

**CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS
FACULDADE REINALDO RAMOS/FARR
BACHARELADO EM DIREITO**

JORGEANA DE OLIVEIRA SOUZA

**CONCUBINATO: EXTENSÃO DA PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA À LUZ DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA ORIENTAÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

Campina Grande – PB

2015

JORGEANA DE OLIVEIRA SOUZA

**CONCUBINATO: EXTENSÃO DA PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA À LUZ DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA ORIENTAÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

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

Orientadora: Prof. Esp. Renata Maria
Brasileiro Sobral

Campina Grande – PB

2015

JORGEANA DE OLIVEIRA SOUZA

**CONCUBINATO: EXTENSÃO DA PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA À LUZ DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA ORIENTAÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

Aprovada em: ____ de _____ de _____ .

BANCA EXAMINADORA

Prof. Esp. Renata Maria Brasileiro Sobral
Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos
(Orientadora)

Prof. MSc. Alcione Vieira Pordeus
Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos
(1º Examinador)

Prof. Esp. Rodrigo Araújo Reul
Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos
(2º Examinador)

Dedico este trabalho ao meu pai,
por representar o meu coração,
razão do meu esforço.

AGRADECIMENTOS

Agradecer... Devolver a Deus o que veio d'Ele pelas mãos dos irmãos...

Agradeço primeiramente a Deus por me colocar a frente do combate, confiando que em minha pequenez Ele se faz forte, e me faz forte!!

São muitas as pessoas que merecem a minha gratidão. Algumas delas eu não vou precisar dizer o nome... Elas já sabem quem são...

Agradeço ao meu pai, meu exemplo de vida... queria ser igual a você! Obrigada pela tão amorosa crença em mim! Minha mãe, sinônimo de retidão, aquela que renunciou aos seus sonhos para realizar os nossos, nem a mais linda gratidão alcança o que você significa.

Lourdes, minha segunda mãe, minha torcedora incondicional, obrigada pela dedicação que ninguém jamais poderá mensurar. Meus irmãos, Túlio e Sílvio, por serem sustento seguro e colo terno.

Brenda, Jorge Neto e Maria Alice, meus sobrinhos, anjos que fazem minha alma feliz!

Cíntia e Rebecca, mais que amigas, minhas irmãs e confidentes, não sei o que seria de mim sem vocês.

A todos os professores que incentivaram a prosseguir, pelo apoio dispensado, inclusive extraclasse, em especial, a professora Renata Sobral, pelo suporte no pouco tempo que lhe coube, por tão atenciosamente me orientar e auxiliar, pelas correções e incentivos.

Aos colegas de faculdade que se tornaram amigos de uma vida, obrigada pelas vezes que disseram: “Vamos” “Você consegue”... Vocês sabem, como e quando: Valeu!

“A DIGNIDADE HUMANA é a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para a vida saudável, para que tenha bem-estar físico, mental e social, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”

Ingo Sarlet – Juiz e Jurista brasileiro

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por objetivo discorrer sobre a possibilidade de rateio do benefício previdenciário de pensão por morte entre cônjuge e concubina. Utilizando-se da metodologia da revisão bibliográfica, foram analisados aspectos gerais da Previdência Social, tratando de seu conceito e princípios, em seguida, abordou-se o benefício Pensão por morte, destacando as classes de dependentes, passando pelos conceitos de União Estável e Concubinato à luz do Direito Civil e da Constituição Federal e passando ao tema central, onde mostra-se a divergência de julgados nas Cortes de todo país e nos posicionando pela legalidade do desdobramento e divisão do benefício entre cônjuge e concubina quando o concubinato é marcado pela boa fé de um dos parceiros (parceiro sobrevivente), cumprindo-se assim a finalidade da Previdência Social que é a proteção do indivíduo em razão dos infortúnios da vida.

Palavras-chaves: Previdência Social. Pensão por morte. Concubinato.

ABSTRACT

This monographic study aims to discuss the possibility of apportionment of pension benefit of pension for death of spouse or concubine. Using the methodology of literature review, general aspects of social security were analyzed, dealing with its concept and principles, then approached the pension benefit for death, highlighting dependent classes, through the concepts of Union Stable and Concubinage in the light of civil law and the Federal Constitution and going to the central theme, which shows the divergence judged in every country cuts and positioning on the legality of the deployment and benefit of division between spouse and concubine when concubinage is marked by good faith partner (surviving partner), thus fulfilling It is the purpose of Social Security is the protection of the individual because of the misfortunes of life.

Keywords: Social Security. Death pension. Concubinage.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I - PREVIDÊNCIA SOCIAL	12
1.1 HISTÓRIA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL	12
1.2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	15
1.2.1 Reforma.....	16
1.2.2 As modificações prementes.....	17
1.3 CONCEITO	17
1.4 PRINCÍPIOS E OBJETIVOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL	18
1.5 BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS.....	19
CAPÍTULO II - PENSÃO POR MORTE	21
2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS	21
2.2 CONCEITUAÇÃO	22
2.3 DEPENDENTES	23
2.3.1 Classe I.....	23
2.3.1.1 Cônjuge	24
2.3.1.2 Companheiro	24
2.3.1.3 União homossexual	26
2.3.1.4 Filho não emancipado, de qualquer condição, menor de vinte e um anos de idade ou inválido.....	27
2.3.2 Classe II.....	28
2.3.3 Classe III	28
2.3.4 Concessão.....	28
2.3.5 Valor do benefício.....	29
2.3.6 Tempo de benefício para cônjuge ou companheiro (a):	29
2.3.7 Cessação	30
CAPÍTULO III - UNIÃO ESTÁVEL X CONCUBINATO	31
3.1 UNIÃO ESTÁVEL.....	31
3.2 CONCUBINATO	33
CAPÍTULO IV - POSSIBILIDADE DE RATEIO DA PENSÃO POR MORTE ENTRE CÔNJUGE E CONCUBINO	37
CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
REFERÊNCIAS	49

INTRODUÇÃO

O direito previdenciário é o ramo do direito público, o qual se destina ao estudo de normas que organizam as relações entre contribuintes e órgãos previdenciários. Estes possuem o dever de proteger e tutelar os beneficiários, que de algum modo tiveram a capacidade de sustentar-se, bem como dos seus dependentes, limitada, como no caso em estudo.

Embora o conceito de família tenha sofrido algumas mutações, o convívio entre duas ou mais pessoas, estando unidas ou não por laços consangüíneos, existindo afeto, coabitando em domicílio único, será entendido como família.

Com base nisso, as relações concubinárias, sendo espécie de uniões de fato, por meio da Constituição Federal de 1988, passou a ter proteção de modo igual a esposa, sendo denominada de “companheira” e não mais concubina.

Nos últimos anos, o Direito Previdenciário vem apresentando dinâmica legislativa exacerbada, permitindo-se dizer que ocorre verdadeira avalanche normativa sobre o seu aplicador.

Pautando o nosso entendimento nos princípios constitucionais, bem como no disposto em normas infraconstitucionais que regulamenta o direito previdenciário, questiona-se qual a possibilidade de rateio do benefício de Pensão por morte entre esposa e concubina.

O presente trabalho de conclusão de curso trará uma pesquisa sobre a possibilidade do pagamento do benefício previdenciário da pensão por morte ser dividida entre o cônjuge e o concubino (ou concubina) supérstite. Para isso, faz-se necessário abordarmos o tema “Previdência Social”, conceituando-a.

De forma mais pormenorizada trataremos dos aspectos do benefício da pensão por morte, que tem como finalidade precípua a manutenção econômica da família que teve sua subsistência abalada pela perda do segurado que auxiliava no sustento familiar. Para atingir tal mister, explicaremos os aspectos gerais, os requisitos para concessão do mesmo, o valor do salário de benefício e destacaremos aqueles que ostentam a condição de dependentes, ou seja, aquelas pessoas expressamente indicadas no Art.16 da Lei 8.213/91.

Após, passamos pelo Direito Civil para o tema “Concubinato”, disciplinado no art. 1727 do Código Civil. Lembrando que doutrinariamente há duas formas de concubinato: puro e impuro (termo em desuso). Este instituto caracteriza-se pela união de entre um homem e uma mulher, estando um deles ou ambos impedidos legalmente de contrair casamento, já

naquele a concubina nada mais é do que a companheira, uma vez que com o advento da proteção legal do concubinato puro este fora convertido em união estável.

Posteriormente apontaremos a diferença entre os institutos do Concubinato e União Estável.

Tendo conhecimento da Previdência Social, do benefício de pensão por morte e feita a diferenciação entre Concubinato e União Estável, traremos o tema próprio do trabalho, onde verificaremos como tem se posicionado a doutrina e a jurisprudência acerca do tema, dando conta das mudanças ocorridas nos julgamentos sobre o tema, tratando especificamente da possibilidade de rateio do benefício entre esposa e concubina.

CAPÍTULO I - PREVIDÊNCIA SOCIAL

1.1 HISTÓRIA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

A Previdência Social brasileira passou por várias mudanças conceituais e estruturais, envolvendo o grau de cobertura, o elenco de benefícios oferecidos e a forma de financiamento do sistema. Uma análise de cada fase histórica permite verificar os progressos alcançados ao longo de sua existência.

Segundo Martinez (2003, p.30),

É quase impossível resenhar a evolução da previdência social. Primeiro, em razão da infinidade de medidas e instituições com variada gama, quase todas assistenciárias e precárias. Segundo, porque nem sempre atende esses eventos a qualquer classificação moderna da técnica de proteção social, resultando em tentativas frágeis e efêmeras, sem organização ou sistematização.

A seguridade social foi tratada no Brasil pela primeira vez em 1824, com a criação dos socorros públicos na Constituição Federal, voltada para a assistência médica.

Vieira (2004, p. 5), afirma que em 1850, o Código Comercial garantiu aos prepostos o salário por um período máximo de três meses consecutivos nos casos de acidente sem culpa.

Além disso, conforme o autor supracitado, em 1888 foram regulados os direitos à aposentadoria dos empregados dos Correios aos 30 anos de serviço e idade mínima de 60 anos e também foi criada a Caixa de Socorros para os trabalhadores das Estradas de Ferro.

Já em 1889 foi criado o Fundo de Pensões do Pessoal das Oficinas de Imprensa Nacional. Em 1890 foi instituída a aposentadoria para os empregados do Ministério da Fazenda.

A Constituição Federal de 1891 foi a primeira a estabelecer a aposentadoria, entretanto garantia apenas para uma categoria, a dos funcionários públicos e em caso de invalidez no Serviço à Nação.

Entre a primeira e a segunda Constituição brasileira (1824-1891), o Estado mantinha-se à parte dos interesses sociais, não havendo assim uma cobertura previdenciária para todas as categorias de trabalhadores.

Em 1892 foi instituída a aposentadoria por invalidez e a pensão por morte dos operários do Arsenal da Marinha do Rio de Janeiro; em 1911 foi criada a Caixa de Pensões dos Operários da Casa da Moeda e 1912 a Caixa de Pensões e Empréstimos para o pessoal dos Capatazes da Alfândega do Rio de Janeiro.

