

CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS - CESREI

FACULDADE REINALDO RAMOS - FARR

CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

ELLI BRUNA DE ARAÚJO ANDRADE

**EFEITOS JURÍDICOS DO CONCUBINATO NO DIREITO DE FAMÍLIA E
PREVIDENCIÁRIO**

CAMPINA GRANDE – PB

2019

ELLI BRUNA DE ARAÚJO ADRADE

**EFEITOS JURÍDICOS DO CONCUBINATO NO DIREITO DE FAMÍLIA E
PREVIDENCIÁRIO**

Trabalho Monográfico apresentado à
Coordenação do Curso de Direito da
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR,
como requisito parcial para a obtenção
do grau de Bacharel em Direito pela
referida instituição.

Orientadora Ms. Renata Maria
Brasileiro Sobral Soares

Campina Grande – PB

2019

A553e Andrade, Elli Bruna de Araújo.
 Efeitos jurídicos do concubinato no direito de família e previdenciário /
 Elli Bruna de Araújo Andrade. – Campina Grande, 2019.
 66 f.

 Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Reinaldo Ramos-
 FAAR, Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI, 2019.
 "Orientação: Profa. Ma. Renata Maria Brasileiro Sobral Soares".

 1. Concubinato – Direito de Família. 2. Concubinato – Direito
 Previdenciário. 3. Poder Judiciário – Brasil. I. Soares, Renata Maria
 Brasileiro Sobral. II. Título.

CDU 347.628.42(81)(043)

ELLI BRUNA DE ARAUJO ANDRADE

EFEITOS JURÍDICOS DO CONCUBINATO NO DIREITO DE FAMÍLIA E
PREVIDENCIÁRIO

Aprovada em: 13 de junho de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Renata Maria Brasileiro Sobral Soares

Profa. Ms. Renata Maria Brasileiro Sobral Soares

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

(Orientador)

Gustavo Giorgio Fonseca Mendoza

Prof. Ms. Gustavo Giorgio Fonseca Mendoza

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

(1º Examinador)

Vyrna Lopes Torres de Farias Bem

Profa Ms. Vyrna Lopes Torres de Farias Bem

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

(2º Examinador)

Dedico esse trabalho com muito carinho ao meu filho, Gabriel, e aos meus filhos de coração Bianca e João, pelos sorrisos e forças para que eu alcançasse meus sonhos com sucesso.

A minha irmã querida, Daiana Araújo, que sempre me incentivou para a realização das minhas ideias, encorajando-me a enfrentar todos os momentos difíceis da vida.

E aos meus pais e demais irmão que sempre me incentivaram a nunca desistir dos meus sonhos.

AGRADECIMENTOS

Meu Deus, obrigada por esta conquista! Não há maior recompensa na vida que atingir qualquer meta através de nosso esforço. Estão eu me sinto muito feliz e muito realizada. Acontece que nada disto seria possível sem seu apoio.

Se eu não sentisse sua presença junto a mim, oh Deus, eu sei que nunca teria alcançado esta grande vitória. Obrigada pela fé, pela força, pelos sinais de superação. Obrigada por existir, meu Deus.

Meus queridos pais, hoje é um dos dias mais importante da minha vida. Hoje, eu cumpro mais uma missão, pois este é o dia da minha conclusão de graduação e eu tenho muito ou tudo a agradecer a vocês. Vocês vieram preparando o meu caminho, desde que eu nasci, para que esse dia enfim chegasse.

Meus filhos, meus amores, tudo que sou e faço é por vocês e minha vida só faz sentido porque vocês existem. Obrigada por serem tão maravilhosos e por terem enchido minha vida de alegria durante esse tempo.

Agradeço também aos meus irmãos que me ajudaram de todas as formas.

A minha orientadora Renata Maria Brasileiro Sobral Soares, pela constante ajuda e orientação neste trabalho.

E, por fim, a todos que de alguma forma contribuíram nesse processo de conclusão acadêmica.

Tudo posso naquele que me
fortalece.

Filipenses 4:13

RESUMO

O presente trabalho versa sobre os efeitos jurídicos advindos do concubinato no Brasil, analisando sua repercussão no direito de família, bem como no direito previdenciário. Fazendo uma análise acerca do reconhecimento da família paralela e da divisão do benefício da pensão por morte de um segurado falecido, entre sua viúva (ex-cônjuge) e sua concubina. Todavia, para chegar a esse ponto outras matérias foram devidamente estudadas, tais como a evolução das entidades familiares no Brasil, inclusive o estudo da família paralela, a qual constitui o objeto central do estudo do trabalho, pois essa é a família formada entre pessoas que já possuem um vínculo familiar e ainda assim forma um novo. Além disso, foi estudado um pouco acerca do histórico do concubinato no País. Outro ponto de relevante importância que foi abordado é estudo dos princípios do direito de família que se aplicam a matéria em questão, princípios como a dignidade da pessoa humana, a afetividade, a solidariedade familiar, entre outros. Partindo da análise de todos os assuntos ora mencionados, é que se tornou possível analisar como se comporta o ordenamento jurídico brasileiro acerca da existência do concubinato. A falta de uma regulamentação mais específica sobre a matéria, tanto no âmbito familiar, quanto no previdenciário acaba por corroborar para que o assunto permaneça sendo uma lacuna no meio jurídico, o que termina por deixar para o poder judiciário a resolução dos casos que lhe batam as portas, analisando caso a caso de maneira individual e não uniforme. Essa, portanto, é a verdadeira problemática da questão, haja vista que tal falha na legislação acaba por trazer uma série de consequências negativas, tanto para quem vive em situação de concubinato, como para o sistema judiciário como um todo, que por não possuir algo concreto em que basear suas decisões, se vê numa situação de decisões que conflitam entre si. Para a construção da pesquisa, a metodologia utilizada baseou-se no método indutivo, sendo uma pesquisa aplicada, com abordagem qualitativa, seguindo um viés explicativo, que se utilizou de fontes bibliográficas e documentais.

Palavras Chaves: Concubinato – Direito de Família – Direito Previdenciário – Lei - Poder Judiciário.

ABSTRACT

The present work turns on the effects juridical coming of the concubinage in Brazil, analyzing his/her repercussion in the family right, as well as in the right social security. Making an analysis concerning the recognition of the parallel family and of the division of the benefit of the pension for death of a held died, between his/her widow (former-spouse) and his/her concubine. Though, to arrive to that point other matters they were studied properly, such as the evolution of the family entities in Brazil, besides the study of the parallel family, which constitutes the central object of the study of the work, because that is the family formed among people that already possess a family bond and nevertheless form a new one. Besides, a was studied little concerning the report of the concubinage in the Country. Another point of relevant importance that was approached is study of the beginnings of the family right that they are applied the matter in subject, beginnings as the human person's dignity, the affectivity, the family solidarity, among others. Leaving of the analysis of all of the subjects now mentioned, it is that was adorned possible to analyze as if it holds the Brazilian juridical ordenamento concerning the existence of the concubinage. The lack of a more specific regulation on the matter, so much in the family extent, as in the social security it ends for corroborating so that the subject stays being a gap in the juridical way, what ends up leaving for the judiciary power the resolution of the cases that you/they beat him/her the doors, analyzing case to I marry in an individual way and no uniform. That, therefore, it is the true problem of the subject, have seen that such flaw in the legislation ends for bringing a series of consequence negatives, so much for who lives in concubinage situation, as for the judiciary system as a whole, that for not possessing something concrete in that to base their decisions, he/she sees himself in a situation of decisions that you/they conflict amongst themselves. For the construction of the research, the used methodology based on the inductive method, being an applied research, as qualitative approach, following an explanatory inclination, that was used of bibliographical and documentary sources.

Key words: Concubinage. Right of Family. Right social security. Law - To Can Judiciary.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I	15
1. ENTIDADES FAMILIARES E UMA BREVE PERSPECTIVA HISTÓRICA ACERCA DO CONCUBINATO.....	15
1.1. A EVOLUÇÃO DAS ENTIDADES FAMILIARES NA SOCIEDADE BRASILEIRA.....	15
1.1.1. Casamento	17
1.1.2 União Estável.....	20
1.1.3 Família Monoparental	24
1.1.4 Família Homoafetiva	25
1.1.5 Relações Paralelas ou simultâneas	28
1.2 - PERSPECTIVA HISTÓRICA DO CONCUBINATO NA SOCIEDADE BRASILEIRA	32
CAPÍTULO II.....	36
2. PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA	36
2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	36
2.2 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR	40
2.3 PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS FILHOS	41
2.4 PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS CÔNJUGES E COMPANHEIROS ..	42
2.5 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE	44
CAPÍTULO III	49
3 – EFEITOS JURÍDICOS DO CONCUBINATO	49
3.1 – O RECONHECIMENTO DO CONCUBINATO NO DIREITO DE FAMÍLIA... 50	
3.2 – A FALTA DE REGULAMENTAÇÃO DA MATÉRIA E O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL QUANTO A (IM)POSSIBILIDADE DA DIVISÃO DA PENSÃO.....	56

CONCLUSÃO:	61
REFERÊNCIAS	64

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tratará acerca da possibilidade do rateio do benefício previdenciário pensão por morte entre a concubina e a viúva. Todavia, para que se chegue ao respectivo assunto uma série de matérias serão brevemente analisadas, a fim de que possam contribuir para o entendimento da pesquisa de modo mais abrangente.

No primeiro capítulo o objetivo é analisar como a evolução da sociedade influenciou na completa modificação das entidades familiares no Brasil, partindo da compreensão daquilo que está previsto na Constituição Federal, explícita e implicitamente, até a análise de conceitos doutrinários e decisões jurisprudências.

Além disso, será feita uma breve análise história do concubinato no Brasil, afinal, famílias paralelas sempre existiram, com tempo apenas foram ganhando novas roupagens, novas nomenclaturas, mas nunca deixaram de existir, apesar das proibições.

Com o primeiro capítulo da pesquisa é possível constatar que o Brasil passou por uma fase de conservadorismo extremo, aceitando apenas a família constituída por meio de casamento como legítima, e se desdobrou em uma fase completamente distinta, uma sociedade que ainda tem muito a mudar, mais que cada dia se torna mais inclusiva e disposta a reconhecer o diferente, se despindo aos poucos de preconceitos.

O segundo capítulo tratará de alguns princípios presentes no direito de família, e no ordenamento como um todo, que se relacionam com a matéria em discussão. Neste caso, merece ênfase o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual norteia o direito como um todo, e não apenas as relações de família. Afinal, antes de mais nada, o que se propõe é o respeito a pessoa, o seu individual.

Por último, no terceiro capítulo o concubinato será tratado de forma mais aprofundada, visando demonstrar os efeitos jurídicos que advém desse tipo de relação. No código civil o concubinato encontra-se previsto no artigo 1.727,

descrito como sendo “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar”, tais impedimentos estão elencados no mesmo código em seu artigo 1.521. O que ocorre é que essa situação ainda não se encontra regulamentado no direito de família, afinal sua existência é notória, todavia ainda é uma omissão legislativa, restando ao campo das obrigações lidar com seus efeitos.

Não sendo o concubinato uma relação meramente eventual, por vezes acaba por gerar uma situação de dependência entre os concubinos, daí se acaso o responsável pela manutenção da vida financeira do outro vem a falecer, haveria a possibilidade de divisão da pensão por morte entre o concubino dependente e cônjuge ou companheiro sobrevivente? Essa é a pergunta que norteia o estudo do terceiro capítulo e sendo, portanto, a problemática desta pesquisa.

Desta feita, o objetivo principal é responder à pergunta acima feita por meio da análise do que está previsto em lei, dos âmbitos civil e previdenciário, do que diz a doutrina e principalmente a forma como os tribunais vem decidindo caso a caso, afinal ainda não há uma uniformização da jurisprudência nesse sentido, restando ao judiciário a análise de caso a caso, a fim de se garantir a dignidade da pessoa e evitar flagrantes injustiças.

Metodologia

Quanto a metodologia da pesquisa, o método utilizado para guiar a pesquisa é o método indutivo, que na concepção de Gil (2008), consiste na análise de situações particulares, a fim de se compreender posteriormente uma situação generalizada. Ou seja, através deste método de pesquisa, o leitor é guiado de forma a firmar o seu convencimento acerca do tema que está sendo tratado, não há aqui uma vinculação entre o que está sendo pesquisado e sua conclusão, mas sim um caminho aberto, através do qual se buscará a demonstração de que os fatos apresentados na pesquisa, são suficientes para convencer o leitor daquilo que está sendo afirmado.

Além disso, a presente pesquisa declina seu olhar a uma inegável entidade familiar, todavia, por motivo não compreendidos ainda não legitimada, deixando

ao judiciário o dever de analisar as demandas que lhe chegam, atento a cada peculiaridade, a fim de garantir o cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana.

