

INSTITUTO MACHADENSE DE ENSINO SUPERIOR

JÚLIO CÉSAR GONÇALVES

**O RATEIO DA PENSÃO POR MORTE ENTRE CÔNJUGE E
CONCUBINA**

**MACHADO – MG
2019**

JÚLIO CÉSAR GONÇALVES

**O RATEIO DA PENSÃO POR MORTE ENTRE CÔNJUGE E
CONCUBINA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito do INSTITUTO MACHADENSE DE ENSINO SUPERIOR como parte dos requisitos para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. M.Sc. ROSÂNGELA APARECIDA DA SILVA FRANCHI

**MACHADO – MG
2019**

G626r

GONÇALVES, Júlio César

O Rateio da pensão por morte entre cônjuge e concubina.

Júlio César Gonçalves. Machado: Instituto Machadense de Ensino Superior. 2019.

29 p.

TCC – Graduação – Direito

Orientadora: Prof^ª Me. Rosângela Aparecida da Silva Franchi

I. Pensão por morte. I. Instituto Machadense de Ensino Superior.

II. Título

Ficha Catalográfica elaborada pela Bibliotecária
Carmen Lúcia D'Andréa – CRB-6-1080

JÚLIO CÉSAR GONÇALVES

**O RATEIO DA PENSÃO POR MORTE ENTRE CÔNJUGE E
CONCUBINA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito do INSTITUTO MACHADENSE DE ENSINO SUPERIOR como parte dos requisitos para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

APROVADO: Machado-MG, ____ de _____ de 2019.

Profa. M.Sc. ROSÂNGELA APARECIDA DA SILVA FRANCHI
(Orientadora)

Prof. _____
(Avaliador)

Prof. _____
(Avaliador)

Dedico àquela que me trouxe à vida; que me deu à luz; que me mostrou seu melhor sorriso; que está comigo em minhas lágrimas e em minhas vitórias; que me ensinou a ler; que me moldou o caráter; sem a qual eu não seria um décimo do que sou. A minha mãe; minha flor maior; minha Rosa.

Agradeço a Deus, meu lastro maior de descanso e paz; a meu filho, o qual dedicou pitadas inigualáveis de felicidade em momentos difíceis ou em momentos fáceis, ou seja, em todos eles; a minha esposa, que por noites e noites me esperou, consolou-me em momentos de quase desistência, fez-se sólida, enquanto eu me liquefazia; a minha orientadora e coordenadora, pela forma de ser, pelos ensinamentos e pelas palavras, doces ou amargas, colocadas em momentos necessários; a meus colegas de trabalho, em meu caminho para me advertir e para me divertir; e, por fim, aos incansáveis e inseparáveis amigos de tudo, Alex, Bruno e Paulo.

“Ainda que a traição agrade, o traidor é sempre odiado.”
(MIGUEL DE CERVANTES)

O RATEIO DA PENSÃO POR MORTE ENTRE CÔNJUGE E CONCUBINA

Júlio César Gonçalves¹

Rosângela Aparecida da Silva Franchi²

INTRODUÇÃO. 1 A EVOLUÇÃO FAMILIAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO À FAMÍLIA. 3 A PREVIDÊNCIA SOCIAL E A SUA FUNÇÃO. 4 EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO: Pretende-se, com o presente trabalho, analisar o atual entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca da divisão do benefício previdenciário de pensão por morte entre cônjuge e concubina. A metodologia se deu por meio de pesquisas bibliográficas. O tema é justificado por ser de interesse de toda a sociedade, principalmente das pessoas que se encontram envolvidas em situações análogas, com ações pendentes de apreciação pelo Poder Judiciário. A importância econômica, social e política do tema vai além da mera divisão do benefício, uma vez que o assunto se opõe a princípios jurídicos já sedimentados em nosso ordenamento. Conclui-se pela necessidade de uma proteção aos grupos familiares formados pelo cônjuge comum e pela concubina, uma vez que o texto de nossa Magna Carta, em momento algum, prevê diferenciação entre entidades familiares apenas por conta de sua forma de surgimento e nem coloca o princípio da monogamia em *status* de superioridade ao princípio da dignidade da pessoa humana e seus subprincípios.

Palavras-chaves: Cônjuge e Concubina. Pensão por morte. Previdência.

INTRODUÇÃO

Desde o advento da Constituição Federal de 1988 (CF/88), o cenário político-jurídico nacional passou a tratar de assuntos relacionados aos seres humanos, cidadãos ou não, de uma maneira diferente, fortemente influenciado pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

1 juliocesargoncalves2000@gmail.com. Acadêmico do 10º período da Faculdade de Direito do Instituto Machadense de Ensino Superior (IMES) mantido pela da Fundação Machadense de Ensino Superior e Comunicação (FUMESC) – Machado – MG.

2 prof.rosangelaasilva@gmail.com. Coordenadora e Professora da Faculdade de Direito do IMES/FUMESC – Machado – MG.

O Direito de Família, bem como a formação e a aceitação dos núcleos familiares, também foi atingido por esta novidade hermenêutica, passando a considerar todos os componentes de determinada entidade familiar como pares nivelados, na consecução do bem maior, individual e geral. Nesse ínterim, os vários tipos de grupos familiares, a despeito de suas formas de surgimento, foram igualados às famílias oriundas do matrimônio, anteriormente as únicas reconhecidas pelo Estado.

Ainda que a interpretação jurídica determine a igualdade entre todos os regimes familiares, é cediço que as entidades paralelas ao casamento sofrem uma diferenciação legal e jurisprudencial. Os membros dessa família sofrem um preconceito estatal durante e depois do fim dessa união, pois o reconhecimento pleno não chega até eles, colocando-os à margem da sociedade e das proteções patrimoniais a que teriam direito, rebaixando-os frente os membros da família legalmente constituída.

A legislação que hoje trata da família e do Direito de Família no país é, basicamente, a CF/88 e o Código Civil de 2002 (CC/02). Ainda que a CF/88 tenha trazido igualdade de condições entre todos os núcleos familiares, o CC/02 está fortemente permeado pelo princípio da monogamia, de raízes religiosas e patriarcais e, como será demonstrado adiante, não condizente com o atual cenário constitucional e com seus princípios basilares, em sua maioria, derivados do princípio da dignidade da pessoa humana.

O presente trabalho busca responder algumas questões a partir das afirmativas acima: a monogamia ainda deve ser considerada como um princípio constitucional? Não seria ela apenas uma regra escolhida pelo Estado, como satisfativa ao casamento? Os demais princípios constitucionais, derivados da dignidade da pessoa humana, não são necessariamente mais valiosos que a monogamia? A família paralela merece proteção da mesma forma que a família surgida sem nenhum impedimento legal? E, por fim, a pergunta central: é possível o rateio da pensão por morte entre cônjuge e concubina?

O objetivo principal é demonstrar que a família, a despeito da forma com que surgiu, merece toda a proteção do aparato estatal, uma vez que ela é local de satisfação e crescimento de seus membros. A vida dúplice de um de seus componentes não pode ser impeditivo para a plena proteção de toda aquela

entidade familiar, dotada dos mesmos sentimentos, anseios e necessidades que qualquer família formada pelo casamento.