Por meio do Decreto 3724 de 15 de Janeiro de 1919 foi estabelecido o precursor para o seguro de acidentes de trabalho, compulsório para algumas atividades. Essa obrigação era a cargo do empregador que pagaria uma indenização ao empregado ou à família deste quando ocorresse incapacidade para o trabalho ou morte.

Segundo Vieira (2004, p.8), em 24 de janeiro de 1923, através do Decreto Legislativo nº 4.682, foi criada a conhecida Lei Eloy Chaves:

A Lei Eloy Chaves que é considerada o ponto de partida para a criação da Previdência Social no Brasil, criou a Caixa de Aposentadorias e Pensões para os empregados de cada empresa ferroviária, abrangendo a categoria nacionalmente, previa aposentadoria por invalidez, aposentadoria ordinária (combinação de tempo de serviço com idade), pensão por morte e assistência médica. As CAP (Caixa de Aposentadoria e Pensão) eram compostas de fundos vindos de contribuição dos empregados e empregadores, mas também havia contribuição do Estado.

A partir da referida Lei, tida como marco inicial da Previdência Social no Brasil, deu-se nos anos seguintes a criação de diversas CAPs como: dos prouários e marítimos no ano de 1926, dos serviços telegráficos e radiotelegráficos em 1928, de força, luz e bondes em 1930 entre outras, chegando a atingir o total de 183 instaladas no país, que, posteriormente foram unificadas na Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Ferroviários e empregados em serviços Públicos.

No ano de 1931, o decreto nº 20.645 reformou as normas regulamentares que regiam as CAPs. No decorrer da década de 30, a tendência da organização do sistema previdenciário deixou de ser por empresa e passou a ser por categoria profissional.

Nos anos de 1933 e 1934 foram criados os Institutos de Aposentadorias e Pensões dos Marítimos (IAPM), dos Comerciários (IAPC) e dos Bancários (IAPB). Os IAP eram formados por fundos originários de contribuição do empregador, dos empregados (associados), do Estado (quota de previdência), bem como dos aposentados. Esses Institutos eram órgãos integrantes da estrutura do MTIC – Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio.

A Constituição Federal de 1934 foi outro grande marco para a seguridade social brasileira, pois estabeleceu competência para a União fixar regras de assistência social, conferiu aos estados membros responsabilidade para cuidar de saúde e assistência públicas, bem como competência aos estados para fiscalizar a aplicação das leis sociais.

O Poder legislativo possuía competência para legislar normas sobre aposentadorias; a previdência social ao trabalhador foi revelada; conferiu assistência médica e sanitária ao

trabalhador e à gestante, assegurando descanso, antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego.

Foi constituída a previdência mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da velhice, invalidez, maternidade e nos casos de acidente ou morte. Foi a primeira a fazer referência à expressão previdência, estabelecendo o princípio da forma tríplice de custeio, tornando obrigatória a contribuição.

Os funcionários públicos eram aposentados compulsoriamente aos 68 anos de idade.

Em 1936 foi criado o Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Industriários – IAPI, através da Lei nº 367, de 31 de dezembro.

A Constituição Federal de 1937 nada evoluiu em questão de previdência. Em 1938, seguindo tendência dos IAP, foram criados o Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado – IPASE e o Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Empregados dos Transportes de Cargas – IAPTEC.

Na década de 40, foi autorizada a organização definitiva e o funcionamento da Legião Brasileira de Assistência (LBA), em 28 de agosto de 1942. Sua principal função era a proteção à maternidade e à infância, o amparo aos velhos e desvalidos e a assistência médica às pessoas necessitadas.

Na década de 50, a Previdência Social, por intermédio os Institutos, foi convocada a participar da construção da nova capital da República, e seus recursos financeiros garantiram uma construção rápida e sem grandes ônus para o Tesouro.

Em 1953, todas as CAPs de empresas ferroviárias e serviços públicos, surgidos a partir da Lei Eloy Chaves, foram fundidas pelo Decreto nº 34.586, originando a Caixa de Aposentadoria e Pensão dos Trabalhadores de Ferrovias e Serviços Públicos – CAPFESP, que passou a denominar-se Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Ferroviários e Empregados em serviços Públicos (IAPFESP) com a Lei nº 3.807.

No ano de 1960, a Lei Orgânica da Previdência Social unificou a legislação referente aos Institutos de Aposentadorias e Pensões.

A unificação da gestão só foi implantada em 1966 com o Decreto-Lei nº 72 de 21 de novembro que reuniu os seis Institutos de Aposentadorias e Pensões criando o Instituto Nacional de Previdência Social – INPS, cuja implantação real se deu em 02 de janeiro de 1967.

Nesse intervalo foram criados o Regime Geral de Previdência Social em 10 de setembro de 1960 e o Fundo de Assistência do Trabalhador Rural – FUNRURAL, em 27 de dezembro de 1963.

Na década de 70 foram editados vários diplomas legais que trouxeram inovações importantes na legislação previdenciária, como a criação do salário-família, a obrigatoriedade do empregado doméstico ser segurado e o salário maternidade passou a ser tido como benefício previdenciário.

Destarte, houve a necessidade de reunir essa grande quantidade de normas em vigor, o que foi feito através da Consolidação das Leis da Previdência Social (CLPS), prevista no Decreto nº 77.077 de 24 de janeiro de 1976.

Com o objetivo de reestruturar a Previdência Social revendo as formas de concessão e manutenção de benefícios e serviços, reorganizando a gestão administrativa, financeira e patrimonial foi criado, por intermédio da Lei nº 6.439 de 1 de julho de 1977 o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (SINPAS), subordinado ao Ministério da Previdência e Assistência Social.

1.2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Lei Maior em vigência introduziu grandes alterações na área da Previdência Social e programas congêneres. A mais importante dela consistiu em consagrar o Capítulo II, Título VIII – Ordem Social à Seguridade Social, formado por três partes: Saúde, Previdência Social e Assistência Social.

Estabelece ainda, para a Seguridade Social, um orçamento global, do qual devem advir recursos destinados a cada um dos três ramos. Ao mesmo tempo, determinou duas novas fontes de financiamento: contribuições sobre o faturamento e sobre o lucro líquido das empresas.

Cumpramos ressaltar que foi uma longa trajetória jurídica da seguridade social até a promulgação desta constituição, que a tornou tão majestosa, visto ser tão minuciosa e abrangente tanto aos seus trabalhadores como aos seus dependentes.

1.2.1 Reforma

A Emenda Constitucional nº 20 de 15 de dezembro de 1998, trouxe profundas mudanças para o sistema de Previdência Social, pode-se dizer que aquelas de maior relevância forma:

- Determinação de que o benefício salário é devido apenas ao trabalhador de baixa renda;
- Proibição de qualquer trabalho para menores de 16 anos, salvo na condição de menor aprendiz, a partir de quatorze anos de idade;
- Estabelecimento de novas regras para a concessão de benefícios previdenciários aos servidores públicos;
- Criação de diretrizes para o regime de previdência privada: caráter complementar e organização autônoma em relação ao Regime Geral de Previdência Social;
- Instituir a observação de critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial para organização da Previdência Social.

No sentido de implementar essas mudanças, novas leis forma criadas, destacando-se a Lei nº 9.876 de 26 de novembro de 1999, que promoveu mudanças na Lei nº 8.212 de 24 de julho de 1991, que rege o custeio da Seguridade Social e na Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991 que versa sobre os benefícios previdenciários.

As Leis de Custeio e Benefícios são regulamentadas através de decretos emanados do Poder Executivo.

Até maio de 1999, havia dois decretos vigorando, o Decreto nº 2.172 de 5 de março de 1997 o qual regulamentava a Lei de Custeio, e o Decreto nº 2.273 de 58 de março de 1997 que regulamentava a Lei dos Benefícios.

Em 6 de maio de 1999, foi editado o Decreto nº 3.048 que revogou os dois anteriores, consolidando, dessa forma, toda a disciplina referente ao custeio da Seguridade Social e aos benefícios previdenciários.

Em síntese, o Regulamento do Custeio da Seguridade Social e o dos Benefícios da Previdência Social foram reunidos em uma norma única, originando o Regulamento da Previdência Social – RPS.

1.2.2 As modificações prementes

- Introdução do fator previdenciário no cálculo das aposentadorias por tempo de contribuição e por idade, sendo a sua utilização no último caso facultativa. O dispositivo leva em consideração a idade, a expectativa de sobrevida e o tempo de contribuição do segurado ao se aposentar;
- Determinação de que para o cálculo do salário de benefício serão considerados oitenta por cento dos maiores salários de contribuição de todo o período contributivo, a partir de julho de 1994.

1.3 CONCEITO

A palavra previdência vem do latim *previdentia* e significa “previsão”, “prevenção”.

Assim podemos conceituar previdência social como sendo um sistema social de caráter contributivo obrigatório e preventivo do cidadão.

Para Martinez (1992, p. 83), pode-se conceituar Previdência Social como a técnica de proteção social que visa a propiciar os meios indispensáveis à subsistência da pessoa humana quando esta não pode obtê-los ou não é socialmente desejável que os afaça pessoalmente através do trabalho, por motivo de maternidade, incapacidade, tempo de contribuição, idade avançada, encargos de família, desemprego involuntário, morte ou prisão - mediante contribuição compulsória distinta, proveniente da sociedade e de cada um dos participantes.

No Art. 1º da Lei 8213/91 o legislador ocupou-se por conceituar Previdência Social.

In verbis:

Art. 1º A Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.

Em síntese, a Previdência Social é uma instituição pública, que tem como objetivo reconhecer e conceder direitos aos seus segurados, ou seja, é o seguro social para a pessoa que contribui.

1.4 PRINCÍPIOS E OBJETIVOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Os princípios da Previdência Social estão previstos no art. 201 da Constituição Federal, sendo que a maior parte destes também está mencionada no art. 2.º da Lei 8.213/91.

Contudo, são mais recorrentes os seguintes princípios:

- a) **Contributividade:** os benefícios e serviços previdenciários serão oferecidos em caráter oneroso, ou seja, somente para aqueles que estiverem filiados e contribuindo para o RGPS farão jus;
- b) **Filiação Obrigatória ou Automaticidade da Filiação:** os trabalhadores que exercem atividade remunerada estão automaticamente filiados à previdência social, independentemente de sua vontade;
- c) **Universalidade de Participação nos Planos Previdenciários:** a previdência social deve buscar abranger a todos que dela desejam participar, como segurados obrigatórios ou segurados facultativos.
- d) **Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;**
- e) **Seletividade e distributividade dos benefícios e serviços:**
- f) **Cálculo dos benefícios considerando-se os salários-de-contribuição corrigidos monetariamente:** os salários-de-contribuição são para a previdência social uma espécie de “retrato” da remuneração que o segurado recebia em determinada época ou do valor que ele declarou quando recolheu a contribuição (caso do segurado facultativo). Servem de base para a incidência da contribuição previdenciária. Os salários-de-contribuição são utilizados para o cálculo da maioria dos benefícios previdenciários.
- g) **Irredutibilidade do Valor dos Benefícios de Forma a Preservar-lhes o Poder Aquisitivo:** a motivação é exatamente a mesma: garantir que o valor não seja corroído pela inflação.
- h) **Valor da Renda Mensal dos Benefícios Substitutos do Salário-de-contribuição ou do Rendimento do Trabalho do Segurado não Inferior ao do Salário-Mínimo:** se o segurado vai sobreviver com o rendimento do benefício previdenciário, é natural que este benefício não possa ser inferior ao salário-mínimo, sob pena de não se garantir a subsistência deste segurado e de sua família.
- i) **Previdência Complementar Facultativa, Custeada por Contribuição Adicional:** temos que lembrar que o benefício previdenciário não garante o mesmo salário que

o segurado está recebendo quando está trabalhando, já que o cálculo da maior parte dos benefícios considerará todo o histórico contributivo a partir de julho de 1994.