Já com relação a natureza da pesquisa, constitui-se como sendo aplicada, afinal será com base em relatos e dados que a pesquisa se construirá, ou seja, buscará demonstrar de forma prática, e não apenas conceitual, a emergente necessidade de regulamentação da matéria e o reconhecimento das famílias paralelas como sendo uma entidade familiar, de forma a respeitara as demais entidades e levar direitos e principalmente deveres a pessoas que assim vivem. O conceito da natureza da pesquisa é descrito por Carlos Antônio Gil, que preleciona:

A pesquisa aplicada, por sua vez, apresenta muitos pontos de contato com a pesquisa pura, pois depende de suas descobertas e se enriquece com o seu desenvolvimento; todavia, tem como característica fundamental o interesse na aplicação, utilização e consequências práticas dos conhecimentos. Sua preocupação está menos voltada para o desenvolvimento de teorias de valor universal que para a aplicação imediata numa realidade circunstancial. De modo geral é este o tipo de pesquisa a que mais se dedicam os psicólogos, sociólogos, economistas, assistentes sociais e outros pesquisadores sociais. (GIL. 2008, Pág. 27)

Partindo de uma abordagem qualitativa, tendo em vista que este tipo de abordagem visa estudar dados preexistentes, não sendo necessário a realização de um levantamento numérico acerca do tema. A este respeito, Carlos Antônio Gil (2008) ensina:

A análise dos dados nas pesquisas experimentais e nos levantamentos é essencialmente quantitativa. O mesmo não ocorre, no entanto, com as pesquisas definidas como estudos de campo, estudos de caso, pesquisa-ação ou pesquisa participante. Nestas, os procedimentos analíticos são principalmente de natureza qualitativa. E, ao contrário do que ocorre nas pesquisas experimentais e levantamentos em que os procedimentos analíticos podem ser definidos previamente, não há fórmulas ou receitas predefinidas para orientar os pesquisadores. Assim, a

análise dos dados na pesquisa qualitativa passa a depender muito da capacidade e do estilo do pesquisador. (GIL, 2008, Pág. 175).

Quanto aos objetivos traçados, a pesquisa tem um viés explicativo, tendo em vista que se propõe a analisar não apenas situações cotidianas, mas sim buscar a justificativa para que tais fatos ocorram. Nas palavras de Carlos Antônio Gil (2008), a pesquisa explicativa:

São aquelas pesquisas que têm como preocupação central identificar os fatores que determinam ou que contribuem para a ocorrência dos fenômenos. Este é o tipo de pesquisa que mais aprofunda o conhecimento da realidade, porque explica a razão, o porquê das coisas. Por isso mesmo é o tipo mais complexo e delicado, já que o risco de cometer erros aumenta consideravelmente. (Gil, 2008, p. 28).

Já com relação ao procedimento técnico utilizado, a pesquisa se caracterizará como Bibliográfica como sendo aquela que “é desenvolvida a partir de material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos” (Gil, 2008, p.50). Na presente pesquisa haverá o levantamento de informações a partir de tais materiais, tendo vista que aqui busca-se opiniões diversas sobre onde reside o principal problema, que gera uma série de consequência a serem estudadas. Porém, por não haver necessidade da pesquisa se limitar a apenas um tipo específico de procedimento, também haverá aqui o procedimento documental, descrito nas palavras de Carlos Antônio Gil (2008), como sendo:

O desenvolvimento da pesquisa documental segue os mesmos passos da pesquisa bibliográfica. Apenas há que se considerar que o primeiro passo consiste na exploração das fontes documentais, que são em grande número. Existem, de um lado, os documentos de primeira mão, que não receberam qualquer tratamento analítico, tais como: documentos oficiais, reportagens de jornal, cartas, contratos, diários, filmes, fotografias, gravações etc. (Gil, 2008, p. 51).

Sendo assim, após analisar cada ponto proposto pela metodologia, e com base na fundamentação dada pelo autor Carlos Antônio Gil, a presente pesquisa se utilizará do método indutivo, será aplicada, qualitativa, explicativa, bibliográfica e documental.

CAPÍTULO I

1. ENTIDADES FAMILIARES E UMA BREVE PERSPECTIVA HISTÓRICA ACERCA DO CONCUBINATO

Neste primeiro capítulo será abordado de forma breve os principais pontos acerca da constituição da família no Brasil, de forma a indicar as modalidades previstas na constituição de forma explícita, bem como as que implicitamente hoje são reconhecidas, não apenas pela doutrina ou jurisprudência, mas pelo ordenamento jurídico e social como um todo.

Além disso, será tratado alguns aspectos do concubinato, como sua definição, origem e evolução na sociedade brasileira, a fim de que mais adiante possamos falar de forma mais profunda acerca de seus efeitos no meio jurídico.

1.1.A EVOLUÇÃO DAS ENTIDADES FAMILIARES NA SOCIEDADE BRASILEIRA

Nos últimos anos a família no Brasil vem se transformando de forma intensa, principalmente no que tange a sua composição. O IBGE¹, por meio da realização do censo demográfico aponta características que possibilitam e aumentam cada vez esse fator, como a urbanização, o deslocamento do campo para a cidade, a entrada da mulher no mercado de trabalho entre outros.

A fim de melhor traduzir esse momento de transformação que vive a família e conseqüentemente o direito de família, Maria Berenice Dias em seu Manual do Direito das Famílias (2016), preleciona:

A família já não se condiciona aos paradigmas originários: casamento sexo e procriação. O movimento de mulheres, a disseminação dos métodos contraceptivos e o surgimento da reprodução assistida fizeram com que esse tríplice pressuposto deixasse de balizar o conceito de família. Caiu o mito da virgindade e sexo - até pelas mulheres - se pratica fora e antes do casamento. A concepção não mais decorre exclusivamente do

¹ IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

contato sexual e o casamento deixou de ser o único reduto da conjugalidade. Relações extramatrimoniais já dispõem de reconhecimento constitucional. (DIAS. 2016. p. 230)

Antes de adentrar nas características de cada entidade familiar, é importante conceituar família, o que parece uma tarefa nada fácil, afinal, com tantas formas e modalidades hoje encontradas, como apresentar um conceito a abranja a todos.

A Lei 11.340 de 2006, mais conhecida como Lei Maria da Penha, que visa coibir todo tipo de violência contra a mulher, em seu artigo 5º inciso III, ao definir violência doméstica acaba por trazer uma definição de família, ao dizer que se trata de “qualquer relação íntima de afeto”, abrangendo assim toda e qualquer pessoa que escolha partilhar com outra sua vida.

Dentre os parágrafos do artigo 226 da Constituição Federal é possível de logo reconhecer três tipos de entidades familiares. A família que se constitui pelo casamento, aquela que se forma pela união estável e também a constituída por apenas um dos pais e seus descendentes.

Daí é possível perceber que até mesmo a Constituição já reconhece outros tipos família além da chamada nuclear, a qual na definição de Paulo Lôbo (2017, p. 46) “é aquela constituída por pais e seus filhos”. Todavia, reduzir a sociedade a existência de apenas três tipos familiares ainda parece absurdo na contemporaneidade. Desta forma, o mesmo autor apresenta o caput do artigo 226 da Constituição como sendo responsável pela inclusão dos tipos familiares implícitos.

Quando o referido artigo menciona que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, e ainda, mais a frente no parágrafo 8º do mesmo artigo, diz “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”. Nota-se então que as passagens deste artigo não fazem nenhum tipo de distinção, tratando apenas de pessoas e não de um grupo familiar.

Desta forma, o que se tem visto na sociedade atual são famílias que se formam pela afetividade, e não apenas por uma obrigação imposta, não se faz tão

necessário o registro em cartório para que pessoas se unam e dividam seus projetos de vida. Nas palavras de Maria Berenice Dias (2016):

O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo. Cada vez mais a ideia de família afasta-se da estrutura do casamento. (DIAS. 2016. p. 230)

Visto que há uma pluralidade de entidades familiares no Brasil, é importante tratar uma a uma, anotando suas principais características e as diferenciando umas das outras. A mais tradicional e mais antiga é a família formada pelo matrimônio. Por ser a mais antiga, é também a que mais sofreu modificação ao passar dos anos.

1.1.1. Casamento

O casamento já foi a única maneira de se constituir legitimamente uma família. Apesar de seu cunho extremamente religioso, afinal a igreja o consagrou como um sacramento indissolúvel, responsável por unir homem e mulher por toda a vida, até que a morte os separe. Essa postura mais conservadora influenciou o Estado, que deixou transparecer com a edição do Código Civil de 1916, o qual em seu artigo 229, quando tratava dos efeitos jurídicos do casamento, tinha a seguinte redação: “Art. 229. Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos”.

Portanto, toda família que se formasse fora desse modelo era ilegítima, não sendo reconhecida perante Estado e igreja. Para melhor explicar o momento que a sociedade passava, Maria Berenice Dias (2016) ensina:

As únicas relações afetivas aceitas são as decorrentes do casamento entre um homem e uma mulher, em face do interesse na procriação. Daí a origem do débito conjugal como obrigação à prática da sexualidade. A máxima *cresceiemultiplicai-vos* atribuiu à família a função reprodutiva com o fim de difundir a sua fé. (DIAS. 2016. p. 234)

Nesse mesmo sentido, preleciona Carlos Roberto Gonçalves (2012):

A família estabelecida fora do casamento era considerada ilegítima e só mencionada em alguns dispositivos que faziam restrições a esse modo de convivência, então chamado de concubinato, proibindo-se, por exemplo, doações ou benefícios testamentários do homem casado à concubina, ou a inclusão desta como beneficiária de contrato de seguro de vida. (GONÇALVES. 2012. p.32)

Sendo assim, o Estado nega a existência de qualquer família que não esteja nos conformes estabelecidos, tirando todo e qualquer direito ao reconhecimento de filhos havidos deste tipo de união, bem como garantindo que à mulher não fosse resguardada nenhum tipo de garantia.

Neste momento o Estado apenas repetia os padrões morais da igreja, compelindo a toda e qualquer pessoa que quisesse constituir família aos ditames estabelecidos. Para melhor resumir elementos como a celebração do casamento, bem como demonstrar o padrão de família estabelecido, segue o ensinamento de Maria Berenice Dias (2016):

É o Estado que o celebra mediante o atendimento de inúmeras formalidades. A lei reproduziu o perfil da família então existente: matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, patrimonializada e heterossexual. Só era reconhecida a família constituída pela chancela estatal. O homem era "o cabeça" do casal e exercia a chefia da sociedade conjugal. A mulher e os filhos deviam-lhe obediência. A finalidade essencial da família era a conservação do patrimônio, precisando gerar filhos como força de trabalho. (DIAS. 2016. p. 234)

Alguns outros pontos relacionados a matéria também estavam previstos no Código Civil de 1916. Um deles é a imposição do regime de bens como sendo o da comunhão universal, o qual estava previsto no artigo 256, corroborando para a ideia que após o casamento os cônjuges se tornam um só, não importando fazer distinção de quais bens pertencem a quem.

Além disso, não havia previsão do divórcio como hoje é conhecido, o casamento era praticamente indissolúvel, podendo ser desfeito apenas em algumas situações, por meio da anulação ou do chamado desquite. A anulação estava prevista entre os artigos 210 ao 224 do antigo código. Dentre este artigo é

possível encontrar uma situação bem peculiar, que é a anulação proveniente do erro essencial sobre a pessoa. Previsto no artigo 219, tinha a seguinte redação:

Art. 219. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge:

I. O que diz respeito à identidade do outro cônjuge, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal, que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado.

II. A ignorância de crime inafiançável, anterior ao casamento e definitivamente julgado por sentença condenatória.

III. A ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável ou de moléstia grave e transmissível, por contágio ou herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência.

IV. O defloramento da mulher, ignorado pelo marido. (Código Civil de 1916).

O que mais chama atenção irremediavelmente é inciso IV do respectivo artigo, transmite claramente os padrões conservadores daquela sociedade, deixando claro a mensagem de que a mulher deveria casar virgem, mas não trazendo nenhuma imposição da mesma natureza ao homem.

Já no que tange ao desquite, Maria Berenice Dias (2016) ensina que tal instrumento não dissolvia o casamento, como hoje ocorre com o divórcio, mas apenas permitia a separação dos cônjuges, todavia não lhes permitia que contraíssem novo matrimônio, os colocando numa situação diferenciada, afinal não mantinham mais os “deveres” do casamento, mas não podiam casar-se novamente.

Só no ano de 1977, com o advento da lei 6.515, mais conhecida como a lei do divórcio, que o casamento poderia ser completamente dissolvido. Logo em seu artigo 2º trouxe a seguinte disposição:

Art 2º - A Sociedade Conjugal termina:

I - pela morte de um dos cônjuges;

II - pela nulidade ou anulação do casamento;

III - pela separação judicial;

IV - pelo divórcio.

Parágrafo único - O casamento válido somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio. (Lei 6.515 de 26 de Dezembro de 1977 – Lei do Divórcio).

Além disso, trouxe alterações importantes, como a mudança do regime de comunhão, antes universal, agora comunhão parcial, bem como tornou facultativo o uso do nome de marido pela mulher decorrente do casamento.

Ainda assim, até o momento o casamento ainda se constituía como a única forma legítima de formar família. Foi só com a promulgação da Constituição Federal em 1988 que a situação mudou completamente. Finalmente famílias formadas além das regras matrimoniais passam a ser reconhecidas.

Mais a frente, em 2002 com o novo Código Civil, atualizado para uma sociedade que mudou completamente e que aquele de 1916 não mais acompanhava, estabeleceu em seu artigo 1.513 que “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

1.1.2 União Estável

Quando o casamento deixa de ser a única forma legítima de se constituir família, a Constituição finalmente reconhece e garante o respeito as demais entidades familiares, o que se tem não é o surgimento de outras modalidades, mas apenas o seu reconhecimento.

