

VOTO

O Senhor Ministro Alexandre de Moraes (Relator): O recurso atende aos pressupostos processuais indispensáveis, inclusive no que se refere ao prequestionamento, uma vez que o Tribunal de origem se manifestou expressamente a respeito da possibilidade de reconhecimento de uniões estáveis homoafetivas à luz dos princípios da dignidade humana e da igualdade, tendo rechaçado, porém, o reconhecimento simultâneo de duas entidades familiares, diante do conteúdo do art. 226, § 3º, da CONSTITUIÇÃO.

Não procede, portanto, a preliminar de ausência de prequestionamento ventilada em contrarrazões.

Igual sorte tem o pedido de aplicação do art. 557 do Código de Processo Civil de 1973 ao caso, uma vez que não há como falar em manifesta inadmissibilidade da pretensão recursal se esta SUPREMA CORTE não possui precedente conclusivo sobre o tema.

Trata-se de ação de reconhecimento de sociedade de fato homoafetiva, com pedido de declaração de efeitos previdenciários, proposta pelo ora recorrente em face de pessoa já falecida, com quem ele teria mantido convivência comum entre os anos de 1990 e 2002, quando se deu o óbito.

Depois de julgada procedente pelo juízo singular, a pretensão foi indeferida pelo Tribunal do Estado de Sergipe, que, embora tenha admitido a existência da relação homoafetiva, negou-lhe a consequência jurídica pretendida, sob os seguintes argumentos:

“Não obstante a evolução das decisões prolatadas pelas Cortes Superiores no sentido de conferirem às relações entre pessoas do mesmo sexo status de união estável, com possibilidade de produzirem efeitos no universo jurídico, inclusive de gerarem direito à percepção de benefícios previdenciários por morte do companheiro, motivo diverso impede, no caso vertente, o reconhecimento da relação homoafetiva, conforme requerido, qual seja: a existência de declaração judicial de união estável concomitante, havida entre o de cujus e a primeira apelante.

E embora a prova constante dos autos seja suficiente para caracterizar a existência de um relacionamento entre o apelado e o falecido, os depoimentos testemunhais e a sentença do Juízo de Direito da 1ª Vara de Assistência Judiciária, juntada às fls. 31/32 dos autos, já transitada em julgado, conforme consulta no site do TJSE (Proc. Nº 200330100086), dão conta de que o de cujus mantinha outro relacionamento público, contínuo, duradouro e com o objetivo de constituição de família em período coincidente com aquele no qual o recorrido pretende ver reconhecida a união estável.

Destarte, tendo em vista a declaração judicial da união estável entre o falecido e a primeira apelante, Sra. Maria José de Oliveira Silva, não é possível o reconhecimento da relação homoafetiva, mesmo que sob a roupagem de sociedade de fato, como pleiteado, pois o ordenamento jurídico brasileiro, cujo sistema rege-se pelo princípio da monogamia, não admite a existência simultânea de mais de uma entidade familiar, nos moldes do art. 226, § 3º da Constituição Federal e do art. 1723 do Código Civil. (fl. 136)''

A análise do Acórdão demonstra que não houve qualquer discriminação em relação ao reconhecimento da existência de relacionamento homoafetivo, que, porém, não pode ser definido como união estável, em virtude da preexistência de outra união estável havida entre o *de cujus* e uma terceira pessoa em período coincidente.

Dessa maneira, a decisão impugnada não se afastou do decidido por esta SUPREMA CORTE, no julgamento conjunto da ADI 4.277 e da ADPF 132, realizado em sessão Plenária de 5/5/2011, em que foi consagrado o entendimento de que o conceito de união estável previsto no art. 226 da CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1988 abarca tanto as relações hétero, como aquelas homoafetivas, concedendo-lhes significação jurídica equivalente no âmbito do direito de família, inclusive para fins previdenciários, o que veio a ser corroborado por julgados posteriores: RE 477.554-AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 26/8/2011; RE 687.432-AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 2/10/2012; 552.802, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 24/10/2011; RE 607.182, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 15/8/2011; RE 590.989, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 24/6/2011; e RE 437.100, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 26/5/2011.