A aplicação deste trabalho é, sobremaneira, especificamente voltada para a possibilidade de se dividir a pensão por morte previdenciária, qualquer que seja o regime previdenciário adotado, entre a esposa dita “legítima”, a qual teve seus laços jurídicos com o *de cujus* formados pelo casamento; e a concubina, que por sua vez formou laços afetivos com aquele, os quais se fortificaram e se enraizaram ao longo do tempo. Para os fins desse trabalho, serão considerados apenas os núcleos concubinários de longa duração, dotados de publicidade, do *animus* de constituição de família e da permanência.

Por fim, a metodologia de embasamento do trabalho se deu por meio de pesquisas bibliográficas feitas na doutrina, na legislação, em periódicos, em artigos e na jurisprudência. Esta última, ainda não se encontra sedimentada, muito por força do não julgamento da Repercussão Geral que trata do presente assunto.

O trabalho busca, inicialmente, demonstrar como o conceito de família se aprimorou e evoluiu na legislação brasileira, excepcionalmente após a promulgação da CF/88. Em seguida, trata como os princípios constitucionais atuais protegem a liberdade de formação de diferenciados núcleos familiares e, ainda, como tais princípios se contrapõem à monogamia. Após, acolhe a importância da Previdência Social na vida do cidadão brasileiro e como este instituto não deve ser negado aos membros de relacionamentos paralelos ao casamento. Por fim, traz os entendimentos jurisprudenciais acerca do tema: de julgados pré-constitucionais até a Repercussão Geral ainda não finalizada, assunto em voga quando o tema é o reconhecimento de direitos ao relacionamento paralelo.

Cabe relatar, que se tratou do gênero dos envolvidos (*de cujus* masculino e cônjuge supérstite e concubina como femininos) como ferramenta para simplificar o entendimento textual, mas também pelo fato de que essa composição é a mais comumente encontrada. Não obstante, facilmente se verificam casos de inversão dos gêneros aqui tratados.

1 A EVOLUÇÃO FAMILIAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Estado brasileiro, quando de sua formação, não se ocupou imediatamente com a proteção à família ou ao casamento, vindo este a ser regrado, por forte influência do Código Napoleônico, apenas a partir da Constituição Federal de 1891.

No Código Civil de 1916, a família deveria ser formada apenas a partir do casamento. E este, por falta de previsões legais para a separação judicial ou para o divórcio, era considerado indissolúvel. Nas constituições seguintes, a religiosidade se separou das normas estatais, fazendo com que o casamento fosse um ato puramente civil, havendo, entretanto, a possibilidade de reconhecimento de efeitos civis ao casamento religioso (MALFATTI, 2009).

Pouco antes da CF/88, a Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977 – Lei do Divórcio – passou a prever a possibilidade de o casal romper os laços matrimoniais. Contudo, a ingerência estatal nessa instituição ainda era perceptível, uma vez existirem: (i) lapsos temporais a serem cumpridos para tal deslinde; (ii) possibilidade de indeferimento, pelo magistrado, do pedido de dissolução do vínculo; (iii) necessidade de se fundamentar o requerimento ao judiciário; e, além de outras exigências, (iv) a possibilidade de se apontar o “culpado” pelo fim da união.

Conforme Fonseca (2011, p. 21), em análise à evolução da justificativa de surgimento de novo grupo familiar:

No primeiro momento, tem-se a família tradicional, servindo para assegurar a transmissão do patrimônio, motivo pelo qual os casamentos eram arranjados pelos pais, não se levando em consideração a vida sexual e afetiva dos futuros cônjuges. No segundo momento, tem-se a família moderna, fundada no amor romântico. E, a partir dos anos 1960, no terceiro momento, impõe-se o modelo da família contemporânea, a qual une dois indivíduos que buscam relações íntimas ou realização sexual, por espaço de tempo indefinido.

Nesse cenário evolutivo, permeado pela lentidão, houve uma brusca quebra de paradigmas desde a promulgação da CF/88. Somente então, a família brasileira alcançou o *status* contemporâneo, passando a ser forma de arranjo no seio da sociedade, surgida não por cumprimento às leis, mas espontaneamente, com base na liberdade de escolha familiar, no afeto e na igualdade existente entre seus integrantes (FONSECA, 2011).

Isso se dá pelo fato da mutação social ser a responsável pelo reordenamento jurídico. Não é a lei que molda o comportamento social e, no caso, faz com que novos arranjos familiares surjam. Quando a nova regra aparece formalmente, é sinal de que ela já vem sendo aplicada à margem de dispositivos legais, por um certo tempo. (HINORAKA, 2013).

No mesmo sentido, Malfatti (2009) entende que nas relações familiares antigas, o afeto era presumido entre os membros daquele grupo, uma vez que a família se formava apenas pelo vínculo jurídico do casamento. Hoje, pode-se dizer justamente o contrário: presume-se haver uma entidade familiar onde existir o afeto entre os seus integrantes. Se antes, o indivíduo existia para cumprir os ideais legais e religiosos da família, agora é a família que serve para a evolução, crescimento e busca da felicidade por seus componentes, a chamada família eudemonista.

Entretanto, o conservadorismo e a ingerência estatal nas relações familiares ainda estão extremamente presentes na sociedade atual. Percebe-se tal interferência em situações como: (i) a existência de impedimentos e cláusulas suspensivas para o casamento; (ii) a obrigatoriedade de escolha do regime de bens, a depender da idade de um dos nubentes etc. (MALFATTI, 2009).

Para Hinoraka (2013, p. 2), a despeito de haver uma intervenção estatal residual, nosso atual cenário constitucional protege, além da família surgida pelo casamento, alguns dos núcleos familiares não matrimoniais:

A família deixou de ser a família patriarcal e matrimonializada que predominou no anterior século e na anterior Lei Civil brasileira. A Constituição da República, em 1988, acolheu os anseios da sociedade, no sentido da multiplicação dos modelos familiares, registrando ao menos três, a família oriunda do casamento, a família oriunda da união estável e a família monoparental.

Entende-se como entidades familiares não matrimoniais aquelas que não são formadas pela relação jurídica do casamento, mas sim por qualquer outra forma que tenha a afetividade como preceito máximo: a união estável; a família mononuclear; a união homoafetiva; o concubinato; o poliamorismo, entre outros inúmeros arranjos familiares. O presente trabalho tratará apenas da união estável e do concubinato, por serem as entidades familiares mais relevantes para a matéria discutida.

A união estável é abrigada pelo ordenamento jurídico brasileiro, inclusive com *status* constitucional, pois a lei a protege, reconhece e favorece sua transformação

em casamento (art. 226, §3º, CF/88). A igualdade de condições gerada pela CF/88 também abarcou os companheiros, sendo que, para fins jurídicos, a união estável possui a mesma importância e os mesmos efeitos do casamento civil. Esse reconhecimento surgiu da sobreposição dos princípios constitucionais atuais em detrimento dos conceitos patriarcais de casamento:

É certo que o reconhecimento de outros arranjos como entidades familiares não tem ocorrido com facilidade, sequer rapidez. Veja-se, por exemplo, que a própria união estável – antigamente denominada concubinato puro – demorou quase seis décadas de avanços jurisprudenciais para que conseguisse, só então, a chancela legislativa, com a Carta Constitucional de 1988 e, depois, com as duas leis da década de 90 que regulamentaram a união estável e os efeitos sucessórios (HINORAKA, 2013, p. 2).

