo cessam com a declaração de nulidade**, não endossando, portanto, relacionamentos concomitantes, muito ao contrário.

Recursos Extraordinários 1.045.273/SE e 883.168/SC

Votos vencedores

- Outro ponto importante consignado no voto do **Ministro Dias Toffoli** foi o da **irrelevância do tempo de duração do concubinato**, que não tem o condão de transmutar ilicitude em licitude.
- *“Assim, caracterizada esteja uma união estável, a outra relação – se demonstrada, ainda, sua não eventualidade – se caracteriza como concubinato.”*
- O Ministro ratificou que, **independentemente de a relação ser homo ou heterossexual**, é *“inviável o reconhecimento da concomitância de duas uniões estáveis (de dois casamentos, ou de um casamento e uma união estável)”*.

Recurso Extraordinário 1.045.273/SE

Votos vencedores

- **Ministros Luiz Fux e Nunes Marques**
- **Acompanharam os Relatores dos dois Recursos Extraordinários**

Recurso Extraordinário 1.045.273/SE

TESE FIRMADA

- *A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.*

Recurso Extraordinário 1.45.273/SE

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 529. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RATEIO ENTRE COMPANHEIRA E COMPANHEIRO, DE UNIÕES ESTÁVEIS CONCOMITANTES. IMPOSSIBILIDADE. 1. **A questão constitucional em jogo neste precedente com repercussão geral reconhecida é a possibilidade de reconhecimento, pelo Estado, da coexistência de duas uniões estáveis paralelas, e o consequente rateio da pensão por morte entre os companheiros sobreviventes - independentemente de serem relações hétero ou homoafetivas.** 2. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL tem precedentes no sentido da impossibilidade de reconhecimento de união estável, em que um dos conviventes estivesse paralelamente envolvido em casamento ainda válido, sendo tal relação enquadrada no art. 1.727 do Código Civil, que se reporta à figura da relação concubinária (as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato). 3. **É vedado o reconhecimento de uma segunda união estável, independentemente de ser hétero ou homoafetiva, quando demonstrada a existência de uma primeira união estável, juridicamente reconhecida.** Em que pesem os avanços na dinâmica e na forma do tratamento dispensado aos mais matizados núcleos familiares, movidos pelo afeto, pela compreensão das diferenças, respeito mútuo, busca da felicidade e liberdade individual de cada qual dos membros, entre outros predicados, que regem inclusive os que vivem sob a égide do casamento e da união estável, **subsistem em nosso ordenamento jurídico constitucional os ideais monogâmicos, para o reconhecimento do casamento e da união estável, sendo, inclusive, previsto como deveres aos cônjuges, com substrato no regime monogâmico, a exigência de fidelidade recíproca** durante o pacto nupcial (art. 1.566, I, do Código Civil). 4. A existência de uma declaração judicial de existência de união estável é, por si só, óbice ao reconhecimento de uma outra união paralelamente estabelecida por um dos companheiros durante o mesmo período, uma vez que o artigo 226, § 3º, da Constituição se esteia no princípio de exclusividade ou de monogamia, como requisito para o reconhecimento jurídico desse tipo de relação afetiva inserta no mosaico familiar atual, independentemente de se tratar de relacionamentos hétero ou homoafetivos. 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento. Brasília, 8 de abril de 2021. 5. Tese para fins de repercussão geral: A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

Recurso Extraordinário 883.168/SC

TESE FIRMADA

- *É incompatível com a Constituição Federal o reconhecimento de direitos previdenciários (pensão por morte) à pessoa que manteve, durante longo período e com aparência familiar, união com outra casada, porquanto o concubinato não se equipara, para fins de proteção estatal, às uniões afetivas resultantes do casamento e da união estável.*

Recurso Extraordinário 1.045.273/SE

- Foram opostos **Embargos de Declaração** pelo Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário – IBDP - e pelo Concupino, inclusive com pretensão de efeitos infringentes.
- ADFAS se manifestou demonstrando que ambos os embargos não mereciam conhecimento. Se conhecidos, deveriam ser julgados improcedentes, uma vez que não houve omissão, contradição ou obscuridade no Acórdão e na Tese fixada no Tema de Repercussão Geral nº 529.
- **Decisão: O Tribunal, por maioria, rejeitou ambos os embargos de declaração**, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Roberto Barroso, Rosa Weber e Nunes Marques.

Regina Beatriz Tavares da Silva
Atalá Correia
Alicia García de Solavagione
Coordenadores

TRATADO DA UNIÃO DE FATO

TRATADO DE LA UNIÓN DE HECHO

Angola | Argentina | Brasil | Chile | Colômbia | Espanha | Peru | Portugal | Uruguai

Bilingue – português e espanhol

Alejandra Illanes Valdés
Alexis Alberto Mondaca Miranda
Alicia García de Solavagione
Analucía Torres Flor
André Gonçalo Dias Pereira
Atalá Correia
Beatriz Ramos Cabanellas
Carlos Alberto Dabus Maluf
Carlos Alberto Garbi
Columba del Carpio Rodríguez
Cristina Dias

Eduardo de Oliveira Leite
Graciela Medina
Ilva Myriam Hoyos Castañeda
Ives Gandra da Silva Martins
Marcela Aspell
María José Bravo Bosch
Pedro Ambrósio dos Reis Façonny
Rafael Santa María D'Angelo
Regina Beatriz Tavares da Silva
Rossana Martingo Cruz

SÉRIE ADFAS

Associação de Direito de Família e das Sucessões

Regina Beatriz Tavares da Silva:

A frouxidão dos requisitos da união estável e a equiparação de seus efeitos aos do casamento no Direito Brasileiro.