A união estável nem sempre teve essa nomenclatura, bem como os conviventes. A mulher era tida como concubina, expressão que hoje é utilizada para designar outras características que mais a frente serão tratadas. Além disso, os efeitos jurídicos desse tipo de relação não eram reconhecidos, até mesmo os filhos advindos. De forma a explicar melhor a situação Maria Berenice Dias (2016) ensina:

A filiação estava condicionada ao estado civil dos pais, só merecendo reconhecimento a prole nascida dentro do casamento. Os filhos havidos de relações extramatrimoniais eram alvo de enorme gama de denominações de conteúdo pejorativo e discriminatório. Assim, filhos ilegítimos, naturais, espúrios, bastardos, nenhum direito possuíam, sendo condenados à invisibilidade. [...]

O legislador, além de não regular as relações extramatrimoniais, com veemência negava consequências jurídicas a vínculos afetivos fora do casamento, alijando qualquer direito à concubina. (DIAS. 2016. p. 236).

Ainda de acordo com os ensinamentos de Maria Berenice Dias, com as mudanças na sociedade, a expressão concubina dá lugar a expressão companheira, a fim de contornar algumas proibições destinadas a concubina e também evitar flagrantes injustiças.

Ainda assim, havia muito a ser mudado, a título de exemplo a inexistência de direitos sucessórios a companheira. Nas palavras de Maria Berenice Dias:

Porém, tal era a rejeição à ideia de ver essas uniões como família que a jurisprudência, quando ausente patrimônio a ser partilhado, as identificava como relação de trabalho, concedendo à mulher indenização por serviços domésticos prestados. No máximo, em face da aparência de um negócio, aplicava-se, por analogia, o direito comercial, e as uniões eram consideradas sociedades de fato. Ditos subterfúgios eram utilizados para justificar a partição patrimonial e evitar o enriquecimento injustificado do homem. Mas nada mais se cogitava conceder à mulher, nem alimentos, nem direitos sucessórios. (DIAS. 2016. p. 237).

Todavia, antes mesmo da Constituição Federal, o assunto foi tratado no Decreto lei 7.036/1944, o qual garantiu a companheira o direito de ser titular de benefício advindo de acidente de trabalho do qual tenha sido vítima seu companheiro. Apesar de bastante remota, esta lei ainda é aplicada na prática. Mais a frente no ano de 1964 houve a edição da súmula 380 do STF que possuía a seguinte redação: “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”.

Acerca desta súmula Paulo Lôbo comenta que no momento de sua edição, por ainda haver tantos impedimentos ao reconhecimento desse tipo de família, o legislador não podendo buscar soluções no direito de família, recorreu ao direito das obrigações, reconhecendo a sociedade de fato e buscando evitar o enriquecimento sem causa.

Ainda assim, foi só com a Constituição Federal que ocorre a legitimidade da união estável como sendo uma entidade familiar, com direito e deveres. Deveres ou melhor; requisitos, impostos primeiramente pela lei 8.971/1994, que trata do direito dos companheiros a alimentos e a sucessão. Contando com apenas cinco artigos, porém com três que tratam especificamente da matéria, os quais dispõem:

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

Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.

Art. 2º As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições:

I - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos ou comuns;

II - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujos, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Art. 3º Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens. (Lei 8.971 de 1994).

Primeiramente, o primeiro artigo da referida norma impõe a obrigação de que a relação tenha perdurado por ao menos cinco anos. Todavia, ainda no ano de 1964 o STF havia editado a súmula 382 que diz: “A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

Logo mais, em 1996 há a edição de nova lei também disciplinando a matéria, qual seja a Lei 9.278/1996. Essa visa regular o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal. O artigo 1º dessa lei traz uma breve definição do que seria a união estável, dizendo que “É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”.

Ao contrário da lei 8.971, essa lei não trouxe nenhum lapso temporal responsável por caracterizar a união estável. Outro ponto importante dessa lei é o fato de que o artigo 7º traz a rescisão da união, de acordo com Flávio Tartuce (2017) esse termo carrega a ideia de culpa pelo fim do relacionamento, desta forma surgindo daí a obrigação de prestar alimentos por parte daquele que motivou o fim.

Só em 2002, com o Código Civil que a matéria foi consolidada entre os artigos 1.723 e 1.727. Ponto fim a controvérsia da existência ou não da obrigação do lapso temporal. O artigo 1.723 não traz nenhum tempo mínimo ou máximo, dizendo apenas que a união deve ser duradoura.

Fazendo um breve comparativo entre a escolha desse tipo de vínculo familiar no passado e no presente Flávio Tartuce preleciona:

Na verdade, em um passado não tão remoto o que se via era a união estável como alternativa para casais que estavam separados de fato e que não poderiam se casar, eis que não se admitia no Brasil o divórcio como forma de dissolução definitiva do vínculo matrimonial. Hoje, tal situação vem sendo substituída paulatinamente pela escolha dessa entidade familiar por muitos casais na contemporaneidade. Em suma, no passado, a união estável era constituída, em regra, por falta de opção. Hoje, muitas vezes, por clara opção. (TARTUCE. 2017. p. 195)

Na Constituição Federal a união estável encontra-se prevista no artigo 226, parágrafo 3º, que diz: “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”. Daí já é possível compreender que casamento e união estável são diferentes, possuindo em algumas matérias um tratamento diferenciado, como era o caso do direito sucessório.

Tal diferenciação se devia ao artigo 1.790 do Código Civil, que fazia distinção entre o regime de sucessão entre cônjuges e companheiros, haja vista que o artigo 1.829 já tratava do assunto, mas deixava de fora a (o) companheira (o). O fato tornou-se motivo de debate no Supremo Tribunal Federal por meio do recurso extraordinário 878.694/MG.

Ao respectivo recurso, que teve seu julgamento iniciado em agosto de 2016, e seu encerramento em 10 de maio de 2017, foi dado provimento por maioria dos votos, com tese firmada no argumento:

O art. 1.790 do mencionado código é inconstitucional, porque viola os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade na modalidade de proibição à proteção deficiente e da vedação ao retrocesso. [...]

Com base nesse entendimento, o Plenário, ao apreciar o Tema 809 da repercussão geral, por maioria, deu provimento ao recurso extraordinário para reconhecer, de forma incidental, a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002 (1) e declarar o direito da recorrente a participar da herança de seu companheiro, em conformidade com o regime jurídico estabelecido no art. 1.829 do referido código. (Informativo 864 do STF).

Desta forma, é possível perceber que mesmo com a sua previsão em 1988, assuntos referentes a união estável perduram por anos, sendo amplamente discutido, tanto pela jurisprudência, como também pela doutrina.

1.1.3 Família Monoparental

Esta entidade familiar encontra-se prevista explicitamente na Constituição Federal, em seu artigo 226, parágrafo 4º, que aduz: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Entendida a composição da família monoparental, Paulo Lôbo (2011) traz algumas características atinentes a esse tipo familiar quando ensina:

A família monoparental não é dotada de estatuto jurídico próprio, com direitos e deveres específicos, diferentemente do casamento e da união estável. As regras de direito de família que lhe são aplicáveis, enquanto composição singular de um dos pais e seus filhos, são as atinentes às relações de parentesco, principalmente da filiação e do exercício do poder familiar, que neste ponto são comuns às das demais entidades familiares. Incidem-lhe sem distinção ou discriminação as mesmas normas de direito de família nas relações recíprocas entre pais e filhos, aplicáveis ao

casamento e à união estável, considerado o fato de integrá-la apenas um dos pais. (LÔBO. 2011. p. 90).

Uma importante característica desta família reside no fato de que apesar de ser formada por apenas um dos pais, ou seja, pai ou mãe e seus descendentes, neste caso não se encaixa a situação de um casal recém separado em que o filho ficará com mãe ou com o pai. Melhor explicado por Maria Berenice Dias (2016):

Quando um casal com filhos rompe o vínculo de convívio, mesmo que a prole fique residindo com um dos pais, não se pode dizer que eles constituem uma família monoparental. Os encargos do poder familiar é inerente a ambos os pais, e o regime legal de convivência impõe a guarda compartilhada. (DIAS. 2016. p. 242).

Nesse mesmo sentido aduz Paulo Lôbo (2011) ensina:

Nas entidades derivadas da dissolução de outras, se há pai vivo, o poder familiar é de ambos, concentrando-se a guarda na mãe e atribuindo-se ao pai o direito de visita e os encargos alimentares, salvo quando conciliaram pela guarda compartilhada, ou esta for determinada pelo juiz. (LÔBO. 2011. p. 90)

Sendo assim, é possível compreender que a família monoparental é aquela constituída por um dos pais e seus descendentes, porém excluindo a situação em que em decorrência de uma separação filho do casal passa a morar com apenas um de seus pais, nesse caso trata-se de uma relação de poder familiar e relação de parentesco e guarda.

1.1.4 Família Homoafetiva

A Constituição Federal ao reconhecer a união estável como sendo entidade familiar, em seu parágrafo 3º do artigo 226, traz a disposição que tal união se dá entre homem e mulher. Apesar de se omitir quanto a relação entre pessoas do mesmo sexo, não faz uma explícita proibição.

Desta forma, como defendido por Paulo Lôbo (2011), “a ausência de regulamentação para esse tipo de união não impede a sua existência”. Além

disso, o autor ainda aponta alguns pontos que impedem que se sustente a ideia da proibição dessa união, quando aduz:

O argumento da impossibilidade de filiação por casal de homossexuais não se sustenta, pelas seguintes razões: a) a família sem filhos é família tutelada constitucionalmente; b) a procriação não é finalidade indeclinável da família constitucionalizada; c) a adoção permitida a qualquer pessoa, independentemente do estado civil (art. 42 do ECA e art. 1.618 do Código Civil), não impede que a criança se integre à família, ainda que o parentesco civil seja apenas com um dos parceiros. (LÔBO. 2011. p. 92).

Com isso, chegava-se aos tribunais cotidianamente demandas a respeito do assunto, pedindo sempre o reconhecimento dessas uniões. A título de exemplo, abaixo a ementa de uma decisão do Tribunal de Justiça de Rio Grande do Sul, ainda do ano de 2005, na qual se pedia o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

AÇÃO DECLARATÓRIA. RECONHECIMENTO. UNIÃO ESTÁVEL. CASAL HOMOSSEXUAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CABIMENTO. A ação declaratória é o instrumento jurídico adequado para reconhecimento da existência de união estável entre parceria homoerótica, desde que afirmados e provados os pressupostos próprios daquela entidade familiar. A sociedade moderna, mercê da evolução dos costumes e apanágio das decisões judiciais, sintoniza com a intenção dos casais homoafetivos em abandonar os nichos da segregação e repúdio, em busca da normalização de seu estado e igualdade às parselhas matrimoniadas. **EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS, POR MAIORIA.** (TJRS, 4. G. Cív.,EI Nº 70011120573, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j.10.06.2005).

Mais tarde, no ano de 2009 o Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, reconhece a união estável homoafetiva para fins de garantia de concessão de benefício previdenciário.

São Paulo - Cível e Família – União homoafetiva - Pedido declaratório - Pretensão voltada ao mero reconhecimento da união, para fins previdenciários - Ausência de discussão patrimonial - Omissão legal a ser suprida pela analogia e pelos princípios gerais de direito - Aplicação do art. 4o da Lei de Introdução ao Código Civil - Situação equiparável à união estável, por aplicação dos princípios constitucionais da igualdade e dignidade da pessoa humana - Art. 227, § 3o, da Constituição

Federal de que não tem interpretação restritiva — Proteção à família, em suas diversas formas de constituição - Matéria afeta ao Juízo da Família - Conflito procedente em que se reconhece a competência do Juízo suscitado.(TJSP – CC 170.046-0/6-00, C.Esp. Rel. Des. Maria Olívia Alves, j, 16.03.2009).

Essas são decisões que reconhecem e protegem o princípio da dignidade da pessoa humana, passando por cima de qualquer tipo de preconceito ou exclusão. O fato é que as inúmeras decisões levaram ao julgamento da ADI 4277 pelo STF, pautada principalmente pelo respeito a dignidade da pessoa humana, estendeu as relações homoafetivas todas as garantias da união estável entre pessoas de diferentes sexos.

No julgamento da ADI, o Supremo Tribunal Federal fez algumas importantes pontuações. Ao dizer que na Constituição Federal o substantivo família não possui gênero, deixando claro que repudia a discriminação de uma pessoa por razões de gênero ou mesmo de sua sexualidade e por fim o reconhecimento da união homoafetiva como sendo uma entidade familiar.

Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA.

FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES.

(STF - ADI: 4277 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341)

Assim, pôs fim a distinção que havia na interpretação da legislação acerca da possibilidade do reconhecimento da homoafetividade como união estável. Corroborando para este entendimento a autora Maria Berenice Dias (2016) que aduz:

Em nada se diferencia a convivência homossexual da união estável heterossexual. A homoafetividade não é uma doença nem uma opção livre. Assim, descabe estigmatizar a orientação homossexual de alguém, já que negar a realidade não soluciona as questões que emergem quando do rompimento dessas uniões. (DIAS. 2016. p. 238).