Não é sobre essa questão que trata o presente recurso extraordinário, pois o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ao reconhecer a validade jurídico-

constitucional do casamento civil ou da união estável por pessoas do mesmo sexo, não chancelou a possibilidade da bigamia, mas sim conferiu a plena igualdade, independentemente da orientação sexual.

A questão constitucional a ser decidida está 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 homoafetivas.

Inicialmente, importante salientar a existência de precedentes desta CORTE, dos quais se extrai concepção jurídica impeditiva ao regime da bigamia, em face da presença de pessoa casada em um dos elos da união estável.

A Primeira Turma do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, especificamente em duas ocasiões, analisou situações jurídicas envolvendo a discussão sobre a possibilidade de reconhecimento de união estável entre um terceiro e uma pessoa casada que não estava separada de fato.

Apesar da longevidade dos relacionamentos extramatrimoniais, a CORTE considerou que o ordenamento brasileiro veda o reconhecimento estatal de uma união estável concorrentemente com um casamento.

Nas respectivas assentadas, prevaleceu a ótica do ilustre Ministro MARCO AURÉLIO, relator de ambos os casos, para quem a inviabilidade jurídica da transformação desses relacionamentos paralelos em casamentos frustraria também a sua chancela sob a forma de uniões estáveis. Eis a ementa que o primeiro dos casos julgados, o RE 397.762, DJe de 3/6/2008, recebeu:

“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 397.762, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 12/9/2008).

O voto condutor proferido pelo Ministro MARCO AURÉLIO deu especial relevância semântica à parte final do preceito do art. 226, § 3º, da CONSTITUIÇÃO, que delegou à lei a missão de facilitar a conversão da união estável em casamento, como se vê dos excertos reproduzidos abaixo:

“Sob o ângulo da busca a qualquer preço da almejada justiça, sob o ângulo estritamente leigo, não merece crítica o raciocínio desenvolvido. Entrementes, a atuação do Judiciário é vinculada ao Direito posto. Surgem óbices à manutenção do que decidido, a partir da Carta Federal. Realmente, para ter-se como configurada a união estável, não há imposição de monogamia, muito embora ela seja aconselhável, objetivando a paz entre o casal. Todavia, a união estável protegida pela Constituição pressupõe prática harmônica com o ordenamento jurídico em vigor. Tanto é assim que, no artigo 226 da Constituição da República, tem-se como objetivo maior a proteção ao casamento. Confirmam com o próprio preceito que serviu de base à decisão do Tribunal de Justiça. O reconhecimento da união estável pressupõe possibilidade de conversão em casamento. O reconhecimento da união estável entre homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento, direciona à inexistência de obstáculo a este último. A manutenção da relação com a autora se fez à margem e diria mesmo mediante discrepância do casamento existente e da ordem jurídica constitucional. A época, em vigor se encontrava, inclusive, o artigo 240 do Código Penal, que tipificava o adultério. A tipologia restou expungida pela Lei nº 11.106/05.

Então, em detrimento do casamento havido até a data da morte do servidor, veio o Estado, na dicção do Tribunal de Justiça da Bahia, a placifar, com consequências jurídicas, certa relação que, iniludivelmente, não pode ser merecedora da proteção do Estado, porque a conflitar, a mais não poder, com o direito posto. É certo que o atual Código Civil versa, ao contrário do anterior, de 1916, sobre a união estável, realidade a consubstanciar núcleo familiar. Entretanto, na previsão está excepcionada a proteção do Estado quando existente impedimento para o casamento relativamente aos integrantes da união, sendo que, se um deles é casado, esse estado civil apenas deixa de ser óbice quando verificada a separação de fato. 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. (...)”

Solução idêntica foi aplicada ao RE 590.779, de 10/2/2009, também de Relatoria do Min. MARCO AURÉLIO, em que igualmente se negou a divisão de benefício previdenciário entre a companheira e a esposa do instituidor da pensão.

A partir de ambos os julgados, pode-se afirmar que uma das Turmas do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL concluiu pela impossibilidade de reconhecimento de união estável em que um dos conviventes estivesse paralelamente envolvido em casamento ainda válido, sendo aquela relação, portanto, 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*).