Assim, segundo Soares (2013), foi apenas com a CF/88 que a união estável passou a ser reconhecida com esta nomenclatura. Antes, o ordenamento jurídico a tratava como concubinato e dividia este instituto em duas espécies: o concubinato puro, sendo aquele onde o homem e a mulher, plenamente desimpedidos, viviam uma união duradoura, com o ânimo de constituir família, apenas lhes faltando as formalidades legais do casamento; e, por outro lado, o concubinato impuro, a união não eventual entre homem e mulher impedidos de se casarem, por já serem casados (concubinato adúltero), ou, por haver entre eles parentesco próximo (concubinato incestuoso).

Contudo, o legislador colocou algumas barreiras na formação desta nova entidade familiar. Apenas pessoas desimpedidas de se casar, segundo a letra fria da lei, podem manter uma união estável. Há, nessa trama, apenas uma exceção, pois, ainda que um ou ambos os companheiros sejam legalmente casados, poderão manter união estável com outrem, desde que sejam separados de fato (art. 1.723, §1º, CC/02).

Outras dificuldades para o reconhecimento de união estável vieram com a lei inicialmente responsável por sua regulamentação. A Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994, previa que, para a união estável gozar das mesmas proteções jurídicas afetas ao casamento, deveria ser mantida, pelo menos, pelo lapso temporal de cinco anos ou dela serem gerados filhos (art. 1º). Posteriormente, a Lei n. 9.278, de 10 de maio 1996, substituiu tais exigências pela necessidade de a união ser pública, duradoura e com o ânimo de constituir família (art. 1º), mantendo-se este

como o conceito atual e amplamente aceito – na doutrina e na jurisprudência – para caracterizar a união estável.

Apesar de este arranjo ter como referência estrutural o casamento, não se podem confundir os institutos, sendo incorreta a suposição de que o primeiro é processo preparatório para o segundo. Apesar de a CF/88, em seu art. 226, §3º, determinar que a lei favorecerá a transformação da união estável em casamento, os integrantes desta união não matrimonial podem entendê-la como a melhor forma de manutenção da vida familiar, não podendo ser compelidos a tomarem núpcias (LÔBO, 2018).

A união estável, portanto, não é rito de passagem para o casamento, tendo em vista o princípio da liberdade familiar; nem tampouco pode ser considerada em plano inferior a este, visto que os ditames constitucionais da igualdade e a leitura sistematizada de todo o texto constitucional impedem tal interpretação restritiva e diminutiva.

Após 1988, o concubinato puro passou a ser chamado de união estável; o concubinato impuro permaneceu com esta nomenclatura ou, para muitos, sendo chamado apenas concubinato. E a única diferença entre estes dois institutos é a existência, para os membros de uma união concubinária, de impedimento em se casarem.

Não há que se falar em falta de *animus maritalis* para o concubinato, uma vez que sem aquele, haveria apenas um romance, um flerte, um mero caso do destino. É a intenção dos concubinos em manter uma família, em se ter uma união pública e duradoura, mesmo que à periferia do sistema jurídico e da proteção estatal, que caracteriza o concubinato (ANDRADE, 2012).

Este é o ponto central da presente discussão: o casamento, a união estável e o concubinato possuem as mesmas características de permanência, publicidade e intenção de constituir família. A diferença entre estes é o fato da união concubinária não respeitar a regra monogâmica.

Não é pelo fato de o concubinato ser mal visto pela sociedade, até mesmo hodiernamente, nem mesmo por este instituto não gozar de ampla proteção legal no ordenamento jurídico pátrio, que ele deixará de existir ou, mais que isso, deixará de ter o seu valor para as pessoas que o compõem. Pela falta de proteção e de visibilidade é que as uniões paralelas são rechaçadas no meio social e, pelo mesmo fator, seus componentes são sublocados à margem do amparo estatal.

Um concubinato pode ter, certamente, muito mais afetividade e trazer aos seus integrantes muito mais dignidade do que um casamento propriamente dito. E, ainda, pode ser que determinadas pessoas se sintam mais felizes na constância de relacionamentos paralelos do que se mantivessem apenas uma união, assim determinada em lei. A família eudemonista não possui receita ou manual de instruções: se forma a partir da vivência e das preferências de cada um de seus membros (REIS, 2017).

O Estado, ao entender pela inexistência de proteção jurídica ao concubinato, acabando por ignorá-lo, passa a proteger o cônjuge comum dos dois relacionamentos e a premiá-lo. Caso o esposo mantenha um concubinato paralelo ao seu casamento por longo período de duração e, furtivamente, venha a desfazer a entidade impura, poderá se valer de sua própria torpeza como forma de enriquecimento ilícito, uma vez que obteve a ajuda de duas pessoas para a formação de seu patrimônio, mas, por falta de amparo legal, deverá proteger apenas uma delas (MELO, 2014).

O surgimento de situações problemáticas como a descrita poderia ser evitado se o Estado, assumindo a importância da entidade concubinária e respeitando os princípios constitucionais, aos quais está intimamente atrelado, regrassse a conduta de manutenção de relacionamentos paralelos, uma vez que essa prática, apesar de gerar repúdio a determinada parte da sociedade, é comum, tendo origens culturais, biológicas e instintivas (FONSECA, 2011).

A conduta do ordenamento jurídico pátrio em relação ao concubinato fica clara e evidente quando o assunto a ser tratado são os direitos patrimoniais. O CC/02 chega a proibir a doação de bens feitas por uma pessoa a seu concubino (art. 1.801, III, CC/02) ou ao filho deste, caso não seja também filho do doador (art. 1.803, CC/02) (HINORAKA, 2013).

O concubino, por falta de previsão legal, e segundo jurisprudência consolidada após vários entraves, pode ter direito na meação de bens que, comprovadamente, concorreu para a aquisição, durante o estado concubinário. Apesar de ser uma evolução para os consortes de um relacionamento paralelo, ainda é pouco, pois, por vezes, a comprovação dessa concorrência é demasiadamente onerosa para a parte, podendo se consolidar em uma prova leonina (SOARES, 2013).

2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO À FAMÍLIA

O direito sempre reflete a sociedade e o contexto histórico-cultural no qual está inserido. Nesse ínterim, a sociologia retrata que as mudanças no ordenamento jurídico local são fomentadas e forçadas pelo panorama social contemporâneo (IAMUNDO, 2013). Assim é que surgiu a CF/88, meio a clamores sociais de liberdade e de menor ingerência estatal na vida do cidadão.

Nossa atual Carta Magna, recheada de todos os tipos de proteção ao brasileiro e aos estrangeiros aqui residentes – ou apenas de passagem, trouxe vários princípios que, por sua importância, podem ser considerados as normas das normas em nosso cenário jurídico atual (MENDES; BRANCO, 2018).

No passado, como dito anteriormente, a família reconhecida pelo Estado era apenas aquela formada através do vínculo jurídico do casamento, mantida através da monogamia e das relações sexuais lícitas. A partir da CF/88, o epicentro da atenção jurídica se deslocou da instituição familiar para os componentes desta. Isso se deve, em parte, à nova hermenêutica utilizada no cenário constitucional recém-surgido, onde os princípios possuem força normativa própria, ajudando não somente na interpretação das normas, mas também em seu processo legislativo (LÔBO, 2018).