Portanto, o avanço obtido com essa decisão é notável, foi suprida não só uma omissão, mas sim garantido um direito e permitido as pessoas que desejam formar família a liberdade de escolher seu par, seja ele do mesmo sexo que o seu ou não.

1.1.5 Relações Paralelas ou simultâneas

Com tudo que já foi estudado até aqui, é possível compreender que todas as entidades familiares até então discutidas; com exceção da formada pelo casamento, passaram por um longo e lento processo para serem reconhecidas da forma que são hoje.

Todavia, ainda há muito o que se evoluir, ainda há deveres a serem cumpridos e direitos a serem exercidos e devidamente reconhecidos. Quem se propõe a formar uma família deve ter o mínimo de responsabilidade esperada, seja por qual meio for. O casamento impõe o dever da fidelidade, a união estável por sua vez a lealdade, como ensinado por Maria Berenice Dias (2016). Mas a questão é: e quando se desrespeita tal fidelidade ou lealdade, qual ônus se deve carregar?

A resposta é melhor explicada nas palavras de Maria Berenice Dias (2016), que preleciona:

[...]

Ainda que tal configure descumprimento do dever de fidelidade e adultério – que nem mais crime é - os homens assim agem. Fechar os olhos a esta realidade e não responsabilizar quem assim age é ser conivente, é incentivar este tipo de comportamento. O homem pode ter quantas mulheres quiser porque a Justiça não lhe impõe qualquer ônus. Livrá-lo de responsabilidades é punir quem, durante anos, acreditou em quem lhes prometeu que, um dia, o amor seria exclusivo. Mulheres que ficaram fora do mercado de trabalho, cuidaram de filhos, de repente, se veem sem condições de sobrevivência. (DIAS. 2016. p. 239)

Visto isso, e analisando até mesmo de forma superficial a sociedade, é perfeitamente possível perceber que esse é um tipo de comportamento que se perpetua no tempo, mas não se encerra. Mesmo estando quebrando deveres conjugais, ainda não é punível, gerando consequências que na maioria das vezes é sentida apenas por quem fora enganado.

Todavia, alguns tribunais passam a frente e terminam por reconhecer direitos a “concubina” que dependia financeiramente do falecido. Assim, como fez com o reconhecimento da união estável e com as uniões homoafetivas, alguns tribunais vêm dando procedência a pedidos de reconhecimento dessa união a fim da obtenção de benefícios previdenciários, a fim de evitar flagrantes injustiças.

No caso abaixo, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região entendeu ser devido a divisão do benefício previdenciário pensão por morte entre a concubina, a senhora Dyva e a companheira, a senhora Regina, tendo em vista que restou

comprovada a dependência financeira da primeira perante o falecido, bem como que a relação já perdurava por vinte anos, não sendo portanto caracterizada como eventual.

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. EXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL PARALELA AO CASAMENTO. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. BENEFÍCIO DEVIDO. 1. A relação de concubinato mantida em concomitância com uma relação matrimonial não afasta, por si só, o direito da concubina à percepção do benefício de pensão por morte, desde que demonstrada a união estável com o de cujus. In casu, restou comprovado que o de cujus manteve, durante mais de vinte anos, paralela e simultaneamente, o casamento com a autora Dyva e a união estável com a corré Regina, o que, ao que tudo indica, perdurou até a data do seu falecimento, em 2011. 3. O Supremo Tribunal Federal, em 09-03-2012, reconheceu a existência de repercussão geral em processo no qual se discute a possibilidade de o concubinato de longa duração gerar efeitos previdenciários (RE 669465). Porém, como a questão pendente de decisão definitiva no Supremo Tribunal Federal e sobretudo porque o Judiciário não pode ignorar a realidade dos fatos comprovados nos autos, deve ser reconhecido que ambas - autora e corré - ostentam a condição de dependentes previdenciárias do falecido, fazendo jus a corré à pensão em virtude do falecimento deste.

(TRF-4 - AC: 50135682620134047200 SC 5013568-26.2013.4.04.7200, Relator: JORGE ANTONIO MAURIQUE, Data de Julgamento: 12/07/2018, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DE SC)

No caso em questão seria uma injustiça sem tamanho desconsiderar a união paralela a união estável, haja vista que características como a dependência financeira e longo tempo de duração da união estavam presentes, logo deixar a concubina desamparada apenas pela omissão insistente do legislativo em tratar da matéria seria sem dúvidas uma quebra ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Nos dizeres de Giselda Maria Fernandes Hironaka (2013):

[...]

Após todas estas revisões, encerro estas minhas breves considerações acerca dos reflexos jurídicos nas relações familiares simultâneas, buscando retratar, ainda que superficialmente, conforme o tempo, neste conclave, exige, o momento presente a respeito do importantíssimo assunto, assunto da atualidade da vida dos homens, hoje com maior visibilidade do que já esteve, antes, no tempo em que se ignorava juridicamente tais relacionamentos, jogando-os “para baixo dos tapetes”, de resto

como tantas outras situações e circunstâncias da vida como ela efetivamente é. Que o direito não permaneça alheio à realidade humana, à realidade das situações existentes, às mudanças sociais importantes que, sem dúvida, têm se multiplicado na história das famílias, exatamente como ela é. Cerrar os olhos, talvez seja mais um dos inúmeros momentos de hipocrisia que o Legislativo e o Judiciário têm repetido deixar acontecer, numa era em que já não mais se coaduna com as histórias guardadas a sete chaves. (HIRONAKA. 2013. p. 07).

Nesse mesmo sentido aduz Rodrigo da Cunha Pereira (2018):

A tendência das organizações jurídicas ocidentais é relativizarem o princípio da monogamia, para não condenar as famílias, que de fato existem, à invisibilidade jurídica, considerando-as como inexistentes, eliminando essa reprovabilidade para não repetir as mesmas injustiças históricas, como os filhos e famílias havidos fora do casamento, que por muito tempo foram condenados à ilegitimidade. (PEREIRA. Rodrigo da Cunha. 2018. On-line)

Sendo assim, apesar de toda evolução alcançada pelo direito de família até hoje, ainda há lacunas que precisam ser supridas, sem desrespeitar nenhuma entidade familiar para benefício de outra, não se deve fingir que famílias paralelas ao casamento ou união estável não existem, é necessário olhar para realidade e ir se adequando a ela.

A presente pesquisa não defende a relativização da monogamia, bem como dos deveres de lealdade e fidelidade presentes na união estável e casamento, mas apenas que haja um ônus para aquele que se destina a constituição de duas famílias ao mesmo tempo, bem como a garantia de direitos a concubina em caso de falecimento, como na jurisprudência acima apresentada.

Afinal, é prudente se garantir a dignidade de uma pessoa que dependia exclusivamente daquele tido como seu companheiro de vida, muitas vezes fora do mercado de trabalho a anos, e por vezes com a idade já avançada. É o que vem fazendo o judiciário, quando estuda caso por caso, e dá provimento a pedidos de divisão da pensão por morte, como forma de se garantir a subsistência dessas pessoas, quando comprovada a dependência.

1.2 - PERSPECTIVA HISTÓRICA DO CONCUBINATO NA SOCIEDADE BRASILEIRA

Conforme descrito por Jales (2012), o vocábulo concubinato deriva etimologicamente do latim *concubinatus*, us, que significava mancebia, amasiamento, proveniente do verbo *concumbo*, is, ubui, ubitum, ere ou *concubo*, as, bui, itum, are, ambos cujo sentido é o de dormir com outra pessoa, copular, deitar-se com, repousar, descansar, ter relação carnal, estar na cama.

Antes da Constituição Federal, todas as uniões que não derivassem do casamento eram tidas como concubinato, conforme Maria Berenice Dias (2016). Sendo assim, mesmo que as pessoas fossem livres, sem nenhum impedimento, sua união não era legítima, afinal só o casamento legitimava a relação. Desta forma, doutrinariamente havia a divisão entre concubinato puro e impuro, que é melhor explicado nos dizeres de Jales (2012):

Doutrinariamente, considera-se puro o concubinato como uma união duradoura entre homem e mulher livres e desimpedidos, não comprometidos por deveres matrimoniais ou por outra ligação concubinária, constituindo-se uma família de fato. Desta forma, somente as pessoas solteiras, viúvas, separadas judicialmente ou divorciadas podem constituir este tipo de união livre.

Em contrapartida, o concubinato impuro caracteriza-se pela existência de algum comprometimento ou impedimento legal para o casamento por parte de ambos ou de um dos envolvidos na relação concubinária, subdividindo-se, ainda, em três modalidades, quais sejam: o concubinato adúlterino, incestuoso e o desleal. (JALES. 2012. On-line).

Em 1988 a Constituição reconhece outras entidades para além do casamento, como a união estável, que antes se configurava como o concubinato puro acima conceituado. Assim, restou apenas o concubinato impuro, o qual deriva da existência de algum impedimento. Tal forma do concubinato possui três subdivisões, que são definidas por Jales (2012) de seguinte forma:

O concubinato é adúlterino, se um ou ambos os concubinos já são casados e mantêm uma relação concubinária simultânea à família maritalmente estabelecida; já o incestuoso se constitui se houver parentesco próximo entre os concubinos e, por fim, recebe a denominação de desleal nos casos em que o indivíduo

concubinado com alguém mantém, paralelamente ao seu lar, outro de fato. (JALES. 2012. On-line).

Para a pesquisa o que interessa é o concubinato adúlterino, o qual em outras palavras deriva da pluralidade familiar, ou seja, a constituição de duas famílias ao mesmo tempo, sendo uma constituída legitimamente, hoje não só pelo casamento, mas também pela união estável e outra formada além dos limites estabelecidos.

Desta forma, é possível perceber que o concubinato não é um tipo de relação contemporânea, mas sim que remonta épocas passadas. Manuela Passos Cerqueira (2011) em seu artigo Consequências Jurídicas do Concubinato Adúlterino menciona alguns autores que fizeram estudos acerca da historicidade do concubinato. Dentre esses faz referência ao historiador Bóris Fausto, o qual dizia que o concubinato remonta a época da colonização portuguesa.

Além disso, também menciona que Fabiana Meira Maia ao estudar mais a fundo o concubinato da sociedade brasileira cita o autor Gilberto Freyre, o qual pontua que as relações simultâneas foram de suma importância para o povoamento do território brasileiro, haja vista que o número de europeus ainda era pequeno.

A autora do referido artigo ainda informa que essa prática só veio ser proibida com as ordenações filipinas, que consideravam a monogamia como única forma de constituição familiar, repudiando assim o concubinato. Como já mencionado, o Código Civil de 1916 proibia tal prática, além disso o Código penal de 1940, ainda atual, tipificava o adultério como crime até 2005, quando foi revogado pela lei 11.106/05.

Atualmente a pluralidade familiar ainda é repudiada, os deveres de fidelidade e lealdade devem ser respeitados, não sendo permitido que uma pessoa que contraia matrimônio ou que viva em união estável, possa ainda constituir uma família diversa.

Desta forma, não resta dúvidas que atualmente a família constituída por meio de união estável é completamente diferente daquela constituída de forma

paralela, Jales (2012) traz uma interessante distinção entre concubinos e companheiros e a relação formada por cada união, ao dizer:

A concubina é [...] a amante, a mulher dos encontros velados, freqüentada pelo homem casado, que convive ao mesmo tempo com sua esposa legítima, [...] é a que reparte, com a esposa legítima, as atenções e assistência material do marido, ou seria a mulher do lar clandestino, oculto, velado aos olhos da sociedade, como prática de bigamia e que o homem freqüenta simultaneamente ao lar legítimo e constituído segundo as leis. Já a companheira é [...] a mulher que se une ao homem já separado da esposa e que se apresenta à sociedade como se legitimamente casados fossem, [...] a mulher que une seu destino ao homem solteiro, viúvo, desquitado ou simplesmente separado de fato da mulher legítima. Sua característica está na convivência de fato, como se casados fossem aos olhos de quantos se relacionem com os companheiros de tal união. Pesam no conceito as exigências de exclusividade, fidelidade, vida em comum sob o mesmo teto com durabilidade. O vínculo entre os companheiros imita o casamento, ou, no dizer tradicional, é *more uxorio*. Todo o relacionamento se faz às claras, sem ocultação. Os dois freqüentam a sociedade, onde, reciprocamente, se tratam como marido e mulher. (JALES. 2012. On-line).

Atualmente o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.727 dispõe sobre o concubinato o classificando como sendo “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”.

Ainda é importante fazer uma breve diferenciação do concubinato quando tratado como famílias paralelas e o poliamor quando tratado como famílias poliafetivas. Seguindo os ensinamentos de Maria Berenice Dias (2016) a diferenciação destes dois institutos possui um caráter espacial. Nas famílias paralelas há a formação de uma nova entidade familiar distinta daquela formada pelo casamento ou da união estável, aqui cada um vive em sua residência.

Já nas famílias poliafetivas há a formação de uma única entidade familiar, inclusive com todos habitando a mesma residência, a autora menciona que configura-se como sendo um casamento, porém se difere deste pelo número de integrantes.

