

A TESE DE REPERCUSSÃO GERAL SOBRE A MONOGAMIA NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL

THE BINDING PRECEDENT OF BRAZILIAN SUPREME COURT WHICH REINFORCED MONOGAMY AS A STANDARD FOR MARRIAGE AND CIVIL UNION UNDER THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA

Pós-Doutora em Direito da Bioética pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – FDUL.
Doutora e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Presidente Nacional e Fundadora da Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS. Professora Titular dos cursos de graduação e mestrado em Direito Privado e Relações Sociais no Centro Universitário 7 de Setembro – UNI7. Diretora de Relações Institucionais da União dos Juristas Católicos de São Paulo – UJUCASP (2018-2021). Coordenadora e Palestrante em vários Cursos, Congressos e Jornadas realizados no Brasil e em outros países. Titular da Cadeira 39 da Academia Paulista de Letras Jurídicas – APLJ. Membro da Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO-SP e do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais – CEBEPÉJ. Foi membro da Comissão Especial de Assessoria à Relatoria Geral do Projeto do atual Código Civil, na Câmara dos Deputados. Participou de outros projetos legislativos, como o Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil. Advogada.
reginabeatriz@reginabeatriz.adv.br

ÁREA DO DIREITO: Civil

RESUMO: Este artigo é dedicado à análise do julgamento do Recurso Extraordinário 1.045.273/SE pelo Supremo Tribunal Federal (STF), cujo Tema de Repercussão Geral 529 versou sobre o reconhecimento jurídico de duas uniões estáveis concomitantes, com a atribuição de efeitos previdenciários nas duas relações e o respectivo rateio. O artigo apresenta os fundamentos da atuação da Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS), na posição de *amicus curiae*, em defesa da monogamia, que

ABSTRACT: This article is dedicated to the analysis of the Appeal to the Supreme Court, so called "Extraordinary Appeal" 1,045.273/SE's trial by Brazilian Federal Supreme Court, whose General Repercussion Theme # 529 regarded the possibility of acknowledgement of two concurrent civil unions with attribution of social security benefits to both and its respective apportionment. This article presents the elements sustained by Family and Succession Law Association (ADFAS)'s performance as *amicus curiae* in the defense of monogamy, which

foram acolhidos pelo STF. São analisados todos os votos proferidos pelos Ministros da Suprema Corte e a tese fixada no sentido de que a preexistência de casamento ou de união estável de um dos partícipes da relação concomitante, ressalvada a hipótese legal da inexistência de comunhão de vidas, impede o reconhecimento jurídico da outra relação, inclusive para efeitos previdenciários, em razão do princípio da monogamia e o dever de fidelidade que vigoram no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro..

PALAVRAS-CHAVE: Pensão *post mortem* – União estável – Casamento – Monogamia – Fidelidade.

were granted by the Supreme Court. It also analyses each of the Supreme Court judge's statements and reasons to decide, thus the proclaimed Thesis towards the assertion that antecedent marriage or civil union of one of the parts in concurrent relationship outlaws legal acknowledgement of the other, including to the ends of survivors benefits attribution, as a result of monogamy principle and fidelity duty embraced by Brazilian legal-constitutional system, excluded the legal exception when marital togetherness no longer subsists.

KEYWORDS: Survivors benefits – Civil union – Marriage – Monogamy – Fidelity.

SUMÁRIO: 1. O tema de Repercussão Geral 529: reconhecimento jurídico da relação homossexual ou da relação adúltera. 2. A atuação da ADFAS como *amicus curiae*. 3. Síntese dos votos proferidos no julgamento do RE 1.045.273/SE. 4. A abrangente tese de repercussão firmada pelo STF. 5. Significado dos termos "concubino" e "amante". 6. Diálogo entre o Direito Previdenciário e o Direito de Família. Unidade sistemática do ordenamento jurídico. 7. A impossibilidade de aplicação analógica da putatividade matrimonial na união estável. 8. Indevido transplante da princiologia trabalhista ao Direito de Família. 9. A Súmula Vinculante 279. 10. Irrelevância da duração da relação concubinária para fins de direito. 11. A contraditória diferenciação da união estável e do casamento em impedimentos constitutivos após a equiparação destes institutos pelo STF. Considerações finais. Referências.

1. O TEMA DE REPERCUSSÃO GERAL 529: RECONHECIMENTO JURÍDICO DA RELAÇÃO HOMOSSEXUAL OU DA RELAÇÃO ADULTERINA?

O Supremo Tribunal Federal (STF) atribuiu repercussão geral ao tema 529: "*Possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável e de relação homoafetiva concomitantes, com o conseqüente rateio de pensão por morte*", no Recurso Extraordinário (RE) 1.045.273/SE.

Inobstante a redação do tema tenha gerado a ideia de que estaria em pauta no STF o reconhecimento de efeitos jurídicos na relação homossexual quando concomitante com uma união estável, a matéria em pauta, em realidade, versou sobre o reconhecimento jurídico, com atribuição de benefícios previdenciários, que são típicos de uma relação familiar, a uma relação adúltera, nada importando a homo ou heterossexualidade do cúmplice da infidelidade.

O RE 1.045.273/SE foi interposto contra acórdão (AC 5.802/10) do Tribunal de Justiça de Sergipe (TJSE), em que uma pessoa do gênero masculino pleiteou o reconhecimento de sociedade de fato com efeitos de união estável, com vistas a receber a pensão

por morte deixada por um outro homem, visto que já havia uma união estável reconhecida judicialmente do falecido com uma pessoa do gênero feminino. O v. acórdão do Tribunal Sergipano bem acentuou que uma relação homossexual se equipara a uma relação heterossexual desde que se configure uma união estável, sendo a matéria julgada o descabimento de atribuição de direitos previdenciários a duas relações concomitantes. Cite-se a ementa do julgado do TJSE:

“Apelação cível – Constitucional, civil e previdenciário – Pensão por morte – Relação homoafetiva – Possibilidade de reconhecimento com status de união estável, inclusive para fins de recebimento de benefício previdenciário – Inexistência de vedação nos artigos 226, § 3º da CF e 1723 do CC – Ausência de previsão legal – O julgador não pode esquivar-se da prestação jurisdicional – Autorizado, neste caso, o emprego dos métodos integrativos da lei, inclusive da analogia – Inteligência do art. 4º da LICC – Aplicação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não-discriminação entre os sexos – Hipótese diversa impede o reconhecimento da relação homoafetiva como requerido pelo apelado – Existência de declaração judicial de união estável havida entre o de cujus e a primeira apelante em período concomitante – Concubinato desleal – Inadmissibilidade pelo ordenamento jurídico pátrio, cujo sistema não admite a coexistência de duas entidades familiares, com características de publicidade, continuidade e durabilidade visando a constituição de família – Analogia com a bigamia – Precedentes do STJ e do Tribunal de Minas Gerais – Sentença reformada – Recurso conhecido e provido – Votação unânime.” (TJSE, 1ª Câm. Cív., AC 5802/10, rel. Des. Suzana Maria Carvalho Oliveira, j. 22.03.2011.)

Mesmo diante da clareza da ementa do acórdão do TJSE sobre a matéria nesta instância decidida – a inadmissibilidade de reconhecimento jurídico de duas entidades familiares concomitantes –, a decisão que atribuiu repercussão geral ao RE 1.045.273/SE foi proferida sob a relatoria do Ministro Ayres Britto no sentido de que estaria também em debate o reconhecimento de união estável homoafetiva, nos seguintes termos:

“Constitucional. Civil. Previdenciário. União estável homoafetiva. Uniões estáveis concomitantes. Presença da repercussão geral das questões constitucionais discutidas.

Possuem repercussão geral as questões constitucionais alusivas à possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável homoafetiva e à possibilidade de reconhecimento jurídico de uniões estáveis concomitantes.” (STF, Pleno, ARE 656.298/SE, rel. Min. Ayres Britto, j. 01.03.2012.)

Nessa decisão, as luzes do debate estavam postas sobre a relação entre pessoas do mesmo gênero, que é tema sensível, que atrai simpatia porque se volta ao combate ao preconceito.

Uma relação por ser homossexual poderia quebrar o princípio da monogamia? Ou seja, por ser relação entre dois homens, caberia a sua existência como união estável ao lado de uma outra relação formada anteriormente como união estável de um deles com uma mulher?

A Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS) foi admitida no processo recursal como *amicus curiae*, em 11 de novembro de 2014, e esclareceu que na matéria recursal nada importava se a relação tivesse sido homo ou heterossexual, já que o tema em pauta era a atribuição de efeitos ao adultério, por se tratar de relação que concorria com uma união estável preexistente.

Fosse homo ou heterossexual a relação concorrente com a união estável, o STF julgaria se uma relação praticada em adultério poderia ter os mesmos efeitos decorrentes de uma relação familiar.

E não poderia ser de outro modo, a não ser que a Suprema Corte quisesse rediscutir se a relação chamada homoafetiva poderia ou não ser considerada como familiar. Isto porque, em 05 de maio de 2011 – portanto, antes da decisão que deu repercussão geral ao RE em tela –, o STF já havia reconhecido a possibilidade de constituição de união estável entre dois homens ou entre duas mulheres, firmando esta interpretação do art. 1.723 do Código Civil, na ADPF 132 e na ADI 4.277, como se vê nos votos ali proferidos e a seguir destacados.

Consoante o voto do Ministro Carlos Ayres Britto, a união entre duas pessoas do mesmo sexo deve ser considerada união estável, sob o comando constitucional e da legislação infraconstitucional sobre a mesma espécie de união entre pessoas de gêneros distintos, portanto, em monogamia:

“Quando o certo – data vênha de opinião divergente – é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, agora arrematados com a proposição de que a *isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos* somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família [...] Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. *Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.*” (grifos nossos)

Conforme o voto da Ministra Cármen Lúcia:

“Pede-se seja obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da legitimidade da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, *desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher* e que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendam-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.” (grifos nossos)

Pelo voto do Ministro Ricardo Lewandowski:

“[...] reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar aplicam-se a ela as regras do instituto que lhe é mais próximo, qual seja, a união estável heterossexual, mas apenas nos aspectos em que são assemelhados [...]” (grifos nossos)

Segundo o voto do Ministro Gilmar Mendes:

“[...] por isso, nesse momento, limito-me a reconhecer a existência da união entre pessoas do mesmo sexo [...] e, com suporte na teoria do pensamento do possível, determinar a aplicação de um modelo de proteção semelhante – no caso, o que trata da união estável –, naquilo que for cabível, nos termos da fundamentação aqui apresentada, sem me pronunciar sobre outros desdobramentos [...]” (grifos nossos.)

E na conformidade do voto do Ministro Cezar Peluso:

“[...] E se deve preenchê-la, segundo as regras tradicionais, pela aplicação da analogia, diante, basicamente, da similitude – não da igualdade –, da similitude factual entre ambas as entidades de que cogitamos: a união estável entre o homem e a mulher e a união entre pessoas do mesmo sexo. E essa similitude entre ambas situações é que me autoriza dizer que a lacuna consequente tem que ser preenchida por algumas normas na solução da questão posta.” (grifos nossos)

Assim, foi acentuado no referido *amicus curiae* que, no julgamento da ADFP 132 e da ADI 4.277, o STF decidiu que a relação entre pessoas do mesmo gênero deve ser assemelhada a uma relação heterossexual para ser considerada união estável e produzir os respectivos efeitos jurídicos. Portanto, o STF já havia acatado o art. 226, § 3^o, que segue o princípio da monogamia, ao qualificar como entidade familiar a união estável entre duas pessoas, no texto expresso constitucional, “o homem e a mulher” e, na interpretação do STF, “dois homens” ou “duas mulheres”.

O STF deveria, como foi nos votos da maioria, voltar-se ao exame da possibilidade ou não de atribuição de efeitos previdenciários a uma relação adulterina, nada importando a homossexualidade do parceiro e recorrente no tema em pauta no RE 1.045.273/SE.

-
1. CF, art. 226, § 3^o: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

2. A ATUAÇÃO DA ADFAS COMO *AMICUS CURIAE*

A Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS) teve vigorosa atuação, desde o peticionamento de ingresso como *amicus curiae*, assim como por meio de sustentação oral² e memoriais apresentados antes e depois da 1ª Sessão de Julgamento, no sentido do improvimento do RE em tela.

Em sua atuação, a ADFAS realizou a seguinte indagação: os relacionamentos baseados no poliamorismo e na poliafetividade, expressões utilizadas na tentativa de conferir ares de legalidade à poligamia, sejam bígamos, ou trígamos, ou de maior número de participantes, podem ser chamados de família?