Esse é, até agora, o panorama jurisprudencial do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL a respeito de julgados que guardam pertinência com o tema que ora se examina, e, ao que me parece, deve ser mantido, vedando o reconhecimento de uma segunda união estável – independentemente de ser hétero ou homoafetiva – quando demonstrada a existência de uma primeira união estável juridicamente reconhecida.

Assim, a tese a ser definida neste *leading case* pauta-se em aferir se a CARTA MAGNA confere ares de juridicidade constitucional a duas relações estáveis simultaneamente vivenciadas por um dos conviventes.

O *caput* do art. 226 da CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1988 diz categoricamente: a “ *família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado* ”; e, em seu § 3º, afastou o preconceito e discriminação à união estável, que não mais faziam sentido frente à evolução da mentalidade social. Em decorrência do reconhecimento jurídico-constitucional dessa situação conjugal fática, determinou-se a simplificação de sua legalização que, em determinados relacionamentos, era impedida de ser convertida em casamento civil por força de óbices referentes à constituição de matrimônio pretérito de um ou de ambos os companheiros, pois, embora ausente a *affectio maritalis* com o antigo cônjuge, o vínculo conjugal ainda os atava, prejudicando, juridicamente, a formação de uma nova família, ficando o núcleo doméstico marginalizado e desprotegido.

O histórico e as balizas constitucionais nos permitem concluir, com aval doutrinário, que esse vínculo afetivo entre os conviventes, livre de qualquer obstáculo, consiste em casamento de fato ou presumido, dependente somente da manifestação de vontades do casal para ser convertido em casamento civil, oportunidade em que o estado convivencial ou

concubinário se convolará em estado conjugal. Em outros termos, para assentar a mesma proposição, afirma-se que a união estável é similar ao casamento civil, caracterizada como união com aparência conjugal. A jurisprudência e a doutrina também tiveram contribuição significativa na construção inicial dos requisitos caracterizadores da união estável, tais como a durabilidade da relação, a existência de filhos, a construção patrimonial em comum, *afectio societatis*, colaboração, fidelidade, notoriedade, comunhão da vida, entre outros (ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO. *Estatuto da família de fato*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 217 e ss.; CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA. *Instituições de Direito Civil*. Vol. V. Direito de Família. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 42 e ss.; CRISTIANO CHAVES DE FARIAS, NELSON ROSENVALD. *Direito das Famílias*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 13 e ss.; LOURIVAL SEREJO. *Direito Constitucional da família*. EC 66/2010 – divórcio direto, união estável homoafetiva e casamento homoafetivo. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey: 2014, p. 4 e ss.; PABLO STOLZE GAGLIANO, RODOLFO PAMPLONA FILHO. *Novo curso de Direito Civil*. V. 6. Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 42 e 536 e ss.; AMÉRICO LUÍS MARTINS DA SILVA. *Direito de Família e Costumes Alternativos* : estudo jurídico, antropológico e social da família. Vol. 2. 3 ed. Cronus. 2016; RODRIGO DA CUNHA PEREIRA. *Concubinato e união estável*, fls. 48/49).

A Lei 8.971/1994 estabeleceu alguns pressupostos objetivos para a configuração da união estável: o prazo de convivência de cinco anos ou a existência de prole comum.

Tempos depois, a Lei 9.278/1996 derogou esses critérios, definindo a união estável a partir de conceitos mais abertos, como a convivência duradoura, pública e contínua, estabelecida com objetivo de constituição de família.

A acomodação legal mais recente do instituto foi realizada pelo Código Civil de 2002, *in verbis* :

“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.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

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

Constata-se que, em determinadas situações, a união não pode ser considerada estável, mas, sim, concubinato, quando houver causas impeditivas ao casamento, previstas no art. 1.521 do Código Civil. Vejamos:

“I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.”

Ocorre, porém, que um relevante e imprescindível encargo os permeia: a unicidade de vínculo entre os partícipes, sejam esses cônjuges ou companheiros, já que *“o Direito brasileiro, à semelhança de outros sistemas jurídicos ocidentais, adota o princípio da monogamia, segundo o qual uma mesma pessoa não pode contrair e manter simultaneamente dois ou mais vínculos matrimoniais”*, sob pena de se configurar a bigamia, tipificada inclusive como crime previsto no art. 235 do Código Penal.