Desta forma, a autora Regina Navarro Lins em um artigo escrito em seu blog em 2016 de nome “Da monogamia ao poliamor” descreve o poliamor da seguinte maneira:

No poliamor uma pessoa pode amar seu parceiro fixo e amar também as pessoas com quem tem relacionamentos extraconjugais, ou até mesmo ter relacionamentos amorosos múltiplos em que há sentimento de amor recíproco entre todos os envolvidos. Os poliamoristas argumentam que não se trata de procurar obsessivamente novas relações pelo fato de ter essa possibilidade sempre em aberto, mas, sim, de viver naturalmente tendo essa liberdade em mente. O poliamor pressupõe uma total honestidade seio da relação. Não de trata de enganar nem de magoar ninguém. Tem como princípio que todas as pessoas envolvidas estão a par da situação e sentem à vontade com ela. A idéia principal é admitir essa variedade de sentimentos que se desenvolvem em relação a várias pessoas, e que vão além da mera relação sexual. (LINS. 2017. On-line)

Todavia, não ainda no ordenamento jurídico brasileiro previsão para que tal conduta seja aceita como legal. O casamento e a união estável, como demonstrado nos tópicos anteriores são formados por apenas duas pessoas. Desta forma, assim como o concubinato, ainda não há uma regulamentação específica para tratar da matéria, todavia, a mesma não deixará de existir por ser posta de lado, em algum momento esse tipo de relacionamento deverá vir à tona nas discussões jurídicas.

Entendida essa última diferenciação, bem como toda a evolução da relação familiar formada de maneira ilegítima, por meio do concubinato, seus efeitos jurídicos nas diversas searas do direito serão tratados de forma mais aprofundada no terceiro capítulo desta pesquisa.

CAPÍTULO II

2. PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA

Neste capítulo a pesquisa tratará acerca dos principais princípios aplicáveis a matéria em discussão. Antes de adentrar a individualização de cada princípio, é importante esclarecer o que vem a ser princípio. Paulo Lôbo (2011), em seu livro *Direito Civil – Famílias* traz o seguinte conceito:

O princípio, por seu turno, indica suporte fático hipotético necessariamente indeterminado e aberto, dependendo a incidência dele da mediação concretizadora do intérprete, por sua vez orientado pela regra instrumental da equidade, entendida segundo formulação grega clássica, sempre atual, de justiça do caso concreto. (LÔBO. 2011. p. 59)

Já nos dizeres de Maria Berenice Dias (2016), princípios são:

Os princípios são normas jurídicas que se distinguem das regras, não só porque têm alto grau de generalidade, mas também por serem mandatos de otimização. Devem ter conteúdo de validade universal. Consagram valores generalizantes e servem para balizar todas as regras, as quais não podem afrontar as diretrizes contidas nos princípios. (DIAS. 2016. p. 67)

Entendido isso, agora será tratado de forma particular cada um dos princípios, alguns previstos expressamente na Constituição Federal, como o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como aqueles previstos de forma implícita, mas ainda assim considerados no ordenamento jurídico, como o princípio da afetividade.

2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Este é um princípio que se relaciona com todos os ramos do direito, tendo em vista que sua principal garantia é o respeito ao ser humano, seja ele como for. Sua aplicação no direito de família é essencial, e serve de base para o desenvolvimento de tantos outros princípios aqui cabíveis.

Acerca deste princípio Paulo Lôbo preleciona:

A dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade. (LÔBO. 2011. p. 60)

Ainda a fim de conceituar este princípio, Flávio Tartuce trata a dignidade da pessoa da seguinte forma:

A partir desse conceito, entendemos que a dignidade humana é algo que se vê nos olhos da pessoa, na sua fala e na sua atuação social, no modo como ela interage com o meio que a cerca. Em suma, a dignidade humana concretiza-se socialmente, pelo contato da pessoa com a sua comunidade. (TARTUCE. 2016. p. 18)

Quanto a sua disposição legal, a Constituição Federal logo em seu artigo 1º, traz esse princípio como sendo um fundamento da República Federativa do Brasil.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

(Constituição Federal de 1988)

De forma mais específica, o capítulo VII da Constituição Federal trata da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso, trazendo entre os artigos 226 ao 230, disposições importantes acerca deste princípio. O parágrafo 7º do artigo 226 traz a liberdade do planejamento familiar ao casal, pautado na dignidade da pessoa humana.

Art. 226 [...]

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma

coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. [...] (Constituição Federal de 1988)

No entendimento de Flávio Tartuce o respeito à dignidade da pessoa humana no direito de família também pode ser traduzido em alguns pontos, como a proteção do bem de família, o qual por força da lei 8.009 de 1990, é tido como impenhorável.

Inclusive, essa proteção foi estendida a pessoas solteiras, justificando antes de mais nada a busca pela proteção da pessoa, lhe assegurando o direito de moradia, também trazido pela Constituição em seu artigo 6º. Como este já era o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, acabou por gerar a súmula 364 do mesmo tribunal, que possui a seguinte redação: “O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”.

Outro ponto que o autor também aponta como sendo de suma importância para o respeito deste princípio, é a mitigação da culpa nas ações de separação e divórcio. Com a emenda 66, de 13 de julho de 2010, houve a alteração do texto da Constituição, a qual deu nova redação ao § 6º do art. 226, determinando que o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio.

O que ocorre é que, as regras do código civil não foram alteradas, o que acaba por gerar uma contradição entre doutrinadores e também na jurisprudência, tal confusão pode ser melhor explicada nas palavras do autor:

Ressalte-se que, com a aprovação da Emenda Constitucional 66/2010, conhecida como Emenda do Divórcio, há quem entenda pela extinção total da culpa para a dissolução do casamento, conforme se verá em momento oportuno. De imediato, destaque-se que a Emenda alterou apenas o Texto Maior, sem qualquer modificação do Código Civil. Cabe à doutrina e à jurisprudência apontar quais as normas que prevalecem e quais estão revogadas no Código Civil de 2002 e na legislação extravagante. Com a inovação, vivificamos a grande revolução do Direito de Família deste Século XXI, com enormes desafios para os aplicadores do Direito em geral. (TARTUCE. 2016. p. 19)

Além disso, é notável que a jurisprudência se pauta nesse princípio quando decide de forma favorável o reconhecimento de uma união paralela ao

casamento, afinal, é necessário olhar a situação como um todo. Como melhor explicado no capítulo anterior, alguns aspectos são levados em conta no momento de reconhecer esse tipo de união, como por exemplo o tempo da união, bem como a existência de dependência financeira por parte da concubina. Apenas a título de exemplo, é possível constatar tais aspectos na jurisprudência do Tribunal de Justiça do estado de Minas Gerais.

No caso em questão se discutia o reconhecimento de uma união estável contemporânea ao casamento. Para decidir de forma favorável, o aspecto temporal foi levado em consideração, haja vista que tal união perdurou por um período de vinte e cinco anos. Além disso, tratava-se de uma união pública, com existência de filhos e até netos.

Portanto, o referido tribunal entendeu que no caso em análise era sim possível tal reconhecimento, afastando inclusive a nomenclatura concubina, por entender como sendo preconceituosa, chamando de companheira, a qual se assim não fosse reconhecida, daria espaço apenas para o reconhecimento da clandestinidade das relações familiares.

DIREITO DAS FAMÍLIAS. UNIÃO ESTÁVEL CONTEMPORÂNEA A CASAMENTO. UNIÃO DÚPLICE. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO FACE ÀS PECULIARIDADES DO CASO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Ao longo de vinte e cinco anos, a apelante e o apelado mantiveram um relacionamento afetivo, que possibilitou o nascimento de três filhos. Nesse período de convivência afetiva - pública, contínua e duradoura - um cuidou do outro, amorosamente, emocionalmente, materialmente, fisicamente e sexualmente. Durante esses anos, amaram, sofreram, brigaram, reconciliaram, choraram, riram, cresceram, evoluíram, criaram os filhos e cuidaram dos netos. Tais fatos comprovam a concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. Isso é família. O que no caso é polêmico é o fato de o apelado, à época dos fatos, estar casado civilmente. Há, ainda, dificuldade de o Poder Judiciário lidar com a existência de uniões dúplices. Há muito moralismo, conservadorismo e preconceito em matéria de Direito de Família. No caso dos autos, a apelada, além de compartilhar o leito com o apelado, também compartilhou a vida em todos os seus aspectos. Ela não é concubina - palavra preconceituosa - mas companheira. Por tal razão, possui direito a reclamar pelo fim da união estável. Entender o contrário é estabelecer um retrocesso em relação a lentas e sofridas conquistas da mulher para ser tratada como sujeito de igualdade jurídica e de igualdade social. Negar a existência de união estável, quando um dos companheiros é

casado, é solução fácil. Mantém-se ao desamparo do Direito, na clandestinidade, o que parte da sociedade prefere esconder. Como se uma suposta invisibilidade fosse capaz de negar a existência de um fato social que sempre aconteceu, acontece e continuará acontecendo. A solução para tais uniões está em reconhecer que ela gera efeitos jurídicos, de forma a evitar irresponsabilidades e o enriquecimento ilícito de um companheiro em desfavor do outro. DERAM PROVIMENTO PARCIAL. (TJMG, Apelação Cível nº 1.0017.05.016882-6/003, Rel^a. Des. ^a Maria Elza, public. 10/12/2008).

Diante de todo o exposto é possível compreender que o princípio da dignidade da pessoa humana tem uma imensa proporção no direito de família, afinal neste ramo do direito cuida-se antes de mais nada de pessoas, que devem ter resguardada sua particularidade frente a uma relação familiar, bem como a proteção a entidade também deve ser garantida.

2.2 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR

Inicialmente, a solidariedade é trazida no texto da Constituição, em seu artigo 3º, I, quando diz que “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária”. Ou seja, é um dever compartilhado por toda a sociedade atingir o objetivo ora trazido.

Trazendo um conceito doutrinário, Paulo Lôbo (2011) diz:

O princípio jurídico da solidariedade resulta da superação do individualismo jurídico, que por sua vez é a superação do modo de pensar e viver a sociedade a partir do predomínio dos interesses individuais, que marcou os primeiros séculos da modernidade, com reflexos até a atualidade. (LÔBO. 2011. p. 64)

Quanto a aplicação da solidariedade no direito de família, há um exemplo expresso na Constituição, presente nos artigos 226, 227 e 230, os quais trazem o dever conjunto do Estado, da sociedade e da família, na proteção da entidade familiar, da criança e do idoso, respectivamente.

Quanto a criança, o estatuto da criança e do adolescente, também traz a previsão da solidariedade quanto aos cuidados a serem prestados as mesmas, vejamos o disposto em seu artigo 4º:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (Estatuto da Criança e do Adolescente – 1990)

Há também no código civil alguns artigos que indicam a necessidade deste princípio, por exemplo no artigo 1.513 que possui o seguinte texto “comunhão de vida instituída pela família”, fazendo referência a cooperação entre as pessoas que compõem o laço familiar. O autor Paulo lobo (2011. p. 65) ainda aponta a adoção, o exercício do poder familiar, a colaboração de ambos os cônjuges na construção da família, e outros diversos aspectos que corroboram para a existência da solidariedade no seio da família.

O autor Flávio Tartuce (2016. p.23) por sua vez, aponta o dever de pleitear e prestar alimentos como uma característica deste princípio. A título de exemplo o Tribunal Regional Federal de 3ª região julgou procedente o rateio do benefício de pensão por morte entre ex cônjuge e companheira no processo de nº 0007443-30.2003.4.03.6126, haja vista que os cônjuges já estavam separados e o falecido mantinha uma união estável com a autora da ação.

2.3 PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS FILHOS

O princípio da igualdade é trazido pela Constituição Federal, no caput do artigo 5º, o qual é traz um rol de direitos e deveres individuais e coletivos. Responsável por deixar para trás a antiga desigualdade entre sexos. O artigo possui a seguinte redação:

Art. 5º

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à

igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...] (Constituição Federal de 1988)

Constituindo assim uma garantia constitucional. Portanto no direito de família não poderia ser diferente. Tratando da igualdade entre os filhos, o artigo 226, § 6º da Constituição Federal ensina que é defeso o tratamento discriminatório entre os filhos.

Art. 226 [...]

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (Constituição Federal de 1988)

Desta forma, encontra-se superada qualquer forma de discriminação entre os filhos, antes trazida pelo código civil de 1916, que em seu artigo 332 trazia uma redação preconceituosa quanto a origem da criança quando dizia: “O parentesco é legítimo, ou ilegítimo, segundo procede, ou não de casamento; natural, ou civil, conforme resultar de consangüinidade, ou adoção”. Seria apenas mais uma forma de legitimar o casamento como a única forma de constituição de família.

Explicando melhor a disposição do referido artigo, Paulo Lôbo ensina:

Conseqüentemente, filhos legítimos eram os nascidos de família constituída pelo casamento, que determinavam por sua vez a legitimidade dos laços de parentesco decorrentes; os demais recebiam o sinete estigmatizante de filhos, irmãos e parentes ilegítimos. (LÔBO, 2011, p. 67)

Visto isso, as discriminações feitas não encontram mais nenhum respaldo legal, expressões como filho bastardo não tem razão alguma de ainda vigorar na sociedade brasileira, o que se busca cada dia mais é a igualdade, afinal filho é filho, independentemente da relação que lhe deu origem.