Em primeiro e mais importante lugar, o princípio da dignidade da pessoa humana é o maior lastro do ordenamento jurídico, uma vez que o ser humano deixou de possuir apenas o direito à vida, gerando o dever estatal de garantir uma vida digna. É nesse contexto que a felicidade dentro do âmbito familiar é incansavelmente procurada e protegida (MALFATTI, 2009).

Este princípio, pela sua força e clareza, dá ensejo ao surgimento dos demais princípios constantes na *lex majoris*. Mais que um princípio norteador da aplicação jurídica dos institutos e da atividade legislativa no país, a dignidade da pessoa humana se consubstancia em um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme art. 1º, III, CF/88:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana [...].

Para Lôbo (2018), qualquer atitude da sociedade ou do Estado, que coisifique e precifique o indivíduo, será um atentado ao princípio em tela. Portanto, para o autor, o cenário atual vai completamente de encontro à família patriarcal, onde o poder e as decisões eram centralizados nos pais (*stricto sensu*) ou nos maridos, sendo que mulheres e filhos eram relegados a objetos de suas vontades.

Já, no atual estágio de desenvolvimento, o núcleo familiar passou a ser local onde cada um de seus componentes busca a “garantia do pleno desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que integram a comunidade familiar, ainda tão duramente violada na realidade social” (LÔBO, 2018, p. 56).

Não significa, entretanto, dizer que a família, a partir da CF/88, passou a ser considerada uma ferramenta para a consecução de ideais hedonistas de um membro específico. A família não deve servir para que seus componentes, individualmente, atinjam o prazer e a satisfação a qualquer custo, sem a participação dos demais (MOLOGNI, 2010). A família, na realização existencial de cada um de seus indivíduos, deve buscar, sobremaneira, permanentemente o equilíbrio entre seus membros, entre os deveres e os direitos de cada um destes (LÔBO, 2018).

Para Reis (2017), o princípio em tela representa um limite na atuação estatal frente o cidadão, tanto positiva quanto negativamente. Ele delimita quando o Estado deve se privar de agir, evitando-se atos que atentariam contra a dignidade da pessoa humana. Doutra forma, determina quando o Poder Público deve implantar políticas e criar leis, visando à promoção da citada norma.

No Direito de Família, a dignidade da pessoa humana representa um nivelamento de cuidados, deveres e direitos entre todas as possíveis entidades familiares – existentes ou que vierem a existir – independentemente de estarem expressas na CF/88, em leis infraconstitucionais ou não, pois, independentemente da forma com que estas surgiram, é certo que vieram para abarcar, proteger, trazer felicidade e ajudar no crescimento de seus membros (REIS, 2017).

Por sua vez, o princípio da liberdade familiar surge como corolário à dignidade da pessoa humana. Como pode um ser humano possuir uma vida digna se não lhe é permitido fazer suas escolhas da maneira que bem lhe aprouver? Incluem-se nessas escolhas as de cunho familiar: como e com quem formar sua família; onde estabelecer residência; quantidade de filhos e como estes serão educados; dentre outras vertentes.

Nesse sentido, o CC/02 determina a liberdade de escolha em âmbito doméstico, impondo comportamento negativo à sociedade em relação a um grupo familiar específico: “Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

Tal princípio constitucional se encontra expresso no art. 226, §7º, CF/88:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas [...].

Para Hinoraka (2013), o Direito de Família anterior não admitia o exercício de liberdades as quais, hoje, consideram-se simples. A mulher era integralmente submissa em relação a seu marido; os filhos não possuíam autonomia alguma; o próprio relacionamento matrimonial era indissolúvel, ainda que a convivência se tornasse insuportável para o casal; não havia relacionamentos sem o casamento; inexistia a possibilidade de se reconhecer filhos fora do matrimônio, ainda que o genitor assim desejasse. O Estado se sobrepunha à família; o varão, ao resto dos membros do núcleo familiar. O Poder Público, em sua atuação legiferante, determinava como seria a formação de novos núcleos.

A partir da CF/88, efetivando-se o princípio da liberdade familiar, o Estado deixou de regradar a forma de surgimento de núcleos familiares, passando a aceitar e reconhecer as transformações sociais. Diminuiu sua ingerência nas atividades de cunho particular das sociedades familiares. Enfim, “passou a existir a liberdade de escolher o projeto de vida familiar, em maior espaço para exercício das escolhas afetivas” (LÔBO, 2018, p. 66).

O princípio da solidariedade é também um dos objetivos fundamentais de nossa República, constitucionalmente expresso no art. 3º, I, CF/88: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária [...]”.

Para o Direito de Família, esse princípio não aparece explicitamente no texto constitucional, podendo ser extraídos de trechos como: (i) Art. 226, § 8º, sendo a proteção à família, na pessoa de cada um dos que a compõe, um dever imposto à sociedade, ao Estado e a cada membro do próprio núcleo familiar; (ii) Art. 227, onde

família, Estado e sociedade são obrigados a manter a qualidade de vida e o desenvolvimento das crianças e adolescentes; (iii) Art. 230, onde os mesmos sujeitos ora citados tem o dever de garantir existência digna aos idosos.

Através dos entendimentos constitucionais, determina-se que a solidariedade deve ser verificada como a capacidade com que vários membros de uma mesma sociedade – ou mesmo grupo – devem trabalhar em prol, não apenas do desenvolvimento egoísta, mas da evolução de todos os que o compõem. É deixar de lado a supremacia dos interesses individuais, não colocando em seu lugar os interesses coletivos apenas, mas fazendo com que ambos consigam uma simbiose capaz de gerar crescimento recíproco (LÔBO, 2018).

Para Mologni (2010), a solidariedade é a funcionalização da liberdade e da justiça social, transformando o Estado liberal e individualista em um Estado democrático e social. Nos dizeres da autora, a soma da dignidade da pessoa humana com o princípio da solidariedade é capaz de transformar o Estado e a família em locais onde a plena capacidade do ser humano pode ser desenvolvida, uma vez que cada indivíduo teria a garantia da sua razão existencial proporcionada por outros, não apenas por ele mesmo.

Por fim, o princípio da afetividade é o que, com o atual *status* constitucional, fundamenta as relações familiares na estabilidade e na comunhão de vida (LÔBO, 2018). Por este princípio, entende-se que a formação das famílias na sociedade contemporânea não se dá por conta de relações jurídicas – como o casamento – ou pela busca de ideais religiosos ou sociais, mas pelo surgimento e fortalecimento do afeto entre os seus componentes. A entidade que outrora era formada por indicação do patriarca e, mais a diante, pelas pressões exercidas pela religião e pela própria sociedade, hoje surge com base no afeto entre os seus integrantes (REIS, 2017).

Assim, conforme Fonseca (2011), passa a existir a possibilidade de formação de famílias não apenas através do casamento, mas de todas as formas possíveis existentes. A partir do princípio da afetividade, as famílias podem ser formadas através da união duradoura de um homem e uma mulher (união estável); pela união duradoura de pessoas do mesmo sexo (união homoafetiva); também pela manutenção de um núcleo monoparental formado por um dos cônjuges e a prole em comum (família monoparental); e ainda pela união de várias pessoas (poliamor).