A resposta foi dada com base em autores do maior renome no cenário jurídico, de modo a demonstrar que os efeitos jurídicos de uma relação não podem ser baseados somente no afeto.

Como assinala Otavio Luiz Rodrigues Jr., o afeto ou amor tem valia perante o Direito quando as relações são merecedoras de tutela jurídica, conforme estabelecido em nossa legislação, afinal: “O ‘amor’ não pode ser o novo ‘deus’ laico.”³

Ainda, foi tomada a advertência de Atalá Correia, no bojo de estudo sobre a afetividade e o Direito: “[...] não é evidente nem necessariamente correto que a afetividade no plano dos fatos deva ser reconhecida, no plano de direito, como formadora de laços jurídicos. Se assim fosse, toda forma de afetividade traria consigo o fardo de uma obrigação jurídica”⁴ e, por conseguinte, a insegurança jurídica estaria implementada em nosso país.

E, por fim, os ensinamentos de Rosa Nery acabaram por elucidar a resposta:

“Ter posse de um estado significa comportar-se, a pessoa, como se realmente vivenciasse essa realidade de, apesar de não ser, apresentar-se como, ostentando *nomen* próprio (a pessoa se apresenta como), *tractus* (a pessoa é considerada como) e *fama* correlata (a pessoa desfruta em sociedade das consequências de ostentar aquele estado) [...] A posse do estado familiar tem ingresso no sistema de direito privado pelas portas dos mecanismos de abertura do sistema, porque é conceito determinado pela função, que tem origem na lealdade e boa-fé familiar e se torna fonte criativa de direitos.”⁵

2. Sustentação oral transmitida pela TV Justiça e disponível no canal da ADFAS no Youtube, Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=72v649KT0HE&t=104s]. Acesso em: 08.01.2021.
3. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Amor e Direito Civil: normatividade, Direito e amor. In: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz; BASSET, Ursula Cristina (Coords.). *Família e Pessoa – Uma questão de princípios*. São Paulo: YK, 2018. p. 555.
4. CORREIA, Atalá. Filosofia, afetividade e Direito. In: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz; BASSET, Ursula Cristina (Coords.). *Família e Pessoa – Uma Questão de Princípios*. São Paulo: YK, 2018. p. 178.
5. NERY, Rosa. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: ed. RT, 2015.v. V – Família, p. 173.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. A tese de repercussão geral sobre a monogamia no casamento e na união estável. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 26. ano 8. p. 411-448. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar./2021.

Efetivamente, o afeto é expressão muito utilizada nos últimos tempos. Porém, por mais que interesse, por exemplo, aos campos da psicologia, da filosofia e da antropologia, o afeto impacta o Direito somente em relações em que exista o *status* de família, se constituídas por casamento ou por união estável sob o princípio da monogamia⁶. Portanto, não vem ao caso se há ou não afeto numa relação adúlterina, já que nela não há *status* jurídico familiar.

A ADFAS salientou o necessário diálogo entre o Direito Previdenciário e o Direito de Família, na unidade sistemática do ordenamento jurídico, o primeiro a conferir proteção aos membros da família no setor público e o segundo, na área das relações privadas. Assim, os benefícios previdenciários devem ficar restritos aos familiares sob pena de quebra do sistema jurídico.

A atuação da ADFAS embasou-se no princípio constitucional da monogamia, ao qual se submete a legislação infraconstitucional sobre o reconhecimento de entidades familiares constituídas em forma de casamento e, portanto, também de união estável, conforme se verifica no Código Civil, no artigo 1.521, VI, que veda o casamento de pessoas casadas, no artigo 1.723, § 1º, que autoriza a constituição de união estável de pessoa casada somente se estiver separada de fato, e no artigo 1.727, que qualifica como concubinato as relações não eventuais entre duas pessoas que não possam casar.

Foram salientados os deveres da união estável, previstos no art. 1.724 do Código Civil, com destaque especial à lealdade, cujo conteúdo jurídico equivale à fidelidade conjugal.

A ADFAS também fundamentou seu posicionamento na jurisprudência uniforme do Supremo Tribunal Federal quanto à não atribuição de efeitos previdenciários ao concubinato⁷.

6. TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Monogamia: princípio estruturante do casamento e da união estável. In: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz; BASSET, Ursula Cristina (Coords.). *Família e Pessoa – Uma questão de princípios*. São Paulo: YK, 2018. p. 569 a 617.
7. Destacou-se o seguinte julgado, utilizado como paradigma em outros acórdãos dessa Suprema Instância e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em que a relação paralela, independentemente de sua duração, foi considerada improdente, ou seja, sem efeitos previdenciários: “*Companheira e concubina – Distinção. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. União estável – proteção do Estado. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. [...] A regra é fruto do texto constitucional e, portanto, não se pode olvidar que, ao falecer, o varão encontrava-se na chefia da família oficial, vivendo com a mulher. Percebe-se que houve um envolvimento forte, projetado no tempo – 37 anos –, dele surgindo prole numerosa – nove filhos, mas que não surte efeitos jurídicos ante a ilegitimidade, ante o fato de haver sido mantido o casamento com quem Valdemar contraíra núpcias e tivera onze filhos [...]. No caso, vislumbrou-se união estável, quando, na verdade, verificado simples concubinato, conforme pedagogicamente previsto no artigo 1.727 do Código Civil. [...] O concubinato não se iguala à união estável referida no texto constitucional, no que esta acaba fazendo as vezes, em termos de consequências, do casamento. Tenho como infringido pela Corte de origem o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, razão*”

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. A tese de repercussão geral sobre a monogamia no casamento e na união estável. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 26. ano 8. p. 411-448. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar./2021.

A Jurisprudência uniforme do STJ, no decorrer das duas últimas décadas, também foi exaustivamente citada, a demonstrar que esta Instância não admite a atribuição de efeitos previdenciários, familiares e sucessórios a uma relação concorrente com uma união estável ou com um casamento.

Foi também observado que o STF não poderia diferenciar os impedimentos de constituição de dois institutos – união estável e casamento – depois de equiparar os seus efeitos sucessórios no RE 878.694/MG, rel. Min. Luis Roberto Barroso, publicado no DJe 06.02.2018.

3. SÍNTESE DOS VOTOS PROFERIDOS NO JULGAMENTO DO RE 1.045.273/SE

Diante da redação do tema 529 de repercussão geral, ocorreram acalorados debates durante a primeira sessão de julgamento do RE 1.045.273/SE, ocorrida em 25 de setembro de 2019, na qual foram proferidos três votos pelo improvimento recursal, pelo Ministro Alexandre de Moraes, que assumiu a relatoria do recurso, pelo Ministro Ricardo Lewandowski e pelo Ministro Gilmar Mendes, fundamentados na impossibilidade constitucional e infraconstitucional de reconhecimento de duas uniões estáveis concomitantes, e, portanto, na inexistência de direitos previdenciários em relações paralelas.

O Relator, Ministro Alexandre de Moraes, proferiu seu voto⁸ com o esclarecimento enfático e inicial de que não estava em debate a produção de efeitos de uma união entre pessoas do mesmo gênero, porque, fosse homo ou heterossexual, a relação em tela sempre seria adulterina, esta, sim, a matéria a ser analisada. Fundamentado na equiparação da união estável ao casamento e, conseqüentemente, na impossibilidade de reconhecer direitos em relação paralela a uma união estável, o Ministro Relator bem argumentou que se fosse possível o reconhecimento de duas uniões estáveis, seria também possível o reconhecimento da validade de dois casamentos, com aceitação da bigamia. A união estável foi equiparada ao casamento para que tenha os mesmos efeitos do casamento, adquirindo os seus ônus e bônus, ou seja, o dever de fidelidade e os benefícios previdenciários, os direitos de família e sucessórios, como salientou o Ministro Relator. Assim, no voto em tela, o Ministro Alexandre de Moraes acentuou que a atribuição de efeitos previdenciários à relação adulterina levaria à atribuição de outros efeitos à mancebia, como os direitos de família e sucessórios.

pela qual conheço e provejo o recurso para restabelecer o entendimento sufragado pelo Juízo na sentença prolatada.” (STF, RE 397.762/BA, 1ª T., rel. Min. Marco Aurélio, j. 03.06.2008, DJe 12.09.2008.)

8. Voto transmitido pela TV Justiça e disponível no canal da ADFAS no YouTube em: [www.youtube.com/watch?v=Y932RN4-Yqg]. Acesso em: 22.10.2020.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. A tese de repercussão geral sobre a monogamia no casamento e na união estável. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 26. ano 8. p. 411-448. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar./2021.

O Ministro Ricardo Lewandowski acompanhou o Relator⁹. Citou o v. acórdão proferido no RE 397.762/BA, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, como paradigma do recurso que estava em pauta. Acentuou a impossibilidade de revolver fatos e provas em recurso extraordinário, de modo que não seria ortodoxo reconhecer que houve uma união estável na relação em tela, visto que a relação da viúva foi reconhecida judicialmente. Citou o disposto no art. 226, § 3º, que incentiva a conversão da união estável em casamento, sendo aquela um embrião deste. E bem observou 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.

O Ministro Gilmar Mendes¹⁰, em seu voto, enfatizou que a regra constante do Código Civil (art. 1.723, § 1º), especificamente no que se refere ao requisito da inexistência de comunhão de vidas de uma pessoa que mantenha o estado civil de casado para que constitua uma outra entidade familiar, aplica-se à união estável, o que impede a concomitância de duas relações de fato com efeitos jurídicos. E destacou a insegurança jurídica que se instalaria pelo reconhecimento de duas uniões familiares concomitantes.

No entanto, foi aberta a divergência pelo Ministro Edson Fachin que, acompanhado pelos Ministros Luis Roberto Barroso, Rosa Weber, Cármen Lúcia e Marco Aurélio, votaram pela possibilidade de reconhecimento jurídico e atribuição de direitos previdenciários à relação concorrente com a união estável.

O Ministro Edson Fachin, em seu voto¹¹, ao dar provimento recursal, utilizou-se da aplicação analógica do artigo 1.561 do Código Civil, que oferece efeitos ao casamento nulo e anulável, quando a relação de bigamia é putativa, ou seja, naquela em que existe a boa-fé do partícipe da segunda relação. Segundo o Ministro, aplica-se a boa-fé objetiva e que nos autos não haveria prova de que o concubino conhecia a união estável que o falecido mantinha há uma década. Ademais, nas palavras deste Ministro, o tema de repercussão geral versaria somente sobre matéria de direito previdenciário *post mortem*, e, portanto, em suas palavras, alargar o assunto para mais do que isto seria uma hipertrofia.

O Ministro Luis Roberto Barroso¹² também adentrou em análise de fatos e provas, ao afirmar que não existiria nos autos a demonstração sobre qual relação teria se iniciado primeiramente, devendo ser consideradas como simultâneas, razão pela qual deveriam

9. Voto transmitido pela TV Justiça e disponível no canal da ADFAS no YouTube em: [www.youtube.com/watch?v=flCrNydBBwk]. Acesso em: 22.10.2020. O voto do Ministro Relator se encontra publicado em [http://sistemas.stf.jus.br/repgeral/votacao?texto=4787700]. Acesso em: 13.01.2021.
10. Voto transmitido pela TV Justiça e disponível no canal da ADFAS no YouTube em: [https://youtu.be/HP61kvRhgRg]. Acesso em: 22.10.2020.
11. Voto transmitido pela TV Justiça e disponível no canal da ADFAS no YouTube em: [https://youtu.be/GUHM3nDw1_k]. Acesso em: 22.10.2020. O voto do Ministro Edson Fachin se encontra publicado em [http://sistemas.stf.jus.br/repgeral/votacao?texto=5240736]. Acesso em: 13.01.2021.
12. Voto transmitido pela TV Justiça e disponível no canal da ADFAS no YouTube em: [https://youtu.be/3hgHRpzHwBc]. Acesso em: 22.10.2020.

ser atribuídos direitos previdenciários, em rateio, ao concubino e à viúva. Argumentou, ainda, que ao caso em tela não deveria ser aplicado o precedente já firmado pela 1ª Turma da Suprema Corte no RE 397.762/BA, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, uma vez que, naquele caso, haveria óbice ao reconhecimento de união estável em concomitância a casamento previamente constituído e que tal proibição consta expressamente do § 1º do artigo 1.723 do Código Civil, ao passo que no RE em discussão, por tratar da possibilidade de reconhecimento de duas uniões estáveis simultâneas, tal vedação não se aplicaria. O Ministro destacou que a discussão versaria tão somente acerca de matéria previdenciária *post mortem*, não resvalando em conceitos de Direito de Família, com a proposição da seguinte tese: “é constitucional a divisão da pensão por morte entre duas pessoas que mantiveram, paralela e concomitantemente, relações equiparáveis à união estável com o mesmo indivíduo já falecido.”