2.4 PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS CÔNJUGES E COMPANHEIROS

O artigo 226 § 5º da Constituição Federal, traz uma redação que representa um grande marco no fim da desigualdade de gênero, quando diz que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Desta forma, assim como a igualdade entre os filhos, a igualdade entre os cônjuges também acaba com a ideia de família patriarcal, trazida anteriormente pelo artigo 233 do Código Civil de 1916, que dizia que “o marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos”.

Acerca deste artigo Carlos Roberto Gonçalves preleciona:

A regulamentação instituída no aludido dispositivo acaba com o poder marital e com o sistema de encapsulamento da mulher, restrita a tarefas domésticas e à procriação. O patriarcalismo não mais se coaduna, efetivamente, com a época atual, em que grande parte dos avanços tecnológicos e sociais está diretamente vinculada às funções da mulher na família e referenda a evolução moderna, confirmando verdadeira revolução no campo social. (GONÇALVES, 2012, p. 27)

O Código Civil segue o mesmo entendimento, quando em seu artigo 1.511 iguala ao homem e a mulher os direitos e deveres atinentes ao casamento “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

Essa igualdade entre cônjuges se estende também aos companheiros, haja vista que a Constituição em seu artigo 226 §3º reconhece a união estável como entidade familiar, bem como pelos artigos 1.723 a 1.727 do código civil.

Flávio Tartuce (2016) cita a título de exemplo da igualdade entre cônjuges e companheiros, a possibilidade de pleitear alimentos entre si, bem como de fazer uso do nome um do outro, a depender do que fora estipulado entre ambos.

Outro exemplo citado pelo mesmo autor se refere a um artigo do antigo código de processo civil, já superado, mas que durante sua vigência apontava claramente para uma desigualdade. Se referia ao foro privilegiado atribuído as mulheres quando da proposição de ações no âmbito do direito de família.

Importante fazer menção ao fato de que esse princípio trata da igualdade em termos de gênero, direitos e deveres entre ambos os cônjuges ou

companheiros dentro de suas relações, não tratando, portanto da relação igualitária entre as entidades familiares, as quais já foram melhor explicadas no capítulo anterior. Uma vez compreendido isto, o nosso ordenamento passou a prezar pela igualdade familiar, seja entre os filhos, com já mencionado no tópico acima, como também pelos cônjuges e companheiros.

2.5 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Esse princípio ganhou um tópico individualizado no trabalho em decorrência de sua crescente importância no direito de família. Desta forma, é necessário antes de darmos prosseguimento ao estudo deste princípio conceituar a palavra afeto. Para tanto, Flávio Tartuce ao analisar o princípio ensina:

De início, para os devidos fins de delimitação conceitual, deve ficar claro que o afeto não se confunde necessariamente com o amor. Afeto quer dizer interação ou ligação entre pessoas, podendo ter carga positiva ou negativa. O afeto positivo, por excelência, é o amor; o negativo é o ódio. Obviamente, ambas as cargas estão presentes nas relações familiares. (TARTUCE, 2012. On-line)

Ainda conceituando, o autor Paulo Lôbo faz a importante distinção entre afeto e afetividade, quando aduz:

A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. (LÔBO, 2011, p. 71)

Entendido isso, o princípio da afetividade está implícito da Constituição, porém explícito no Código Civil, como demonstra o autor Paulo Lôbo (2011. p. 72). No caso o mesmo aponta o que diz o artigo 1593 “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Ou seja, o legislador deu liberdade a constituição da família para além dos limites resultados do aspecto sanguíneo.

O princípio da afetividade trouxe uma mudança, ou melhor, transformação nas famílias, as quais encontram-se hoje mais interligadas pelo afeto, fato melhor explicado nas palavras de Maria Berenice Dias, que preleciona:

A família transforma-se na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre seus membros: valorizam-se as funções afetivas da família. A família e o casamento adquiriram novo perfil, voltados muito mais a realizar os interesses afetivos e existenciais de seus integrantes. (DIAS, 2016, p. 86)

Desta forma, a partir da aplicação desse princípio, uma série de situações passam a ser admitidas e reconhecidas no nosso ordenamento jurídico. Para melhor explicar, será citada algumas dessas situações. Inicialmente, a igualdade de irmãos biológicos e adotivos, deixando de lado qualquer tipo de diferenciação feita neste sentido. Maria Berenice Dias aponta este fato como um desdobramento do princípio quando nos diz:

O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais. O sentimento de solidariedade recíproca não pode ser perturbado pela preponderância de interesses patrimoniais. (DIAS, 2016, p. 85)

A afetividade também é uma forma de garantir o bem-estar de uma criança, quando não for possível que sua guarda seja mantida pelos próprios pais, vejamos o que diz o artigo 1.584 § 5º do Código Civil:

Art. 1.584 [...]

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. [...] (Código Civil de 2002)

Outro desdobramento do princípio, desta vez apontado pelo autor Flávio Tartuce, se refere ao reconhecimento das uniões homoafetivas, a esse respeito o autor ensina:

Após um longo trajeto -, que se iniciou pela negação absoluta de direitos, passou pelo tratamento como sociedade de fato e chegou ao enquadramento como família -, o Direito Brasileiro passou a tratar a união entre pessoas do mesmo sexo como comunidade equiparada à união estável. A culminância de tal conclusão se deu

com a histórica decisão do STF de 5 de maio de 2011, publicada no seu Informativo n. 625. (TARTUCE, 2012)

Outro aspecto também apontado por Flávio Tartuce (2017) trata do reconhecimento da parentalidade socioafetiva, o qual entende que é uma modalidade incluída no código civil, em seu artigo 1.593, quando reconhece a parentalidade advinda de “outra origem”. Para fundamentar-se Tartuce faz referência ao artigo escrito do João Baptista Vilela, no ano de 1979, o qual defendia a “desbiologização da paternidade”, dando origem a tão utilizada expressão “pai é quem cria”.

Quanto ao reconhecimento socioafetivo da parentalidade, o STJ no ano de 2011, ao julgar um recurso especial de número 709.608/MS, reconheceu a paternidade pautado na afetividade. No caso em questão, a autora pretendia que a sua certidão de nascimento fosse devidamente retificada, tendo em vista que seu pai biológico já havia falecido, e a mesma foi criada pelo seu pai afetivo, o que deu ensejo a respectiva pretensão. Conforme a ementa da decisão:

REGISTRO CIVIL. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE VIA ESCRITURA PÚBLICA. INTENÇÃO LIVRE E CONSCIENTE. ASSENTO DE NASCIMENTO DE FILHO NÃO BIOLÓGICO. RETIFICAÇÃO PRETENDIDA POR FILHA DO DE CUJUS. ART. 1.604 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE VÍCIOS DE CONSENTIMENTO. VÍNCULO SOCIOAFETIVO. ATO DE REGISTRO DA FILIAÇÃO. REVOGAÇÃO. DESCABIMENTO. ARTS. 1.609 E 1.610 DO CÓDIGO CIVIL. 1. Estabelecendo o art. 1.604 do Código Civil que "ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade de registro", a tipificação das exceções previstas no citado dispositivo verificar-se-ia somente se perfeitamente demonstrado qualquer dos vícios de consentimento, que, porventura, teria incorrido a pessoa na declaração do assento de nascimento, em especial quando induzido a engano ao proceder o registro da criança. 2. Não há que se falar em erro ou falsidade se o registro de nascimento de filho não biológico efetivou-se em decorrência do reconhecimento de paternidade, via escritura pública, de forma espontânea, quando inteirado o pretense pai de que o menor não era seu filho; porém, materializa-se sua vontade, em condições normais de discernimento, movido pelo vínculo socioafetivo e sentimento de nobreza. 3. "O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo socioafetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação socioafetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro

civil" (REsp n. 878.941-DF, Terceira Turma, relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 17.9.2007). 4. O termo de nascimento fundado numa paternidade socioafetiva, sob autêntica posse de estado de filho, com proteção em recentes reformas do direito contemporâneo, por denotar uma verdadeira filiação registral – portanto, jurídica –, conquanto respaldada pela livre e consciente intenção do reconhecimento voluntário, não se mostra capaz de afetar o ato de registro da filiação, dar ensejo a sua revogação, por força do que dispõem os arts. 1.609 e 1.610 do Código Civil. 5. Recurso especial provido.

(STJ - REsp: 709608 MS 2004/0174616-7, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 05/11/2009, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: --> DJe 23/11/2009)

Ainda na IV Jornada de Direito Civil, realizada em outubro de 2006, foram aprovados alguns enunciados que dizem respeito ao tema em questão. O enunciado 339 que “A paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho”, ainda o enunciado 341 que faz referência ao artigo 1.696 do código civil, informando que “Para os fins do art. 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar”.

Posteriormente, no ano de 2011, mais um enunciado foi aprovado, desta vez na V jornada, de número 519, que nos diz que:

O reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai(s) e filho(s), com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais. (Enunciado 519 – V Jornada de direito civil)

Para demonstrar a proporção do princípio da afetividade nas relações de família, a ministra Nancy Andrighi, no julgamento do recurso especial de número 1.026.981 – RJ, preleciona:

[...]

O Direito não regula sentimentos, mas define as relações com base neles geradas, o que não permite que a própria norma, que veda a discriminação de qualquer ordem, seja revestida de conteúdo discriminatório. O núcleo do sistema jurídico deve, portanto, muito mais garantir liberdades do que impor limitações na esfera pessoal dos seres humanos. [...]

A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre

manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes. [...] (STJ - REsp: 1026981 RJ 2008/0025171-7, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 04/02/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/02/2010)

Para finalizar o estudo do princípio da afetividade, o autor Paulo Lôbo faz uma importante definição acerca da afetividade dizendo: “A força da afetividade reside exatamente nessa aparente fragilidade, pois é o único elo que mantém pessoas unidas nas relações familiares”. Com essas palavras a pesquisa encerra o estudo do princípio, que seja talvez o que mais se relaciona com o direito de família.

CAPÍTULO III

3 – EFEITOS JURÍDICOS DO CONCUBINATO

No capítulo inicial desta pesquisa foi tratado os principais aspectos da evolução histórica do concubinato na sociedade brasileira, bem como a apresentação de conceitos relativos a matéria. Neste ponto, uma vez já apresentado o que vem a ser o tema, neste capítulo a pesquisa adentrará nas consequências jurídicas acarretadas por essa prática, até então tida como ilegal pelo direito nacional.

Desta forma, neste capítulo serão abordados os principais enfrentamentos que pessoas envolvidas no concubinato enfrentam, tanto do ponto de vista do direito de família, mas também do ponto de vista do direito previdenciário, tendo em vista que esse último é o ramo do direito onde as pessoas que dependem financeiramente umas das outras buscam o reconhecimento de sua relação como entidade familiar, para que possam ser amparados por benefícios, em termos financeiros.

3.1 – O RECONHECIMENTO DO CONCUBINATO NO DIREITO DE FAMÍLIA.

Chegado nesse ponto já é sabido que o direito de família sofreu inúmeras modificações ao longo do tempo. Já houve um tempo em que a família enfrentou uma fase de extremo conservadorismo, e esse comportamento se espelhou no direito da época. Como já estudado, por um longo período a única entidade familiar reconhecida era aquela formada por meio de matrimônio, havia, portanto, um grande apelo religioso na sociedade.

Com o advento da Constituição de 1988 e tantas outras leis infraconstitucionais que influenciadas pelas mudanças de um novo tempo no direito de família, hoje a família é formada pelo afeto, independente se constituída por pessoa do mesmo sexo, ou apenas por um dos pais, o que vem norteando o direito de família com o passar do tempo é a ligação entre os indivíduos.

E assim vai se perfazendo o direito de família, se atendo as mudanças que a sociedade vai impondo, seja para aceitar alguns comportamentos, mas também para repelir outros, como no caso do concubinato. Assim como a maioria dos temas atinentes ao direito de família, o concubinato também sofreu inúmeras modificações. Como bem explicado no primeiro capítulo, antes da Constituição de 88 toda família que não fosse formada pelo casamento, era tida como concubinária.

Desta forma, mesmo que a união fosse formada por duas pessoas livres, ainda assim eram tidos concubinos. Na explicação dada por Jales (2012), esse era o tipo de concubinato considerado puro, enquanto aquele formado por um dos pares comprometidos com outra relação, ou até mesmo por ambos, era o concubinato impuro. Atualmente o concubinato puro é a família formada pela união estável, entidade já tratada na pesquisa.

Porém, o concubinato impuro ou adúltero é uma prática repelida pelo direito brasileiro. Previsto no artigo 1.727 do Código Civil, no qual há a expressa proibição desta prática. Desta forma, em regra por haver uma clara proibição da existência de famílias simultâneas, não resta nenhum direito expresso legalmente

que assegure qualquer reconhecimento a pessoas envolvidas neste tipo de relação.

Todavia, como mencionado acima, o direito brasileiro para por constantes modificações quase que diariamente, há sempre uma discussão do que a sociedade aceita ou repele, e conseqüentemente daquilo que o direito deve aceitar ou repelir. Neste sentido a autora Giselda Hironaka ao tratar das famílias paralelas faz a citação de uma frase de Luiz Edson Fachin, que define bem como a sociedade deve se portar perante esse ramo do direito, qual seja: “Não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade”.