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).

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. Ressalte-se que fidelidade era a principal obrigação recíproca entre os conviventes com a instituição do *Código Teodoriano*, que converteu o concubinato existente na antiga Roma - previsto nas leis *Julia e Papia Poppaea* - como semimatrimônio ou união de fato inferior ao casamento.

Trata-se de posicionamento pacífico em nossa jurisprudência e corroborado pelo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, que reafirma a inadmissibilidade do reconhecimento de uniões estáveis paralelas:

“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.” (REsp 912.926/RS, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe de 7/6/2011).

Eis o aludido trecho:

“(...) a Carta Cidadã de 1988, em obséquio ao pluralismo democrático, concebe como entidade familiar, exemplificadamente, o vínculo afetivo decorrente do casamento - civil ou religioso -, da união estável e das relações monoparentais.

Nada obstante, é de se ressaltar que a Constituição Federal adotou uma pluralidade apenas qualitativa no que concerne às diversas formas de família, mas não quantitativa, como pretende demonstrar parte da doutrina e jurisprudência, e, nesse sentido, conferiu ao legislador ordinário o mister de dar densidade normativa aos conceitos e valores em si fugidios, como é o caso do instituto da "união estável".

Nesse passo, extrai-se do Código Civil de 2002 (o qual, em essência, reproduz os princípios das leis pretéritas sobre a união estável) a opção legislativa conceitual e protetiva da união estável, a excluir desse âmbito, em outro passo, o concubinato, *verbis*:

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.

(...)

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

3.2. Doutrina e jurisprudência, no mais das vezes, têm debatido sempre em torno da existência ou inexistência de impedimentos para o casamento, como sendo tal circunstância um dos pontos centrais para a determinação da união estável.

Extrai-se, destarte, do sistema criado pelo legislador, que, em se tratando de união estável, a exclusividade de relacionamento sólido é condição de existência desse vínculo - juridicamente e não faticamente -, sem a qual não se haverá falar nesse instituto nobre, conformador mesmo da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

(...)

Assim, para a existência jurídica da união estável, extrai-se o requisito da exclusividade de relacionamento sólido da exegese do § 1º do art. 1.723 do Código Civil de 2002, *fine*, dispositivo esse que deve ser relido em conformidade com a recente EC n.º 66 de 2010, a qual, em boa hora, aboliu a figura da separação judicial:

§ 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**. (grifo original)

(...)

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 porque se mostra inviável o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas. Não fosse por isso, também não seria a separação de fato *conditio sine qua non* para o reconhecimento de união estável de pessoa casada.

Por todo o exposto, concluo que 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.

No caso concreto, o acórdão recorrido assentou que a prova dos autos corroborou, de forma suficiente, a existência de uma relação pública, contínua e duradoura estabelecida entre o recorrente e o seu falecido convivente, tendo apenas deixado de reconhecer efeitos de união estável a esse relacionamento, em face da constatação de outra relação que teria sido reconhecida por declaração judicial, já transitada em julgado. Eis o que consta do acórdão:

“E embora a prova constante dos autos seja suficiente para caracterizar a existência de um relacionamento entre o apelado e o falecido, os depoimentos testemunhais e a sentença do Juízo de Direito da 1ª Vara de Assistência Judiciária, juntada às fls. 31/32 dos autos, já transitada em julgado, conforme consulta no site do TJSE (Proc. Nº 200330100086), dão conta de que o de cujus mantinha outro relacionamento público, contínuo, duradouro e com o objetivo de constituição de família em período coincidente com aquele no qual o recorrido pretende ver reconhecida a união estável.”

O Tribunal de Justiça Estadual negou a pretensão do requerente, ante a existência do princípio da monogamia, que seria incompatível com o deferimento de *status* jurídico a duas uniões estáveis, de maneira que essa relação deve se enquadrada juridicamente fora da seara do direito de família, nos termos da legislação infraconstitucional.

Diante do exposto, NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

Para fins da sistemática da Repercussão Geral, proponho a seguinte tese: *“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”*.

É o voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/12/2020