

PENSÃO POR MORTE: A POSSIBILIDADE DA DIVISÃO ENTRE A CÔNJUGE E A CONCUBINA

Leudiane Guimarães Machado¹
José Pereira Evangelista Filho²
Sander Ferreira Martinelli Nunes³

RESUMO

O presente estudo está realizado dentro da matéria do Direito Constitucional das famílias e Direito Previdenciário, com análise voltada a possibilidade de recebimento de benefício previdenciário da pensão por morte pela concubina dependente financeiramente do falecido. A pesquisa irá bem mais afundo, abordando ainda a possibilidade de rateio da pensão por morte entre a cônjuge virago e a concubina. O estudo se assenta nos princípios constitucionais ligados ao Direito de Família e a forma de entidade familiar defendida pela Constituição da República Federativa do Brasil. Assim serão analisados o rol de dependentes da pensão por morte, constantes na Lei 8.213/1991, bem como posicionamentos de diversos tribunais pelo país concedendo a divisão do benefício entre todos os dependentes financeiros, inclusive a concubina, o que vem sendo barrado pelos tribunais superiores, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chaves: Pensão Por Morte. Benefício. Previdenciário.

INTRODUÇÃO

A possibilidade de rateio do benefício previdenciário chamado pensão por morte é uma questão amplamente debatida no meio jurídico e em diversos tribunais pelo Brasil. O ápice da discussão paira sobre a possibilidade de consideração de duas famílias paralelas, sendo uma constituída sob o casamento e outra sob o concubinato.

A união estável precede de alguns requisitos para assim ser considerada, gerando um impasse na presente abordagem, à medida que o concubinato se mostra ausente de alguns requisitos para se consumir em união estável paralela ao casamento.

A Constituição Federal de 1988 direciona-se a resguardar os direitos da família, constituída pelo casal com a absoluta intenção de estruturar um lar decorrente de um ânimo doméstico. Por outro lado, surge a vertente da família

¹ Graduanda no curso de Direito da Faculdade Guaraí – IESC. Guaraí, Tocantins.

² Graduando no curso de Direito da Faculdade Guaraí – IESC. Guaraí, Tocantins.

³ Professor do Curso de Direito. Faculdade Guaraí – IESC. Guaraí, Tocantins. E-mail: drsanderadv@gmail.com

contemporânea, que de certa ótica não fora abarcado em todos os seus vértices pelo constituinte, ficando a mercê da hermenêutica do órgão julgador.

Assim, se faz necessário uma explanação acerca dos direitos do cônjuge virago, bem como sobre os possíveis direitos sucessórios da concubina, uma vez que atualmente são inexistentes, perpassando pelos princípios do direito de família e tendo como o foco o benefício previdenciário exclusivo da pensão por morte.

Nesse viés, a problemática do presente artigo é focada em averiguar a existência de uma possibilidade de partilhar a pensão por morte para ambas as famílias paralelas, ou seja, o cônjuge e concubina, bem como analisar os fatores e correntes que vão de oposição aos princípios constitucionais no caminho da proteção da família.

Esse estudo se justifica pela controvérsia gerada pelas decisões proferidas por diversos tribunais brasileiros, porém confrontadas pelo Supremo Tribunal Federal que, com base em aspectos morais olvidou em negar o direito da concubina, sendo assim, o trabalho que aqui se apresenta será capaz de demonstrar que negar o direito da pensão por morte à concubina é lesar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Para tanto serão objetos de análises alguns posicionamentos doutrinários relevantes e os direcionamentos jurisprudenciais predominantes no ordenamento jurídico brasileiro. O presente estudo se servirá de acervo bibliográfico e da Constituição Federal, bem como de artigos científicos e teses de mestrado e doutorado já publicadas.

Ademais, o presente estudo visa contribuir com os operadores do ordenamento jurídico brasileiro e de alguma forma impulsionar os estudos na área previdenciária no que cerne a questão da divisão da pensão por morte entre esposa e concubina, ressaltando que a pesquisa em questão tende, tão somente em analisar a possibilidade de existência consolidada de direito aos demais dependentes do falecido.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA E DO CASAMENTO

Ao longo dos anos os povos veem se dividindo em grupos domésticos, lutando pela sua subsistência doméstica e procriação. O casamento e a família têm resistido até os dias atuais em sua essência social e cultural, entretanto com a evolução dos tempos modernos ambos passam a assumir uma nova feição cultural que reflete na seara jurídica.