Segundo Mologni (2010), é no âmbito das relações afetivas que a personalidade de cada indivíduo se estruturará. O que forma os vínculos

interpessoais é o afeto, que organiza e orienta o seu desenvolvimento e não é a lei, nem tampouco o entendimento enraizado de determinados membros da sociedade que poderá mudar esse fato. O processo de emancipação dos membros de cada grupo familiar passa pela afetividade, pela liberdade, pela igualdade e pela solidariedade. Dentro destes, a afetividade é o que mantém e faz funcionar os demais princípios do Direito de Família.

Contudo, tal transformação ainda não é plena. Concreto é o fato de que o ordenamento jurídico atual age de forma contraditória em seus dispositivos mandamentais: de um lado, proíbe a interferência do Estado ou de instituições privadas na formação e condução da entidade familiar; doutra parte, impõe a monogamia como forma única de manutenção desses grupos, colocando à margem da proteção estatal aqueles que não se enquadrarem à conduta prevista.

Até o advento da CF/88, a monogamia era considerada o maior princípio norteador do Direito de Família. Hodiernamente, as correntes doutrinárias contrárias ao reconhecimento da importância jurídica das famílias paralelas entendem que o total abandono da monogamia seria um risco à manutenção da paz e do equilíbrio social e familiar, pois tal princípio possui o condão de gerar tranquilidade, certeza e ordem (ANDRADE, 2012). Entretanto, cresce o seguimento dos defensores da monogamia como uma regra, não como um princípio.

Segundo Mendes e Branco (2018), se um princípio pode ser afastado em determinado confronto aparente de normas, então ele não se trata de um princípio, mas sim de uma regra. Uma das maiores características destes é que, se afrontados por outros princípios, terão sua aplicação diminuída ou potencializada, a depender do peso que cada um deles possui em relação ao caso concreto. Já as regras possuem aplicação binária: se válidas, são aplicadas ao caso concreto, corroborando a tese de uma das partes que a suscitou; ou, se inaplicáveis para determinado caso, devem ser afastadas para dar lugar a outra regra. Não existe, nesse sentido, uma aplicação parcial ou mitigada da regra.

Visto isso, segundo Reis (2017), a monogamia não pode ser entendida como um princípio do Direito de Família, uma vez que ela é ou não é aplicada. Se contraposta ao princípio da dignidade da pessoa humana, por exemplo, não haverá mitigação da norma monogâmica, mas sim, um total afastamento.

Como já ocorreu em vários julgados, quando o magistrado entende que, por respeito à dignidade da pessoa humana, a pensão por morte previdenciária deverá

ser dividida entre cônjuge e concubina, o que este fez foi nada mais que afastar completamente a monogamia, validando a tese de que se trata de uma norma moral e não de um princípio. Ademais, em momento algum, a CF/88 eleva a monogamia a um *status* principiológico, sequer mencionando essa palavra (ANDRADE, 2012).

Assim, é clara a contraposição entre normas constitucionais: de um lado, a monogamia, existente desde os idos da cristandade, permanente em nosso ordenamento jurídico pelo clamor religioso e arcaico; doutro lado, a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a afetividade, a solidariedade e a igualdade, todos aptos à proteção da família, independentemente de sua origem ou formação, e, principalmente, dos indivíduos que a compõem.

Neste embate normativo, é aparente a possibilidade de, em determinados e específicos casos, proteger todos os princípios citados em detrimento da monogamia. Desta forma, parece latente o entendimento de que a monogamia deveria deixar de ser considerada um princípio, no atual cenário social, passando a ser um preceito satisfativo ao casamento, escolhido pelo legislador.

3 A PREVIDÊNCIA SOCIAL E A SUA FUNÇÃO

Evoluindo desde o início do Século XX, a partir da Lei Elóy Chaves (1923), a Previdência Social deixou de ser apenas um instituto com viés financeiro, passando a ser uma das maiores forças de proteção social no Brasil (CASTRO; LAZZARI, 2017). A função precípua da Previdência Social é a proteção aos infortúnios e aos riscos sociais perpassados pelos seus segurados ao longo e após o encerramento de sua vida laborativa. Para os autores (CASTRO; LAZZARI, 2017, p. 9):

[...] devemos declarar nos parecer insofismável ser a Seguridade Social uma necessidade, que não pode deixar de existir nos seus moldes clássicos. Mesmo entre muitos dos que entendem difícil ou mesmo impossível a gestão do atual sistema, não há controvérsia a respeito da insubstituível atuação do Estado no campo da segurança social, protegendo os indivíduos contra os riscos inerentes à perda da capacidade laborativa, permanente ou temporária, ou à inexistência de condições de subsistência por conta própria [...].

O Direito Previdenciário se difere do Direito Civil, em especial do Direito de Família, pois este é ramo do direito privado, dotado de proteção estatal, respeitando-se a liberdade nas decisões familiares. Aquele é ramo do direito público, o qual visa

à proteção do trabalhador, ex-trabalhador e de seus dependentes, na ocorrência de males sociais (SILVA; OLIVEIRA, 2018).

Para estes autores, a proteção dada pela Previdência Social é e deve ser muito maior que a proteção dada pelo Direito Civil, em matéria patrimonial. A Previdência deve garantir o alimento e a dignidade humana do segurado ou dependente por ela acobertado; o Direito Civil, apesar de assim agir em determinados momentos, tem raiz privada, o que o torna menos protetivo que o ramo previdenciário.

Cada um dos benefícios oferecidos pela Previdência Social tem o papel de cobrir uma necessidade na vida de seus segurados: a aposentadoria garante o sustento quando as forças laborativas não são mais bastantes, por conta da idade avançada ou pela quantidade de tempo já trabalhado; o auxílio-doença e a aposentadoria por invalidez mantêm o poder aquisitivo daquele que, de forma provisória ou definitiva, respectivamente, não possui mais a capacidade de trabalhar devido a alguma doença ou algum acidente; o salário-maternidade defende a mãe e o recém-nascido, mantendo-os unidos nos primeiros meses de vida (CASTRO; LAZZARI, 2017).

Assim também é com a pensão por morte. Este benefício garante aos dependentes do segurado falecido a condição de manter os proventos que, *causa mortis*, deixaram de ser adquiridos pelo núcleo familiar (CASTRO; LAZZARI, 2017). Além de ser um momento de profunda tristeza para estes, pois reflete a perda eterna de um de seus queridos membros, é também um momento de preocupações e incertezas, uma vez que o sustento está abalado. Esse é o papel ocupado pela pensão por morte: dar a segurança material para a família do *de cuius*.

É tamanha a importância de tal benefício que, a despeito da nomenclatura utilizada, um Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) só poderá ser assim considerado se, além de oferecer outras prestações ao segurado e a seu grupo familiar, garantir, minimamente, o pagamento de aposentadorias e de pensão por morte. Faltando um destes benefícios, não será considerado regime de previdência social, conforme preceitua o § 3º do art. 10 do Decreto n. 3.048, de 06 de maio de 1999: “§3º Entende-se por regime próprio de previdência social o que assegura pelo menos as aposentadorias e pensão por morte previstas no art. 40 da Constituição Federal”.

