

VOTO

O Senhor Ministro Dias Toffoli (Relator): Discute-se nestes autos a possibilidade de o concubinato gerar efeitos previdenciários, na hipótese de união simultânea ao casamento. No acórdão recorrido, deferiu-se o pedido para que a concubina recebesse a pensão por morte deixada pelo falecido em concorrência com a viúva.

Recentemente, no julgamento do processo paradigma do tema nº 529, RE nº 1.045.273, da relatoria do Min. **Alexandre de Moraes**, ocorrido em 21 de dezembro de 2020, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, fixou a seguinte tese de repercussão geral:

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

Eis a ementa desse julgado:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 529. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RATEIO ENTRE COMPANHEIRA E COMPANHEIRO, DE UNIÕES ESTÁVEIS CONCOMITANTES. IMPOSSIBILIDADE.

1. A questão constitucional em jogo neste precedente com repercussão geral reconhecida é a possibilidade de reconhecimento, pelo Estado, da coexistência de duas uniões estáveis paralelas, e o consequente rateio da pensão por morte entre os companheiros sobreviventes - independentemente de serem relações hétero ou homoafetivas.

2. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL tem precedentes no sentido da impossibilidade de reconhecimento de união estável, em que um dos conviventes estivesse paralelamente envolvido em casamento ainda válido, sendo tal relação enquadrada no art. 1.727 do Código Civil, que se reporta à figura da relação concubinária (*as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato*).

3. É vedado o reconhecimento de uma segunda união estável, independentemente de ser hétero ou homoafetiva, quando demonstrada a existência de uma primeira união estável, juridicamente reconhecida. Em que pesem os avanços na dinâmica e na forma do tratamento dispensado aos mais matizados núcleos familiares, movidos pelo afeto, pela compreensão das diferenças, respeito mútuo, busca da felicidade e liberdade individual de cada qual dos membros, entre outros predicados, que regem inclusive os que vivem sob a égide do casamento e da união estável, subsistem em nosso ordenamento jurídico constitucional os ideais monogâmicos, para o reconhecimento do casamento e da união estável, sendo, inclusive, previsto como deveres aos cônjuges, com substrato no regime monogâmico, a exigência de fidelidade recíproca durante o pacto nupcial (art. 1.566, I, do Código Civil).

4. A existência de uma declaração judicial de existência de união estável é, por si só, óbice ao reconhecimento de uma outra união paralelamente estabelecida por um dos companheiros durante o mesmo período, uma vez que o artigo 226, § 3º, da Constituição se esteia no princípio de exclusividade ou de monogamia, como requisito para o reconhecimento jurídico desse tipo de relação afetiva inserida no mosaico familiar atual, independentemente de se tratar de relacionamentos hétero ou homoafetivos.

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

6. Recurso extraordinário a que se nega provimento”.

Com efeito, permito-me utilizar as razões expostas em voto-vista que proferi por ocasião do julgado acima transcrito, haja vista a similitude das questões debatidas:

“ **VOTO-VISTA**

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

(...)

Meu pedido de vista nestes autos, portanto, não foi motivado pelo questionamento atinente à possibilidade da união homoafetiva como instituto jurídico, ponto já bem solvido e consolidado, desde 2011, por esta Corte.

A celeuma que careceu de melhor reflexão é a que respeita à **possibilidade de reconhecimento jurídico de uniões estáveis**

concomitantes, sendo irrelevante o fato de serem elas homoafetivas ou heteroafetivas , pois, como dito, ambas já possuem o referido reconhecimento jurídico.

(...)

A união estável como entidade familiar é fruto de uma construção jurídica emanada da sociedade, resultante, portanto, da primeira faceta do Direito: a advinda do poder social.

Com efeito, tornou-se fato notório, ao longo das últimas décadas, o crescimento da escolha pela união estável em detrimento do casamento.

O reconhecimento pela Constituição Federal dessa formação familiar, que surgia espontaneamente no meio social, sem registro formal perante o Estado, deu origem ao seguinte comando constitucional:

‘Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 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 .**’

Como se percebe, todavia, no dispositivo, a CF/88 não descurou de sua função como instrumento regulatório da vida social, dando claro comando ao Estado no sentido de **facilitar o reconhecimento formal dessa união (transmutação em casamento)** , tendo, ainda, a partir da EC nº 66, de 2010, desburocratizado significativamente a dissolução do vínculo matrimonial (art. 226, § 6º, da CF/88).