Em estudos aprofundados sobre a teoria base da família e sua fundação histórica, a antropóloga Cynthia A. Sartí comenta que a família vem sendo o fenômeno que funda a sociedade, afirmando que “a família vai ser a concretização de uma forma de viver os fatos básicos da vida”

Goulart (2002, p.10), relembra que a família romana era constituída por um chefe, que era o *partefamilias* (pai de família em latim), o qual exercia total poder e autoridade sobre a mulher e os filhos, bem como sobre os clientes e os escravos. Além do mais, de acordo com a autora, o poder sobre a propriedade também pertencia ao *partefamilias*.

No Brasil havia sido adotado o modelo de família patriarcal que, conforme mencionado anteriormente não abarcava apenas pai, mãe e filho, mas também os aderentes e agregados, todos submetidos ao poder do chefe que era o pai conforme Lôbo (2011, p. 17).

Isto tem sobrevivendo desde o Brasil Império, entretanto evoluindo-se ao chegar no atual século onde se nota uma mudança de paradigmas na estrutura da família em decorrência de valores lançados na Constituição Federal brasileira do ano de 1988, conforme explica Lôbo (2011, p. 17):

A família patriarcal, que a legislação civil brasileira tomou como modelo, desde a Colônia, o Império e durante boa parte do século XX, entrou em crise, culminando com sua derrocada, no plano jurídico, pelos valores introduzidos na Constituição de 1988. Como a crise é sempre perda dos fundamentos de um paradigma em virtude do advento de outro, a família atual está matizada em paradigma que explica sua função atual: a afetividade. Assim, enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida.

Nesse contexto, a família passa a ter o seu progresso vinculado ao avanço da sociedade, os quais mudam a concepção tradicional de família através de um escopo democrático decorrente da nova Constituição do país que traduz uma ótica mais solidária e humanitária e aperfeiçoamento social do núcleo familiar.

De acordo com Lôbo (2011, p. 20), outro fator que influenciou na queda do sistema patriarcal – sendo predominante nesse meio vem a CRFB/88 – vem a ser a posição social que o sexo feminino tomou nos derradeiros anos do século XX, reformulando a base familiar, introduzindo e, sendo confirmado pelo texto constitucional, a paridade de direitos e obrigações entre os cônjuges no que diz respeito ao âmbito familiar.

Ainda de acordo com o autor, a evolução dos direitos femininos foi um fator quase que determinante na evolução histórica da família, uma vez que os papéis das mulheres no âmbito domésticos, que eram pré-estabelecidos pela sociedade e consolidados pela legislação, foram alterados, resultados dessa progressão dos direitos da mulher, refletindo claramente na formação e composição do seio doméstico e familiar.

Nesse sentido comento o autor:

A família, na sociedade de massas contemporânea, sofreu as vicissitudes da urbanização acelerada ao longo do século XX, como ocorreu no Brasil. Por outro lado, a emancipação feminina, principalmente econômica e profissional, modificou substancialmente o papel que era destinado à mulher no âmbito doméstico e remodelou a família. São esses os dois principais fatores do desaparecimento da família patriarcal.

Assim, como percebe-se, que a cada dia que se passa, a família mais se afasta do modelo tradicional. Dentre esses novos tipos familiares, surge a figura das famílias plurais, isso porque, conforme explica Dias (2015, p, 130) fora retirada da forma singular. Nesse toar, a autora explica que nasce a família constitucionalizada, sendo que fica definida, por aquela que precede de um dogma fundamental

constitucional e que tem com precedente o princípio da dignidade da pessoa humana.

Essas famílias plurais são abarcadas por diversos fatores sociais que foram, recentemente questionadas tanto pela doutrina, quanto pela legislação brasileira e, conseqüente pelos órgãos responsáveis pela administração da justiça brasileira. Isso ocorreu devido alguns fatores polêmicos que englobavam alguns dos tipos de família plural. Assim, para melhor evidenciar tais tipos de família, a doutrina de Diniz (2015) os apresenta como a família informal, a homoafetiva, a paralela ou simultânea, a poliafetiva, a monoparental, a parental.

Ainda se tem a família composta, pluriparental ou mosaico, a natural, extensa ou ampliada, a substituta e a eudemonista. Ressalte-se que essa pluralidade das famílias, não exclui o modelo tradicional da família que, segundo Dias (2015, p. 134), é realizada através da união matrimonial, entretanto para fins de objetivo desta pesquisa será abordada a composição família tradicional, feita através do matrimônio e a família paralela ou simultânea

Ademais, para se fazer uma breve abordagem acerca do casamento, é necessário abordar a forma da família originária, que através do próprio casamento. Esse tipo é denominado pelo Código Civil de 1916 como família matrimonializada, hierarquizada, patrimonializada, patriarcal e heterossexual. Somente com essas características é que Dias (2015, p. 134) afirma que receberiam a chancela estatal.