Os objetivos da Previdência Social estão previstos no Art. 201 da Constituição Federal, sendo que também estão elencados no artigo 2º da Lei nº 8.213/91, *in verbis*:

Art. 2º A Previdência Social rege-se pelos seguintes princípios e objetivos:

I - universalidade de participação nos planos previdenciários;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios;

IV - cálculo dos benefícios considerando-se os salários de contribuição corrigidos monetariamente;

V - irredutibilidade do valor dos benefícios de forma a preservar-lhes o poder aquisitivo;

VI - valor da renda mensal dos benefícios substitutos do salário de contribuição ou do rendimento do trabalho do segurado não inferior ao do salário mínimo;

VII - previdência complementar facultativa, custeada por contribuição adicional;

VIII - caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação do governo e da comunidade, em especial de trabalhadores em atividade, empregadores e aposentados.

A Previdência Social é uma instituição governamental, de propriedade dos trabalhadores, administrada pelo governo federal com a ajuda da sociedade; é um sistema de proteção mediante o qual as pessoas amparadas adquirem direitos em contraprestação ao pagamento de contribuição. Não existindo o pagamento, a proteção poderá ser assistencial e não previdenciária.

1.5 BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS

Benefícios previdenciários constituem em prestações pecuniárias pagas pela Previdência Social aos segurados ou aos seus dependentes em razão de maternidade, incapacidade, tempo de contribuição, idade avançada, encargos de família, desemprego involuntário, morte ou prisão.

Os benefícios previdenciários estão previstos no artigo 18 da Lei nº 8.213/1991. *In verbis*:

Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços:

I - quanto ao segurado:

- a) aposentadoria por invalidez;
- b) aposentadoria por idade;
- c) aposentadoria por tempo de contribuição;
- d) aposentadoria especial;
- e) auxílio-doença;
- f) salário-família;
- g) salário-maternidade;
- h) auxílio-acidente;

II - quanto ao dependente:

- a) pensão por morte;
- b) auxílio-reclusão.

Observe-se que o acesso aos planos de previdência é universal, no sentido de que qualquer pessoa poderá ter acesso, mas a condição para ser considerado segurado é que contribua, ajudando dessa forma a manter o sistema.

CAPÍTULO II - PENSÃO POR MORTE

Seria pretensioso estudar o tema ora proposto sem a análise contextual e legal acima realizada, uma vez que qualquer pesquisa acerca deste benefício previdenciário requer a compreensão do contexto que envolve a Previdência Social, para que se possa abordar sucintamente as várias facetas jurídicas da pensão por morte.

2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS

O primeiro diploma legal a prever previdência contra as conseqüências da morte foi a Constituição Federal promulgada em 1946, estabelecendo direitos ao dependente do segurado falecido.

Posteriormente foi editada a Lei nº 3.807 de 26 de agosto de 1960, a qual previa a pensão aos dependentes em virtude do óbito do segurado que falecesse após a realização de doze contribuições mensais. O cálculo do valor do benefício obedecia a regra disposta no art. 37. *In verbis*:

Art.37. A importância da pensão devida ao conjunto de dependentes do segurado será constituída de uma parcela familiar, igual a 50% (cinquenta por cento) do valor da aposentadoria que o segurado percebia ou daquela a que teria direito se na data do seu falecimento fosse aposentado, e mais tantas parcelas iguais cada uma a 10% (dez por cento) do valor da mesma aposentadoria quantos forem os dependentes do segurado, até o máximo de 5 (cinco).

Parágrafo único. A importância total assim obtida, em hipótese alguma inferior a 50% (cinquenta por cento) do valor da aposentadoria que percebia ou a que teria direito, será repartida em quotas iguais entre todos os dependentes com direito à pensão, existentes ao tempo da morte do segurado.

A falta de habilitação de outros possíveis dependentes não adia a concessão do benefício, no entanto, os dependentes não habilitados à época da concessão poderiam ter elencados tardiamente, produzindo os efeitos legais a partir da data da habilitação. A cota do valor da pensão se extinguiu:

- Por morte de pensionista;
- Pelo casamento de pensionista do sexo feminino;

- Para filhos e irmãos, desde que, não sendo inválidos, completassem dezoito anos de idade;
- Para filhas e irmãs, desde que, não sendo inválidas, completassem vinte e um anos de idade;
- Para a pessoa do sexo masculino designada na forma do § 1º do art. 11, desde que, completassem dezoito anos de idade;
- Para os pensionistas inválidos, se cessar a invalidez.

Já a Lei Maior em vigência estabelece, em seu art. 201, inciso I, que os planos de Previdência Social atenderão, mediante contribuições, à cobertura dos eventos de morte. O inciso V do referido artigo prevê pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observando-se que nenhum benefício poderá ter valor inferior ao salário mínimo.

2.2 CONCEITUAÇÃO

Como as palavras ordinariamente apresentam mais de um significado, ou seja, são polissêmicas, tanto na esfera do jurídico, quanto no comum, é mister demonstrar a real assepsia da expressão em estudo. Nesse passo, para os léxicos a palavra pensão deriva do termo latino *pensione* que significa pagamento. No Dicionário Aurélio significa renda paga periodicamente a alguém. No âmbito da Previdência Social, significa benefício pago aos dependentes em razão da morte do segurado.

O benefício de pensão por morte possui expressa previsão constitucional no art. 201, inciso I da Carta Magna. Vejamos:

Art. 201 da Constituição Federal. A Previdência Social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada.

Pode-se dizer que pensão por morte é o benefício a que têm direito os dependentes do segurado que falecer.

Para a concessão da pensão por morte é exigível o cumprimento da carência que corresponde a 18 contribuições. Há duas exceções nesta regra, ou seja, será isento de carência, se o segurado estiver em gozo de auxílio doença ou aposentadoria por invalidez, devendo a

incapacidade está vinculada a um anterior acidente de trabalho ou doença profissional, também segue a exceção os casos que embora o segurado não esteja em gozo de benefício, a causa da morte fora acidente de trabalho ou doença profissional ou do trabalho.

2.3 DEPENDENTES

Em função da natureza deste benefício previdenciário, qual seja a manutenção da renda financeira da família quando da morte do segurado, é necessário que haja uma ordem prioritária no rateio do valor do benefício, uma vez que, conforme aspecto sócio econômico brasileiro, a ordem de dependência econômica segue-se àqueles de maior convivência familiar, afetiva e parental.

Assim sendo, quando houver dependentes em uma mesma classe o quantum do benefício será igualmente dividido entre eles, sendo o rateio recalculado a partir da cessação do direito de cada dependente. É conveniente lembrar que a existência de dependente numa classe exclui o direito dos dependentes da classe seguinte.

A concessão do benefício não será protelada pela falta de habilitação de outro possível dependente.

O conjunto de dependentes que trata o artigo 74 da lei 8.213/91, está relacionado no artigo 16 da mesma lei que estabelece como sendo beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes as seguintes pessoas:

- Classe I: Cônjuge; companheira; companheiro; filho não emancipado menor de 21 anos ou inválido;
- Classe II: Pais;
- Classe III: Irmão não emancipado menor de 21 anos ou inválido.

2.3.1 Classe I

A Classe I é composta pelo cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido. Importante ressaltar que quando a lei se refere a cônjuge ou companheiro, implica em ambos os sexos. A dependência econômica deste grupo é presumida, ou seja, basta que se comprove a situação exposta para que se tenha direito à pensão.

2.3.1.1 Cônjuge

Para o cônjuge a certidão de casamento faz prova da condição familiar. O cônjuge divorciado ou separado judicialmente ou de fato, que recebia pensão de alimentos, concorrerá em igualdade de condições com os demais dependentes da mesma classe.

Uma recente modificação apresentada pela medida provisória 664 restringiu o acesso do dependente ao benefício de pensão por morte.

Foi implementada que o cônjuge, companheiro ou companheira não terá direito ao benefício se o casamento ou o início da união estável tiver ocorrido há pelo menos dois anos da data do óbito do instituidor do benefício, exceto nas hipóteses em que o óbito do segurado seja decorrente de acidente posterior ao casamento ou ao início da união estável ou o dependente for considerado incapaz e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade remunerada que lhe garanta subsistência.

2.3.1.2 Companheiro

O casamento sempre foi tido como centro do direito de família e da base social. Dele irradiam normas legislativas fundamentais.

Sua importância como negócio jurídico formal, vai desde as formalidades que antecedem a sua celebração, passando pelo ato matéria de conclusão, até os efeitos do negócio que deságuam nas relações entre os cônjuges, os deveres recíprocos, a criação e assistência material e espiritual da prole.

Por muito tempo, o nosso legislador identificou no casamento a única forma de constituição de família, negando efeitos jurídicos à realidade de um país, onde a maioria das uniões era formada sem vínculo civil.

A situação de dependência econômica tanto dos concubinos quanto dos companheiros restava prejudicada, uma vez que o direito à pensão para àquelas pessoas não era reconhecido.

O falecimento do gestor econômico, segurado da Previdência Social, ocasionava desmoronamento na estrutura financeira da família ora formada, o que ia de encontro aos princípios e diretrizes traçadas pelo nosso sistema assecuratório.

O Estado e a Igreja fechavam os olhos para o problema social cada vez mais gritante. Leis e retórica demonstravam apenas um modelo de organização familiar a seguir: família nuclear, reservada, voltada para si mesma, instalada numa habitação aconchegante.

Demóstenes diz “as cortesãs, nós a temos para o prazer; as concubinas, para os cuidados de todos os dias; e as esposas, para ter uma descendência legítima e uma fiel guardiã do lar” (DEMÓSTENES apud FOUCAULT, 1991, p.76). Infelizmente, pode-se dizer que a legislação previdenciária, à época, seguia esses preceitos ao estabelecer à pensão apenas para os cônjuges.

Com as transformações sociais, a família brasileira acabou se moldando às novas realidades, o que contribuiu para o alargamento do conceito de família, chegando a ponto de não mais restringi-lo ao casamento.

No presente, o Brasil apresenta um vasto percentual de uniões sem vínculo civil, a sociedade que antes condenava tal fato, hoje se submete a ele, aumentando-lhe os números em progressões geométricas.