Conforme já manifestei oralmente na primeira assentada deste julgamento, a parte final do § 3º do art. 226 da Constituição da República, ao estabelecer que a lei facilitará a conversão da união estável em casamento, deixou claro que “uma coisa é uma coisa e outra é outra coisa”.

De fato, são as peculiaridades mais relevantes para efeito de distinção dos institutos: (i) quanto à solenidade da constituição: casamento exige a publicação de proclamas – art. 1.527, CC/02 – e é realizado “com toda publicidade, a portas abertas, presentes pelo menos duas testemunhas” (art. 1.534, CC/02), lavrando-se “o assento no livro de registro” (art. 1.536, CC/02); (ii) quanto ao estado civil (é exigência sua modificação com o casamento, dando-se pleno conhecimento público do novo **status** com registro em cartório, ao passo que, na união estável, conquanto admitida a alteração, não é ela obrigatória) e (iii) quanto à extinção: casamento se extingue com o divórcio, já a união estável deixa de existir no momento em que houver a separação de fato do casal, podendo, ainda, conforme o caso, ser necessário um termo de dissolução de união estável.

E qual é a razão de haver maiores exigências para o casamento? **A segurança das relações privadas na formação dos vínculos familiares**. Com o casamento, torna-se mais difícil a constituição – ao menos sem o conhecimento das partes – de multiplicidade de vínculos de afeto. Confere-se, assim, maior proteção jurídica às repercussões patrimoniais, previdenciárias e mesmo familiares que decorrem dessa espécie de vínculo.

A Constituição, assim, dispõe acerca da facilitação da conversão da união estável em casamento, precisamente pela maior segurança jurídica que esse confere às relações privadas – interna e externamente, ou seja, entre os cônjuges, bem como entre esses e terceiros.

É essencialmente nesse ponto que se diferenciam tais institutos: a união estável emana da sociedade e é reconhecida pelo direito; o casamento é fruto do poder indutor e diretivo do Estado, com finalidade de contribuir para a maior confiabilidade nas relações privadas familiares e, no mesmo passo, para a segurança jurídica dos atos praticados na formação, na constância e na dissolução da união.

Isso não implica, importa ressaltar, a superioridade de uma forma jurídica sobre a outra. Em verdade, na multiplicidade familiar estabelecida pela Constituição, se atribuiu idêntica relevância a cada forma familiar, dispondo o texto constitucional que o reconhecimento da união estável se dá “para efeito da proteção do Estado” (art. 226, § 3º).

Assim, embora sejam formas jurídicas distintas, nota-se crescente atribuição de efeitos jurídicos similares ao casamento e à união estável.

(...)

Na legislação também temos referências a situações em que ocorre a equiparação de dados efeitos entre os institutos. Trata-se do art. 1.723 do Código Civil de 2002, o qual preceitua:

‘Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º 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.’

O citado art. 1.521 do Código Civil trata dos impedimentos para casar, ou seja, é uma regulamentação feita para o casamento, mas que, por força da legislação (art. 1.723, § 1º), também se aplica à união estável, sob claro reconhecimento de que a ela, como entidade familiar, também se assegura proteção à unicidade do vínculo.

Assim, a união estável não poderá ser reconhecida se ocorrer alguma das situações previstas naquela norma. E diz o citado artigo, no que ora interessa:

‘Art. 1.521. Não podem casar:

(...)

VI - as pessoas casadas.’

Essa previsão normativa é uma decorrência da escolha da monogamia em nosso ordenamento jurídico, a qual possui previsão expressa no Código Civil:

‘Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

I - fidelidade recíproca.’

Portanto, depreende-se do art. 1.723, § 1º, c/c o art. 1.521, VI, ambos do Código Civil, que **uma pessoa com união estável não poderá ter simultaneamente reconhecido pelo Estado outro vínculo familiar**. A espécie de vínculo que se interpõe a outro juridicamente estabelecido (seja casamento ou união estável) a legislação nomina concubinato, tendo o Código Civil disposto o seguinte:

‘Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.’