O casamento civil teve lugar no país no ano de 1991 com o advento da República. Até então, conforme Wald (2009, p.39), somente se existia o casamento realizado no religioso. Dias (2015, p. 145) ressalta que não existia outra forma do convívio afetivo de duas pessoas que fosse aceitável, a não ser o casamento.

Numa tentativa conceitual legal relativamente frustrada, Dias (2015, pag. 146), esclarece que, assim como no conceito de família, o legislador não elencou conceito sobre o casamento, mesmo tendo destinado mais de cem artigos para tratar sobre o tema. Todavia, Pontes de Miranda (1974, p. 210) vê como uma relação ética. Entretanto, a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06) classifica o casamento como uma relação íntima de afeto, senão, veja-se:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (Vide Lei complementar nº 150, de 2015)

(...)

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Nesse interim, apesar de não trazer o conceito de casamento, o código civil ressalta a sua finalidade e explicita seus efeitos, sob os quais homem e mulher “estabelecem comunhão plena de vida” (CC1.511) e “assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família” (CC 1.565).

Urge ressaltar que anteriormente o casamento não era extingível, conforme anotado no início do estudo, entretanto comportava o desquite e a morte como forma de finalização do matrimônio, o desquite, por sua vez, consiste no ato jurídico pelo qual se dissolve a sociedade conjugal. Assim, apesar, das diversas alterações

introduzidas na extinção do casamento, logicamente a morte continua sendo um dos meios de extinção.

Havendo morte de um dos conjugues, necessariamente será aberta, de imediato, da sucessão, transmitindo-se a herança aos herdeiros (CC 1.784). É nesse momento que se passa a apurar o montante dos bens do de cujus para que seja realizada a partilha de bens entre o cônjuge e os demais herdeiros.

3 CONCUBINATO E UNIÃO ESTÁVEL

3.1 Concubinato

O Código Civil estabelece, mediante as diretrizes previstas no art. 1.727, que as relações não sejam eventuais entre homem e mulher, impedidos de casar, constitui concubinato. Wolf (2004), ressalta que apesar de algumas características semelhantes às que envolvem a união estável não deve ser fundida com aquela. Já Rizzardo (2007, p.899) compara o concubinato a uma espécie de adultério, definindo-o como uma união com impedimento para a realização do matrimônio.

Todavia o texto legal prevê que para a configuração do concubinato, as relações entre o homem e a mulher não podem ser eventuais, ou seja, devem ser constantes, portanto, a ideia de Rizzardo resta confrontada pelo que determina a lei. Ademais, Malfatti (2009, p. 33) leciona que a relação deve ser de fato pública, não podendo ser uma relação adulterina e de encontros ocasionais.

Ademais, Oliveira (2008, p. 167) conceitua concubinato da seguinte forma:

A conceituação legal de concubinato exclui os casos de relações eventuais, fugazes, que se iniciam com o ato de 'ficar' podendo ou não evoluir para o 'rolô', acate o aconchego sexual esporádico (*fornicatio simplex*), ou compromissos de namoro caracterizando a situação de amantes, sem a figuração típica do ente familiar.

Dias (2005) ainda menciona a distinção que a doutrina faz sobre os relacionamentos de ligações eventuais, livres, transitórias e adulterinas, com o fito de maquiar a identificação da relação como a de união estável, logo sendo desprovendo os seus efeitos no mundo jurídico. A autora ainda ressalta que o concubinato ainda conhecido como relacionamento "adulterino, impuro, espúrio, de má-fé, concubinação, etc. são alvos de repúdio social".

Em que pese tamanho repúdio social acerca do concubinato, Dias (2005, p. 179) entende que as relações adulterinas têm como base o afeto, portanto passíveis de produzirem efeitos jurídicos. Já Oliveira (2008) menciona que ao destacar um artigo específico sobre concubinato, o legislador destaca que essa espécie de entidade familiar não possui e nem gera direitos ante a ausência de previsão. Em sentido contrário Pereira (2007, p. 199) complementa aduzindo que o que consta no art. 1.727 do CC é apenas a precisão da figura do concubinato, restando a legislação omissa quanto aos direitos provenientes dela.

A evolução jurídica no decorrer do século XX, trouxe mudanças significativas no que diz respeito ao Direito das Famílias, sendo que, conforme abordado no tópico

2, o casamento reconhecido pela Lei era apenas aquele decorrente do matrimônio, sendo dispensadas quaisquer outras formas. Nesse toar, Costa Júnior (1999) menciona que as pessoas viventes em união estável eram colocadas à margem da lei, isso não consideradas contra a lei.

Dias (2015, p. 238) aduz que o legislador do Código Civil de 1916 se omitiu quanto as relações extramatrimoniais, indo além, prevendo punição para quem as obtivessem, o que conforme a autora não logrou êxito, pois as pessoas ainda assim constituíam relações fora do matrimônio, sendo essas identificadas de concubinato.