A Ministra Rosa Weber¹³, igualmente, afirmou que a jurisprudência já firmada pela Suprema Corte diz respeito a situações de casamento e que este deve ser privilegiado, concluindo que não cabe a sua equiparação à união estável. Ademais, a Ministra usou a teoria do fato nas relações trabalhistas na construção de seu voto, defendendo a possibilidade de aplicação do princípio da realidade, emprestado do direito do trabalho, nas relações familiares. Disse, a Ministra, ser viável “o reconhecimento de efeitos jurídicos a situações fáticas que não encontram óbice na legislação posta”.

A Ministra Cármen Lúcia¹⁴ citou acórdão anterior de sua relatoria, afirmando que no MS 33.555/DF foi negado o rateio dos benefícios previdenciários porque não fora concluída a separação de fato no casamento, sendo situação diferente daquela versada no presente recurso em que o paralelismo dizia respeito a uma união estável. Citou, outrossim, acórdão preferido no RE 1.175.551, no qual o rateio da pensão foi negado em virtude da inconclusão da condição de convivência simultânea ao casamento, afirmando que o mesmo raciocínio não se aplicaria no caso em tela, em que foram comprovadas duas uniões concomitantes, cujo início não se poderia precisar. Concluiu seu voto considerando possível a atribuição de efeitos previdenciários póstumos a “uniões eventualmente equiparáveis”.

O Ministro Marco Aurélio¹⁵ enfatizou 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 ali a relação era paralela a um casamento e não a uma união estável. Além disso, segundo o Ministro, teria o v. acórdão sergipano a premissa de que a relação homossexual não poderia ser equiparável à relação heterossexual.

13. Voto transmitido pela TV Justiça e disponível no canal da ADFAS no YouTube em: [<https://youtu.be/kacMXszxk-U>]. Acesso em: 22.10.2020.

14. Voto transmitido pela TV Justiça e disponível no canal da ADFAS no YouTube em: [<https://youtu.be/PBLckhGQGw>]. Acesso em: 22.10.2020.

15. Voto transmitido pela TV Justiça e disponível no canal da ADFAS no YouTube em: [www.youtube.com/watch?v=jTjnJMF-7LY]. Acesso em: 22.10.2020.

O julgamento não foi concluído na primeira sessão em razão de pedido de vista formulado pelo Ministro Dias Toffoli, tendo sido retomado entre os dias 11 e 18 de dezembro de 2020, de maneira virtual, conforme Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disposto no artigo 21-B e seus parágrafos.

Depois dos votos dos Ministros Luiz Fux, Dias Toffoli e Nunes Marques, o Recurso Extraordinário foi julgado improcedente, por maioria.

Até a data da última revisão deste artigo, estavam disponibilizados no *site* do STF, além dos votos dos Ministros Alexandre de Moraes e Edson Fachin, o voto do Ministro Dias Toffoli, mas os demais votos analisados alhures tiveram por base a 1ª Sessão de Julgamento, totalmente disponibilizada pela ADFAS em seu canal do *YouTube*.

O Ministro Dias Toffoli destacou a irrelevância da relação do recorrente ser homo ou heterossexual, cuja formação, se fosse familiar e monogâmica, teria efeitos jurídicos, independentemente do gênero dos seus partícipes. O Ministro apontou a contribuição da Sociologia Jurídica na percepção do Direito, que emana da sociedade, sendo, por um lado, resultante do poder social que lhe dá apoio e que o impõe, como reflexo dos valores e das necessidades sociais, e, por outro, instrumento de controle, como influenciador da sociedade. Este Ministro, assim, acentuou a função regulatória do art. 226, § 3º, da Constituição Federal, que determina a facilitação do reconhecimento formal da união estável com sua transmutação em casamento, sob o princípio da monogamia. Dando sequência, salientou a crescente equiparação dos efeitos entre os institutos da união estável e do casamento realizada pelo STF (RE 878.694/MG, rel. Min. Luis Roberto Barroso, *DJe* 06.02.18) e observou que, na interpretação conjunta dos artigos 1.521, VI, e 1.723, § 1º, do Código Civil, quem mantém uma união estável não poderá ter simultaneamente reconhecido pelo Estado outra relação familiar, o que é decorrência da escolha feita, em nosso ordenamento jurídico, pela monogamia. E apresentou esclarecimento sobre a expressão concubinato, que não mais deve ser chamado de puro e impuro, como no passado, já que concubinato sempre será adúlterino, diverso da união estável que é entidade familiar.

4. A ABRANGENTE TESE DE REPERCUSSÃO FIRMADA PELO STF

A Tese de Repercussão Geral foi firmada nos termos propostos pelo Ministro Relator Alexandre de Moraes:

“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.”¹⁶

16. STF, Tribunal Pleno, RE 1.045.273/SE, rel. Min. Alexandre de Moraes, *DJe* 07.01.2021.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. A tese de repercussão geral sobre a monogamia no casamento e na união estável. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 26. ano 8. p. 411-448. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar./2021.

Formulada de maneira abrangente, a Tese veda a produção de efeitos jurídicos em relação concorrente tanto com o casamento como com a união estável. Excepciona somente a hipótese de separação de fato ou comunhão de vidas no casamento e na união estável preexistentes, nos termos do art. 1.723, § 1º, do Código Civil.

A Tese não diferencia a relação de longa duração da relação de curta duração no impedimento à produção de efeitos jurídicos em relação concomitante.

A Tese veda todos os efeitos jurídicos em relação paralela, inclusive os previdenciários, abrangendo, portanto, também os familiares e sucessórios.

E a Tese embasa-se no princípio da monogamia que vigora no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, do qual decorre o dever de fidelidade.

5. SIGNIFICADO DOS TERMOS "CONCUBINO" E "AMANTE"

A palavra concubinato tem origem no termo latino *concubinatus*, que deriva do verbo *concubare*, que significa ter relações carnis com uma pessoa.

Outrora a palavra concubinato era utilizada para significar, em modalidade impura, a relação adúltera e concorrente com uma relação familiar, e, na modalidade pura, a entidade familiar formada no plano dos fatos, sem o elo matrimonial, ou seja, a união estável reconhecida na Constituição Federal de 1988 como tal¹⁷.

Exatamente em razão da origem etimológica da expressão concubinato e para que a relação familiar de fato não fosse confundida com a relação adúltera, a Lei Maior adotou a expressão união estável para denominar a relação pública, contínua e duradoura que constitui uma família. Assim, seus integrantes passaram a ser denominados companheiros ou conviventes.

Assim, na conformidade dos anseios sociais, o concubinato passou a ser empregado somente para traduzir a relação em quebra do dever de fidelidade, como o fez o Código Civil (art. 1.727). A união estável é a expressão usada para significar a relação entre duas pessoas solteiras, ou viúvas, ou separadas de fato ou de direito, ou divorciadas, com a presença de um requisito fundamental: a lealdade entre os companheiros, como disciplina o Código Civil (artigos 1.723 a 1.726).

Como bem salientou o Ministro Dias Toffoli em seu voto, não prevalecendo mais no ordenamento a expressão concubinato para identificar uma entidade familiar, a distinção

17. V. MONTEIRO, Washington de Barros; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Curso de direito civil*. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 2 – Direito de família, p. 76; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito de família*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 386; e DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 5 – Direito de família, p. 452.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. A tese de repercussão geral sobre a monogamia no casamento e na união estável. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 26. ano 8. p. 411-448. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar./2021.

entre concubinato puro e impuro não faz mais sentido na atualidade, já que concubinato sempre designará a relação que concorre com um casamento ou uma união estável¹⁸.

Em suma, o que era chamado concubinato puro tem hoje a denominação de união estável. O que se denominava concubinato impuro tem o mesmo significado do concubinato em nossos dias, ou seja, uma relação não eventual, praticada sob infidelidade de pelo menos um de seus partícipes.

A única exceção estabelecida no Código Civil ao reconhecimento de uma união estável quando um dos partícipes é casado está prevista no seu art. 1.723, § 1º. Este dispositivo autoriza a constituição de outra entidade familiar mediante a separação de fato, ou seja, o término da comunhão de vidas do companheiro que mantém o estado civil de casado.

É de fácil entendimento a razão pela qual no casamento é prevista expressamente a regra que exige separação de fato para constituição de união estável e na união estável não há a mesma norma expressa. Enquanto no casamento pode existir separação de fato e manutenção do estado civil de casado, na união estável, não há como existir separação de fato e manutenção da união estável. A união estável, que é uma situação fática, constitui-se e desfaz-se no plano dos fatos. Em suma, nada teria a legislação de prever sobre separação de fato como requisito em união estável para a constituição de segunda união estável, porque isso decorre da própria natureza da união estável que exige comunhão de vidas. Por outras palavras, se há separação de fato não se extingue o vínculo conjugal, mas, se existe a separação de fato, a união estável se extingue automaticamente, em razão de sua natureza fática.

Ao concubinato, somente podem ser atribuídos direitos oriundos de uma sociedade de fato, em uma relação típica do Direito das Obrigações e não do Direito de Família, quando o concubino contribui, com capital ou trabalho, para a aquisição de patrimônio que fica em nome do outro. Para vedar o enriquecimento indevido (Código Civil, art. 884), além da prova da contribuição, esta deve ser mensurada para calcular o percentual devido ao sócio de fato, nos termos dos artigos 986 a 980 do Código Civil.

Portanto, a expressão “concubinato” está estabelecida na lei para caracterizar a relação não eventual entre uma pessoa e outra que já é casada civilmente ou de fato, isto é, que está impedida de manter uma outra relação familiar concomitante, na conformidade da interpretação do artigo 1.727 do Código Civil. Efetivamente, esta expressão – concubinato – não está em desuso; está, isto sim, na lei.

18. O voto do Ministro Dias Toffoli se encontra publicado em [<http://sistemas.stf.jus.br/repgeral/votacao?texto=5228841>]. Acesso em: 13.01.2021. V. TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Posicionamento do Ministro Dias Toffoli sobre o tema de repercussão geral em pauta no STF disponível em: [<http://adfas.org.br/2020/12/16/o-posicionamento-do-ministro-dias-toffoli-sobre-o-tema-de-repercussao-geral-em-pauta-no-stf-re-1-045-273-se/>]. Acesso em: 13.01.2021.

E a expressão “concubino” significa exatamente o que quer dizer na linguagem popular “amante”: quem mantém relação com pessoa casada ou que vive em união estável com outra pessoa.

Amante ou concubino é o cúmplice do adultério, que permanece como ilícito civil, em razão do dever de fidelidade (Código Civil, art. 1.566, I) e de lealdade (Código Civil, art. 1.724), embora tenha deixado de ser crime quando a Lei 11.106, de 28.03.2005, revogou o art. 240 do Código Penal, por razões próprias deste ramo do Direito, que é subsidiário em relação a outros ramos, no caso, o Direito Civil, onde há outras formas de proteção ao consorte traído, como a perda pelo infiel do direito aos alimentos plenos (Código Civil, artigos 1.694, § 2º, e 1.704, parágrafo único) e a sua condenação no pagamento de indenização dos danos morais e materiais causados ao cônjuge traído (Código Civil, art. 186).

Salientou o Ministro Relator Alexandre de Moraes, em seu voto, os julgados anteriormente proferidos no STF, o RE 397.762/BA e o RE 590.779/ES, ambos de relatoria do Ministro Marco Aurélio, julgados em 03.06.2008 e 10.02.2009, respectivamente, em que se concluiu pela impossibilidade de reconhecimento de união estável em que um dos conviventes esteja casado e em comunhão de vidas, relação que se enquadra na relação concubinária prevista no art. 1.727 do Código Civil, enfatizando que esses acórdãos são pertinentes ao tema do RE em análise, já que descabe igualmente o reconhecimento de uma segunda união estável – independentemente de ser hétero ou homoafetiva – quando demonstrada a existência de uma primeira união estável juridicamente reconhecida. Realmente, muito clara foi a conceituação de união estável nos referidos julgados e sua distinção do concubinato, quando ali foi afirmado que “O concubinato não se iguala à união estável referida no texto constitucional, no que esta acaba fazendo as vezes, em termos de consequências, do casamento”.

Dessa forma, seria incabível equiparar a relação de concubinato ou mancebia às relações de união estável, uma vez que a distinção entre elas não foi criada por acaso pela legislação infraconstitucional. Essa diferença encontra fundamento em todo o sistema jurídico e na Constituição Federal, cujo artigo 226, § 3º, segue o princípio da monogamia ao estabelecer o número de pessoas que constituem família por meio da união estável: duas. Depreende-se daí a natureza monogâmica das relações reconhecidas como família no Direito brasileiro e o descabimento do reconhecimento de um casamento e uma união estável concomitante ou de duas uniões estáveis concomitantes.