Apesar da clareza das normas, o Supremo Tribunal já foi instado a se manifestar sobre a possibilidade de se reconhecer uma união estável em relação a uma pessoa casada e esta Corte, por sua Primeira Turma, nos autos do RE nº 590.779/ES e do RE nº 397.762/BA, da relatoria do Ministro **Marco Aurélio**, se manifestou no mesmo sentido da legislação, ou seja, pela impossibilidade desse reconhecimento.

Vide :

‘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. PENSÃO - SERVIDOR PÚBLICO - MULHER - CONCUBINA - DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina’ (RE nº 397.762, Rel. Min. **Marco Aurélio**, Primeira Turma, DJe de 12/9/08).

Nota-se, assim, que a legislação expressamente mencionou entre suas disposições a relação duradoura que se estabelece entre pessoas impedidas de casar (nominando-a concubinato), para (i) a distinguir da união estável (precisamente sob o aspecto do impedimento ao casamento); e (ii) afastar seu reconhecimento como entidade familiar (art. 1.566, I, do CC/02).

Em comentário publicado logo após a edição do Código Civil de 2002, Luiz Felipe Santos bem precisou a finalidade do dispositivo :

‘ Não há dúvida de que o objetivo da lei é distinguir e extremar com nitidez os conceitos, introduzindo em nosso sistema uma noção legal de ambos os institutos, de forma a não permitir que se continue a empregá-los indistintamente, como até agora, em geral, tem sido feito , de modo especial no cotidiano forense e na jurisprudência’ (**União estável, concubinato e sociedade de fato** : uma distinção necessária. Disponível em: <https://www.colegioregistrals.org.br/doutrinas/uniao-estavelconcubinato-e-sociedade-de-fato-uma-distincao-necessaria/> Acesso em 6/12/20 - grifos nossos).

De fato, antes do advento da Constituição de 1988, havia o emprego indistinto da expressão concubinato para qualquer relação não estabelecida sob as formalidades da lei, daí porque se falava em concubinato puro (hoje união estável) e concubinato impuro (relações duradoras com impedimento ao casamento).

Com a Constituição de 1988 elevando a união estável a entidade familiar e o Código Civil precisando com clareza sua distinção em face do concubinato, o emprego dos termos passou a ser absolutamente distinto.

Importante, ainda, frisar que, para efeito de distinção entre os institutos (união estável e concubinato), o art. 1.727 deve ser lido em conjunto com o art. 1.723, § 1º, do CC/02, segundo o qual não se aplicam os impedimentos ao casamento ‘no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente’. Assim, para existir concubinato, é preciso que o parceiro casado esteja na constância fática da sociedade conjugal. Do contrário, a relação poderá – atendidos os demais requisitos – ser reconhecida como união estável.

Aqui, novamente, sob a vertente do direito como construção social, reconheceu-se que a pendência de dissolução do casamento (concretizável apenas pelo divórcio – art. 226, § 6º, da CF/88) não pode impedir o reconhecimento de uniões formadas entre pessoas que já estejam separadas.

A primazia, nesse caso, da realidade social considera o lapso temporal que, não raro, se faz necessário ao desfazimento do vínculo conjugal, a requerer do Estado o reconhecimento da nova união formada pelos que apenas aguardam o trâmite do divórcio.

Em nenhum outro caso, contudo, admite-se a cumulação de vínculos entre as figuras do casamento e da união estável, sob pena de se caracterizar o concubinato.

Assim, com a clareza trazida pela legislação, chega-se ao seguinte: casamento e união estável como institutos familiares distintos e não cumuláveis; e concubinato como qualquer situação na qual, salvo na hipótese do § 1º, art. 1.723, do CC/02, se descumpra a unicidade requerida pelo direito pátrio.

Respondendo, assim, ao questionamento central desta repercussão geral, aponto a impossibilidade de cumulação de vínculos

familiares, seja sob o título de casamento, seja sob a veste da união estável.

Ora, se uma pessoa casada não pode casar, por força do art. 1.521, VI, do Código Civil, e se uma pessoa casada não pode ter reconhecida uma união estável concomitante, por força do art. 1.723, § 1º, c/c o art. 1.521, VI, do Código Civil, seguindo essa linha de argumentação, uma pessoa que esteja convivendo em uma união estável não pode ter reconhecida, simultaneamente, uma outra união estável.