Com o passar dos anos a sociedade acaba por aceitar na inserção social as relações extramatrimoniais impulsionando ao constituinte a enlarguecer o conceito de família tendo que o generalizar, passando a compor o termo entidade familiar, conforme expressa Dias (2015, p. 239, *apud* Rodrigues, 2004, p. 258):

Alargou-se o conceito de família, passando a merecer a especial proteção do Estado relacionamentos outros além dos constituídos pelo casamento. Foi emprestada juridicidade aos enlaces extramatrimoniais até então marginalizados pela lei. Assim, o concubinato foi colocado sob regime de absoluta legalidade.

Ressalte-se que essa proteção estatal sobre a família se estendeu para alcançar as relações que não fossem reconhecidas pela lei em virtude da origem da família primitiva. Todavia comporta mencionar que a legislação visou dar efetividade a proteção das partes envolvidas quando do fim da relação, foi nesse momento que houve o emprego do termo sociedade de fato, pelo qual Dias (2015, p. 239) cita que os companheiros conviventes passaram a ser vistos pela lei como sócios, realizando a divisão de lucros com a finalidade de evitar que o patrimônio constituído por ambos restasse nas mãos de apenas um dos companheiros.

3.2 Da União Estável

Com a generalização da entidade familiar as uniões de fatos existentes entre homem e mulher passaram a ser reconhecidas pela legislação civil constitucionalizada e receberam o nome de união estável. A autora Dias (2015, p. 239) relata que a proteção dada aos conviventes pela Constituição Federal pouco adiantou em decorrência de entendimento anterior já sumulado pelo Supremo Tribunal Federal por via da Súmula 380 com o entendimento de que, desde que comprovada a sociedade de fato, seria possível a dissolução judicial com a consequente partilha de bens adquiridas por esforço comum.

Assim ao mencionar que não houve demais mudanças com a previsão constitucional, a autora explica que isso se deve ao fato de que o companheiro já era amparado por força da Súmula retro a partilha dos bens adquiridos em comum, todavia, permaneceu inalterado os demais fatores e direitos provenientes da união estável, inclusive em matéria sucessória. Em que pese as ponderações da autora, é nítido que a união estável fora recepcionada pela legislação civil, passando o Brasil a reconhecê-la como entidade familiar.

A união estável sempre foi considerada uma família, mesmo antes de assumir o legislador brasileiro, isso porque o que faz da união de um casal como família não

é o matrimônio, tampouco a legislação, sendo a família um fato natural do ser humano como explica Dias (2005). Assim questiona-se de forma assimétrica que se ver um homem e uma mulher dividindo o mesmo teto, sendo arroteado por uma criança, fruto do amor de ambos? Não tendo um juiz passado por lá com as suas aplicações legais, tampouco o padre com suas implicações morais e religiosas; - Qual a importância? A família sucede da natureza social em que estão submetidos todo os indivíduos.

O ser humano é obrigado a obedecer aos preceitos determinados pelas leis, todavia, o mesmo não pode virar as costas para as implicações que lhe são naturais, sendo que estas últimas são produzidas fora da convenção legal, sendo a recíproca desprovida de veracidade, ou seja, mesmo que o homem queira obedecer aos ditames legais, o mesmo não pode desobedecer a natureza, constituindo um tipo de família dentro da lei sempre que possível, mas fora da lei sempre que necessário.

Assim, apesar da previsão legal por via da Constituição Federal e após pelo Código Civil de 2002, das diretrizes sobre o que se entende sobre a consumação de união estável no art. 1.723 *in verbis*: “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”.

Todavia, Azevedo (2000), ressalta que não houve um conceito legal definido, resumindo como união estável como “A convivência não adulterina nem incestuosa, duradoura, pública e contínua, de um homem e de uma mulher, sem vínculo matrimonial, convivendo como se casados fossem, sob o mesmo teto ou não, constituindo, assim, sua família de fato”.

Para explicar a diferença existente entre concubinato e união estável Gonçalves (2008, pp. 539-540) explica que concubinato pode sim ser considerado sinônimo de união estável, porém seria uma forma de união estável em discordância com a moral, ou seja, o autor deixa claro que não é o simples fato do mantimento da relação marital sem o matrimônio que resulta em concubinato, devendo se fazer presente nos requisitos deste ultimo, a ausência de fidelidade decorrente do impedimento para o casamento.

Nos mesmo moldes, o autor ainda pontua que nem todos os impedidos de casar são concubinos, sendo que o § 1º do art. 1.727 faz a menção da união estável quando da vivencia pública e duradoura com pessoas, ainda que casadas, estão separadas de fato e não sendo separadas de direito.