Por conseguinte, união paralela, união simultânea ou outro eufemismo criado para tentar diminuir indevidamente o impacto negativo da mancebia não gera efeitos de união estável.

Amantes são e sempre serão amantes porque vivem em mancebia, a tal relação paralela. Amantes não são cônjuges ou companheiros.

6. DIÁLOGO ENTRE O DIREITO PREVIDENCIÁRIO E O DIREITO DE FAMÍLIA. UNIDADE SISTEMÁTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Na abertura da divergência pelo Ministro Edson Fachin, foi afirmada a circunscrição do voto ao campo do Direito Previdenciário, que estaria sustentado por três pilares: a) benefício previdenciário; b) dependência; c) eficácia póstuma de relações pessoais agasalhadas pela união estável¹⁹.

Realmente, o benefício previdenciário não pode ser despregado da conceituação da relação familiar que lhe dá origem.

Assim, conforme a Lei 8.213/1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências, na união estável, por equiparar-se ao casamento, são garantidos aos companheiros os benefícios previdenciários previstos pela legislação brasileira.

Como estabelece o art. 16, I, e § 3º da Lei 8.213/1991²⁰, o companheiro e a companheira são beneficiários do Regime Geral da Previdência Social, desde que mantenham união estável de acordo com o disposto no art. 226, § 3º, da Constituição Federal²¹, que reduz expressamente a duas pessoas a composição de uma entidade familiar em forma de união estável.

O impedimento do estado civil de casado do companheiro ou da companheira no recebimento do benefício previdenciário que consta da referida lei previdenciária, no seu art. 16, § 3º, encontrava dissonância com o Código Civil brasileiro de 2002, que, em seu

19. Voto transmitido pela TV Justiça e disponível no canal da ADFAS no YouTube em: [https://youtu.be/GUHM3nDw1_k]. Acesso em: 22.10.2020. Voto disponibilizado no site do STF em: [<http://sistemas.stf.jus.br/repgeral/votacao?texto=5240736>]. Acesso em: 11.01.2021.

20. Lei 8.213/1991, art. 16: “São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: I – o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente; II – os pais; III – o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente; IV – (Revogada pela Lei n. 9.032/1995). § 1º A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes. § 2º O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento. § 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. § 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.”

21. CF, art. 226, § 3º: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

art. 1.723, § 1^o²², possibilita a constituição dessa entidade familiar a quem, embora permaneça civilmente casado, esteja separado de fato. Assim, o Decreto 6.384/2008 alterou o Regulamento da Previdência Social (Decreto 3.048/1999), em seu art. 16, substituindo o respectivo § 6^o²³ pela exata redação do art. 1.723, § 1^o, do Código Civil. Isto mostra a preocupação sistemática do Direito Previdenciário em relação ao Direito Civil. Para evitar confusões interpretativas e contradições, o Regulamento absorveu a linguagem do Código Civil, deixando claro que pode haver união estável envolvendo pessoa casada desde que esteja separada de fato.

Como explica Fernando Brandão Ferreira-Pinto, ao examinar o direito português, o que se aplica ao direito brasileiro, para que os participantes de uma união estável tenham os mesmos benefícios das pessoas civilmente casadas, é indispensável que aquela relação seja análoga à dos cônjuges²⁴.

Já que a comunhão de vidas no casamento civil é impedimento à constituição de união estável, sendo indispensável a separação de fato para a constituição de outra relação como entidade familiar, é óbvio que o mesmo impedimento se aplica à constituição de uma segunda união estável diante da coexistência de uma primeira.

A autonomia científica do Direito Previdenciário implica a presença de princípios e normas singulares, mas não significa um afastamento da vinculação com outras áreas do Direito.

Como salienta Wagner Balera, a assistência e a seguridade sociais se abeberam da base constitucional do Direito de Família:

“O ideal de um modelo de assistência social destinado a proteger integralmente as pessoas, enquanto ideal, está calcado no já referido objetivo fundamental do Estado brasileiro expresso no art. 3^o, III do Código Supremo: a erradicação da pobreza e da marginalização. [...]

É necessário, por isso, adotar-se como regra de interpretação da matéria assistencial, na Constituição, a integrativa do objetivo geral da ordem social (art. 193) com o objetivo fundamental do art. 3^o, no detalhamento de metas que o constituinte chamou de objetivos, no rol fixado pelo art. 203 [...].

Ali estão elencadas prioridades que servem como um programa de ação para os governantes.

22. CC, art. 1.723, § 1^o: “A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.”
23. Decreto 3.048/1999, art. 16, § 6^o: “Considera-se união estável aquela configurada na convivência pública, contínua e duradoura entre o homem e a mulher, estabelecida com intenção de constituição de família, observado o § 1^o do art. 1.723 do Código Civil, instituído pela Lei n^o 10.406, de 10 de janeiro de 2002. (Redação dada pelo Decreto n. 6.384, de 2008).”
24. FERREIRA-PINTO, Fernando Brandão. *O Direito e os casais: Namorado. Noivado. Promessa de casamento. União de facto*. Lisboa: Caminho, 2005. p. 106.

A família, base da sociedade, mereceu disciplina em capítulo próprio da Constituição, o de número VIII, situado no mesmo Título da Ordem Social que estamos examinando. Ali se cogita, por igual, da criança, do adolescente e do idoso.

Há íntimo relacionamento entre as disposições que cuidam da matéria, ali, e o que se disse aqui. Basta lermos os artigos 226 a 230 do Texto Magno. A assistência social é o instrumento de que se valerá o Estado para conferir a especial proteção devida a esses setores, nos termos dos citados artigos 226, 227 e 230.²⁵

Portanto, o RE em exame versou sobre matéria que se apoia no Direito de Família, embora tivesse repercussão direta no Direito Previdenciário. Não se tratou de questão simplesmente previdenciária, como quis fazer crer a divergência. Caso o ramo previdenciário ignorasse as diretrizes do que configura uma entidade familiar, seria plenamente possível atribuir direitos previdenciários a um vizinho pelo qual se tem afeto, no que se denota a inconsistência desse argumento. 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*, justamente porque a união estável e o casamento são regidos pelo princípio da monogamia, conforme afirmado pelo Relator em seu voto²⁶.

Felizmente, finalizado o julgamento do Recurso Extraordinário, o argumento pela total autonomia do Direito Previdenciário e seu desligamento do Direito de Família não prevaleceu.

Destacamos que se deve ter o devido cuidado com argumentos como os apresentados pela divergência, uma vez que, em que pesem os ramos do Direito sejam efetivamente autônomos, são também parte de um todo sistêmico, concatenado e coerente. Assim, o reconhecimento da possibilidade de atribuição de direitos previdenciários à relação de mancebia por decisão da Suprema Corte sem dúvidas seria porta de entrada para elaboração de teses e, quiçá, desenvolvimento de jurisprudência com vistas a alargar os efeitos da decisão com a respectiva atribuição de Direitos de Família e das Sucessões ao adúltero.

Atento a estas questões, o Superior Tribunal de Justiça, durante mais de duas décadas, tem entendimento pacificado no sentido da Tese fixada recentemente pelo STF, no que diz respeito ao Direito Previdenciário, ao Direito de Família e ao Direito das Sucessões:

-
25. BALERA, Wagner. A seguridade social na Constituição de 1988. São Paulo: ed. RT, 1989. p. 114 e 117. Disponível em: [www.balera.com.br/wp-content/uploads/2018/03/A-seguridade-Social-na-Constituic%CC%A7a%CC%83o-de-1988-%E2%80%93-Wagner-Balera_.pdf]. Acesso em: 18.12.2020.
 26. TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. O STF julga que amantes não têm direito à pensão previdenciária: A tese proposta pelo ministro relator Alexandre de Moraes. *Migalhas*, 16 dez. 2020. Disponível em: [<https://migalhas.uol.com.br/depeso/337937/o-stf-julga-que-amantes-nao-tem-direito-a-pensao-previdenciaria--a-tese-proposta-pelo-ministro-relator-alexandre-de-moraes>]. Acesso em: 18.12.2020.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. A tese de repercussão geral sobre a monogamia no casamento e na união estável. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 26. ano 8. p. 411-448. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar./2021.

“Recurso especial. Direito de família. Casamento e concubinato impuro simultâneos. Competência. Art. 1.727 do Código Civil de 2002. Art. 9º da Lei 9.278/1996. Juízo de família. Separação de fato ou de direito. Inexistência. Casamento concomitante. Partilha. Prova. Ausência. Súmulas nº 380/STF e nº 7/STJ. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. A relação concubinária mantida simultaneamente ao matrimônio não pode ser reconhecida como união estável quando ausente separação de fato ou de direito do cônjuge [...] 5. Nas hipóteses em que o concubinato impuro repercute no patrimônio da sociedade de fato aplica-se o Direito das Obrigações. 6. A partilha decorrente de sociedade de fato entre pessoas impõe a prova do esforço comum na construção patrimonial (Súmula n. 380/STF) (...) 8. Recurso especial não provido.” (STJ, REsp 1.628.701, 3ª T., rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 07.11.2017.)

“Civil. Processual civil. Família. Agravo interno no agravo em recurso especial. União estável não reconhecida. Homem casado. Separação de fato não comprovada. Reexame do conjunto fático-probatório dos autos. Inadmissibilidade. Incidência da Súmula n. 7/STJ. Decisão mantida. 1. “A jurisprudência do STJ e do STF é sólida em não reconhecer como união estável a relação concubinária não eventual, simultânea ao casamento, quando não estiver provada a separação de fato ou de direito do parceiro casado” (AgRg no AREsp 748.452, Relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 23/2/2016, DJe 7/3/2016) [...] 3. No caso concreto, o Tribunal de origem concluiu pela ausência de comprovação da separação de fato. Alterar esse entendimento demandaria o reexame das provas produzidas nos autos, o que é vedado em recurso especial. 4. Agravo interno a que se nega provimento.” (STJ, AgInt no AREsp 999.189, 4ª T., rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 16.05.2017.)

“Direito de família e processual civil. Recurso especial. Ação de reconhecimento de união estável. Homem casado. Ocorrência de concubinato. Separação de fato não provada. Necessidade de reexame de prova. Súmula 7/STJ. Agravo não provido. 1. A jurisprudência do STJ e do STF é sólida em não reconhecer como união estável a relação concubinária não eventual, simultânea ao casamento, quando não estiver provada a separação de fato ou de direito do parceiro casado. 2. O Tribunal de origem estabeleceu que o relacionamento entre a autora e o de cujus configura concubinato, uma vez que, conforme consignado no v. acórdão recorrido, as provas documentais e testemunhal presentes nos autos não corroboram a versão de que o falecido estava separado de fato no período do alegado relacionamento [...] 4. Agravo regimental não provido.” (STJ, AgRg no AREsp 748.452/SC, 4ª T., rel. Min. Raul Araújo, j. 23.02.2016.)

“Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Ação de reconhecimento de união estável. Não configuração. Uniões estáveis simultâneas. Impossibilidade. Súmula 83/STJ. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não admite o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas, pois a caracterização da união estável pressupõe a inexistência de relacionamento de fato duradouro, concorrentemente àquele ao qual se pretende proteção jurídica. Precedentes. 2. Inviável o recurso especial se o acórdão recorrido se alinha com o posicionamento sedimentado na jurisprudência do STJ, a

teor do que dispõe a Súmula 83 desta Corte Superior. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STJ, AgRg no AREsp 395.983/MS, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª T., j. 07.10.2014.)

“[...] 2. Discussão relativa ao reconhecimento de união estável quando não observado o dever de fidelidade pelo ‘de cujus’, que mantinha outro relacionamento estável com terceira. 3. Embora não seja expressamente referida na legislação pertinente, como requisito para configuração da união estável, a fidelidade está ínsita ao próprio dever de respeito e lealdade entre os companheiros. 4. A análise dos requisitos para configuração da união estável deve centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a *affectio societatis* familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a continuidade da união, e também a fidelidade. 5. Uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade – que integra o conceito de lealdade e respeito mútuo – para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descuidar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade. 6. Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade. 7. Na hipótese, a recorrente não logrou êxito em demonstrar, nos termos da legislação vigente, a existência da união estável com o recorrido, podendo, no entanto, pleitear, em processo próprio, o reconhecimento de uma eventual uma sociedade de fato entre eles. 8. Recurso especial desprovido.” (STJ, REsp 1.348.458/MG, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrichi, j. 08.05.2014.)

“Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Ação de reconhecimento de união estável. Não configuração. Uniões estáveis simultâneas. Impossibilidade. Súmula 83/STJ. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não admite o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas, pois a caracterização da união estável pressupõe a inexistência de relacionamento de fato duradouro, concorrentemente àquele ao qual se pretende proteção jurídica. Precedentes. 2. Inviável o recurso especial se o acórdão recorrido se alinha com o posicionamento sedimentado na jurisprudência do STJ, a teor do que dispõe a Súmula 83 desta Corte Superior. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STJ, AgRg no AREsp 395983/MS, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª T., j. 07.10.2014.)

“Direito de família. Reconhecimento de uniões estáveis simultâneas. Impossibilidade. Exclusividade de relacionamento sólido. Condição de existência jurídica da união estável. Exegese do § 1º do art. 1.723 do Código Civil de 2002. 1. Para a existência jurídica da união estável, extrai-se, da exegese do § 1º do art. 1.723 do Código Civil de 2002, *fine*, o requisito da exclusividade de relacionamento sólido. Isso porque, nem mesmo a existência de casamento válido se apresenta como impedimento suficiente ao reconhecimento da união estável, desde que haja separação de fato, circunstância que erige a existência de outra relação afetiva factual ao degrau de óbice proeminente à nova união estável. 2. Com efeito, a pedra de toque para o aperfeiçoamento da união estável não

está na inexistência de vínculo matrimonial, mas, a toda evidência, na inexistência de relacionamento de fato duradouro, concorrentemente àquele que se pretende proteção jurídica, daí por que se mostra inviável o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas. 3. Havendo sentença transitada em julgado a reconhecer a união estável entre o falecido e sua companheira em determinado período, descabe o reconhecimento de outra união estável, simultânea àquela, com pessoa diversa. 4. Recurso especial provido.” (STJ, REsp 912.926/RS, 4ª T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 22.02.2011.)

“[...] Inicialmente, necessário consignar que é incontroverso que E. P. P. e A. L. V. mantiveram relacionamento concubinário por 31 anos, a partir de 1971, até a morte do de cujus, em 2002, e que dele resultou o nascimento de dois filhos [...]. Contudo, a jurisprudência atual desta Corte firmou que a relação concubinária simultânea com casamento em que permanece efetivamente a vida comum entre marido e mulher, não gera direito à indenização, por incompatibilidade do reconhecimento de uma união estável de um dos cônjuges em relação a terceira pessoa [...].” (STJ, REsp 874.443/RS, 4ª T., rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 24.08.2010.)

“[...] no tocante ao mérito da controvérsia, este Tribunal Superior consagrou o entendimento de ser inadmissível o reconhecimento de uniões estáveis paralelas. Assim, se uma relação afetiva de convivência for caracterizada como união estável, as outras concomitantes, quando muito, poderão ser enquadradas como concubinato [...].” (STJ, AgRg no Ag 1.130.816/MG, 3ª T., rel. Min. Vasco Della Giustina, j. 19.08.2010.)

“[...] Com mais razão, a distinção entre casamento e união estável, de um lado, e concubinato, de outro, restou mais acentuada com a vigência do atual Código Civil, tendo em vista a expressa separação realizada no art. 1.727, o qual, após listar as garantias dos conviventes em união estável, silencia em relação ao concubinato: ‘As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato’. Quisesse o Código Civil atribuir algum direito patrimonial ao concubino, assim teria o feito, e como também é silente a Constituição Federal, não se há, deveras, reconhecer direito patrimonial ao concubino, quanto mais em maior escala que ao cônjuge [...]. Além da proibição de doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice, realçam-se vários outros dispositivos do CC/02 com nítido escopo inibitório de relações concubinárias, com prevalência dos direitos da família constituída pelo casamento civil ou união estável: – art. 793, que somente permite a instituição do companheiro como beneficiário de seguro de pessoa se o testador era casado (arts. 1.801 e 1.900); – proibição de se testar em favor do concubino se o testador era casado (arts. 1.801 e 1.900); – ilicitude da deixa testamentária ao filho da concubina, salvo a hipótese do art. 1.803, que, em essência, reproduz a Súmula n.º 447 do STF (“É válida a disposição testamentária em favor de filho adúltero do testador com sua concubina”). Com efeito, por qualquer ângulo que se analise a questão, a concessão de indenizações nessas hipóteses testilha com a própria lógica jurídica adotada pelo Código Civil de 2002, protetiva do patrimônio familiar, dado que a família é a base da sociedade e recebe especial proteção do Estado (art. 226 da CF/88), não podendo o Direito conter o germe da destruição da própria família.[...] Além disso, ao que consta, a manutenção da relação adúlterina entre autora e réu deveu-se mesmo a uma opção deliberada daquela, que após cinco meses

de relacionamento já sabia que se tratava de pessoa casada e não separada sequer de fato [...]”. (STJ, REsp 988.090/MS, 4ª T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 02.02.2010.)

“Agravos regimental. Agravos de instrumento. Direito de família. Divergência jurisprudencial. Ausência de comprovação. Concubinato e união estável. Caracterização. Diferença de institutos e efeitos jurídicos. Partilha de bens. Esforço comum. Necessidade de reexame de provas. Inadmissibilidade. Súmula 07/STJ. 1. Não há falar em comprovação do dissídio pretoriano, na forma exigida pelos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, quando ausente a similitude fática entre os acórdãos confrontados. 2. Esta Corte Superior consagrou o entendimento de que a relação concubinária, paralela a casamento válido, não pode ser reconhecida como união estável, salvo se configurada separação de fato ou judicial entre os cônjuges. 3. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça possuem jurisprudência firmada na vertente de ser descabido o compartilhamento da pensão por morte entre a viúva e a concubina, uma vez que a pensão previdenciária somente é devida quando configurada a relação matrimonial ou a união estável, sendo inadmissível quando se tratar de concubinato. 4. Se o Tribunal de origem, com base no acervo fático e probatório dos autos, conseguiu que a concubina não logrou comprovar sua efetiva colaboração para a construção do patrimônio do de cujus, pelo que, ainda que se considerasse eventual sociedade de fato, não haveria bem a partilhar, chegar a conclusão diversa – no sentido da ocorrência de esforço comum –, demandaria o reexame de fatos e provas, o que é vedado na via especial, a teor da Súmula 07 do STJ. 5. Aferir se os bens doados à concubina estavam abrangidos ou não pela comunhão universal é procedimento que encontra óbice na Súmula 07 do STJ, por demandar reexame dos elementos de fato e de prova dos autos. 6. Agravos regimental a que se nega provimento.” (STJ, AgRg no Ag 683975/RS, 3ª T., rel. Min. Vasco Della Giustina, j. 18.08.2009.)

“[...] Na orientação do STJ, a regra proibitiva é no sentido de vedar a designação de concubino como beneficiário de seguro, com a finalidade assentada na necessária proteção do casamento, instituição a ser preservada e que deve ser alçada à condição de prevalência, quando em contraposição com institutos que se desviem da finalidade constitucional. A união estável, também reconhecida como entidade familiar, pelo § 3º do art. 226 da CF/88, tem tutela assegurada e o concubinato, paralelo a ambos os institutos jurídicos – casamento e união estável –, enfrenta obstáculos à geração de efeitos dele decorrentes, notadamente porque concebido sobre o leito do impedimento dos concubinos para o casamento [...]”. (STJ, REsp 1.047.538/RS, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.11.2008.)

“Os artigos 2º, inciso II, e 7º da Lei n. 9.278, de 1996, e o artigo 1.694, do Código Civil de 2002, instituíram uma nova fonte de aquisição de direito a alimentos: a união estável. Por isso tais dispositivos legais não se aplicam ao caso dos autos, pois trata de relação concubinária, estabelecida, portanto, em paralelo ao casamento.” (STJ, AgRg no Ag 670.502/RJ, 3ª T., rel. Min. Ari Pargendler, j. 19.06.2008.)

“A matéria controvertida trata da viabilidade ou não do reconhecimento de união estável concomitante com casamento preexistente. [...] No processo ora em julgamento,

o falecido manteve relacionamento concubinário com a recorrida ao longo de 16 anos enquanto permanecia casado com a recorrente, desde 1958 até vir a óbito, sem nenhuma indicação de separação de fato. Dessa forma, não poderia o Tribunal de origem ter reconhecido a existência de união estável entre o falecido e a recorrida exatamente porque alicerçada referida união em impedimento matrimonial pré e coexistente, em absoluta similitude com o julgado colacionado. [...] A união estável pressupõe a ausência de impedimentos para o casamento, ou, pelo menos, que esteja o companheiro(a) separado de fato, enquanto que a figura do concubinato repousa sobre pessoas impedidas de casar. Por certo que a hipótese apresentada neste processo reveste-se nitidamente dos contornos dados ao concubinato. [...] Os elementos probatórios, portanto, atestam a simultaneidade das relações conjugal e de concubinato, o que impõe a prevalência dos interesses da recorrente, cujo matrimônio não foi dissolvido, aos alegados direitos subjetivos pretendidos pela concubina, pois não há, sob o prisma do Direito de Família, prerrogativa da recorrida à partilha dos bens deixados pelo falecido. [...] Em conclusão, o pedido formulado pela recorrida na inicial deve ser julgado improcedente, cassando-se, por consequência, o acórdão recorrido, por evidente confronto com a interpretação jurisprudencial dada à questão por esta Corte, porquanto não há como ser conferido o 'status' de união estável a relação concubinária simultânea a casamento válido. Forte em tais razões, *dou provimento* ao recurso especial para julgar improcedente o pedido formulado pela recorrida." (STJ, REsp 931.155/RS, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 07.08.2007.)

"[...] A Constituição Federal de 1988 trouxe o marco determinante à regulamentação da união estável, notadamente no que concerne à sua caracterização. De sorte que a distinção entre concubinato e união estável hoje não oferece mais dúvida. A Lei n. 8.971/94 fala em 'companheira' e a Lei n. 9.278/96 usa a terminologia 'convivente'. O concubinato impuro, concubinagem ou concubinato adúlterino sempre esteve e continua à margem da legislação, no Brasil. A concubina é conceituada como 'a amante, mulher dos encontros velados, frequentada pelo homem casado, que convive ao mesmo tempo com sua esposa legítima' (RE n. 83.930/SP, RTJ 82/933), ou 'a mulher do lar clandestino, oculto, velado aos olhos da sociedade, como prática de bigamia e que o homem frequenta simultaneamente ao lar legítimo e constituído segundo as leis' [...]. Na realidade, como se vê, não é possível ignorar, pelas normas legais acima reproduzidas, a vontade do legislador e da jurisprudência de prestigiar a união estável em relação à figura da união furtiva, de cunho eventual, transitório [...]" (STJ, REsp 532.549/RS, 3ª T., rel. Min. Castro Filho, j. 02.06.2005.)

"[...] De fato, ao analisar a ação declaratória de união estável ajuizada por S. T. DE S. F. em desfavor do espólio de O. A. de O., civilmente casado com L. M. de O., o magistrado local, mesmo registrando que o de cujus nunca teria se afastado do lar conjugal, acabou por reconhecer a notoriedade do relacionamento da autora com o extinto, tendo em vista as provas acostadas aos autos, e por conseguinte, a união estável pretendida [...]. Ao meu sentir, não se mostra razoável o entendimento adotado pelo magistrado sentenciante e seguido pelo acórdão recorrido, no sentido de reconhecer a união estável entre a recorrida e o de cujus, porquanto acaba por desnaturar o próprio conceito de união estável [...]. Deveras, há de se ter como elementos essenciais para a caracterização da união estável,

consoante se extrai do artigo 1.723, da Lei 10.406/02, que acabou por consolidar a orientação dominante sobre o tema, seguida, inclusive, pelo acórdão trazido como paradigma: [...] b) ausência de impedimento matrimonial entre os companheiros, não se aplicando, contudo, o art. 1.521, VI, do CC, no caso de a pessoa se achar separada de fato ou judicialmente; c) convivência 'more uxorio' pública, contínua e duradoura; d) constituição de família. Ausentes, portanto, qualquer desses requisitos, não há falar em união estável. 'In casu', restou incontroverso a existência de uma união paralela ao matrimônio da ora recorrente com o extinto, sem que tenha havido o afastamento deste do lar conjugal, em outras palavras, um dos "companheiros" estava impedido de se casar, o que, a teor da jurisprudência desta Corte, obsta a constituição da união estável em questão. Realmente, não há como se admitir a coexistência de um casamento nas circunstâncias ora expostas (sem separação de fato) com uma união estável, sob pena de viabilizar a bigamia, já que é possível a conversão da união estável em casamento (artigo 8º da Lei 9.278/96). Merece reforma, pois, o acórdão recorrido. [...] constitui concubinato adúlterino, e não união estável, o vínculo entre pessoas que possuem impedimento para se casar [...] Ante o exposto, conheço em parte do recurso e, nessa parte, lhe dou provimento para, cassando o acórdão proferido pelo Tribunal 'a quo', afastar o reconhecimento da união estável em questão." (STJ, REsp 684.407/RS, 4ª T., rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 03.05.2005.)