Assim, caracterizada esteja uma união estável, a outra relação – ainda que demonstrada sua não eventualidade – se caracteriza como concubinato.

E quais os efeitos jurídicos atribuíveis ao concubinato?

A legislação não previu qualquer espécie de direito, mas a jurisprudência – ao tempo em que as uniões fáticas não eram juridicamente reconhecidas como entidades familiares – construiu, sob as bases do Direito das Obrigações, o conceito de sociedade de fato.

Trata-se de instituto tomado de empréstimo do Direito das Obrigações, para possibilitar, presente impedimento matrimonial, consequências patrimoniais ao concubino quando demonstrada sua contribuição para a formação do patrimônio do cônjuge infiel.

Como relação obrigacional, todavia, as consequências ficam adstritas ao aspecto patrimonial, com partilha proporcional à participação de cada concubino. Como precisou Luiz Felipe Santos,

‘[n]estas condições, mesmo em uma relação de concubinato – onde se faz presente impedimento matrimonial, e, por isso, não há união estável – é possível, em tese, que seja comprovada a existência de uma sociedade de fato, desde que demonstrada a contribuição para a aquisição do patrimônio, ou parte dele. Se feita tal prova, cabível será a partilha proporcional à participação de cada concubino (porque de relação obrigacional se trata)’ (**União estável, concubinato e sociedade de fato** : uma distinção necessária. Disponível em: <https://www.colegioregistrals.org.br/doutrinas/uniao-estavelconcubinato-e-sociedade-de-fato-uma-distincao-necessaria/>. Acesso em 6/12/20).

A compreensão se molda ao enunciado da Súmula nº 380/STF, a qual, conquanto estabelecida ao tempo em que união estável era também nominada concubinato (sua aprovação data de 3/4/64), pode ser invocada para fins de partilha do patrimônio no âmbito do atual concubinato. **Vide** seu enunciado:

‘Súmula 380. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum’.

(...)

Portanto, ratificando que o entendimento aqui firmado independe da relação ser heteroafetiva ou homoafetiva, concluo ser **inviável o**

reconhecimento da concomitância de duas uniões estáveis (de dois casamentos, ou de um casamento e uma união estável) , salientando, desde já, que não se trata de privilegiar a relação que primeiro for reconhecida, dada a possibilidade de ajuizamento de ação própria que permita o confronto dos fatos alegados e das provas produzidas, na direção da obtenção da verdade real.

Por essas razões, acompanho o Relator no **não provimento do recurso extraordinário e na tese por ele proposta.**”

Convém destacar que, no voto que proferiu nesse julgamento, o e. Ministro **Gilmar mendes** , defende a similitude entre questões debatidas nos temas 526 e 529 da repercussão. Nesse ponto, aduziu Sua Excelência:

“ Da identidade dos Temas 526 e 529 da Sistemática da Repercussão Geral

De início, convém destacar que todos os aspectos relacionados à homossexualidade são irrelevantes para o deslinde do presente caso. Isso porque a questão referente ao reconhecimento de união homoafetiva, na esteira da vedação à discriminação, já foi discutida e arrematada por esta Corte nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, Rel. Min. Ayres Britto, concluindo-se pela possibilidade de reconhecimento de união estável homoafetiva.

Portanto, não se discute mais aqui se uma união heterossexual se sobrepõe a uma união homossexual, mas se seria possível reconhecer uniões estáveis concomitantes para fins de rateio de pensão por morte. Sendo assim, irrelevantes quaisquer designações relativas à orientação sexual dos envolvidos.

Feitas essas considerações iniciais e atento à manifestação da Procuradoria-Geral da República, entendo que há similitude dessa matéria com o Tema 526 da Repercussão Geral. Transcrevo a descrição das questões constitucionais debatida em cada um dos temas:

Tema 526: ‘Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 201, V, e 226, § 3º, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de reconhecimento de direitos previdenciários (pensão por morte) à pessoa que manteve, durante longo período e com aparência familiar, união com outra casada’.