Esse impedimento de casar do concubinato se da de duas formas, uma através do código civil prevista pela parte destinada a capacidade civil, que preconiza que o absolutamente incapaz (menores de 16 anos) e através do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/40) que define como o crime de bigamia no art. 235, “Contrair alguém, sendo casado, novo casamento”.

Desta forma, diante da ilegalidade apresentada, deve ser observado se há no caso concreto algum direito reservado à concubina, principalmente o direito a partilha da pensão por morte entre esta e a esposa ou companheira do falecido, sendo que para tanto, devem ser analisados os princípios constitucionais inerentes ao caso.

4 PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA

Apesar da evolução da família ter ocorrido através das mudanças de paradigmas sociais, chama-se a atenção para o fato de que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1998 (C.R.F.B./88) ofertou uma autêntica carta de princípios, que conforme Dias (2015, p. 39), promovendo a eficácia as normas referentes aos direitos e garantias fundamentais elencadas no art. 5º da Carta Suprema. A partir de então, por força da C.R.F.B./88 os princípios deixam de ser tratados como orientadores do Direito, passando a atuar numa espécie de conformadores da lei, saindo da atuação supletiva e, nas palavras de Lôbo (2003, p. 182), assumindo eficácia imediata.

Os princípios possuem uma distinção das regras, isso porque os princípios contam com um grau elevado de generalidade. Portanto, de acordo com o autor eles passam a assumir uma característica definida como mandado de otimização, significa dizer que “os princípios são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.”

Nesse mesmo sentido explica Dias (2011, p. 58):

O ordenamento jurídico positivo compõe-se de princípios e regras cuja diferença não é apenas de grau de importância. Acima das regras legais, existem princípios que incorporam as exigências de justiça e de valores éticos que constituem o suporte axiológico, conferindo coerência interna e estrutura harmônica a todo o sistema jurídico.

Assim, compreende-se que, diferentemente dos princípios, as regras são, em tese, bem mais específicas e limitadas

Conforme Sarmento (2003, p. 55), existem alguns princípios que estendem sua aplicação a todo o ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo se tem os princípios da igualdade, liberdade e dignidade, constituindo o liame que conduz toda a atividade da hermenêutica jurídica em conformidade com os valores por eles resguardados. Todavia, o mesmo ressalta a existência de princípios separados e destinados ao próprio Direito de Família, servindo como premissas nas análises de relações familiares.

Dias (2015, p. 44) afirma que é uma tarefa extremamente difícil tentar apontar todos os princípios norteadores do direito das famílias, sendo que nessa seara, cada autor que escreve uma quantidade diferenciada de princípios, sendo, portanto, difícil de haver um consenso doutrinário sobre os princípios no direito de família. Sob esse viés, o presente estudo não visa abranger e esgotar todos os princípios norteadores do assunto de família, mas elencar os principais e que tenham ligação direta e mais próxima com a temática ora abordada.

Princípio basilar e fundador de toda a democracia existente no Brasil, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana está elencado no primeiro artigo da Constituição Federal, visando resguardar de forma ampla os direitos humanos e promover a justiça social.

Dias (2015, p. 44) afirma que o constituinte trata o aludido princípio como “valor nuclear da ordem constitucional”. Sarmento (2003, p. 58), ressalta a dificuldade de decifrar a sua essência em palavras, sendo o princípio com

universalidade acima dos demais expressados tanto na Carta Magna, como no plano internacional.

Barros (2002, p. 148) relata que o direito de família está diretamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana através dos direitos humanos, sob o prisma de um tratamento igual e humano para todas as formas de família, independente de sua forma originária.

Por outro lado, se tem o princípio da solidariedade familiar que tem como premissa o afeto que envolve as entidades familiares e o dever de assistência uns para com os outros. Dias (2015, p. 49) cita como exemplo os casos de assistência alimentar em que “os integrantes da família são, em regra, reciprocamente credores e devedores de alimentos”. Essa solidariedade se resume em uma forma de autoajuda entre as famílias que é a nítida consumação desse princípio. Ainda conforme Dias, essa foi uma forma que o Estado achou para se isentar de algumas responsabilidades, como o caso do amparo assistencial e alimentar as crianças que estejam em formação.

Assim, vê-se que o princípio da dignidade humana traduz a ótica humanística na análise do caso da concubina. Já o princípio da solidariedade familiar revela o dever de amparo que tem os integrantes da família, seja ela da forma mais diversificada, restando um meio de proteção, o qual fora visivelmente pretendido pela Constituição Federal.