"Processual civil. Recurso especial. Ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato. Partilha de bens. Concubinato. Casamento. Pré e coexistência. Impedimento matrimonial. Prevalência. Reexame de prova. – Os efeitos decorrentes do concubinato alicerçado em impedimento matrimonial não podem prevalecer frente aos do casamento pré e coexistente. – A pretensão de reexame de prova não enseja recurso especial. Recurso especial não conhecido." (STJ, REsp 631.465/DF, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 05.08.2004.)

O que fez o STF no julgamento do RE 1.045.273/SE foi resguardar a Constituição da República Federativa do Brasil e a coesão do ordenamento jurídico pátrio, firmando, definitivamente, o posicionamento já pacificado nas Cortes Superiores pela impossibilidade de reconhecimento de duas relações familiares concomitantes ou simultâneas diante do princípio da monogamia e da garantia da dignidade da pessoa humana.

7. A IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO ANALÓGICA DA PUTATIVIDADE MATRIMONIAL NA UNIÃO ESTÁVEL

O Código Civil, com o intuito de resguardar os direitos daquele que, de boa-fé, casa-se com outra pessoa já casada, determina no art. 1.561 do Código Civil²⁷ que o casamento

27. Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. A tese de repercussão geral sobre a monogamia no casamento e na união estável. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 26. ano 8. p. 411-448. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar./2021.

nulo deverá produzir todos os seus efeitos até a data da sentença anulatória, ao que a doutrina chama de casamento putativo.

Putativo é, portanto, o casamento contraído por quem não sabe que o outro cônjuge já era casado, cujos efeitos lhe aproveitarão até o momento da decisão de invalidade, não havendo que se confundir, portanto, quem foi enganado com o cúmplice do adultério²⁸.

O cônjuge enganado, que merece a proteção do ordenamento jurídico, ao qual foi corretamente direcionada a norma protetiva do Código Civil, “comete um erro de fato, pois ignora sua situação familiar real”²⁹ e é esta ignorância que, obviamente, caracteriza a sua boa-fé.

O Ministro Edson Fachin, ao abrir a divergência, trouxe ao debate a aplicação analógica do mencionado artigo 1.561 ao caso *sub judice*. Segundo o Ministro, deveria ser considerada a boa-fé objetiva, com sua presunção, na relação homossexual concorrente com a união estável heterossexual, porque a má-fé não estaria provada nos autos.

A boa-fé é princípio norteador dos negócios jurídicos, na conformidade do Código Civil (art. 113)³⁰, em que a doutrina diferencia a espécie objetiva da subjetiva, como explica 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.”³¹

§ 1º Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão.

§ 2º Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão.

28. MONTEIRO, Washington de Barros; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Curso de direito civil*. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 2 – Direito de família, p. 216-221.

29. CAVALCANTI, Ana Elizabeth L. W. *Casamento e união estável: requisitos e efeitos pessoais*. São Paulo: Manole, 2004. p. 169.

30. “Casamento é um *contrato bilateral e solene*, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolúvelmente legalizando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer.” (MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil*. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 2 – Direito de família, p. 60.)

31. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 2, p. 396.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. A tese de repercussão geral sobre a monogamia no casamento e na união estável. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 26. ano 8. p. 411-448. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar./2021.

A boa-fé objetiva é um preceito de conduta que harmoniza os interesses dos contratantes, que têm interesses opostos, sendo uma imposição ética que prevalece em matéria tipicamente contratual, de modo a ser vedado o comportamento desleal na manifestação da vontade, assim como na interpretação e na execução contratual.

Exatamente por isto, como esclarece Miguel Reale, a boa-fé objetiva é inaplicável no casamento putativo:

“[...] 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.”³²

Se a boa-fé objetiva equivale ao dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos, obviamente que não se aplica ao casamento putativo e, portanto, à união estável, já que a bigamia não é conduta socialmente aceitável no Brasil. Além disso, no casamento e na união estável, não há interesses opostos a conciliar, sendo esta relação contratual especial e não um contrato comum.

E, ainda que fosse aplicável a boa-fé ao caso, em analogia ao disposto na codificação civil sobre o casamento, seria necessária a análise de fatos e provas, porque sua presunção seria sempre relativa, o que é vedado na esfera do STF.

E, mesmo que se pudesse analisar fatos no STF, *in casu*, o partícipe da relação homossexual conhecia a existência de relação de união estável preestabelecida pelo falecido com uma mulher, segundo as provas constantes dos autos.

Portanto, a relação concorrente com a união estável não surtiria efeitos previdenciários com base na boa-fé.

Ademais, o Ministro Dias Toffoli colocou uma “pá de cal” na ideia de aplicação do conceito de boa-fé para atribuir efeitos de união estável, como os previdenciários, a duas relações concomitantes, quando esclareceu em seu voto que a aplicação analógica do art. 1.561 à união estável obrigaria a declaração da invalidade jurídica de uma ou de outra relação e jamais poderia abrigar a coexistência das duas como entidades familiares paralelas e para fins de rateio previdenciário³³. Efetivamente, a norma em observação não autoriza a concomitância dos dois casamentos, mas, sim, somente preserva efeitos ao segundo casamento até a data da decretação de sua invalidade. Se a sentença declaratória da união estável heterossexual se manteve hígida, descaberia, também por isto, atribuir

32. REALE, Miguel. A boa-fé no Código Civil, 16 ago. 2003. Disponível em: [www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm]. Acesso em: 09.01.2021.

33. Voto do Ministro Dias Toffoli no Recurso Extraordinário 1.045.273/SE. Disponível em: [http://sistemas.stf.jus.br/repgeral/votacao?texto=5228841]. Acesso em: 18.01.2021.

efeitos à relação homossexual. Em suma, seria necessário declarar a nulidade da união estável heterossexual para que a homossexual pudesse produzir efeitos.

8. INDEVIDO TRANSPLANTE DA PRINCIPIOLOGIA TRABALHISTA AO DIREITO DE FAMÍLIA

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), em seu art. 4º, determina que sejam aplicados os princípios gerais de direito aos casos em que houver omissão legal.

Não são raros os casos em que diversos ramos do Direito socorrem-se da mesma principiologia para a solução de controvérsias, mas sempre devem ser respeitadas as peculiaridades de cada um desses ramos.

A Ministra Rosa Weber em seu voto³⁴ foi acompanhada pelo Ministro Marco Aurélio³⁵. A Ministra entendeu pela aplicabilidade do *princípio da primazia da realidade*, emprestando ao caso a teoria do fato nas relações trabalhistas, de modo a possibilitar “o reconhecimento de efeitos jurídicos a situações fáticas que não encontram óbice na legislação posta”, em suas palavras. Segundo ambos os Ministros, não haveria óbice legal à concomitância de duas uniões estáveis, porque o art. 1.727 classifica como concubinato somente a relação que concorre com o casamento.

Como antes exposto, o óbice é constitucional e infraconstitucional, já que o art. 226 da Lei Maior e o art. 1.723 do Código Civil, nas suas expressões originais, referem-se ao homem e à mulher, no singular, e, na interpretação do STF, alcançam dois homens ou duas mulheres.

O princípio da primazia da realidade é aplicado nas relações de trabalho quando há discordância entre a documentação referente ao vínculo trabalhista e a situação fática, devendo o Direito orientar-se pela realidade dos fatos a fim de proteger o trabalhador, parte presumidamente hipossuficiente na relação³⁶.

“A existência de uma relação de trabalho depende, em consequência [sic], não do que as partes tiverem pactuado, mas da situação real em que o trabalhador se ache colocado, porque, como diz Scelle, a aplicação do Direito do Trabalho depende cada vez menos de uma relação jurídica subjetiva do que de uma situação objetiva, cuja existência é independente do ato que condiciona seu nascimento. Donde resulta errôneo pretender

34. Voto transmitido pela TV Justiça e disponível no canal da ADFAS no YouTube em: [www.youtube.com/watch?v=kacMXszxk-U&list=PLEm5l7VNnyv4VbN_qW_xbiMEMTfaOoJsM&index=7]. Acesso em: 23.12.2020.

35. Voto transmitido pela TV Justiça e disponível no canal da ADFAS no YouTube em: [www.youtube.com/watch?v=jTjnJMF-7LY]. Acesso em: 08.01.2021.

36. ROMAR, Carla Teresa Martins. *Direito do trabalho*. In: LENZA, Pedro Lenza (Coord.). 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 71.

julgar a natureza de uma relação de acordo com o que as partes tiverem pactuado, uma vez que, se as estipulações consignadas no contrato não correspondem à realidade, carecerão de qualquer valor.”³⁷

Na relação trabalhista, prevalece a ideia de que o trabalhador ou empregado é hipossuficiente, o que faz a distinção do processo trabalhista em relação ao processo comum³⁸. Aqui são de notar dois pontos importantes: a) o processo trabalhista é processo especialíssimo e distinto do processo cível comum, assim como as ações de família, que seguem ritos especiais conforme capítulo específico reservado pelo Código de Processo Civil entre os artigos 693 e 770, de forma que cada um conta com principiologia própria e adequada às suas peculiaridades; b) nas relações trabalhistas, há presunção de hipossuficiência do empregado em face do empregador, o que não se pode vislumbrar no ramo familiarista quando se trata de pretensão deduzida por pessoa maior e capaz.

Daí já resulta a inadequação do transplante da principiologia trabalhista ao Direito de Família.

No entanto, ao verificarmos que o Direito do Trabalho pretende assegurar direitos aos hipossuficientes pelo simples fato, sua aplicação principiológica ao Direito de Família se torna ainda mais distante. Não é qualquer fato que produz efeitos na seara familiarista, sendo necessário o preenchimento de certos requisitos para que possam ser atribuídos efeitos jurídicos às relações. Basta conferir as normas de habilitação para o casamento, os impedimentos matrimoniais, as disposições específicas acerca da capacidade para o casamento, entre tantas outras. Inclusive, para o reconhecimento e atribuição de efeitos jurídicos à união estável, de constituição fática, é igualmente necessário atender a requisitos dispostos na legislação: constituição de família com publicidade, continuidade e durabilidade, como se casados fossem os companheiros (CC, art. 1.723, *caput*).

A este respeito, também, é interessante retomar o que já foi dito sobre a elevação do instituto da união estável ao *status* de entidade familiar pela Constituição Federal de 1988. O que antes existia apenas no mundo dos fatos e não tinha respaldo jurídico, o *concubinato puro*, hoje resguarda-se sob o “guarda-chuva” do Direito de Família na figura do instituto da união estável. Não obstante, como também já explicitamos, o antes chamado *concubinato impuro*, hoje simplesmente *concubinato*, permanece fora da esfera de proteção do Direito de Família.

Trazemos à baila a teoria do fato jurídico, especificamente no ponto em que se distingue o “mundo dos fatos” do “mundo do Direito”. A mera existência de um fato não é suficiente para a produção de efeitos jurídicos. Como ensina Marcos Bernardes de Mello, é preciso que este fato esteja compatível com a lei, para, só então, produzir efeitos

37. RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 145.

38. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. p. 79. ROMAR, Carla Teresa Martins. Op. cit., p. 71.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. A tese de repercussão geral sobre a monogamia no casamento e na união estável. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 26. ano 8. p. 411-448. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar./2021.

no campo do Direito³⁹. Neste mesmo sentido, ensina Pontes de Miranda que “para que os fatos sejam jurídicos, é preciso que regras jurídicas – isto é, normas abstratas – incidam sobre eles, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os ‘jurídicos’”⁴⁰. Em suma, não é simplesmente porque existe um fato – a relação adulterina – que a esse fato deva ser atribuído os contornos do Direito de Família.

Ademais, traçando um breve panorama da principiologia basilar da teoria do fato do ramo trabalhista em cotejo com a do ramo familiarista, verificamos nenhuma semelhança entre eles, dadas as suas peculiaridades.

Como acentua Maria Helena Diniz, entre os princípios fundamentais do Direito de Família estão: a) princípio da *ratio* do matrimônio; e b) princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros⁴¹. Bem por isso, se é descabida a coexistência de dois casamentos, também o é a concomitância de duas uniões estáveis.

Bem diferentes, como aponta Carla Teresa Martins Romar, são os princípios basilares do Direito do Trabalho: a) princípio protetor, ou de proteção ao hipossuficiente; e b) princípio da primazia da realidade⁴².