A pensão por morte é garantida ao conjunto de dependentes do segurado falecido, existente no momento de sua morte. Consiste em 100% do salário de benefício devido ao falecido na data de sua morte, conforme art. 75 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991:

Art. 75. O valor mensal da pensão por morte será de cem por cento do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela a que teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data de seu falecimento, observado o disposto no art. 33 desta lei. (Redação dada pela Lei n. 9.528, de 1997).

Para ter direito ao benefício, é necessário que o *de cujus* esteja na manutenção da qualidade de segurado da Previdência Social. No Regime Geral de Previdência Social (RGPS), essa qualidade é mantida, em regra, nos seguintes casos: para o trabalhador em atividade; para aquele que deixou de exercer a atividade obrigatória a menos de doze meses; e, por fim, para aquele que se mantém no recebimento de benefício previdenciário, até doze meses após a sua cessação (CASTRO; LAZZARI, 2017).

Não é necessário o cumprimento de carência mínima para a concessão do citado benefício. Carência é o número mínimo de contribuições que garantem o gozo de determinado benefício. Cada benefício tem a sua carência específica e para alguns deles, como a pensão por morte, esta não é exigida, forte no art. 26, I, da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991: “Art. 26. Independe de carência a concessão das seguintes prestações: I – pensão por morte, salário-família e auxílio-acidente [...]”.

O pagamento do benefício aos filhos do falecido se mantém até a idade de vinte e um anos, salvo nos casos de invalidez, onde será mantido por prazo indefinido, enquanto perdurarem as condições iniciais da concessão (art. 114, III, do Decreto n. 3.048, de 06 de maio de 1999).

Até o ano de 2015, a manutenção do benefício para o dependente na qualidade de cônjuge ou companheiro era indefinida. Após a Medida Provisória 664, de 30 de dezembro de 2014, convertida na Lei n. 13.135, de 17 de junho de 2015, o pagamento do benefício ao cônjuge ou ao companheiro passou a necessitar do tempo de contribuição mínimo, a qualquer época, de dezoito meses. Passou ainda, a manutenção do benefício, a respeitar uma tabela etária, que garante o pagamento por determinado lapso temporal a depender da idade do cônjuge supérstite na data do óbito do instituidor.

O grupo dos dependentes do segurado instituidor da pensão por morte não é pormenorizado na CF/88, ficando essa tarefa a cargo da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, em seu art. 16, *verbis*:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I – o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente; (Redação dada pela Lei n. 12.470, de 2011).

II – os pais;

III – o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente; (Redação dada pela Lei n. 12.470, de 2011).

Conforme o §1º do mesmo artigo, as classes possuem preferência em relação as demais. Havendo, ao tempo do falecimento, dependentes da primeira classe elencada no artigo, os dependentes, ainda que existentes, das demais classes, não possuirão direito ao benefício. Dependentes de primeira classe são: o cônjuge ou companheiro; os filhos menores de vinte e um anos de idade ou inválidos.

A existência de mais de um dependente em igualdade de condições, ou seja, de mesma classe, faz com que a pensão por morte seja rateada em partes iguais, conforme art. 77 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991: “A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em parte iguais. (Redação dada pela Lei n. 9.032, de 1995)”.

Segundo a Instrução Normativa (IN) n. 77, de 21 de janeiro de 2015, em seu art. 122, o companheiro(a) é a pessoa que “mantém união estável com o segurado ou a segurada, sendo esta configurada na convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com intenção de constituição de família”. É, portanto, a mesma caracterização dada pelo CC/02, pela Lei n. 9.278, de 10 de maio 1996, pela jurisprudência e pela doutrina fortemente consolidadas.

Os incisos deste art. 122 determinam que não constitui união estável a relação entre:

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

Parágrafo único. Não se aplica a incidência do inciso VI do *caput* no caso de a pessoa casada se achar separada de fato, judicial ou extrajudicialmente.

Desta forma, tem-se que o entendimento administrativo exarado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), autarquia responsável pela execução e pela manutenção dos benefícios previdenciários do RGPS, é de que as uniões paralelas ao casamento não geram direito ao benefício de pensão por morte, exceto se o(s) companheiro(s) estiverem separados de fato de seu primeiro enlace. É, portanto, um reforço à institucionalização e à obrigatoriedade do comportamento monogâmico.

Apesar de inovar, frente o texto da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, a presente limitação à união estável não foi questionada, pois além de reforçar o entendimento até então dominante, reflete uma combinação entre os art. 1.521 e art. 1.723, §1º, ambos do CC/02.

A esfera administrativa somente reconhece duas possibilidades de divisão do benefício de pensão por morte entre cônjuge e companheiro ou mais de um companheiro. A primeira delas trata que o cônjuge divorciado, separado judicialmente ou separado de fato, o qual receba pensão alimentícia do *de cujus*, terá direito a receber a pensão por morte em igualdade de condições com os demais dependentes de primeira classe, conforme art. 111 do Decreto n. 3.048, de 06 de maio de 1999. Essa primeira possibilidade não se contrapõem à monogamia, uma vez que é mister haver alguma forma de rompimento do primeiro vínculo conjugal, ainda que seja apenas a separação de fato.

A segunda possibilidade se refere ao rateio da pensão por morte ou do auxílio-reclusão entre companheiras de indígena, os quais viviam em regime de poligamia ou poliandria. O INSS passou, desde a edição do Memorando-Circular Conjunto n. 16/DIRBEN/PFE/INSS, de 24 de fevereiro de 2016, fundamentado no Parecer n. 441/2015/CONJUR-MPS/CGU/AGU, de 22 de setembro de 2015, a ratear o benefício de pensão por morte às diversas companheiras de indígenas que viviam em regime de poliandria ou poligamia, de acordo com o contexto cultural daqueles povos.

A decisão citada determina que os indígenas, os quais reconhecidamente (mediante parecer fundamentado da Fundação Nacional do Índio – FUNAI), compuserem tribos adeptas à poligamia ou à poliandria, terão direito à divisão do benefício previdenciário em partes iguais, tantas quantas forem as companheiras envolvidas no relacionamento. É necessário, ainda, a não existência de violação a direitos alheios, sendo a convivência poligâmica perfeitamente aceita por todos os envolvidos (AGU, 2015).

Assim, entende-se que a legislação (no caso, a previdenciária) defende a monogamia como princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro e da família, abrindo exceções apenas nos casos onde, comprovadamente, a cultura seja motivo cabal para que se afaste o comportamento monogâmico (AGU, 2015).

No entanto, como já demonstrado, isso é mais uma prova de que a monogamia não pode ser considerada um princípio do Direito de Família, pois como Mendes e Branco (2018) determinam, um princípio não pode ser afastado, mas apenas ter sua atuação diminuída. No caso em tela, respeita-se a dignidade da pessoa humana em detrimento da monogamia.

No mesmo Parecer (AGU, 2015, p. 5), a Advogada da União estabelece, ainda, que:

[...] para a previdência social, em termos financeiros, o reconhecimento dessas relações não implica em nenhum impacto ou gasto adicional, visto que o benefício de pensão por morte é único (a morte de um segurado gera um benefício de pensão por morte) e rateado entre todos do conjunto de seus dependentes, não vislumbrando como sustentar a negativa ao benefício, rateado entre todos os dependentes do segurado indígena que vivia em poligamia ou poliandria, no caso de segurada indígena.