5 DO DIREITO À PENSÃO POR MORTE

O direito a pensão por morte está na CRFB/88 no art. 201 que prevê a organização da Previdência Social e assegurando, especificamente no inciso V o pagamento da “pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º”. Ademais, em sede de lei esparsa, tem-se previsto o direito à pensão por morte através da Lei Federal nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social. A mencionada legislação é que define quando deverá ser concedido o benefício de pensão por morte de forma específica no plano infraconstitucional:

Artigo 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data:

- I - do óbito, quando requerida até trinta dias depois deste;
- II - do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior;
- III - da decisão judicial, no caso de morte presumida.

A referida legislação ainda faz a menção dos dependentes capazes de receber o benefício no art. 16, os quais sofreram alterações não muito distante através da Lei nº 13.146/2015, dispondo de um rol que, consoante Rocha; Junior (2008) é taxativo e, portanto, aquele cujo não constar no artigo referido não deverá ser considerado como dependente para os devidos fins, mesmo que de fato dependa do falecido. Assim, são dependentes: O cônjuge ou companheiro (a), o

filho que ainda não seja emancipado e ainda, menor de 21 anos em qualquer que seja a sua condição.

Nesse rol ainda estão inclusos os filhos que tenham deficiência grave ou intelectual, os pais, e os irmãos, que ainda não emancipados tenham menos que 21 anos qualquer que seja a sua condição ou disponha de deficiência de natureza intelecto ou metal ou qualquer outra deficiência grave.

O parágrafo terceiro do mencionado artigo prevê que será considerado companheiro ou companheira a pessoa que, mesmo sem ser casada viver em união estável com quem for segurado. Rocha; Junior (2008) ressalta que para o recebimento do benefício não necessita a comprovação do período de carência – entendido como o número mínimo de contribuições indispensáveis para receber o benefício (art. 24 da Lei 8.213/91) – tornando-se imprescindível a comprovação da qualidade de segurado do de cujus, bem como a dependência econômica.

Acerca do valor a ser percebido pelo dependente, nos moldes do art. 75 da lei 8.213/91, é o equivalente a cem por cento do valor que recebia na aposentadoria ou ao valor que teria direito em caso de aposentadoria por invalidez definida pela data do falecimento. Ademais, conforme Paixão no intuito de promover maior rapidez ao dependente, o legislador estabelece no art. 76 que mesmo em caso de existência e habilitação de demais dependentes, não poderá ser retardada a concessão do benefício ao dependente já constatado.

Sob a redação do mesmo artigo, verifica-se que, estando o cônjuge separado de fato do de cujus, este concorrerá ao benefício com os demais dependentes em condições de igualdade. Azevedo; Pires (2008) ressalta que para a configuração da separação de fato perante a legislação em comento para se fazer a qualificação do cônjuge, se faz necessária a comprovação da percepção efetiva de pensão alimentícia.

Ademais, em relação a possibilidade de rateio do benefício, o art. 77 da Lei menciona que, em havendo mais de um pensionista, deverá o benefício ser rateados entre todos em partes iguais. Rocha; Junior (2008) afirma que nesse caso poderá o benefício seja convertido nas cotas partes que poderão sofrer decréscimo ao inferior a um salário mínimo, entretanto, sem ferir a determinação constitucional que proíbe a concessão do benefício menor que o valor equivalente a um salário mínimo. A razão advém de uma causa maior, qual seja, o mantimento do benefício aos dependentes financeiros do de cujus.

6 A POSSIBILIDADE DE DIVISÃO DA PENSÃO POR MORTE ENTRE AS FAMILIAS PARALELAS E POSICIONAMENTO DO STJ E DO STF

A legislação não confere os mesmos direitos da esposa ou companheira à concubina, sobretudo o direito a pensão por morte. Isso porque conforme já exposto o concubinato é proveniente de uma relação em que os envolvidos estão impedidos de casar e ainda mantém relações adúlteras nos termos do art. 1.727 do Código Civil e, ainda, a legislação previdenciária não prevê a extensão de tais direitos as relações paralelas.

Inclusive diversas posicionamentos jurisprudenciais seguiram nesse sentido, levaram em consideração da natureza do relacionamento extraconjugal, porém em

obediência aos princípios constitucionais, inclusive o princípio da isonomia, entenderam por aplicar a divisão do benefício entre a esposa e a concubina. Veja-se decisão nesse sentido, proferida pelo TRF 4ª região:

PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONAL. PENSÃO POR MORTE. RATEIO. ESPOSA E CONCUBINA. POSSIBILIDADE. HIPÓTESE CONFIGURADA. (...)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, consequentemente, abarcados pelas normas jurídicas que tutelam os indivíduos que a constituem. (...) 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 de mais de duas décadas com o de cujus se revestia dos requisitos necessários para a caracterização da união estável constitucionalmente protegida. (APELREEX 2005.71.00.010088-4, Sexta Turma, Rel. Des. Alcides Vettorazzi, TRF 4ª região, Julg. 29-10-2008

Caso não havendo a comprovação, o Tribunal entendeu por ofertar a prevalência de direitos a família legalmente constituída, porém havendo a comprovação o TRF 4 expressa que é correto determinar “o rateio da pensão entre esposa e concubina, eis que restou demonstrado pela autora que seu relacionamento de mais de duas décadas com o de cujus se revestia dos requisitos necessários para a caracterização da união estável constitucionalmente protegida”.