Processos de modernização, de crescimento econômico e de explosão demográfica impulsionaram fortes mudanças nos costumes e no comportamento feminino.

A discussão sobre a necessidade de emancipação da mulher remetia evidentemente à recusa da imposição dos cônjuges e levava a proposta de uma nova forma de relacionamento afetivo.

Os literários passaram a questionar a institucionalização das relações afetivas e a forma pela qual as relações sexuais se manifestam numa sociedade autoritária e repressiva.

Nesse ínterim, o grau de escolaridade feminino e acesso aos meios de comunicação cresceram, desta forma muitas mulheres passaram a buscar o reconhecimento de seus direitos de companheira e os direitos de seus filhos, frutos de uma união sem vínculo civil, mas que mereciam as mesmas benéficas dispensadas aos denominados filhos legítimos.

A sociedade voltou-se então para o mundo jurídico que estava com uma questão central nas mãos: como reconhecer a posição social da companheira e definir que papel lhe caberia na sociedade moderna, aliando a isto o casamento e os deveres nele contidos.

A partir da primeira metade do século XX, a doutrina passou a tecer posições em favor dos direitos dos companheiros, o que serviu de estímulo e base para a jurisprudência e para a alteração legislativa. Surgiram assim, Leis e Decretos que guarneciam direitos básicos dos conviventes.

Houve uma certa evolução sobre o tema união estável. Diversos dispositivos foram promulgados e postos em vigência, objetivando salvaguardar os direitos das pessoas unidas sem o casamento civil. Primeiramente, com relação a legislação de acidente do trabalho, a Lei nº 3.724 de 1919, que equiparou a companheira à esposa, desde que comprovadamente sustentada pelo homem.

A primeira legislação previdenciária que estabeleceu direitos à companheira foi o Decreto nº 20.465 de 1931 que empregou o termo *mulher*, podendo por interpretação extensiva, ser aplicada também nos casos de mulher não casada. Já a Lei 3.807 de 1960, Lei da Previdência Social, tornou possível a designação da companheira como dependente, na falta dos dependentes expressamente mencionados em lei.

As modificações mais visíveis e concretas ocorreram após a Constituição de 1988, ao reconhecer a união estável como família legítima, o legislador constitucional deu a oportunidade de muitas famílias constituídas à margem do direito, merecerem o mesmo respeito antes admitido apenas ao casamento.

A Constituição veio, na verdade, abraçar uma situação de fato já existente e que não era, todavia, reconhecida juridicamente.

Nesse sentido, deve-se observar quais as benéficas e pressupostos aplicados a cada instituto familiar, pois as mudanças constitucionais, sem dúvida, alteraram substancialmente a história traçada pela Lei Civil e pela Sociologia para a família brasileira. Hodiernamente, considera-se companheira ou companheiro a pessoa que mantenha união estável com o segurado ou segurada.

É conferido administrativamente o direito à pensão por morte ao companheiro sobrevivente, desde que comprovado a união, o que pode ser feito através de três provas materiais distintas, quais sejam: certidão de nascimento de filho havido em comum, certidão de casamento religioso, declaração de imposto de renda do segurado, em que conste o interessado como seu dependente, disposições testamentárias, anotação constante em Carteira Profissional e/ou na Carteira de Trabalho e Previdência Social, feito por órgão competente, declaração especial feita por tabelião, prova de mesmo domicílio, conta bancária conjunta, entre outras.

2.3.1.3 União homossexual

O Brasil apresenta uma taxa crescente de uniões homossexuais, estima-se que cerca de dez por cento das uniões brasileiras sejam entre pessoas do mesmo sexo, deste modo é imperioso que haja cobertura previdenciária para estas uniões.

Sob o apanágio dos princípios da dignidade humana, da igualdade e da liberdade, em que se baseia ao lado daqueles específicos que dizem respeito ao pluralismo das entidades familiares e à efetividade, a partir de 05 de abril de 1991, por determinação judicial proferida em Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, também fará jus a pensão por morte o

companheiro ou companheira homossexual, desde que atendidas as demais condições exigidas para reconhecimento do direito a esse benefício.

É louvável que o Estado cumpra o seu papel dando proteção aos diversos grupos familiares, mormente quando se constata que a igualdade entre homem e mulher é apenas legal, sendo a realidade muito diversa do ideal constitucional, assim merecendo proteção os companheiros de mesmo sexo.

2.3.1.4 Filho não emancipado, de qualquer condição, menor de vinte e um anos de idade ou inválido

Os filhos de qualquer condição, desde que não emancipados, menores de vinte e um anos de idade ou inválidos fazem jus a pensão por morte.

O artigo 9º do Código Civil de 1916 disciplinava que a menoridade cessaria aos 21 anos completos quando a pessoa então estaria habilitada para todos os atos da vida civil, ou seja, seria considerada plenamente capaz. Já o novo Código Civil reduz a maioridade para 18 anos de idade, fato que, ao primeiro olhar, autorizaria dizer que o dispositivo previdenciário estaria revogado.

Ocorre que a capacidade plena é uma presunção *juris tantum* de que a pessoa, a partir do momento que a adquire, não só poderá exercer todos os atos da vida civil como também tem condições de prover sua própria subsistência, assim o Novo Código Civil não modificou a legislação previdenciária, pois esta tem tratamento específico que prevalece sobre a regra geral da norma civil.

Para o filho e o irmão não emancipado menor de 21 anos ou inválido a lei concede especial proteção. Em outros termos, a qualidade de dependente cessa ao filho e ao irmão ao se emancipar ou ao completar 21 anos, salvo se inválido, condição segundo a qual, ainda que maior de 21 anos de idade, restaria mantida a proteção previdenciária na condição de dependente do segurado do RGPS.

Com o fito de regulamentar a concessão de benefícios a maiores inválidos, vejamos o art. 108 do Decreto 6939/2009, *in verbis*:

Art. 108. A pensão por morte somente será devida ao filho e ao irmão cuja invalidez tenha ocorrido antes da emancipação ou de completar a idade de vinte e um anos, desde que reconhecida ou comprovada, pela perícia médica do INSS, a continuidade da invalidez até a data do óbito do segurado.

O pensionista inválido está obrigado, independente de idade sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da Previdência Social, processo de reabilitação por ela prescrito e custeado e tratamento dispensado gratuitamente, exceto cirúrgico e transfusão de sangue que são facultativos.

2.3.2 Classe II

A classe II é composta pelos pais do *ex vi*. Curial ressaltar que os dependentes das classes II e III devem comprovar tanto a situação de parentesco quanto a de dependência econômica, pois nesses casos não se presume o vínculo financeiro.

2.3.3 Classe III

A classe III é composta pelo irmão, não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido.

Para que o irmão ou o filho maior inválido faça jus ao recebimento da pensão, deverá ser constatada por perícia médica do INSS que a invalidez ocorreu antes da emancipação ou de completar vinte e um anos de idade e que sua continuidade perpetua até a data do óbito do segurado.

Considera-se emancipado aquele que assim o for declarado por sentença ou por concessão do seu representante legal, ou em função de casamento, ou ainda pelo exercício em emprego público efetivo, pela colação de grau em curso de ensino superior ou por constituir estabelecimento civil ou empresarial com economia própria.

2.3.4 Concessão

Para que se possa requisitar a pensão por morte é necessária a implementação de dois requisitos básicos: falecimento do segurado e enquadrar-se na condição de dependente dele. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data:

- Do óbito, quando requerida até 30 dias depois deste;

- Do requerimento, quando solicitada após 30 dias do óbito;
- Da decisão judicial, no caso de morte presumida.

No último caso, a situação deverá ser declarada pela autoridade judicial competente.

Neste caso a pensão terá caráter provisório conforme previsão do art. 78 da Lei nº 8.213/91, verificado o reaparecimento do segurado sendo concedida a pensão provisória cessará imediatamente, desobrigados os dependentes da reposição dos valores recebidos, ante o caráter alimentar, salvo má-fé. Senão vejamos:

Art. 78. Por morte presumida do segurado, declarada pela autoridade judicial competente, depois de 6 (seis) meses de ausência, será concedida pensão provisória, na forma desta Subseção.

§ 1º Mediante prova do desaparecimento do segurado em consequência de acidente, desastre ou catástrofe, seus dependentes farão jus à pensão provisória independentemente da declaração e do prazo deste artigo

§ 2º Verificado o reaparecimento do segurado, o pagamento da pensão cessará imediatamente, desobrigados os dependentes da reposição dos valores recebidos, salvo má-fé.

Vale salientar que para que os dependentes do desaparecido possam obter o benefício de pensão por morte, não é necessário que decorra o lapso temporal fixado no Código Civil para o reconhecimento da presunção do óbito, uma vez que o mencionado benefício é de caráter alimentar, não sendo razoável exigir-se a espera de 10 (dez) anos (art. 37, CC) ou de 5 (cinco) anos (art. 38, CC), para que o mesmo seja concedido.

2.3.5 Valor do benefício

O valor da pensão por morte corresponderá a 100% do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data de seu falecimento.

2.3.6 Tempo de benefício para cônjuge ou companheiro (a):

A MP 664/2014 trouxe grande modificação quanto ao tempo de recebimento do benefício do cônjuge ou companheiro (a).

Agora, em regra, o benefício deixa de ser vitalício, sendo regulado por uma tabela progressiva que leva em conta o tempo de sobrevivência do dependente sobrevivente na data do óbito do segurado.

2.3.7 Cessação

Com a extinção da cota do último pensionista, a pensão por morte será encerrada. O direito a pensão por morte cessará:

- com a morte do pensionista;
- para o pensionista menor de idade, ao completar vinte e um anos de idade, salvo se for inválido, ou pela emancipação, exceto neste caso se a emancipação for decorrente de colação de grau científico em curso de ensino superior;
- para o pensionista inválido, pela cessação da invalidez;
- após o trânsito em julgado, o beneficiário condenado pela prática de crime de que tenha dolosamente resultado a morte do instituidor;
- o cônjuge, o companheiro ou a companheira se comprovada, a qualquer tempo, simulação ou fraude no casamento ou na união estável, ou a formalização desses com o fim exclusivo de constituir benefício previdenciário, apuradas em processo judicial no qual será assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa;
- renúncia expressa do pensionista;
- para cônjuges ou companheiro (a) de acordo com a tabela progressiva abaixo:

Expectativa de sobrevida à idade x do cônjuge, companheiro ou companheira, em anos ($E(x)$)	Duração do benefício de pensão por morte (em anos)
$55 < E(x)$	3
$50 < E(x) \leq 55$	6
$45 < E(x) \leq 50$	9
$40 < E(x) \leq 45$	12
$35 < E(x) \leq 40$	15
$E(x) \leq 35$	Vitalícia

Assim, a pensão por morte para cônjuge ou companheiro (a) pode durar 3 anos, 6 anos, 9 anos, 12 anos, 15 anos ou será vitalícia conforme a idade do cônjuge e sua conseqüente expectativa de vida.