É com a visão transmitida por essa frase que já há algumas decisões que reconhecem o relacionamento existente entre pessoas que possuem mais de um laço familiar, ao mesmo tempo. Da mesma forma que a doutrina do direito de família vem cada vez mais discutindo pela licitude ou ilicitude deste tipo de relação. Giselda Hironaka, defende as relações simultâneas do ponto de vista lícito, a fim de garantir-lhes uma proteção, neste sentido a autora aduz:

Assim consideradas as entidades familiares, simples seria a conclusão acerca licitude da simultaneidade conjugal, situação em que concorreriam, em igualdade de condições, ambos os núcleos, relativamente a direitos e deveres daí derivados. Mas a verdade é que tanto a doutrina, quanto a jurisprudência, têm se dividido quanto a considerar lícita ou ilícita esta simultaneidade de relacionamentos familiares. Pessoalmente considero a possibilidade de se concluir pela licitude da simultaneidade dos relacionamentos, com conseqüências jurídicas e protetivas, em muitos dos casos. (HIRONAKA. Giselda. 2013. p. 04)

Todavia, apesar das inúmeras discussões acerca do tema, e mesmo com o repúdio claro trazido pelo Código Civil no mencionado artigo, é constante a chegada ao judiciário de casos dessa natureza, a procura de uma resposta, ou melhor a procura pelo reconhecimento dessa família, que muitas vezes foi constituída de forma estável, pública que gerou filhos, mas que se acha impedida de ser considerada uma entidade pela previsão do texto legal. É uma espécie de clamor para mais uma mudança social.

Toda essa aversão acerca da matéria na visão de Rodrigo da Cunha Pereira (2012), se deve ao fato de que a monogamia é o princípio norteador do direito de família, porém o autor ainda preleciona que a traição e a infidelidade não quer dizer que houve a quebra por completo do princípio, haja vista que o autor se pergunta, “como conciliar o justo e o legal numa situação de quebra da monogamia, em face da formação fática de uma nova família? ”

É talvez nessa pergunta que o poder judiciário se depara ao julgar ações que pedem pelo reconhecimento dessas relações, como manter a justiça frente a legalidade? Com base nisso algumas decisões serão apresentadas, para que o estudo se aprofunde naquilo que vem sendo decidido pelos tribunais.

Iniciando por uma decisão do Superior Tribunal de Justiça do ano de 2015, que negou provimento a um recurso interposto por um homem, contra um acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no qual havia o reconhecimento da prestação alimentar por parte do requerente a uma mulher com quem conviveu de forma concubinária por um período estimado de 40 anos. Tendo essa mulher chegado a idade idosa, não podendo sozinha prover seu sustento, haja vista que dependeu de seu companheiro a vida toda, pois abriu mão do trabalho para dedicar-se aos aféreses domésticos, ficou reconhecida a obrigação da prestação alimentar, de acordo com o STJ pela peculiaridade do caso. Abaixo segue a ementa da decisão:

RECURSO ESPECIAL. CONCUBINATO DE LONGA DURAÇÃO. CONDENAÇÃO A ALIMENTOS. NEGATIVA DE VIGÊNCIA DE LEI FEDERAL. CASO PECULIARÍSSIMO. PRESERVAÇÃO DA FAMÍLIA X DIGNIDADE E SOLIDARIEDADE HUMANAS. SUSTENTO DA ALIMENTANDA PELO ALIMENTANTE POR QUATRO DÉCADAS. DECISÃO. MANUTENÇÃO DE SITUAÇÃO FÁTICA PREEXISTENTE. INEXISTÊNCIA DE RISCO PARA A FAMÍLIA EM RAZÃO DO DECURSO DO TEMPO. COMPROVADO RISCO DE DEIXAR DESASSISTIDA PESSOA IDOSA. INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE E SOLIDARIEDADE HUMANAS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. INEXISTÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICO-JURÍDICA.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.185.337 - RS (2010/0048151-3)

RELATOR : MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Nesta próxima decisão, um pouco mais antiga, houve também a procedência do pedido, haja vista que para o Ministro havia elementos

caracterizadores da união estável, como a durabilidade, pois a relação durou cerca de 30 anos. Para a tomada da decisão o ministro ainda levou em conta que uma negativa poderia claramente considerar um retrocesso no reconhecimento da igualdade jurídica, pois ambos concorreram juntos para a construção do seu lar.

ACÓRDÃO N.º .0760 /2011 EMENTA: DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL. SENTENÇA PELA IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. RELACIONAMENTO AFETIVO PARALELO A CASAMENTO. APELAÇÃO CÍVEL. TESES. OBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. PROLE COMUM. RELAÇÃO CONTÍNUA. PÚBLICA E DURADOURA. APROXIMADOS 30 (TRINTA) ANOS DE CONVIVÊNCIA. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO FACE ÀS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. PRESENTES OS REQUISITOS CARACTERIZADORES DA UNIÃO ESTÁVEL. INTERPRETAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 DE ACORDO COM A DOUTRINA DE MIGUEL REALE. MEDIDA QUE VISA EVITAR O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DE UMA DAS PARTES. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

(TJ-AL - APL: 00161675420068020001 AL 0016167-54.2006.8.02.0001, Relator: Juíza Conv. Maria Valéria Lins Calheiros, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: 28/07/2011)

Todavia, nem só de decisões favoráveis é composto esse tema. Na verdade, quando pesquisado parece haver mais decisões desfavoráveis. A título de exemplo o Tribunal de Justiça ainda no ano de 2018 acabou por negar o pedido de reconhecimento de união estável de um relacionamento simultâneo. No caso a fundamentação baseou-se puramente no fato de que apesar da convivência ter se tornado pública e notória, ainda assim se configurava como um concubinato impuro, não reconhecido pelo direito brasileiro, conforma a ementa da decisão:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL ENTRE DETERMINADO PERÍODO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DA RÉ. PLEITO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL NO PERÍODO OBJETO DA PRETENSÃO EXORDIAL. INACOLHIMENTO. "DE CUJUS" CASADO À ÉPOCA. CONCUBINATO IMPURO (ADULTERINO). AUSÊNCIA DE PROVA ROBUSTA ACERCA DA SUPOSTA SEPARAÇÃO FÁTICA DO FALECIDO. ÓBICE DO § 1º DO ARTIGO 1.723 DO CÓDIGO CIVIL. PEDIDO RECHAÇADO. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. "A existência de relacionamento público e notório de uma das partes com outrem não permite o reconhecimento de união estável paralela, pois configura concubinato impuro. O

relacionamento afetivo, pois, não goza de affectio maritalis apto a justificar o provimento jurisdicional pretendido".

(TJ-SC - AC: 00059446320128240019 Concórdia 0005944-63.2012.8.24.0019, Relator: José Agenor de Aragão, Data de Julgamento: 05/07/2018, 2ª Câmara de Enfrentamento de Acervos)

Um outro ponto que também decorre dessa falta de reconhecimento desse tipo de união se refere a partilha de bens. Normalmente, pessoas que buscam a constituição familiar, apesar de fazê-la por meios ainda tidos com ilícitos, acabam por adquirir bens comuns, como imóveis e veículos. Todavia, por não ser uma entidade familiar de acordo com o ordenamento jurídico atual, tais bens não estão sujeitos ao tratamento dado aos regimes de comunhão, aplicados no casamento e na união estável.

Desta forma, numa situação em que a pessoa inserida numa relação caracterizada como concubinato, adquire um determinado bem com seu parceiro, e este vem a falecer, estando esse bem em seu nome, em regra nada restaria a concubina, haja vista que o direito não reconhece esse tipo de relação. Todavia, não é bem assim que ocorre. A terceira turma do Superior Tribunal Federal em julgamento de um recuso entendeu que a partilha dos bens adquiridos entre a concubina e seu parceiro, ora falecido, é possível desde que haja prova suficientes para comprovar que houve esforço comum do casal, neste caso, o número do processo está em sigilo judicial.

Tal posicionamento por parte do STJ foi tomado no ano de 2018, porém, alguns casos foram julgados por tribunais estaduais e tidos como precedentes. A título de exemplo, o julgamento por parte do Tribunal de Justiça do Mato Grosso no processo de número 30325-71.2008.811.0041, no ano de 2012, que reconheceu o direito da concubina em partilhar os bens, que restaram comprovados terem sido adquiridos por meio de esforço comum do casal. No caso em tela, a requerente que tem seu nome preservado, já contava com mais de 50 anos de idade, não estando mais apta ao trabalho, além disso, manteve com o falecido uma relação pública e notória que perdurou por 17 anos, inclusive desta relação adveio filhos.

A partir dessa breve análise é possível perceber que ainda há muito a ser discutido, não há ainda uma uniformização da jurisprudência acerca do tema, afinal há uma negativa na lei, porém que talvez já não seja mais condizente com a realidade. Não é mais cabível afastar esse tipo de família para o canto e simplesmente fingir sua inexistência, mas sim procurar meios para a proteção de seus membros, sempre impondo limites e não deixando de respeitar as demais entidades familiares.

A pessoa que se propõe a dar origem a esse tipo de situação deve estar ciente de que pode ser responsabilizada por isso. Como no caso mencionado acima, julgado procedente pelo STJ, afinal não justo, nem mesmo respeitoso ao princípio da dignidade da pessoa humana, negar o direito de ter prestado alimentos por uma pessoa que se responsabilizou deste ato por uma vida toda.

3.2 – A FALTA DE REGULAMENTAÇÃO DA MATÉRIA E O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL QUANTO A (IM)POSSIBILIDADE DA DIVISÃO DA PENSÃO

Com relação ao direito previdenciário, a maioria das ações que envolvem o reconhecimento do concubinato como verdadeira entidade familiar, visa apenas o direito ao recebimento do benefício da pensão por morte, por vezes a ser rateado com a esposa ou companheira daquele que veio a falecer. Não diferente do direito de família, na esfera previdenciária também há muita divergência acerca da matéria.

Como neste ramo também não há uma regulamentação que disponha sobre a matéria, nos moldes que hoje se pauta na sociedade, e ainda há a proibição do Código Civil, mais uma vez restando ao judiciário decidir de acordo com o caso concreto, pois não é a falta da regulamentação, nem mesmo a negativa do código que vão impedir a existência desse tipo de relacionamento. O benefício da pensão por morte de acordo com o Decreto-lei 3.048 de 1999, que traz o Regulamento da previdência Social, é devido aos dependentes do falecido, quais sejam:

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 vinte e um anos ou inválido;

II - os pais; ou

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de vinte e um anos ou inválido. (Decreto-lei nº 3.048 de 1999).

Desta forma, a pensão por morte será prestada a um ou a mais de um desses dependentes previstos na lei. Para melhor compreensão dessa dinâmica da prestação do benefício, Fábio Zambitte Ibrahim (2015) aduz que os dependentes estão organizados em classes, e se sobrepõem de forma hierárquica uns aos outros. O autor exemplifica da seguinte forma: “se o segurado falece, deixando uma viúva e sua mãe ainda viva, a pensão por morte será exclusiva da viúva”.

E é justamente nesse ponto que a pesquisa encontra sua problemática. Como tratar o caso em que o segurado deixa não apenas uma viúva, mas sim duas? Como é tratado no direito previdenciário a existência das relações paralelas? Como já mencionado e visto no artigo mencionado acima, não há previsão no ordenamento jurídico da existência e da possibilidade de atribuir algum direito a concubina, fala-se apenas em cônjuge e companheira, que são partes de entidades familiares possíveis de serem constituídas no direito brasileiro.

No primeiro capítulo, quando foi abordada a família paralela ou simultânea, houve a menção do caso julgado procedente pelo Tribunal Regional Federal da 4ª região, no sentido de estender a concubina o direito de receber em conjunto com a esposa a pensão por morte deixada por seu companheiro. No caso em questão levou-se em consideração aspectos como a dependência financeira por parte da mulher, a relação duradoura, pública e notória. Fica claro que se faz necessário a análise de caso a caso, não é possível a generalização, cada pessoa chega ao judiciário com casos que apresentam peculiaridades diversas. Novamente a ementa:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. EXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL PARALELA AO CASAMENTO. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. BENEFÍCIO DEVIDO. 1. A relação de concubinato mantida em concomitância com uma relação matrimonial não afasta, por si só, o direito da concubina à percepção do benefício de pensão por morte, desde que demonstrada a união estável com o de cujus. In casu, restou comprovado que o de cujus manteve, durante mais de vinte anos, paralela e simultaneamente, o casamento com a autora Dyva e a união estável com a corré Regina, o que, ao que tudo indica, perdurou até a data do seu falecimento, em 2011. 3. O Supremo Tribunal Federal, em 09-03-2012, reconheceu a existência de repercussão geral em processo no qual se discute a possibilidade de o concubinato de longa duração gerar efeitos previdenciários (RE 669465). Porém, como a questão pende de decisão definitiva no Supremo Tribunal Federal e sobretudo porque o Judiciário não pode ignorar a realidade dos fatos comprovados nos autos, deve ser reconhecido que ambas - autora e corré - ostentam a condição de dependentes previdenciárias do falecido, fazendo jus a corré à pensão em virtude do falecimento deste.