Percebe-se que na decisão proferida acima que o julgador restou por entender e aplicar a lei com bases nas diversas formas de famílias constituídas ao longo dos anos. É certo que a divisão não se ocorrerá a todos os casos previstos, todavia, o caso utilizado como exemplo demonstra que, apesar de ser uma relação de concubinato, existiam características de uma união estável, motivo pelo qual fora acatado o pleito inicial.

Carvalho (2008) exalta a validade legal conferida pelos intérpretes em reconhecer que a preservação do modelo original da família. Todavia, com as modificações realizadas pelo próprio homem, devem ser alcançadas pelo direito, sendo que, não reconhecer o direito da concubina seria uma grave lesão ao princípio da dignidade humana.

Assim, em que pese a obtenção de decisões favoráveis em juízo de primeira e segunda instâncias, o tema tem sido combatido e barrado com veemência nos tribunais superiores, os quais entenderam por não conceder o benefício da pensão

por morte a concubina, mas tão somente as esposas ou companheiras. Isso pôde ser constatada através da decisão do STJ no REsp 813175/RJ:

RECURSO ESPECIAL. MILITAR. PENSÃO POR MORTE. RATEIO ENTRE CONCUBINA E VIÚVA. IMPOSSIBILIDADE. I - Ao erigir à condição de entidade familiar a união estável, inclusive facilitando a sua conversão em casamento, por certo que a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional não contemplaram o concubinato, que resulta de união entre homem e mulher impedidos legalmente de se casar. Na espécie, o acórdão recorrido atesta que o militar convivia com sua legítima esposa. II - O direito à pensão militar por morte, prevista na Lei nº 5.774/71, vigente à época do óbito do instituidor, só deve ser deferida à esposa, ou a companheira, e não à concubina. Recurso especial provido. (REsp 813175/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, STJ, Julg. 23/08/2007)

No mesmo sentido se manifestou o STF por via do Recurso Extraordinário (RE 590779), adotando o posicionamento contrário a concessão da divisão da aponsetadoria entre a concubina e a esposa:

COMPANHEIRA E CONCUBINA - DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. UNIÃO ESTÁVEL - PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. PENSÃO - SERVIDOR PÚBLICO - MULHER - CONCUBINA - DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina. (RE 590779, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, STF, Julg. 10/02/2009)

Malfatti (2009, p. 55) menciona que os ministros dos tribunais superiores estão visando dar máxima proteção a família, evitando a surpresa da esposa na divisão da pensão por morte com a concubina que, por anos fazia parte de uma traição desconhecida pelo cônjuge, sendo assim, a corte entende que a divisão do benefício seria como uma punição a viúva, ou seja, decidiram não punir a esposa em decorrência do erro do *de cuius*.

Todavia, negar o direito da pensão por morte à concubina é violação do princípio da dignidade humana, pois em consequência do falecimento, a concubina que depende financeiramente do falecido, passará a ficar desamparada, sendo que os atos de concubinato do falecido devem gerar efeitos no mundo jurídico, não se tratando de uma supressão direta de direitos da esposa, mas uma garantia de sobrevivência da concubina.

CONCLUSÃO

O rateio entre a pensão por morte entre a esposa e a concubina não se traduz numa brecha para a construção do apoio do concubinato, o qual se revela uma relação adúltera. Entretanto, devem ser analisadas algumas especificidades de cada

caso sob pena de violação grave de direitos humanos, como a não concessão da divisão a concubina que tenha dedicado boa parte do tempo e da vida ao falecido e que tinha e tenha dependência financeira do falecido.

Assim, ao decorrer do trabalho viu-se a evolução histórica da família, partindo de seu modelo original através do casamento no religioso, notando-se ainda os conceitos de família e seus novos modelos admitidos. Foram ainda tratados, os temas de concubinatos e união estável, bem como suas formas e seus efeitos produzidos na esfera judicial.

Assim, as alterações sofridas pela família, as quais puderam ser notadas pelo item 1, bem como em todo o decorrer do trabalho, evidenciam que a instituição dos princípios constitucionais resguarda, por muitas vezes direitos além da aparência, sendo que o concubinato existe desde sempre, inclusive sendo reconhecido como união estável em uma das suas formas, como é o caso do concubinato puro, já o impuro ficou a mercê, contando apenas com o repúdio social e a exclusão da tutela jurídica.