Pode-se notar que esses ramos do Direito contam com principiologia desenvolvida e adequada a atender às necessidades de cada um deles, sendo letal ao núcleo essencial da sociedade – a família – a aplicação de princípios trabalhistas ao Direito de Família. Portanto, é inadequado o transplante do princípio da primazia da realidade do ramo trabalhista ao familiarista.

E, sempre a recordar que não há omissão legislativa sobre a monogamia nas relações familiares, não havendo razão, neste tema, para a aplicação do mencionado artigo 4º da LINDB.

O que há, isso sim, é a vedação legislativa ao reconhecimento da bigamia, o ditame constitucional e infraconstitucional da monogamia e o estabelecimento de direitos e deveres a quem constitui uma entidade familiar, incluindo a fidelidade.

9. A SÚMULA VINCULANTE 279

Nos idos de 1963, foi aprovada em sessão plenária no STF a Súmula 279 nos seguintes termos: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.”

39. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*: Plano da Existência. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 73.

40. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*: pessoas físicas e jurídicas. Atualizado por Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesar Ferreira da Silva. São Paulo: ed. RT, 2012. p. 148.

41. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 5 – Direito de família, p. 41 e 42.

42. ROMAR, Carla Teresa Martins. *Direito do trabalho*. In: LENZA, Pedro Lenza (Coord.). 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 63 e 64.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. A tese de repercussão geral sobre a monogamia no casamento e na união estável. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 26. ano 8. p. 411-448. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar./2021.

Desde então, aplica-se largamente esta Súmula nos casos em que a Suprema Corte verifica o intuito de rediscutir em sede extraordinária os fatos descritos no processo, o que resulta do disposto na Constituição Federal que estabelece a via estreita dos processos que devem ser julgados pela Suprema Corte.

O STF tem competência para conhecer e reformar somente as decisões que: a) contrariem dispositivos constitucionais; b) declarem inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julguem válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição; e d) julguem válida lei local contestada em face de lei federal (CF, art. 102, III, alíneas).

Aliás, nem poderia ser diferente em razão da formação do STF, composto por somente 11 membros, que não poderiam, por razões lógicas, se dedicar à análise dos fatos e das respectivas provas constantes dos autos em primeira instância.

Sendo o caso, portanto, de admissão de Recurso Extraordinário, deverá a Suprema Corte ficar adstrita à discussão das alegadas violações constitucionais que porventura tenham sido cometidas na decisão recorrida, conforme o entendimento sumulado de acordo com a previsão constitucional.

Se os fatos descritos no acórdão impugnado não se submeterem ao disposto em lei, aí sim o STF poderá revogar o julgado da instância inferior, o que não importa no reexame fático.

Comenta Leonardo Augusto Andrade que:

“[...] as referidas súmulas [7/STJ] e 279/STF] cristalizam uma posição muito clara no sentido de não funcionarem as cortes superiores como terceira e/ou quarta instâncias revisoras, servindo, em vez disso, como tribunais de pacificação da interpretação da Constituição Federal e das leis federais.

Sendo assim, tornou-se um dogma a impossibilidade de submeter aos tribunais superiores por recursos especial e extraordinário a reavaliação dos fatos e provas que sustentaram os acórdãos recorridos. [...]

Pois bem, quando da interposição dos recursos especial e extraordinário presume-se que todas as questões de fato tenham sido satisfatoriamente resolvidas pelas instâncias ordinárias, cabendo dali por diante apenas eventual arguição de má-aplicação do direito pelo acórdão recorrido.”⁴³

No entanto, durante a 1ª Sessão Plenária de julgamento do RE 1.045.273/SE⁴⁴, alguns dos Ministros que adotaram posição divergente do Ministro Relator realizaram análise de

43. ANDRADE, Leonardo Augusto. As Súmulas 279/STF 7/STJ e as contrarrazões de recursos especial e extraordinário. *Migalhas*, 17 jul. 2015. Disponível em: [<https://migalhas.uol.com.br/depeso/223590/as-sumulas-279-stf-7-stj-e-as-contrarrazoes-de-recursos-especial-e-extraordinario>]. Acesso em: 22.12.2020.

44. Transmitida pela TV Justiça e disponível no canal da ADFAS no Youtube em: [https://youtube.com/playlist?list=PLEm5l7VNnyv4VbN_qW_xbiMEmTfaOoJsM]. Acesso em: 12.01.2021.

fatos não constantes do acórdão sergipano, em violação ao entendimento sumulado. Notadamente os Ministros Edson Fachin⁴⁵ e Luis Roberto Barroso⁴⁶ adentraram em fatos e provas da primeira instância, a fim de dar provimento ao RE, afirmando que não haveria certeza de qual das duas relações teria maior duração e que a má-fé do recorrente não teria sido demonstrada quanto ao conhecimento da união estável heterossexual. Enfim, tudo a ser verificado mediante o reexame dos fatos alegados e das provas colacionadas na primeira instância.

Inobstante estivesse provado nos autos que a relação heterossexual precedeu a homossexual, assim como que havia da parte do recorrente o conhecimento da relação preexistente, é preciso esclarecer o seguinte.

A este respeito, o Ministro Ricardo Lewandowski acentuou a impossibilidade de análise de fatos e provas⁴⁷ e o Ministro Dias Toffoli salientou que, sendo a união estável constituída no plano dos fatos, para que se concluísse qual relacionamento ostentaria a condição de união estável, seria indispensável o confronto de fatos e provas de ambas as relações, algo que, como já vimos, é vedado ao Supremo Tribunal Federal em sede de Recurso Extraordinário:

“Em sede de apelo, todavia, o Tribunal local, partindo do pressuposto de que não é juridicamente válida a concomitância de vínculos familiares (casamento ou união estável), julgou incabível o reconhecimento da união estável homoafetiva, porque outra união estável já havia sido reconhecida judicialmente.

Compreendo irretocável a conclusão do acórdão de origem, e a ela acresço: em casos tais, em que mais de uma pessoa alegue a condição de companheiro(a), é necessário o confronto de provas para verificação da relação que, de fato, ostenta a condição de união estável [...]”⁴⁸

10. IRRELEVÂNCIA DA DURAÇÃO DA RELAÇÃO CONCUBINÁRIA PARA FINS DE DIREITO

Sobre o argumento da duração da relação adúlterina a fim de que pudesse ser legitimada como união estável, cabem algumas reflexões.

45. Voto transmitido pela TV Justiça e disponível no canal da ADFAS no YouTube em: [www.youtube.com/watch?v=GUHM3nDw1_k&list=PLEm5l7VNnyv4VbN_qW_xbiMEmTfaOoJsM&index=5&t=238s]. Acesso em: 18.01.2021.

46. Voto transmitido pela TV Justiça e disponível no canal da ADFAS no YouTube em: [https://youtube.com/watch?v=3hgHRpzHwBc]. Acesso em: 08.01.2021.

47. Voto transmitido pela TV Justiça e disponível no canal da ADFAS no YouTube em: [www.youtube.com/watch?v=fICrNydBBwk]. Acesso em: 08.01.2021.

48. Voto do Ministro Dias Toffoli no Recurso Extraordinário 1.045.273/SE. Disponível em: [http://systemas.stf.jus.br/repgeral/votacao?texto=5228841]. Acesso em: 18.01.2021.

Já foi mencionado que a união estável foi elevada ao *status* de família a partir da promulgação da Constituição de 1988, mediante a verificação dos requisitos dispostos no *caput* do artigo 1.723 do Código Civil, sendo a durabilidade do relacionamento apenas um deles.

Além, portanto, da durabilidade, deve-se comprovar a convivência pública, contínua e com *animus* de constituição de família para que se possa reconhecer o relacionamento como legítima entidade familiar constituída por meio do instituto jurídico da união estável. São estes requisitos que distinguem a união estável da relação de mancebia à qual o Direito não oferece proteção.

O ponto fulcral da distinção reside no conceito de família, que é levado em consideração pelo ordenamento jurídico a partir do princípio da monogamia. Por outras palavras, o Direito, em consonância com a sociedade brasileira, reconhece como entidade familiar o relacionamento estabelecido entre duas pessoas, que pressupõe, por óbvio, o dever de fidelidade conjugal. Este encontra-se, inclusive, englobado no dever de lealdade disposto no rol de deveres da união estável (Código Civil, art. 1.724). Neste sentido, ensina Zeno Veloso:

“O dever de lealdade implica franqueza, consideração, sinceridade, informação e, sem dúvida, fidelidade. Numa relação afetiva entre homem e mulher, necessariamente monogâmica, constitutiva de família, além de um dever jurídico, a fidelidade é requisito natural.”⁴⁹

A lealdade ou fidelidade é a base da confiança para as mais diversas inter-relações humanas e, conseqüentemente, axioma fundamental para delinear a sua dignidade. A fidelidade, *lato sensu*, é um dos alicerces da ordem jurídica estabelecida, permeando e sustentando as relações jurídicas, como acentuam Adriana e Carlos Alberto Dabus Maluf:

“Obedece a formação da união estável aos padrões morais vigentes, que se baseiam na confiança e na lealdade – referente também à fidelidade. Impõe-se nesse sentido a unicidade de vínculo, não sendo possível juridicamente a formação de uma segunda união estável concomitante.”⁵⁰

Assim, a uma relação em que se possa verificar somente a afetividade e a durabilidade, sem o cumprimento dos demais requisitos da união estável, tampouco o cumprimento

49. VELOSO, Zeno. *Código Civil Comentado*. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça. São Paulo: Atlas, 2003. v. XVII, p. 129.

50. MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito de família*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 369.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. A tese de repercussão geral sobre a monogamia no casamento e na união estável. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 26. ano 8. p. 411-448. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar./2021.

dos deveres dispostos no Código Civil, é impossível conferir natureza familiar. Esta relação será efetivamente sempre havida como adúltera.

11. A CONTRADITÓRIA DIFERENCIAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL E DO CASAMENTO EM IMPEDIMENTOS CONSTITUTIVOS APÓS A EQUIPARAÇÃO DESTES INSTITUTOS PELO STF

O Ministro Relator, Alexandre de Moraes, bem salientou em seu voto que descabe a diferenciação entre a união estável e o casamento em termos de impedimentos, ou seja, em ambos, é vedada a bigamia:

“Dessa forma, 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, subsiste 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).”⁵¹

E acentuou, o Ministro Relator, que o mesmo dever que corresponde ao princípio da monogamia é imposto aos que vivem em união estável e em comunhão de vidas no casamento:

“Quanto aos companheiros, é lhes exigida a lealdade (art. 1.724 do Código Civil), que se traduz em compromisso de fidelidade sexual e afetiva durante toda a união, conceito mais abrangente que a fidelidade civil.

A união estável foi equiparada para conseguir todos os direitos. Agora, para alguns poderia ser adquirir os bônus e os ônus também. Ou seja, os bônus do reconhecimento de todos os direitos, mas os ônus da fidelidade mútua, da monogamia. Esse foi o desenho constitucional e depois o desenho do Código Civil posterior à Constituição e manteve a monogamia no ordenamento jurídico brasileiro.”⁵²

51. Voto do Ministro Relator Alexandre de Moraes no Recurso Extraordinário 1.045.273/SE. Disponível em: [<http://sistemas.stf.jus.br/repgeral/votacao?texto=4787700>]. Acesso em: 18.01.2021.

52. Voto transmitido pela TV Justiça e disponível no canal da ADFAS no YouTube em: [www.youtube.com/watch?v=Y932RN4-Yqg]. Acesso em: 08.01.2021.

No entanto, a divergência, nos votos do Ministro Roberto Barroso⁵³, da Ministra Rosa Weber⁵⁴, da Ministra Cármen Lúcia⁵⁵ e do Ministro Marco Aurélio⁵⁶ pretendeu diferenciar a união estável do casamento em impedimentos e no acatamento à monogamia.

O argumento de que somente se houvesse casamento do *de cuius* não caberia atribuição de efeitos em relação concubinária, em razão da previsão expressa do art. 1.727 do Código Civil, com exceção somente do previsto no art. 1.723, § 1º, do mesmo Diploma Legal, sobre a separação de fato do companheiro casado, se acolhido pela maioria, importaria em grave incongruência.

Segundo a apontada divergência, já que a relação do *de cuius* havia sido de união estável, poderiam ser atribuídos efeitos jurídicos a uma relação paralela.

A distinção em impedimentos seria inconcebível diante da possibilidade constitucional de conversão da união estável em casamento (CF, art. 226, § 3º, e CC, art. 1.726).