CAPÍTULO III - UNIÃO ESTÁVEL X CONCUBINATO

3.1 UNIÃO ESTÁVEL

Durante muito tempo confundiu-se família com casamento, sendo ignoradas as demais uniões. A família chamada “ilegítima” era motivo de vergonha, esse posicionamento veio da influência da Igreja, através dos regulamentos cristãos.

Apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988 o conceito de família foi ampliado, quando em no §3º do art. 226 o legislador reconhece como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, com direitos e deveres nivelados aos advindos do casamento.

Sem regulamentação infraconstitucional a proteção constitucional teve escassa eficácia prática, a jurisprudência continuou tratando a união estável como uma relação jurídica familiar de segunda classe.

Em 1994, a Lei nº 8.971 de 29 de dezembro veio tentar regulamentar o preceito constitucional de união estável, conferindo direitos sucessórios e alimentares ao companheiro.

Não obstante, a lei limitou esses direitos aos companheiros desimpedidos. Vejamos o art. 1º do diploma legal, *in verbis*:

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.

Embora regulamentasse o direito dos conviventes quanto a sucessão e alimentos, a norma deixou diversas lacunas, como: não definia o instituto da união estável e apenas contemplava os companheiros que estivessem convivendo por um período superior a cinco anos, ou caso sucedesse à existência de filho comum, o que feria os princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

Já em 1996, a Lei nº 9278 de 10 de maio conceituou união estável e retirou o prazo de duração da relação, bem como o estado civil das partes e indicou novos requisitos: durabilidade, publicidade do relacionamento e objetivo de construir família.

Em 2002, o Código Civil praticamente reproduziu o contido na Lei 9278/96, acrescentando, porém, o requisito da não existência de impedimento matrimonial, salvo os casos das pessoas separadas judicialmente ou de fato.

A união estável é uma entidade familiar sem definição legal, encontramos em lei os requisitos essenciais para a sua configuração. Vejamos o art. 1723 do CC, *in verbis*: “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

A diferença basilar entre casamento e união estável reside na solenidade do ato, ou seja, o casamento requer para sua celebração a habilitação ao casamento, enquanto que a união estável se perfaz sem qualquer formalidade legal, tratando-se, portanto, de ato puro. Embora os institutos sejam formalmente diferentes, os deveres ao casamento dispostos no art. 1.566 do Código Civil também se estendem à união estável, como a fidelidade recíproca, a vida em comum, a mútua assistência, o sustento, a guarda e a educação dos filhos e o respeito e consideração mútuos.

Importante acrescentar que tanto para o casamento como para constituição de união estável se deve observar os impedimentos previstos no art. 1521 do Código Civil, abaixo transcrito:

Art. 1.521. Não podem casar:

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

II - os afins em linha reta;

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

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

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

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

Imperioso destacar que, para que exista união estável não satisfaz a existência de relações sexuais reiteradas, é preciso dentre os requisitos necessários, a presença do *animus* de compor família.

Relações morosas, públicas e contínuas sem o objetivo de constituição familiar não podem ser vistas como união estável e não geram qualquer efeito jurídico, como o que ocorre no namoro.

Assim entendeu o Colendo Tribunal do Rio Grande do Sul, *in verbis*:

EMENTA: AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. REQUISITOS. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS.

Para a caracterização da união estável é imprescindível a existência de convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com objetivo de constituir família. O relacionamento que ostenta apenas contornos de um namoro, ainda que duradouro, sem atender aos requisitos do art. 1.725 do CC, não caracteriza união estável. Apelação Cível desprovida, de plano. (Apelação Cível Nº 70040515124, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 30/06/2011)

Em resumo, União Estável é a relação de convivência entre dois indivíduos desimpedidos, pública, contínua e duradoura com o intuito de constituir família.

3.2 CONCUBINATO

A união entre homem e mulher sempre existiu independente de qualquer tipo de formalidade. Esse tipo de união denominado de concubinato ou união estável ficou fortemente marcado ao longo da história.

Durante muito tempo o concubinato não foi previsto pela legislação brasileira, apesar de na prática já existir há muito tempo e em número considerável. Somente encontrou amparo legal na Constituição vigente.

Menciona Silvio Rodrigues (2006, p. 256) que uma das causas geradoras da multiplicação do concubinato foi a inexistência até 1977, do divórcio a vínculo em nosso país, tornando favorável as pessoas separadas contraírem nova relação amorosa, sem qualquer tipo de formalidade.

Quando se observa o Código Civil de 1916, nota-se que não há menção a família ilegítima, somente preocupou-se em proteger e valorizar a família legalmente constituída.

Por extenso período o instituto foi tratado apenas no âmbito cível, até que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226 §3º, “reconhece a união estável para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher, como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”.

Em meio a previsão supracitada, o concubinato deixa de ser discutido nos moldes do Direito Obrigacional e passa a ser tratado no Direito de Família, estando no rol das formas de entidade familiar.

Sobre o assunto, comenta Caio Mário da Silva Pereira:

Num primeiro plano, o Constituinte de 1988 passou a considerar as uniões extraconjugais como realidade jurídica, e não apenas como um fato social. Retirou-lhes todo o aspecto estigmatizante, no momento em que as colocou sob a proteção

do Estado. Não se pode eliminá-la do âmbito do Direito Civil. Eis que a Constituição as insere no artigo 226, no Capítulo destinado à Família.

Assim vejamos decisões:

Ementa: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA FEDERAL IMPROCEDENTE. PENSÃO ESPECIAL POR MORTE DE EX-COMBATENTE. CONCUBINA. COMPROVADA A NIÃO ESTÁVEL. - Inicialmente, entendo correto o entendimento da juíza a quo quanto à improcedência da preliminar de incompetência absoluta, argüida pela União. De fato, a declaração de união estável não faz parte do pedido da autora, figurando, no caso em questão, como mera premissa da fundamentação da sentença. Como fundamento que é, sequer transita em julgado. - A alegada distinção entre companheira e concubina é irrelevante, em vista do art 226 da Constituição Federal e da Lei n (9258/96 - O direito à percepção de pensão especial é regido pela legislação vigente à época do óbito do instituidor do benefício, no caso pela Lei n (8.059 /90, que reconhece a companheira como dependente do ex-combatente, desde que esta tenha mantido união estável com o de cujus até o momento do falecimento deste. - Note-se, assim, que resta devidamente comprovada a união estável entre a autora e o de cujus, conforme se aufere dos boletos de pagamentos, acostados aos autos, emitidos em nome de cujus para o mesmo endereço da parte autora, provando, assim, a residência comum. Ainda, que a justificação judicial é elencada, no art. 7º, inc. III, da Lei n (8.059/90, como prova idônea para a comprovação da condição de dependente. - Entendo, assim, ser devida, à parte autora, a percepção de pensão especial por morte de ex-combatente, desde 01 de junho de 2005, data do requerimento administrativo, sendo as parcelas corrigidas monetariamente e acrescidas dos juros moratórios no percentual de 0,5% ao mês. - Honorários fixados no percentual de 10% sobre o valor da condenação, conforme orientação jurisprudencial desta Turma. - Apelação provida. (TRF-5 - Apelação Cível : AC 406442 PE 2005.83.00.016868-1)

Ementa: ADMINISTRATIVO. MILITAR. COMPANHEIRA. PENSÃO. RATEIO COM A VIÚVA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. PROTEÇÃO À UNIÃO ESTÁVEL. PAGAMENTO DE PARCELAS EM ATRASO. TERMO INICIAL DO PAGAMENTO DO BENEFÍCIO. JUROS DE MORA.

1. A Constituição Federal, em seu art. 226, parágrafo 3º, tornou explícito o amparo concedido à nova entidade familiar, constituída pela união estável entre o homem e a mulher.
2. A Lei nº 6880/80, em seu art. 50, parágrafo 3º, alínea i, arrolou a companheira como dependente do militar, desde que viva em companhia dele há mais de 5 (cinco) anos, sob sua dependência econômica e sob o mesmo teto.

3. "Apesar da distinção existente em Direito Civil entre companheira e concubina (art. 1727 do Código Civil), para fins previdenciários, entendo que deve ser dada primazia à realidade, protegendo-se as relações com feições de entidade familiar, não obstante haja impedimento ao casamento de qualquer das partes. Nesse sentido, precedente do STJ: RECURSO ESPECIAL. PENSÃO PREVIDENCIÁRIA. PARTILHA DA PENSÃO ENTRE A VIÚVA E A CONCUBINA. COEXISTÊNCIA DE VÍNCULO CONJUGAL E A NÃO SEPARAÇÃO DE FATO DA ESPOSA. CONCUBINATO IMPURO DE LONGA DURAÇÃO." Circunstâncias especiais reconhecidas em juízo ". Possibilidade de geração de direitos e obrigações, máxime, no plano da assistência social. Acórdão recorrido não deliberou à luz dos preceitos legais invocados. Recurso especial não conhecido. (REsp 742.685/RJ, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04.08.2005, DJ 05.09.2005 p. 484)" (trecho do voto proferido pelo Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, naAC 431102-PE, Primeira Turma, DJU de 13.06.2008, pág.: 613, nº 112).

4. A companheira de militar falecido deve concorrer, em igualdade de condições, com a viúva no recebimento de pensão. Apenas com o advento da morte da esposa do ex-militar é que se deve proceder à transferência de sua cota-parte da pensão à companheira, nos moldes do art 24, da Lei nº 3765/60. 5. Comprovada a dependência econômica e a união estável entre a autora e o ex-militar instituidor da pensão, por meio da Justificação Judicial e pelos depoimentos testemunhais contidos nesse processo. 6. Diante do reconhecimento, na via administrativa, do direito da autora à pensão, com fundamento na legislação específica (Lei 3765/60), assiste-lhe o pagamento das parcelas em atraso do dito benefício, desde a data do requerimento administrativo (14/10/1994) até a concessão do benefício no curso do processo (17.02.2005). 7. O fato de a União já haver procedido ao pagamento da pensão à viúva e às filhas do ex-militar, não afasta o direito da demandante obter sua cota-parte da pensão desde a data do requerimento administrativo. 8. Acolhida a alegação da União de existência de erro material na sentença no tocante à data de implantação do benefício na via administrativa, devendo ser considerada a data de 17.02.2005, e não em 31.05.2005, como determinado pelo douto sentenciante. 9. Mantidos os juros de mora nos termos em que fixados na sentença, visto ser inaplicável o art. 1º-F da Lei 9494/97 às ações propostas em data anterior à Medida Provisória nº 2180-35, de 24 de agosto de 2001. Apelação e remessa obrigatória parcialmente providas.(TRF-5 - Apelação Cível : AC 193728 SE 0058950-60.1999.4.05.0000)

Desse modo, o concubinato, ou melhor, as uniões estáveis não legalizadas, passaram a integrar o que o constituinte chamou de entidade familiar, ampliando, assim, a idéia tradicional de família.

Contudo, mesmo antes destas normas, alguns dos problemas decorrentes das uniões estáveis foram tratados pelos legisladores e pela jurisprudência, como a questão dos filhos havidos fora do casamento formal.