Em avançados estudos, mostra-se a legislação muito evoluiu, porém a não inclusão da concubina no rol de dependentes se traduz num enorme retrocesso jurisprudencial, pois havendo a mesma mantido relação paralela ao casamento, nasce obrigação de amparo pelo falecido, quando da situação de dependência financeira.

Isso porque a legislação infraconstitucional apenas menciona a previsão do amparo legal ao cônjuge virago e a companheira (união estável), restando desassistida pela lei, a concubina. Assim, pelo decorrer do estudo se pode perceber que a relação de concubinato não se equipara a relação de união estável, restando um impedimento de um novo matrimônio em decorrência de um outro já existente.

Mediante esses fatos elencados se pode compreender que, não há como sobrepor o clamor social a norma já estabelecida, sendo assim a situação de concessão do benefício da pensão por morte a concubina necessita de um empenho do aplicador da Lei, na medida de que esse deve averiguar no caso concreto os elementos que venham a ensejar o deferimento do benefício a concubina, para tanto, o intérprete deve levar em consideração o Estamos Democrático de Direito e que vivemos, bem como os norteadores princípios constitucionais, e ainda a presença de necessidade e boa-fé da concubina.

Tal boa-fé se averigua em fatos relevantes para a concessão do benefício, uma vez que a concubina não tenha agido apenas com o interesse de conquistar a percepção do benefício, tampouco tenha mantido sua relação com semelhança a meros relacionamentos vulgares ou comparado às práticas que giram em torno do comércio do prazer.

Ademais o STF ainda está em aguardo de julgamento para deliberar sobre a possibilidade de amante ter direito a pensão por morte, através do Recurso Extraordinário nº 1045273 a qual discute o reconhecimento de união estável homoafetiva paralela ao casamento. Essa decisão produzira diversos efeitos e servirá como base para a concessão do direito a pensão por morte a concubina também.

Destarte, conclusivamente aponta-se pela concessão da pensão por morte para a concubina, uma vez que a mesma também constituía família paralela, sendo isso escolha do falecido e, de acordo como verificado nessa pesquisa, não falta

muito para o reconhecimento deste direito, pois o maior empecilho visualizado foi o da moral e dos costumes, sendo que uma pequena atualização legal pode incluir a concubina no rol de dependentes ou até mesmo pode ser alcançada pela mudança no modo de aplicação e interpretação dos princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. União Estável, artigo publicado na revista advogado nº 58, AASP, São Paulo, Março/2000.

AZEVEDO, Clarice; PIRES, Victor P. K. Alimentos e pensão na concorrência entre beneficiários. Revista Jus Vigilantibus. Publicado em 22 abr. 2008. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/PublicidadeDocumentos/Temporarios/20051010/580265/FPI_200400655948_51_1986306.pdf>. Acesso em: 11 de abril de 2019.

BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 14, p. 5-10, jul.-set. 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 01/03/2019.

_____. **Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 27/02/2019.

_____. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm> Acesso em: 10 abril de 2019.

_____. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 27/09/2019.

_____. **Lei nº 13.146/2015 de 6 de julho de 2015**. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm#art101> Acesso em: 10 abril de 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª Edição. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. VII. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

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

_____. Paulo Do poder familiar. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo ela Cunha (coareis.). Direito de família e o novo Código Civil. 3. ed. Belo Horizonte: Dei Rey, 2003.

OLIVEIRA, Euclides de. **União Estável: Conceituação e Efeitos Jurídicos**. In: Águida Arruda Barbosa e Cláudia Stein Vieira (coords.). Revista de Direito de Família, v. 7, p. 150-170, 2008.

PAIXÃO, Floriceno. **A previdência social em perguntas e respostas**. 35. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Síntese, 1999.

PONTES DE MIRANDA, F. C. Tratado de direito privado São Paulo: Ed. RT, 1 974. t. I, VII, XVIII e IX.

ROCHA, Daniel M. da; JUNIOR, José P. B. Comentários à lei de benefícios da previdência social. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RODRIGUES, Silvio. Direito civil: direito de família. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. vol . 6.

SARTI, Cynthia A. Família e individualidade: um problema moderno. In: CARVALHO, Maria do Carmo Brant de (Org.). A família contemporânea em debate. São Paulo: Cortez, 2000.

SARMENTO, Daniel. Ponderação de interesses na Constituição Federal. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003 .

WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. Direito de família. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

WOLF, Karin. Casamento e relação concomitante sob o prisma da unicidade relacional. In: Belmiro Pedro Welter e Rolf Hanssen Madaleno (cords). Direitos Fundamentais do Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 171-187.