Além do mais, os efeitos da dissolução em vida de uma união estável são iguais aos do casamento, em termos de pensão alimentícia (CC, art. 1.694) e de partilha de bens, recordando-se que o regime de bens legal de ambos os institutos é o mesmo – a comunhão parcial – na conformidade do ordenamento legal (CC, arts. 1.640 e 1.725).

E, ainda, pior seria aquela distinção em termos de impedimentos, tendo em vista que o STF realizou a equiparação entre a união estável e o casamento na ordem de vocação hereditária em tese de repercussão geral firmada nos Recursos Extraordinários 878.694/MG, de relatoria do Ministro Luis Roberto Barroso, e 646.721/RS, de relatoria do Ministro Marco Aurélio (vencido), com acórdão redigido pelo Ministro Luis Roberto Barroso em decorrência da unicidade de teses declarada pela Presidência, ambos julgados em 10 de maio de 2017⁵⁷. Destaca-se trecho do voto da Ministra Rosa Weber naquele julgamento:

“A pergunta que precisa ser feita, a propósito, refere-se à razoabilidade da distinção que desiguala (e, portanto, inserida a discussão no campo do princípio da igualdade) a sucessão entre companheiros e cônjuges. De uma maneira relativamente singela, observo que ambas são entidades familiares, ainda que em um caso as formalidades sejam maiores, mas o que está em evidência é o fato de que ambas são consideradas família, segundo o art. 226 da Constituição. A partir desta observação, não se encontra

53. Voto transmitido pela TV Justiça e disponível no canal da ADFAS no YouTube em: [<https://youtu.be/3hgHRpzHwBc>]. Acesso em: 08.01.2021.

54. Voto transmitido pela TV Justiça e disponível no canal da ADFAS no YouTube em: [<https://youtu.be/kacMXszxk-U>]. Acesso em: 08.01.2021.

55. Voto transmitido pela TV Justiça e disponível no canal da ADFAS no YouTube em: [<https://youtu.be/PBLckhGQGGw>]. Acesso em: 08.01.2021.

56. Voto transmitido pela TV Justiça e disponível no canal da ADFAS no YouTube em: [www.youtube.com/watch?v=jTjnJmf-7LY]. Acesso em: 08.01.2021.

57. STF, Plenário, RE 878.694/MG, rel. Min. Luis Roberto Barroso, j. 10.05.2017; STF, Plenário, RE 646.721/RS, rel. Min. Marco Aurélio, redator do Acórdão Min. Luis Roberto Barroso, j. 10.05.2017.

motivo razoável para tratar de maneira desigual tais entidades familiares, inócua permissão constitucional para privilegiar o casamento em confronto com a união estável.”⁵⁸

Também se aponta trecho do voto da Ministra Cármen Lúcia no mesmo julgamento que equiparou os efeitos sucessórios da união estável aos do casamento:

“Também chego à conclusão de que houve uma dessintonia entre o que posto na Constituição, relativamente tanto ao princípio da dignidade quanto ao princípio da igualdade, sobretudo, e que me parece que, neste caso, confronta de alguma forma o art. 226, que quer conduzir a que a união estável possa se transformar em um casamento, mas sem embargo de todos os direitos, especialmente aqueles que são tidos como fundamentais e que garantem, portanto, a possibilidade de as pessoas terem iguais direitos, em iguais condições.”⁵⁹

Como se vê, houve reconhecimento expresso de que casamento e união estável devem ser tratados pelo Direito de maneira igualitária.

Assim, caso tivesse o STF julgado pela procedência do RE 1.045.273/SE, admitindo a possibilidade de reconhecimento e proteção jurídica a duas relações fáticas por se tratar uma delas de união estável e não de casamento, haveria grave contradição do STF com o histórico julgamento supramencionado.

O STF declarou a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, com a equiparação dos companheiros aos cônjuges na ordem de vocação hereditária do art. 1.829 desse Diploma Legal.

Esta equiparação, conforme bem frisado pelo Ministro Alexandre de Moraes em seu voto no RE 1.045.273/SE, ocorre “em ônus e bônus”, ou seja, equiparação não só em direitos e efeitos, mas, também, em deveres e impedimentos⁶⁰.

58. Voto da Ministra Rosa Weber no RE 878.694/MG, rel. Min. Luis Roberto Barroso, j. 10.05.2017.

59. Voto da Ministra Cármen Lúcia no RE 878.694/MG, rel. Min. Luis Roberto Barroso, j. 10.05.2017.

60. Sobre o julgamento do RE 646.721/RS e o alcance da equiparação estabelecida entre a união estável e o casamento, é digna da menção a atuação da ADFAS que, por meio de embargos de declaração, instou a Suprema Corte a se manifestar no seguinte sentido: “1. Embargos de declaração em que se questiona (i) a aplicabilidade do art. 1.845 do Código Civil às uniões estáveis homoafetivas e (ii) o marco temporal de aplicabilidade do art. 1.829 do Código Civil às uniões estáveis homoafetivas. 2. A repercussão geral que foi reconhecida pelo Plenário do STF diz respeito apenas à aplicabilidade do art. 1.829 do Código Civil às uniões estáveis homoafetivas. Não há omissão a respeito da aplicabilidade do art. 1.845 do Código Civil a tais casos. 3. A decisão recorrida é clara em estabelecer que “o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública”. Ausência de contradição. [...]”

Em suma, não há como conferir efeitos iguais a dois institutos e desigualá-los em impedimentos, afirmação de lógica inabalável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inserção na pauta do STF de matéria totalmente dissonante da ordem jurídica brasileira – atribuição de efeitos jurídicos ao adultério – que parecia incabível, acabou por produzir efeitos de extrema relevância para a família brasileira.

O STF firmou tese de repercussão geral que impossibilita a continuidade de pensamentos turvos e que obnubilam a razão sobre o afeto como pilar do Direito de Família e, portanto, como autorizador da atribuição de direitos aos amantes.

Afinal, se amantes não têm deveres, não podem ter direitos, como bem pontuou o professor cordobês Martin Flores, completando, assim como o faz Roberta Drehmer de Miranda e Venceslau Tavares Costa Filho, que o sistema normativo e protetivo do ocidente não foi pensado para suportar duas uniões familiares simultâneas, não havendo como proteger mais de uma relação em efeitos jurídicos que se embasam no Direito de Família, como são os previdenciários⁶¹.

Em suma, a monogamia, como princípio norteador e estruturante do casamento e da união estável, venceu em prol da segurança jurídica que merecem os que constituem uma entidade familiar por meio do casamento e da união estável.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Leonardo Augusto. As Súmulas 279/STF 7/STJ e as contrarrazões de recursos especial e extraordinário. Disponível em: [<https://migalhas.uol.com.br/depeso/223590/as-sumulas-279-stf-7-stj-e-as-contrarrazoes-de-recursos-especial-e-extraordinario>]. Acesso em: 22.12.2020.

61. FLORES Martin. La circunstancia de la coexistencia de dos relaciones conyugales paralelas y estables, según el TJRS (Brasil). Disponível em: [<http://adfas.org.br/2020/11/25/la-circunstancia-de-la-coexistencia-de-dos-relaciones-conyugales-paralelas-y-estables/>]. Acesso em: 18.01.2021. MIRANDA, Roberta Drehmer de. Monogamia, casamento e união estável: o que se pode aprender com o direito romano. Disponível em: [<http://adfas.org.br/2020/12/23/monogamia-casamento-e-uniao-estavel-o-que-se-pode-aprender-com-o-direito-romano/>]. Acesso em: 18.01.2021. COSTA FILHO, Venceslau Tavares. O julgamento do STF que pode reconhecer efeitos previdenciários aos amantes traz reflexões sobre as relações consensuais não-monogâmicas. Disponível em: [<http://adfas.org.br/2020/12/11/o-julgamento-do-stf-que-pode-reconhecer-efeitos-previdenciarios-aos-amantes-traz-reflexoes-sobre-as-relacoes-consensuais-nao-monogamicas/>]. Acesso em: 18.01.2021.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. A tese de repercussão geral sobre a monogamia no casamento e na união estável. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 26. ano 8. p. 411-448. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar./2021.

- BALERA, Wagner. A seguridade social na Constituição de 1988. São Paulo: Ed. RT, 1989. Disponível em: [www.balera.com.br/wp-content/uploads/2018/03/A-seguridade-Social-na-Constituic%CC%A7a%C-C%83o-de-1988-%E2%80%93-Wagner-Balera_.pdf]. Acesso em: 18.12.2020.
- CAVALCANTI, Ana Elizabeth L. W. *Casamento e união estável: requisitos e efeitos pessoais*. São Paulo: Manole, 2004.
- CORREIA, Atalá. Filosofia, afetividade e Direito. In: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz; BASSET, Ursula Cristina (Coords.). *Família e Pessoa – Uma Questão de Princípios*. São Paulo: YK, 2018.
- COSTA FILHO, Venceslau Tavares. O julgamento do STF que pode reconhecer efeitos previdenciários aos amantes traz reflexões sobre as relações consensuais não-monogâmicas. Disponível em: [<http://adfas.org.br/2020/12/11/o-julgamento-do-stf-que-pode-reconhecer-efeitos-previdenciarios-aos-amantes-traz-reflexoes-sobre-as-relacoes-consensuais-nao-monogamicas/>]. Acesso em: 18.01.2021.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 5 – Direito de família.
- FERREIRA-PINTO, Fernando Brandão. *O Direito e os casais: Namorado. Noivado. Promessa de casamento. União de facto*. Lisboa: Caminho, 2005.
- FLORES, Martin. *La circunstancia de la coexistencia de dos relaciones conyugales paralelas y estables, según el TJRS (Brasil)*. Disponível em: [<http://adfas.org.br/2020/11/25/la-circunstancia-de-la-coexistencia-de-dos-relaciones-conyugales-paralelas-y-estables/>]. Acesso em: 18.01.2021.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.
- MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito de família*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MIRANDA, Roberta Drehmer de. Monogamia, casamento e união estável: o que se pode aprender com o direito romano. Disponível em: [<http://adfas.org.br/2020/12/23/monogamia-casamento-e-uniao-estavel-o-que-se-pode-aprender-com-o-direito-romano/>]. Acesso em: 18.01.2021.
- MONTEIRO, Washington de Barros; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Curso de direito civil*. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 2 – Direito de família.
- NERY, Rosa Maria de Andrade. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: ed. RT, 2015. v. V – Direito de família.
- REALE, Miguel. A boa-fé no Código Civil. Disponível em: [www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm]. Acesso em: 09.01.2021.

- RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Amor e Direito Civil: normatividade, Direito e amor. In: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz; BASSET, Ursula Cristina (Coords.). *Família e Pessoa – Uma Questão de Princípios*. São Paulo: YK, 2018.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.
- ROMAR, Carla Teresa Martins. *Direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Monogamia: princípio estruturante do casamento e da união estável. In: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz; BASSET, Ursula Cristina (Coords.). *Família e Pessoa – Uma questão de princípios*. São Paulo: YK, 2018.
- TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *O posicionamento do Ministro Dias Toffoli sobre o tema de repercussão geral em pauta no STF (RE 1.045.273/SE)*. Disponível em: [<http://adfas.org.br/2020/12/16/o-posicionamento-do-ministro-dias-toffoli-sobre-o-tema-de-repercussao-geral-em-pauta-no-stf-re-1-045-273-se/>]. Acesso em: 13.01.2021.
- TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *O STF julga que amantes não têm direito à pensão previdenciária: A tese proposta pelo ministro relator Alexandre de Moraes*. Disponível em: [<https://migalhas.uol.com.br/depeso/337937/o-stf-julga-que-amantes-nao-tem-direito-a-pensao-previdenciaria--a-tese-proposta-pelo-ministro-relator-alexandre-de-moraes>]. Acesso em: 18.12.2020.
- TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Pensão previdenciária para amantes e a jurisprudência do STF e do STJ*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2018-mai-30/regina-beatriz-pensao-amantes-jurisprudencia-stf-stj]. Acesso em: 21.12.2020.
- TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz; BASSET, Ursula Cristina (Coords.). *Família e Pessoa – uma questão de princípios*. São Paulo: YK, 2018.
- VELOSO, Zeno. *Código Civil Comentado*. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça. São Paulo: Atlas, 2003. v. XVII.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 2.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- *Amicus curiae* – natureza monogâmica do casamento e da união estável – RE 883.168/SC, de Regina Beatriz Tavares da Silva, Nelson Nery Junior e Wagner Balera – *RDFAS* 5/209-244 (DTR\2015\13277); e
- O que é o casamento?, de Sherif Girgis, Robert P. George, Ryan T. Anderson – *RDPriv* 101/149-200 (DTR\2019\40745).