Por fim, no tocante ao campo da previdência social, o reconhecimento das uniões estáveis já vem de algum tempo.

O Plano de Benefícios da Previdência Social (Lei n. 8.213, de 24.07. 1991) em seu artigo 16, I, com redação dada pela Lei n. 9.032, de 28.04.1995) assim como o Regulamento (Dec. n. 2.172, de 05.03.1997, artigo 13, I) permitem a inclusão da companheira ou companheiro na categoria de beneficiários do Regime Geral da Previdência Social, recebendo, assim, tratamento semelhante ao dispensado aos legalmente casados, desde que a união estável seja devidamente comprovada.

CAPÍTULO IV -POSSIBILIDADE DE RATEIO DA PENSÃO POR MORTE ENTRE CÔNJUGE E CONCUBINO

Como já dito anteriormente, o concubinato é a união entre duas pessoas em que uma delas ou ambas, está impedida de se casar com base no que prevê o art. 1521 do Código Civil Brasileiro.

Assim, a problemática envolve o direito do concubino receber o benefício de pensão por morte deixada pelo segurado em rateio com a viúva sobrevivente.

A pergunta é: o concubino é considerado dependente, tendo portanto direito ao rateio do benefício com o cônjuge?

Não há controvérsias no que tange o direito do cônjuge, uma vez que no art. 16 da Lei 8.123/91, o mesmo encontra-se no rol de dependentes, assim como o companheiro, em mesma classe.

Quanto a possibilidade de existir desdobramento do benefício, o mesmo diploma legal em seu art. 77 autoriza “A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em parte iguais.”

A Constituição Federal reconhece como entidade familiar o casamento e a união estável, mas não menciona concubinato.

Considerando que em muitos casos o concubino vive como se casado fosse, tendo filhos, dependendo economicamente do segurado, mantendo uma relação pública e notória, já que muitas vezes sequer tem conhecimento da existência do cônjuge, não enquadrá-lo como dependente estaríamos ferindo os Princípio da Igualdade e da Dignidade da Pessoa Humana, além de não atingirmos a missão da Previdência Social que é garantir proteção ao trabalhador e sua família, por meio de sistema público de política previdenciária solidária, inclusiva e sustentável, com o objetivo de promover o bem-estar social e tem como visão ser reconhecida como patrimônio do trabalhador e sua família, pela sustentabilidade dos regimes previdenciários e pela excelência na gestão, cobertura e atendimento.

Sobre o tema Ibrahim (2009, p.1) afirma:

Se determinado segurado, de modo flagrantemente imoral, ou mesmo ilegal, tenha relação não eventual com mais de uma pessoa, ou mesmo indevidamente casado (bigamia), não há razão plausível para, em caso de morte do segurado, prejudicar as pessoas com as quais se mantinha relação continuada. Se, por exemplo, o segurado falecido engajou-se em união estável paralela, com duas pessoas diferentes e simultaneamente, quem terá direito ao benefício? Se os Tribunais não pretendem estabelecer alguma espécie de corrida previdenciária, é necessário admitir a divisão de benefícios em hipóteses de vida em comum, pouco importando o rótulo jurídico dado.

Assim, a proteção constitucional à união estável pode ser interpretada de forma extensiva ao concubinato, de acordo com cada caso.

Nesse sentido, Castro e Lazzari (2012, p. 684), entendem:

Nos casos em que o cônjuge falecido mantinha, ao mesmo tempo, a (o) esposa (o) e a(o) concubina(o), deve ser avaliado o conjunto probatório para verificar se a(o) requerente viveu e dependeu do (a) segurado(a) até o falecimento deste(a). Restando demonstrada a situação de concubinato, a mesma deve ser reconhecida para fins previdenciários, não sendo impedimento para tanto a existência simultânea de esposa (o). A respeito do tema, o TRF da 4ª Região decidiu que “diante das novas orientações constitucionais, que fazem emergir a isonomia entre o casamento e a união estável, é de se reconhecer os efeitos que gera o concubinato, mesmo impuro, no âmbito previdenciário. Concorrendo ao benefício a esposa e a concubina, a solução admitida de forma uníssona pela jurisprudência é a divisão da pensão” (AC n. 2000.04.01.0376495 – DJU de 25/09/2002).

A jurisprudência vem acompanhando o entendimento acima. Vejamos:

PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONAL. PENSÃO POR MORTE. RATEIO. ESPOSA E CONCUBINA. POSSIBILIDADE. HIPÓTESE CONFIGURADA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. MANUTENÇÃO. 1. A concepção acerca da família, é consabido, sofreu significantes variações ao longo dos tempos, tendo sido moldada conforme os anseios de cada época. Neste processo evolutivo, algumas de suas características foram preservadas, outras, por não se adequarem mais à realidade social, restaram superadas. Tal processo de adaptação resultou no que hoje se entende por família. 2. Etapa importante do referido processo evolutivo ao qual a família vem se submetendo encontrou eco e reprodução no mundo jurídico, impondo sua representação na Constituição Federal de 1988, cujas inovações conferiram status de família à união estável e aos núcleos monoparentais, pondo-se, desta forma, fim ao conceito "matrimonializado" de família (art. 226 e §§ da CF/88). Neste diapasão, a afetividade, consubstanciada com a estabilidade (relacionamentos duradouros, o que exclui os envoltimentos ocasionais) e a ostentabilidade (apresentação pública como unidade familiar) passa a servir de lastro para a conceituação da família contemporânea. 3. Na atualidade, a família tem sido alvo de profundas reflexões, as quais vêm resultando em modificações no modo de pensá-la e defini-la. Não se trata de questionar a instituição familiar em si, mas sim a forma que adquiriu como resultado do processo histórico que desembocou nos padrões sociais atuais. 4. Com a imposição legal da igualdade entre homens e mulheres, bem como em virtude da necessidade de proteção à dignidade da pessoa humana, constatou-se a relevância de se adequar o conceito do modelo familiar, já não mais nos moldes tradicionais. A reformulação jurídica do conceito de família, desta forma, é mero reflexo das inovações ocorridas no cenário social. 5. O momento atual, no que concerne ao modelo familiar, é de transição. Busca-se consolidar um novo formato a ser conferido à família, tendo o ordenamento jurídico pátrio passado a sofrer alterações significativas, a fim de se adequar aos novos anseios da sociedade. Neste sentido, a CF/88 representou um marco evolutivo nesse processo de adaptação, ampliando o conceito de família e passando a servir de norte para todas as normas infraconstitucionais. 6. A admissão de outros modelos familiares que não o lastreado no casamento é resultado da alteração da base ideológica de sustentação da família. Procura-se hoje considerar a presença do vínculo afetivo e protetivo como fator determinante para a enumeração dos núcleos familiares. Admitida a afetividade como elemento essencial dos vínculos familiares, aqui vista também como a intenção de proteção mútua, resta saber até que ponto os relacionamentos humanos nos quais tal sentimento esteja presente podem vir a ser rotulados de família, sendo, conseqüentemente, abarcados pelas normas jurídicas que tutelam os indivíduos que a constituem. 7. Entende-se por concubinato puro a modalidade de envolvimento afetivo, entre homem e mulher, que obedeça os ditames sociais. Trata-se de verdadeiro casamento não oficializado, uma vez que atende a todas as condições impostas à sua celebração e os envolvidos se comportam como se casados fossem, lhes

faltando apenas o reconhecimento estatal. Já o concubinato impuro, por sua vez, refere-se a todo e qualquer envolvimento afetivo que se estabeleça em afronta às condições impostas ao casamento, condições estas materializadas nos impedimentos matrimoniais. 8. A princípio, dentro do quadro evolutivo jurídico, marcado pela valorização do afeto e superação de formalismos, parece ter sido preservada a vigência do princípio jurídico da monogamia. Isto porque não se pode olvidar que o modelo monogâmico ainda é o que melhor atende às aspirações da sociedade contemporânea, garantindo a estabilidade necessária à educação da prole e ao desenvolvimento do homem na qualidade de agente econômico, político e social. 9. Nessa linha de raciocínio, o reconhecimento de direitos previdenciários decorrentes de concubinato impuro depende de uma série de requisitos que demonstrem cabalmente a existência de dois relacionamentos (casamento e concubinato) que em praticamente tudo se assemelhem, faltando ao segundo tão-somente o reconhecimento formal. Deve ser levado o efetivo "ânimo" de constituição de uma unidade familiar para fins de proteção mútua e estatal, com suas respectivas variáveis, tais como eventual dependência econômica, tempo de duração da união, existência de filhos, etc. Do contrário, deve prevalecer o interesse da família legalmente constituída. 10. Na hipótese dos autos, correta a sentença que determinou o rateio da pensão entre esposa e concubina, eis que restou demonstrado pela autora que seu relacionamento duradouro com o *de cuius* se revestia dos requisitos necessários para a caracterização da união estável constitucionalmente protegida. 11. Atendidos os pressupostos do art. 273 do CPC - a verossimilhança do direito alegado e o fundado receio de dano irreparável -, é de ser mantida a antecipação da tutela deferida na sentença. (TRF4, AC 0000316-54.2011.404.9999, Sexta Turma, Relator João Batista Pinto Silveira, D.E. 31/01/2012)

Um dos princípios que podem se coadunar com a posição que justifique o rateio ou divisão que é objeto do presente estudo é o da isonomia.

A igualdade é base fundamental e inafastável na estruturação social e política de um Estado democrático, na qual deve ser observado sempre uma ligação profunda com o conteúdo essencial do princípio da dignidade humana, considerando que este valor, como universal que é, deve ser reconhecido, indistintamente, para todas as pessoas, independentemente da classe econômica em que vivem, status social ou características particulares das pessoas.

É reconhecida a distinção entre a igualdade formal e a igualdade material, que se opera (no primeiro caso) na proibição de que o legislador possa, na edição da lei, conceder privilégios odiosos entre titulares de direitos e, no segundo caso, para o intérprete, servido de baliza para que a autoridade judiciária faça isso de critérios verdadeiramente isonômicos, aplicando a lei com base em imperativo de justiça, buscando diminuir abismos eventualmente existentes.

Outrossim, SILVA, (2005, p.215):

Quando se diz que o legislador não pode distinguir, isso não significa que a lei deva tratar todos abstratamente iguais, pois o tratamento igual – esclarece Petzold – não se dirige a pessoas integralmente iguais entre si, mas àquelas que são iguais sob os aspectos tomados em consideração pela norma, o que implica que os ‘iguais’ podem diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerados como irrelevantes pelo legislador.

Dessa maneira, nas situações expostas, e que podem levar ao rateio da pensão por morte entre viúvo (a) e concubino (a) supérstite, deve haver uma combinação do teor do art. 5º, em seu caput (“todos são iguais perante a lei”), com o delineado no art. 3º, IV (“promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”), ambos da Magna Carta brasileira, pois se chega à conclusão inarredável de que as ações do Estado contemporâneo devem ser sempre tendenciosas a suprimir as medidas discriminatórias pautadas em qualquer tipo de escolha que fique dentro da liberalidade do indivíduo.