(TRF-4 - AC: 50135682620134047200 SC 5013568-26.2013.4.04.7200, Relator: JORGE ANTONIO MAURIQUE, Data de Julgamento: 12/07/2018, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DE SC)

No caso acima, julgado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o direito da concubina foi reconhecido. Todavia, dentro dos próprios tribunais existem divergências, afinal como mencionado acima, por ainda não haver uma regulamentação da matéria, a fim de uniformizar as decisões cada caso deve ser analisado particularmente, respeitadas suas peculiaridades.

A título de exemplo, abaixo há uma decisão também do TRF-4, que já julgou de maneira diferente do acima analisado. No caso em tela, o relator ainda faz a ressalva de que o casamento não é suficiente para impossibilitar a demanda da concubina, todavia, não restou demonstrada a boa-fé da mesma, no sentido de que a relação que mantinha com o falecido não era na ocasião suficiente para demonstrar características como o desejo de formar família, e até mesmo dessa relação evoluir para um casamento mantido nos conformes da lei.

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. PENSÃO POR MORTE. CONCUBINATO ADULTERINO. EFEITOS PREVIDENCIÁRIOS. IMPOSSIBILIDADE NAS HIPÓTESES DE BOA-FÉ NÃO COMPROVADA. 1. A existência de impedimentos ao casamento não obsta o reconhecimento de entidade familiar nas hipóteses de concubinato adulterino, quando da vigência de matrimônio válido sem separação, não retirando da concubina a proteção previdenciária, quanto às situações em que reste evidenciada a boa-fé, entendida essa não somente como o desconhecimento de supostos impedimentos ao casamento, mas também nas hipóteses em que a afetividade, estabilidade e ostensibilidade da relação revelem expectativa no sentido de que aquele relacionamento poderá evoluir para o casamento, dependendo do contexto probatório dos autos. 2. Interpretação do inciso I e dos §§ 3º e 4º do art. 16 da Lei nº 8.213/91 à luz do art. 226, § 3º., da Constituição Federal. 3. Pedido de Uniformização conhecido e provido." (IUJEF 0000558-54.2009.404.7195, Turma Regional de Uniformização da 4ª Região, Relatora Susana Sbroglio Galia, D.E. 31/05/2011). 2. Situação concreta em que a boa-fé da parte autora, não resta comprovada, no que diz respeito à expectativa de que o relacionamento em questão evoluísse para o casamento. 3. Incidente improvido.

(TRF-4 - PET: 2985320054047118 RS 0000298-53.2005.404.7118, Relator: OSÓRIO ÁVILA NETO, Data de Julgamento: 18/05/2012, TURMA REGIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DA 4ª REGIÃO).

Os casos até então apresentados partem do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que em breve análise dos casos da matéria até então julgados, foi

possível perceber que preza muito pela demonstração da boa-fé nas ações referentes a matéria. Apesar da boa-fé ser um elemento subjetivo e por isso analisada individualmente, a sua caracterização se pauta principalmente quando restar demonstrada pela concubina que sua relação com o falecido possuía as mesmas características de uma relação entre pessoas livres, reconhecida legalmente.

Recentemente o Tribunal Regional Federal da 5ª Região julgou caso da matéria em discussão, decidindo favoravelmente para o pleito da concubina, que pretendia o rateio da pensão por morte com a viúva do falecido. No processo de número 0802803-23.2016.4.05.8200, a concubina demonstrou que seu relacionamento com o falecido, que em vida era servidor público da Universidade Federal da Paraíba, perdurou durante trinta anos. Nesse tempo tiveram dois filhos, e mantinham uma relação pública, que no processo foi reconhecida inclusive pela sua ex-cônjuge, ora viúva.

Com os casos apresentado neste capítulo é possível perceber que a regulamentação da matéria é mais do que necessária. Casos continuarão chegando as portas do judiciário, que continuará julgando a partir da análise do caso concreto, pois não há como uniformizar as decisões, não há ainda precedente, súmula ou lei que trate da matéria, fazendo com que o assunto ainda seja um tabu social.

Esse ano, no mês de abril a matéria ganhou repercussão nacional, quando o Supremo Tribunal Federal pôs em pauta o julgamento do Recurso Especial 1.045.273, com relatoria do ministro Alexandre de Moraes, que buscava a análise da possibilidade do reconhecimento jurídico ou não das relações simultâneas, formadas entre uma relação legalmente reconhecida, seja pelo casamento ou união estável, e a relação paralela.

Porém, o julgamento foi adiado sem previsão de data para novo julgamento, permitindo que a dúvida acerca da matéria continue a permear nos meios jurídicos, e deixando para cada tribunal e juiz singular a responsabilidade por analisar cada questão que lhes foram apresentadas, e darem continuidade a esse montante de decisões que conflitam entre si.

Enfim, a pesquisa finaliza seu estudo acerca dessas pessoas, mantidas a margem da sociedade, por praticarem atos condizentes com o que muitos ainda consideram imoral. Conseguindo, portanto, responder o questionamento feito lá sua introdução, que constitui sua problemática, qual seja: Haveria a possibilidade de divisão da pensão por morte entre o concubino dependente e cônjuge ou companheiro sobrevivente?

A resposta ainda se resume na palavra depende, afinal apesar da clara necessidade de regulamentação, os responsáveis por isso ainda permanecem protelando o assunto, o que dá vez a decisões conflitantes, e que por vezes se baseiam em elementos meramente subjetivos, não há ainda uma uniformização da jurisprudência.

É necessário o estabelecimento de critérios fixos e condizentes com a realidade atual, tanto para o reconhecimento no direito de família, quanto no previdenciário, afastar a discussão da matéria não vai fazê-la desaparecer, não vai fazer com que o concubinato acabe, só dará margem a discussões pautadas em argumentos meramente morais e por vezes com cunho religioso, bem como a injustiças.

CONCLUSÃO:

Diante de tudo que foi estudado, foi possível compreender que o concubinato e as relações simultâneas vêm acompanhando a evolução da sociedade desde uma época bem remota, e, portanto, se perpetuando no tempo, como qualquer outro tipo de relação entre pessoas.

Como bem observado em todo decorrer da pesquisa, o direito brasileiro tipifica o concubinato como sendo uma relação proibida, sendo impossível de gerar efeitos jurídicos. Dando ênfase a monogamia como sendo o princípio basilar das relações familiares, as quais, com exceção da constituída pelo casamento, passaram por longo período de transformação e evolução, para que fossem reconhecidas da forma que hoje estão dispostas no ordenamento jurídico do Brasil.

A partir da matéria estudada é possível perceber que o direito de família passou por uma fase de extremo conservadorismo, quando reconhecia apenas o casamento como instituto possível de validar e legitimar uma família, e superada essa fase, vem se tornando mais liberal, se adequando aos anseios sociais e dando visão a pessoas e relações que por muito tempo ficaram a margem da sociedade, como exemplo a união homoafetiva.

Ocorre que, a constituição de uma família não gera efeitos apenas na seara própria do direito de família, mas acaba por se expandir para outros ramos do direito, como é o caso do direito previdenciário, ora discutido nesta pesquisa. Tanto o direito de família, quanto o previdenciário possuem efeitos jurídicos para o evento morte, estando em alguns aspectos amplamente ligados. Como no caso da possibilidade do recebimento do benefício da pensão por morte.

A pensão por morte é um benefício da Previdência Social do Brasil, devido aos dependentes de uma pessoa segurada do sistema de previdência, como explicado no decorrer da pesquisa. Dentre as pessoas tidas como dependentes estão os cônjuges e companheiros, além dos filhos. Quando a relação se resume até aqui, está tudo nos conformes. O problema se inicia quando esse segurado

além de sua família legítima, ainda forma uma família paralela, ou seja, pratica o concubinato.

Portanto, essa foi a problemática abordada na pesquisa. O que prevê a legislação brasileira nesses casos? É sabido que o concubinato é proibido, as entidades familiares devem se guiar pela monogamia, mas seria perfeitamente justo negar qualquer direito a uma pessoa, só pelo fato de ela ter feito parte de uma família simultânea?

É em decorrência desses questionamentos que a matéria foi amplamente discutida, com base na visão dos principais doutrinadores que tratam do assunto, além de uma vasta análise na legislação pertinente. E por isso foi possível compreender que por ainda há lacunas que necessitam serem supridas, o assunto ainda necessita de muita discussão, para que um dia possa ser entendido como não sendo um tabu.

Apenas a simples proibição trazida pelo Código Civil não se faz suficiente, a realidade sócia se mostra de outras formas. O concubinato não se encerra no que prevê o código. Neste ano, o STF chegou muito perto de julgar a matéria, para que pudesse haver um direcionamento a ser seguido pelos tribunais, todavia mais uma vez essa discussão foi adiada, prolongando assim a falta de regulamentação para a matéria, deixando para cada juiz singular e tribunais a análise cuidadosa de caso a caso para que possa proferir suas decisões.

Desta forma, há inúmeras decisões divergentes, algumas que reconhecem a pessoa não apenas como concubina, mas sim como companheiras, em decorrência de aspectos como a publicidade e não eventualidade da relação, e principalmente a dependência financeira em relação ao falecido, o que termina por gerar o direito de repartição da pensão por morte entre esta e viúva/ ex-cônjuge ou companheira.

Assim sendo, é notável que a discussão da matéria por parte do poder judiciário, por meio dos tribunais superiores, bem como por parte do poder legislativo é imprescindível. A pesquisa não se destina a defender a relativização da monogamia, mas sim defender que é necessária uma uniformização do assunto, pautada em aspectos como a dependência financeira e conseqüentemente a possibilidade dessa relação gerar efeitos previdenciários,

afinal, se existe a relação, se não é eventual e se dela houver alguma dependência, o direito deve intervir a fim de combater eventuais injustiças, pautadas na simples proibição.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm cc de 16. Acesso em: 26. Out.2018

BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 26. Out.2018

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

BRASIL. Decreto 3.048 de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/decreto/D3048.htm. Acesso em: 11. Mar.2019. Acesso em: 20. Out.2018.

BRASIL. Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do Tribunal de Justiça de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia-categoria/beneficio-previdenciario/45/1>. Acesso em: 03. Mar.2019.

BRASIL. Jurisprudência Superior Tribunal de Justiça – Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21285514/recurso-especial-resp-1183378-rs-2010-0036663-8-stj/inteiro-teor-21285515>. Acesso em: 01. Mar.2019

BRASIL. Lei 6.515 de 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm. Acesso em: 02. Mar.2019.

BRASIL. Lei 8.971 de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm. Acesso em: 02. Mar.2019.

BRASIL. Lei 9.278 de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm. Acesso em: 02. Mar.2019.

BRASIL. Súmulas Superior Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp>. Acesso em: 01. Mar.2019.

CERQUEIRA. Manuela Passos. **Consequências jurídicas do concubinato adúltero**. In: site Jus.com 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18206/consequencias-juridicas-do-concubinato-adulterino/1>. Acesso em: 05. Mar.2019.

DIAS. Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. [Livro Eletrônico]. 4ª Edição. São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais. 2016.

Enunciados da IV Jornada de Direito Civil. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf/view>. Acesso em 27. Out.2018

Enunciados da V Jornada de Direito Civil. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf/view>. Acesso em: 27. Out.2018.

GIL. Carlos Antônio. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. Sexta Edição. Editora Atlas. São Paulo, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto **Direito civil brasileiro**, volume 6: direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Bibliografia1. Direito civil - Brasil 2. Direito de família - Brasil I.

HIRONAKA. Giselda Maria Fernandes Novaes. **Famílias Paralelas**. 2013. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67983/pdf_8/. Acesso em: 08. Mar.2019.

IBGE. Censo Demográfico – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/populacao/22827-censo-2020-censo4.html?=&t=o-que-e>. Acesso em: 27. Fev.2019.

Informativo do Supremo Tribunal Federal: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo864.htm>.

JALES. Camilla Fittipaldi Duarte. **O Concubinato adúlterino sob o prisma do Código Civil de 2002**. 2012. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-concubinato-adulterino-sob-o-prisma-do-c%C3%B3digo-civil-de-2002>. Acesso em: 05. Marc. 2019.

Jurisprudência do tribunal de Justiça do Mato Grosso. Disponível em: <http://www.tjmt.jus.br/Noticias/Ultimas>. Acesso em 15. Mai.2019.

Jurisprudências dos Tribunais Regionais e Superiores. JusBrasil. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=CONCUBINATO+%3B+JURISPRUD%C3%80NCIA&p=2>. Acesso em: 06. Mai.2019.

Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Disponível em: <https://tj-al.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/127479937/apelacao-apl-161675420068020001-al-0016167-5420068020001>

LBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**/ Fábio Zambitte Ibrahim. - 20. ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

LÔBO, Paulo **Direito civil: famílias** / Paulo Lôbo. – 4ª. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. – (Direito civil).

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Transformações sociais e econômicas colocam monogamia em xeque.** 2018. Disponível em: <http://www.rodrigodacunha.adv.br/familia-paralela-ao-casamento-rodrigo-da-cunha-responde-pergunta-de-internauta-sobre-o-tema/>. Acesso em: 08. Mar.2019

TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 5: **Direito de Família.** 12ª. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. **O Princípio da Afetividade no Direito de Família.** Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>. Acesso em: 29. Mar.2019.