Tema 529: ‘Recurso extraordinário com agravo em que se discute, à luz dos artigos 1º, III; 3º, IV; 5º, I, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de reconhecimento jurídico de união estável e de relação homoafetiva concomitantes, com o conseqüente rateio de pensão por morte’.

Dito isso, a tese aqui fixada, relativa à possibilidade de reconhecimento jurídico de uniões estáveis concomitantes, com o consequente rateio de pensão por morte, pode aplicar-se indistintamente a ambas as controvérsias, pois a natureza homoativa de dada relação jurídica é irrelevante para o enfrentamento desse *case* .”

Com efeito, considerando que esta Suprema Corte concluiu não ser possível o reconhecimento de uma segunda união estável, impende reconhecer que o concubinato – união entre pessoas impedidas de casar - não gera efeitos previdenciários, conforme as razões expostas em voto-vista acima reproduzido.

Nessa esteira de raciocínio, a Primeira Turma, em recente julgado, aplicando a tese adotada no Tema nº 529, sedimentou, **in verbis** :

“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.

AGRAVO – ARTIGO 557, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – MULTA. Se o agravo é manifestamente infundado, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 2º do artigo 557 do Código de Processo Civil, arcando a parte com o ônus decorrente da litigância de má-fé”.

Por ocasião do julgado acima transcrito, o i. Ministro **Alexandre de Moraes** obtemperou:

“A recorrente defende que a Constituição protege a entidade familiar entre o homem e a mulher, não fazendo distinção entre a situação civil dessas pessoas (solteiras, viúvas, casadas, ou divorciadas), concluindo que o acórdão recorrido teria afrontado o art. 226 da CF ao referir-se ao período anterior a 1984 como ‘união impura’ ou ‘concubinato impuro’.

Pois bem: a matéria foi resolvida no Tema 529, RE 1.045.273, de minha relatoria.

Nesse tema, decidiu-se acerca da '*Possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável e de relação homoafetiva concomitantes, com o consequente rateio de pensão por morte*'.

Ao votar, esclareci que a questão constitucional a ser decidida estava restrita à possibilidade de reconhecimento, pelo Estado, da coexistência de duas uniões estáveis paralelas e o consequente rateio da pensão por morte entre os companheiros sobreviventes, independentemente de serem hétero ou homoafetiva s.

Isso porque a matéria do reconhecimento de entidades familiares formadas por pessoas de mesmo gênero já estava pacificada, pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, na ADPF 132 e na ADI 4.277.

Ao final do julgamento do Tema 529, foi fixada tese no sentido de que '*A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, § 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.*'

Apesar da ligeira diferença, que é a questão do concubinato, o Plenário decidiu - em julgamento apertado, 6 a 5, já referido pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO - a impossibilidade da divisão da pensão em relação a união estável e casamento. Diria até que julgou mais, era uma situação mais ampla ainda, que acaba, a meu ver, contendo essa situação". (Grifei)

Ante o exposto, não há como reconhecer a existência de direitos previdenciários nas relações que se amoldem ao instituto do concubinato.

Aplicação ao caso concreto

In casu, a recorrida, ROSEMARY DO ROCIO DE SOUZA, ajuizou ação visando o recebimento de pensão por morte de ex-combatente, na condição de companheira do falecido. Para tanto, alega que conviveu com o *de cujus* entre os anos de 1998 e 2001, ano de sua morte. Ocorre que o falecido era casado a essa época, fato que caracteriza a relação de concubinato.

A exegese constitucional mais consentânea ao *telos* implícito no microsistema jurídico que rege a família, enquanto base da sociedade (art. 226, *caput*, da CF) orienta-se pelos princípios da monogamia, da exclusividade e da boa-fé, bem como pelos deveres de lealdade e fidelidade que visam a conferir maior estabilidade e segurança às relações familiares.

Desse modo, ante a configuração do concubinato, a recorrida não tem direito à pensão por morte do ex-combatente, razão pela qual merece reforma o acórdão objurgado.

Ante o exposto, na linha dos precedentes deste Tribunal, especialmente do julgamento do processo paradigma do tema nº 529, RE nº 1.045.273, ocorrido em 21 de dezembro de 2020, dou provimento ao recurso extraordinário e proponho a adoção da seguinte Tese de Repercussão Geral Tema n. 526):

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

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto nº 2506/2021-00:00