No caso específico, negar o direito a concubino, ou à concubina, de poder receber o benefício previdenciário por existência de um impedimento, que não apaga ou minimiza todos os fatos vividos efetivamente, como se casada(o) fosse, parece perpetrar um mal ainda maior e consagrar uma discriminação, vedadas pela Constituição.

Em julgamento no STJ, o Ministro Luis Felipe Salomão, muito bem vislumbrou que:

Os diplomas pretéritos revelaram, de forma enfática, que o foco de proteção estatal era o próprio casamento em si, abstraindo-se por completo as pessoas integrantes desse núcleo (salvo a figura do marido), individualmente, consideradas, tudo isso em detrimento de valores que posteriormente foram reconhecidos como os mais caros à pessoa humana, como a dignidade e igualdade de tratamento perante a lei. De fato, a igualdade o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à autoafirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. [...] O direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.183.378 - RS (2010/0036663-8))

Em última análise, pode também se reconhecer, ao negar o direito ao rateio em condições específicas de convivência comprovada, de largo reconhecimento social do concubinato, tal qual casamento fosse, da existência de filhos, que isto constitui verdadeiro óbice à liberdade individual sexual e familiar.

Muniz (2013, p. 232) diz que:

A experiência jurídica atual vem denotando um perfeito alinhamento com as decorrências da adoção da dignidadumn como vetor basilar do Estado Constitucional de Direito. Isto reflete um nítido avanço no sentido de compreender que isonomia, enquanto direito fundamental, somente pode ser alcançada mediante o respeito irrestrito à condição humana e à diversidade sexual, vedando-se as posturas de cunho discriminatório que atentem contra o núcleo jurídico de proteção constitucional.

A construção de um caminho que respeite, individualmente, os cidadãos, é o caminho da democracia, também realizada através de decisões judiciais que, nesse sentido,

permita que aconteça o rateio entre viúvo(a) e concubino(a), desde que, efetivamente, presentes fundamentos fáticos suficientes para que haja um tratamento igualitário entre eles no que diz respeito a gozar do benefício estabelecido, mesmo que, sob a letra da lei, exista impedimento legal.

A Constituição deve possibilitar, quando é o caso, o afastamento da incidência dessa norma que se impede que seja construída uma decisão justa, à luz da Constituição.

Dois são os grandes postulados de onde devem partir a decisão judicial, nesses casos: a igualdade e a dignidade da pessoa humana. Deve-se observar que os dois podem ser chamados de princípios porosos, ou disposições abertas, que necessitam da integração do julgador, do intérprete.

Mendes (2008, p.20) diz que “as disposições abstratas da Constituição devem ser interpretadas como tais”, ou seja, se a linguagem evoca princípios morais, é exatamente esse o parâmetro pelo qual o juiz, sem medo de usurpar o poder de outrem, avaliará a compatibilidade entre as leis e a Constituição. Os redatores constitucionais fizeram essa opção deliberadamente.

Opositores desse método cobram dos juízes neutralidade moral e fidelidade ao texto. Isto consistiria, por intermédio de algum processo asséptico, em buscar na vontade original dos constituintes o verdadeiro significado do texto etc.

O método correto seria aquele que impede o juiz de construir um sentido antes não intentado pelo legislador.

Dworkin (2002, p. 220) defende, porém, que os 'pais fundadores' não pretenderem instituir padrões políticos particularmente redigidos acidentalmente na forma abstrata. Estabeleceram, sim, conceitos abertos e incumbiram seus destinatários da responsabilidade de derivar as melhores concepções contemporâneas de justiça.

Esta linguagem não é domesticável por fórmulas mecânicas de interpretação. A tentativa de escapar da substância e alcançar uma decisão neutra está condenada ao fracasso. Cada geração, a partir dos mesmos conceitos, atualiza suas concepções de justiça. Os conceitos permanecem. As concepções se atualizam.

Dessa forma, parece-nos irrazoável não considerar, que a partir de todas as mudanças que ocorrem no plano fático, onde civilmente tem-se reconhecido o direito às mais diversas formas de família, numa repersonalização do Direito Civil, se tolha o direito do indivíduo, que tendo convivido em regime familiar com o de cujos, possa receber, ainda que o regime tenha sido em concubinato, valores rateados com aquele que foi casado com o de cujos.

Ademais, vale também o registro de que o INSS não pode enxugar ou restringir, o conceito geral de família, protegido pela Constituição a partir das interpretações que dão conta desse conceito ter-se tornado mais amplo possível, dando ensejo à proteção geral à vários novos conceitos de família.

A história e evolução das relações têm mostrado largamente de que os juízes, em muitos casos, devem ter o dever de respeitar a história e a integridade, de produzir decisões que se harmonizem com a sociedade atual, com a estrutura da Constituição e também às decisões passadas.

Aparentemente, a impossibilidade de rateio do benefício, nos moldes aqui discutidos, ainda está arraigada a uma questão de discriminação e de proteção exacerbada não da família plural, tal qual vivemos hoje, mas da instituição do casamento, como se existisse, ainda, uma necessidade de que o magistrado, ouvindo a voz da maioria (que continua a pensar na família tradicional, instituída nos moldes tradicionais) continue escondido sob a proteção do texto frio da lei, a impedir que novas interpretações, com base na igualdade material e dignidade humana possam ser adotadas. O entendimento, aparentemente, deve seguir sentido contrário.

Devem ser socorridos por Dworkin (2002, p.220):

Se indivíduos não tivessem direitos contra a maioria e se a decisão democrática se resumisse a identificar preferências dominantes, as instituições majoritárias seriam o foro adequado. Nesta concepção de democracia, todos os conflitos deveriam ser resolvidos por instituições politicamente responsáveis, de um modo que os tribunais não o são.

Dessa forma, entendemos que, ao determinar o rateio da pensão por morte tal qual aqui discutido, o Estado está protegendo o direito de um indivíduo (o concubino ou concubina supérstite) à custa do interesse geral. Mas esse indivíduo deve ter direito à proteção contra a maioria, ainda mais numa situação em que o recebimento de tal benefício pode significar a subsistência desse mesmo indivíduo. Pode-se dizer que a coletividade pode até ficar pior em relação ao bem-estar (ou em relação à moral), mas o direito individual não pode ser diminuído por causa disso.

Não se olvide, e como forma de comprovar o quanto o objetivo da Previdência, como visto alhures, é o de preservar a subsistência humana, a cidadania e a dignidade, a jurisprudência tem concedido a possibilidade de ex-cônjuges (portanto, já separados), por ocasião da morte do ex-marido (ou ex-esposa) e comprovada a necessidade, requerer o benefício da pensão por morte.

Nesse sentido se assentam as decisões:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. CÔNJUGE SEPARADO JUDICIALMENTE SEM ALIMENTOS. PROVA DA NECESSIDADE. SÚMULAS 64 - TFR E 379 - STF. O cônjuge separado judicialmente sem alimentos, uma vez comprovada a necessidade, faz jus à pensão por morte do ex-marido. Recurso não conhecido.(REsp. nº 195.919/SP, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJ de 21/02/2000)

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. CÔNJUGE SEPARADO JUDICIALMENTE. RENÚNCIA ANTERIOR AOS ALIMENTOS. IRRELEVÂNCIA. É devida a pensão por morte ao ex-cônjuge separado judicialmente, que comprove a dependência econômica superveniente, ainda que tenha dispensado temporariamente a percepção de alimentos quando da separação judicial. Recurso não conhecido. (REsp. nº 196.678/SP, Relator o Ministro Edson Vidigal, DJ de 04/10/1999)

Na mesma esteira protetiva podemos dizer que, a viúva que contrai novo casamento ou vive em união estável não perde o direito à pensão por causa da morte de seu ex-marido, a não ser nos casos em que da nova união sobrevier alteração econômica para melhoria da situação financeira.

Assim, no Direito Previdenciário, há que ser levado em consideração, na interpretação da legislação pertinente, o seu objetivo, qual seja, a garantia dos meios indispensáveis a manutenção da vida de seus beneficiários, consoante dispõe o art. 1º da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991. Devido a este caráter predominantemente assistencial, tem-se que o Direito Previdenciário afasta-se do Direito de Família na sua concepção tradicionalista, o qual centra-se na preservação da célula familiar e de seus valores.

Todavia, cada qual na sua esfera, possui um objeto em comum: as relações em família.

A jurisprudência atual ainda engatinha nesse sentido. Apega-se à lei para indeferir pedidos no sentido do rateio entre a concubina e viúva, desde que o falecido tenha mantido concomitantemente as duas relações.

Essa tese foi reafirmada pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais no julgamento de um pedido de uniformização, que foi interposto por uma viúva inconformada com a concessão do benefício do marido morto à outra companheira dele em um relacionamento fora do casamento.

O Juizado Especial Federal e a Turma Recursal de Pernambuco julgaram improcedentes os pedidos da mulher para cancelar o pagamento da pensão em favor da companheira do marido.

O acórdão ressaltava que “a complexidade das relações de fato no seio social, notadamente no campo afetivo, indica que a proteção previdenciária pode avançar mesmo que

o relacionamento fundamentador da relação previdenciária seja em tese vedado no caso em que o segurado falecido era casado”. “O concurso entre esposa e companheira para o recebimento de pensão por morte só é possível na hipótese de ‘cônjuge divorciado ou separado judicialmente ou de fato que recebia pensão de alimentos’ (...). Do contrário, não deve se falar em relação de companheirismo, mas de concubinato, o que não gera direito à pensão previdenciária” “O concubinato impuro do tipo adúltero, isto é, a relação extra-conjugal paralela ao casamento, não caracteriza união estável, não justificando o rateio da pensão por morte entre o cônjuge sobrevivente (viúva) e a concubina”

Segundo o posicionamento firmado, a pensão por morte, em casos de simultânea relação matrimonial e de concubinato, deve ser deferida apenas à viúva, não cabendo dividi-la com a concubina.

Assim, segundo tais posicionamentos, a proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas, nas quais não está incluído o concubinato.

Outros julgados corroboram com a tese:

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ESTATUTÁRIO. PENSÃO POR MORTE. ESPOSA LEGÍTIMA E COMPANHEIRA. CONCUBINATO ADULTERINO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 226. LEI Nº 9.278/96, ART. 1º.

1 – No presente caso, a esposa do finado servidor público foi obrigada a ratear a pensão por morte com suposta companheira dele (ou "convivente", como estabelece a Lei nº 9.278/96). Trata-se do chamado concubinato adúltero.

2 – Dispõe o artigo 226, parágrafo 3º, da vigente Constituição da República que "para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento".

3 – Permitir que suposta amásia de servidor receba pensão pela sua morte, em detrimento da esposa legítima seria permitir o absurdo. A norma constitucional prevê que a lei deverá facilitar a conversão da união estável em casamento, o que, obviamente, é impossível se um dos conviventes for casado.

4 – Não se pode admitir que uma Constituição que traduz em capítulo especial a preocupação do Estado quanto à família, trazendo-a sob o seu manto protetor, desejasse debilitá-la e permitir que uniões adúlteras fossem reconhecidas como uniões estáveis, hipótese em que teríamos bigamia de direito (TJERJ – AC nº 1999.001.12292). Em uma sociedade monogâmica, o ordenamento jurídico não protege o concubinato adúltero, relação paralela ao matrimônio. A caracterização da união estável depende, inicialmente, da falta de impedimento de ambos os companheiros em estabelecer a relação.” (TRF 2ª Região, AC 262934/RJ, rel. Juiz Antônio Cruz Neto, j. 29/5/2002).

Ementa: PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. COMPARTILHAMENTO DA PENSÃO ENTRE A VIÚVA E CONCUBINA. IMPOSSIBILIDADE. CONCOMITÂNCIA ENTRE CASAMENTO E CONCUBINATO ADULTERINO IMPEDE A CONSTITUIÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL, PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Para fins previdenciários, há união estável na hipótese em que a relação seja constituída entre pessoas solteiras, ou separadas de fato ou judicialmente, ou viúvas, e que convivam como entidade familiar, ainda que não sob o mesmo teto.
2. As situações de concomitância, isto é, em que há simultânea relação matrimonial e de concubinato, por não se amoldarem ao modelo estabelecido pela legislação previdenciária, não são capazes de ensejar união estável, razão pela qual apenas a viúva tem direito à pensão por morte.
3. Recurso especial provido. (REsp 104316 / RS, 2008/0238547-7 Relator(a) Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Órgão Julgador - 6ª turma. Julgamento 28/04/2009, DJE 18/05/2009).

Os sentidos dos julgados ainda reafirmam a tese, de maneira majoritária, de que o concubinato adúltero, em virtude da existência de um casamento em paralelo com a relação, impede que exista estabilidade na relação de concubinato, impedindo portanto, que haja analogia de tal relação com a União Estável.

As posições privilegiam o casamento, ainda atestando que a monogamia é a base do direito civil brasileiro, que incrimina, inclusive, a bigamia no artigo 235 do Código Penal.

Dessa maneira exsurge a conclusão de que o Direito não poderia abarcar a tese de consistência dessa relação de concubinato, pois a proteção se centra no casamento e na formação e proteção da família formada com base na monogamia, não havendo possibilidade de dar guarita àqueles que vivem numa relação paralela ao casamento.

Ministro do STF, Marco Aurélio, reitera que:

A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. (...). A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina. (RE 590.779, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 10-2-09, 1ª Turma, DJE de 27-3-09).

O Ministro Ricardo Lewandowski, em relação às pessoas que estão em situação de necessidade de sustento (concubino supérstite) indica inclusive (em julgamento¹⁵ que reverteu decisão de mear a pensão entre viúva e concubina oriunda da lavra da Turma Recursal dos Juizados Especiais de Vitória – ES), afirmou que se for aceita tal possibilidade de meação, em situação que houvessem múltiplas concubinas, a pensão poderia ser pulverizada, o que é inadmissível para o direito, e que a pensão, caso isso acontecesse, restaria descaracterizada, por não conceder dignidade a nenhuma das eventuais beneficiárias.

Parece-nos que o Ministro deseja fazer com que o Direito não acompanhe as transformações sociais que permeiam as novas relações familiares, mas deseja impingir um

moralismo que é cego em relação à realidade que desde há muito se apresenta no cotidiano brasileiro, de existência de relações sim que se sustentam por anos, décadas, que são estáveis, que acontecem mediante um reconhecimento amplo da sociedade, pautado pela afetividade e que não pode ser desconsiderado pelo Estado, ainda que haja um impedimento legal, que não pode se sobrepor aos valores constitucionais que protegem a dignidade humana e à proteção do indivíduo como base de um sistema previdenciário.

Cada caso deve ser observado individualmente, com vistas a aquilatar se, de fato, há indícios suficientes para atestar que havia sim um sustento mútuo, que o concubino supérstite realizava (normalmente a mulher) a manutenção do lar, de filhos e de cuidado do companheiro.

O judiciário não deve ter olhar discriminatório com base na lei e contra valores consagrados constitucionalmente, se apegando a uma lei que, aplicada, terá o resultado de relegar pessoa à própria sorte, no desamparo.

Assim, entendemos que a primeira tendência, além de ser a mais correta do ponto de vista da justiça, de realização da isonomia calcada no plano dos fatos, deve ser a tendência a crescer dentro da jurisprudência pátria, como tantos outros caminhos que formaram novas jurisprudências no ambiente familiarista, se espraiando para todos os outros ramos.

Se um trabalhador, vinculado à previdência social falece, a idéia da criação do instituto da pensão por morte é exatamente permitir que aqueles que dependiam economicamente desse trabalhador possam ter meios para continuar subsistindo.

Do ponto de vista previdenciário, essa visão deve ser completamente apartada de proibições eventuais com base em relações de monogamia.

A proteção deve estar apontada para os dependentes, e havendo prova da dependência tanto da viúva como da companheira concubina, deve ser admitida a meação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A guisa de tudo quanto aqui se discutiu, verifica-se que é imperiosa a defesa da tese da possibilidade do rateio da pensão por morte entre viúvos e concubinos.

As razões ficaram claras ao longo do desenvolvimento, mas perpassam, basicamente, pelas seguintes:

Historicamente (e na história do Brasil) o concubinato é um instituto sempre presente.

A elaboração da nossa legislação geral, e em particular, a Civil, sempre teve um caráter de negar direitos a tal relação, ou seja, quando figura paralela ao casamento, tem sua natureza como adúlterina, reiterando-se essa posição em virtude da defesa dos deveres matrimoniais do casamento: fidelidade, monogamia.

Mas se é durável no tempo, seu desenvolvimento é similar ao de qualquer relação, com a formação de uma família com eventual prole, patrimônio, afetividade, reconhecimento social desse núcleo familiar, tendo totais condições de ser considerada também uma modalidade de família, apesar de paralela à amparada pelo casamento.

De maneira lenta, entendemos que, ainda que relutante, estamos diante de uma realidade como muitas outras: algumas transformações se constituem em caminhos sem retorno.

O Direito e sociedade brasileira tendem a reconhecer o concubinato como instituto do direito de família, pois a supremacia da realidade é que transforma as situações sociais em norma.

Não se pode, segundo pensamos, em razão de leis que meramente definem institutos (casamento, união estável, concubinato), negar direitos às pessoas que participam de um desses institutos, mas com feições totais ao casamento.

Sem levar em consideração a realidade fática o Direito pode ser verdadeiro gesso que impede os institutos e a sociedade de mudar, e gerar iniquidades em relação às pessoas que devem ser amparadas, o que não se coaduna com princípios basilares da nossa ordem constitucional, sobremaneira a dignidade humana, que não pode promover exclusões, mas, ao contrário, proteger todos os indivíduos que compõem a sociedade.

É possível se perceber, especialmente através da evolução da jurisprudência pátria, que provada a dependência econômica e a entidade familiar, o concubinato passa a ter efeitos positivos para o Direito.

O concubino dependente não pode ser largado a própria sorte, sem meio de subsistir dignamente, o que é incompatível, como vimos, com a própria razão da instituição da

Previdência Social que, nesses casos, mesmo reconhecida a dependência, deveria negar a essa pessoa, a possibilidade de se manter através de uma pensão, deixada por alguém que sempre contribuiu, e de maneira ostensiva e duradoura, com aquela entidade familiar.

Assim, à guisa de todas as melhores doutrinas trazidas neste trabalho, e lastreada pela jurisprudência, que apesar de não dominante, deve ser a vencedora para o futuro, a pensão deixada pelo concubino provedor à família amparada pelo casamento e uma segunda família, defendemos que o benefício previdenciário da pensão por morte deve ser rateado entre todos os parceiros que tiverem uma relação duradoura, de subsistência mútua e de inegáveis feições familiares, tudo isso com o fim precípua de manter a subsistência e dignidade.

Por fim, entendemos que a legislação deveria avançar para acompanhar a complexidade das relações sociais do mundo contemporâneo, sob o prisma das famílias plurais e da afetividade, protegendo os relacionamentos estáveis, duradouros e públicos, que constituam famílias de fato, desde que devidamente comprovados, independentemente da origem dessas relações.

Se foi vontade do Constituinte a retirada de diferenciações entre casamento para proteção de uma família de fato, o instituto do casamento, nem da união estável também não devem ser utilizados como argumento para afastar a proteção a uma segunda família, mesmo que constituída pelo concubinato, expressão odiosa e que deveria, inclusive, como muitos defendem, ser abolida, porque já traz em si, um ranço de preconceito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm acessado em: 12 mai. 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, DF: Senado, 1998.

_____. **Recurso Especial: REsp 104316 / RS, 2008/0238547-7.** Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8767>. Acesso em: 20 de abril de 2015.

_____. **Recurso especial nº 1.183.378.** Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/39/Documentos/STJ%20Resp%20Casa%20mento%20homoafetivo%20voto%20relator%202012.pdf>>. Acesso em: 28 de maio de 2015.

_____. **Recurso Extraordinário: RE 590.779.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201845>. Acesso em: 20 de abril de 2015.

_____. **Trf-4 - apelação cível: ac 915 sc 2000.72.04.000915-0.** Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1313703/apelacao-civel-ac-915-sc-20007204000915-0-trf4>>. Acesso em: 20 de abril de 2015.

_____. **TRF-4, Apelação Cível: AC 0000316-54.2011.404.9999.** Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/33983996/trf-4-judicial-31-01-2012-pg-488>>. Acesso em: 25 de maio de 2015.

_____. **TRF-5 - Apelação Cível : AC 406442 PE 2005.83.00.016868-1.** Disponível em: <http://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/639743/apelacao-civel-ac-406442-pe-20058300016868-1>> . Acesso em: 26 de maio de 2015.

_____. **TRF-5 - Apelação Cível : AC 193728 SE 0058950-60.1999.4.05.0000.** Disponível em: <http://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8387845/apelacao-civel-ac-193728-se-0058950-6019994050000>> . Acesso em: 25 de maio de 2015.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70040515124,** Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20375923/apelacao-civel-ac-70040515124-rs>>. Acesso em: 18 de maio 2015.

BARRETO, Alex Muniz. **Direito constitucional positivo.** 1 ed. São Paulo: Edijur, 2013.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 14ª ed. Florianópolis: Conceito, 2012.

DWORKIN, Ronald. **A Badly Flawed Election**. New York: New Press, 2002.

IBRAHIM.FábioZambitte. **O Concubinato na Previdência Social**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9792> . Acesso em 18 de maio de 2015.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário**. 2.ed. – São Paulo:LTr, 2003.

_____, Wladimir Novaes. **A Seguridade Social na Constituição Federal**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992. p. 83.

MENDES, Conrado Hüber. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 44.

PEREIRA DOS SANTOS, Maria Madalena. **Pensão por morte e concubinato**. 2013. Trabalho de Conclusão de Curso – Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba, 2013.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito de família**. 28. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 6.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24.ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

VIEIRA, Marco André Ramos. **Manual de direito previdenciário**, 5.ed. Niterói: Impetus 2004.