Desta forma, óbvio ser a defesa da monogamia como alicerce da família, o único interesse dos órgãos previdenciários, da União, dos estados e dos demais entes públicos envolvidos, uma vez que, financeiramente, não haveria nenhuma majoração nos gastos com o pagamento de uma pensão por morte por haver mais de um cônjuge ou companheiro.

4 EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL

Em importante decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), exarada no ano de 1988, em momento anterior à CF/88, o Ministro relator, Néri da Silveira, demonstrou que o entendimento daquela Suprema Corte era de rebaixar a relação extramatrimonial a uma mera prestação de serviços:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCUBINATO. AÇÃO DA COMPANHEIRA, CONTRA ESPOLIO DO CONCUBINO, QUE NÃO DEIXOU DESCENDENTES, SENDO O PATRIMÔNIO CONSTITUÍDO POR UM SÓ IMÓVEL, ONDE RESIDIA O CASAL. DEMANDA JULGADA PROCEDENTE. Metade do imóvel deferida, porque reconhecida a sociedade de fato. As decisões das instâncias ordinárias asseguraram a concubina, também, **a outra metade, a título de serviços prestados**. RE 104764, Relator(a): Min. Néri da Silveira, Primeira Turma, julgado em 22 abr. 1988, DJ 03 mar. 1989. (Grifou-se).

No caso concreto, não se tratava de concubinato, mas sim, da atual união estável. No entendimento pós CF/88, esse rebaixamento da união estável a uma mera prestação de serviços (domésticos ou sexuais) e a coisificação do ser humano, afastando reconhecimento do vínculo jurídico apenas pela falta de procedimentos formais para o casamento, são totalmente inimagináveis e inaceitáveis. Essa é, portanto, a esperança de que a união dita concubinária seja, em momento futuro, reconhecida pelo Estado, demonstrando este a preocupação com os componentes de tal relacionamento, o qual não é novidade e nem é raro em nossa sociedade.

Decisões de Tribunais, especialmente o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), já reconhecem a união dúplice para efeitos de meação, em casos de divórcio, o que o próprio egrégio preferiu nomear “triação”:

APELAÇÃO CÍVEL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL PARALELA AO CASAMENTO E OUTRA UNIÃO ESTÁVEL. UNIÃO DÚPLICE. POSSIBILIDADE DE PARTILHA DE BENS. MEAÇÃO. TRIAÇÃO. ALIMENTOS. A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união estável entre a autora e o réu em período concomitante ao seu casamento e posteriormente, concomitante a uma segunda união estável que se iniciou após o término do casamento. Caso em que se reconhece a união dúplice. Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre a esposa, a companheira e o réu. Meação que se transmuda em triação, pela duplicidade de uniões. O mesmo se verifica em relação aos bens adquiridos na constância da segunda união estável.

(TJRS. ApCível n. 70022775605/08 – Relator Desembargador Rui Portanova. Julgado em: 07 jul. 2008.

No mesmo sentido, outro julgado do mesmo TJRS, tratando, desta feita, de *meação/triação* entre concubina, cônjuge e o *de cujus* comum entre os dois relacionamentos:

APELAÇÃO. UNIÃO DÚPLICE E UNIÃO ESTÁVEL. POSSIBILIDADE. A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união entre a autora e o de cujus em período concomitante ao casamento de “papel”. Reconhecimento de união dúplice. Precedentes jurisprudenciais. Os bens adquiridos na constância da união são partilhados entre a esposa, a companheira e o de cujus. Meação que se transmuda em triação, pela duplicidade de uniões. (TJRS. ApCível 70019387455-07. Revisor e Redator Desembargador Rui Portanova, vencido o relator Desembargador Luiz Ari Azambuja Ramos. Julgado em: 24 maio 2007.

Algumas decisões de Tribunais espalhados pelo solo nacional vêm, aos poucos, demonstrando a visibilidade e crescimento do reconhecimento dos direitos previdenciários da concubina. Exemplo é o seguinte excerto, advindo do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

APELAÇÃO CÍVEL – PENSÃO POR MORTE DIVIDIDA ENTRE ESPOSA LEGÍTIMA E CONCUBINA – POSSIBILIDADE. Comprovada a vida em comum e a dependência econômica, deve ser dividido o benefício pensão por morte entre a concubina e a legítima esposa, ressalvadas as frações destinadas aos filhos. Concubina é a mulher de encontros velados, frequentada por homem casado e que convive, ao mesmo tempo, com sua esposa legítima. É a que divide, com esta, as atenções e assistência material do marido. TJSC – AC: 128263 SC 2003.012826-3, Relator: Volnei Carlin, Data de Julgamento: 02 out. 2003, Primeira Câmara de Direito Público, Data de Publicação: Apelação cível n. 2003.012826-3, de São Miguel do Oeste.

É importante comprovar a vida em comum, e não apenas a existência de um mero romance ou uma aventura. A concubina que comprova depender economicamente do falecido, ainda que este fosse casado, tem direito ao rateio do benefício de pensão por morte, em igualdade com a esposa legítima, uma vez que dividia com esta as atenções e a assistência, emocional e material, para com o instituidor do benefício.

Contudo, este não é o entendimento dominante nos Tribunais Superiores, conforme trecho abaixo, do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. CONCUBINA. PENSÃO. RATEIO COM A VIÚVA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato, sendo certo que 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, STF, Primeira Turma, DJe 26 mar. 09). 2. Hipótese em que o Tribunal de origem reconheceu, com base no conjunto probatório dos autos, que o falecido servidor não era separado de fato, tendo estabelecido dois núcleos familiares concomitantemente, com sua esposa e com a ora agravante. 3. Agravo regimental não provido. AgRg no Ag 1424071/RO – 2011/0166255-6. Relator(a) Ministro Arnaldo Esteves Lima. Primeira Turma. Data do Julgamento: 21 ago. 2012, DJe 30 ago. 2012.

Para a colenda Primeira Turma do STJ, a união estável não pode ser considerada para nenhum efeito, se concomitante ao casamento, pois, o que se chama união concubinária, é apenas fato e não gera direitos, além do que, não pode beneficiar a concubina em detrimento da família. Posto isso, fica claro que, para o Tribunal, família é apenas aquela cercada e detentora da característica monogâmica.

Nesse mesmo sentido, a Segunda Turma do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. PENSÃO POR MORTE. RATEIO ENTRE ESPOSA E CONCUBINA. REPERCUSSÃO GERAL PENDENTE DE JULGAMENTO. TEMA 526/STF. SOBRESTAMENTO DO FEITO. DESNECESSIDADE. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL NA CONSTÂNCIA DE CASAMENTO DO DE CUJUS. AUSÊNCIA DE SEPARAÇÃO DE FATO OU DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. A afetação pelo Supremo Tribunal Federal de tema ao regime da repercussão geral, no caso o Tema 526/STF, no qual se discute a possibilidade de o concubinato de longa duração gerar efeitos previdenciários, não implica no sobrestamento do recurso especial. Na decisão de afetação, não foi proferida decisão determinando a suspensão de todos os processos que tratam do mesmo tema, nos termos do artigo 1.035, § 5º, do CPC/2015. 2. Quanto ao tema do recurso especial, no âmbito do STJ, a jurisprudência se firmou no sentido de que a existência de casamento válido não obsta o reconhecimento da união estável, desde que fique comprovada a separação de fato ou de direito do parceiro casado, o que não ocorreu no presente caso. 3. Agravo interno não provido. AgInt no REsp 1725214/RS – 2018/0038040-5.

Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Data do Julgamento: 25 set. 2018, DJe 03 out. 2018.

Além de demonstrar o entendimento que atualmente é dominante no STJ, a ementa de Agravo Interno em Recurso Especial acima demonstra outro fator importante para a discussão: a matéria foi afetada pelo (STF), como Repercussão Geral e, no momento, se encontra pendente de julgamento.

O Recurso Extraordinário (RE) 669.465, originário da Turma Recursal dos Juizados Especiais da 2ª Região – Espírito Santo, foi distribuído por prevenção e teve como relator o Min. Luiz Fux, o qual, em 09 de março de 2012, entendeu por bem declarar a existência de Repercussão Geral no caso, sendo acompanhado pelos seus pares no Pleno do STF, com exceção dos Min. Joaquim Barbosa e Min. Cármen Lúcia, que não opinaram. Posteriormente, o RE paradigma foi substituído pelo RE 883.168, originariamente julgado no Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Para o relator, “a matéria não é novidade nesta Corte, tendo sido apreciada algumas vezes nos órgãos fracionários, sem que se possa, contudo, afirmar que se estabeleceu jurisprudência” (BRASIL, 2016). Usado como exemplo de acórdão a ser colhido para o julgamento da presente repercussão geral, o seguinte:

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. (decisão não unânime no RE 590779, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 10 fev. 2009, DJe em 26 mar. 2009.

O referido acórdão não revelou unanimidade, sendo emblemático o voto vencido, na defesa dos direitos da concubina. Em suas palavras, o Min. Ayres de Brito defende que a CF/88, em momento algum, se importa como as entidades familiares serão formadas. Para ele, o entendimento da Magna Carta é no sentido de ser verificada a intenção máxima de constituir família e, uma vez formada, de protegê-la (BRASIL, 2009):

Com efeito, à luz do Direito Constitucional brasileiro o que importa é a formação em si de um novo e duradouro núcleo doméstico. A concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. **Isto é família**, pouco importando se um dos parceiros mantém uma concomitante relação sentimental a dois. No que andou bem a nossa Lei Maior, ajuízo, pois ao Direito não é dado sentir ciúmes pela parte supostamente traída, sabido que esse órgão chamado coração “é terra que ninguém nunca pisou”. (Grifo do autor).

Para o Ministro, a definição de união estável é alcançada em hermenêutica residual, ou seja, o que não se pode chamar de casamento será chamado de união estável, inexistindo a palavra “azedada, feia, discriminadora, preconceituosa, do concubinato” (BRASIL, 2009):

[...] acrescento, porque a união estável se define por exclusão do casamento civil e da formação da família monoparental. É o que sobra dessas duas formatações, de modo a constituir uma terceira via: o *tertium genus* do companheirismo, abarcante assim dos casais desimpedidos para o casamento civil, ou, reversamente, ainda sem condições jurídicas para tanto. Daí ela própria, Constituição, falar explicitamente de “cônjuge ou companheiro” no inciso V do seu art. 201, a propósito do direito a pensão por porte de segurado da previdência social geral [...].

Ainda conforme Min. Ayres de Brito, o princípio da liberdade deve ser verificado também na formação dos grupos familiares, dizendo respeito apenas para os que compuserem uma união paralela:

Pouco importando se os protagonistas desse incomparável projeto de *felicidade a dois* sejam ou não, concretamente, desimpedidos para o casamento civil? Tenham ou não uma vida sentimental paralela, inclusive sob a roupagem de um casamento *de papel passado*? (vida sentimental paralela que, tal como a preferência sexual, somente diz respeito aos respectivos agentes) (BRASIL, 2009).

O Min. Marco Aurélio (BRASIL, 2009), contrário à existência de entidades familiares paralelas, coloca a “surpresa” da esposa legítima como sendo um duro golpe em um momento de tristeza e de incertezas. A vida sentimental desse casal à margem do ordenamento jurídico também diz respeito à esposa legítima, pois traída e enganada por longo período, terá que, após o falecimento do membro comum, dividir o patrimônio e os valores de uma possível pensão por morte, gerando necessidades financeiras ao grupo legalmente constituído. Para Min. Cármen Lúcia,

(BRASIL, 2009) essa decisão poderia ser impiedosa com a esposa, pois teve de dividir o marido durante toda a vida; *post mortem* deverá dividir a pensão por ele deixada.

Entretanto, as despesas com o grupo familiar paralelo não passaram a existir apenas após o óbito do instituidor da pensão por morte. Esse era um gasto na vida do *de cuius* que, provavelmente, perdurou durante todo o lapso temporal em que houve, por parte deste, uma vida binária. E ainda, não é difícil de se imaginar que, por inúmeras e desconhecidas vezes, o relacionamento paralelo pode ter dado guarida e respiro financeiro ao relacionamento “oficial” (FONSECA, 2011).

No mesmo voto, o Min. Marco Aurélio (BRASIL, 2009) reconhece a desnecessidade de monogamia para a existência de união estável:

Realmente, para ter-se como configurada a união estável, **não há imposição da monogamia**, muito embora ela seja aconselhável, objetivando a paz entre o casal. **Todavia, a união estável protegida pela ordem jurídica constitucional pressupõe prática harmônica** com o ordenamento jurídico em vigor. Tanto é assim que, no artigo 226 da Carta da República, tem-se como objetivo maior da proteção o casamento. Confirma-se com o próprio preceito que serviu de base à decisão do Tribunal de Justiça. O reconhecimento da união estável pressupõe possibilidade de conversão em casamento. O reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento, direciona à inexistência de obstáculo a este último. [...] Então, o que se tem é que, em detrimento do casamento havido até a data da morte do servidor, veio o Estado, na dicção do Tribunal de Justiça da Bahia, a placitar, com consequências jurídicas, certa união que, iniludivelmente, não pode ser considerada como merecedora da proteção do Estado, porque a conflitar, a mais não poder, com o direito posto (Grifou-se).

Concluiu que a união estável protegida pelo documento constitucional é apenas aquela com possibilidade de conversão em casamento, ou seja, a união livre de impedimentos. É, entretanto, difícil compreender o porquê da CF/88 reconhecer a existência de uma entidade familiar formada por pessoas impedidas para o casamento e, logo em seguida, recusar a guarida da proteção legal a seus membros.

Parece, portanto, mais acertado o entendimento do Min. Ayres de Brito, para o mesmo tema:

Pois que, se desimpedidos forem, a lei facilitará a conversão do seu companheirismo em casamento civil, mas, ainda que não haja tal

desimpedimento, nem por isso o par de amantes deixa de constituir essa por si mesma valiosa comunidade familiar [...] (BRASIL, 2009).

A Repercussão Geral no presente Recurso Extraordinário havia sido, no final do ano de 2018, colocada na pauta de julgamento da sessão ordinária a ser realizada na data de 03 de abril de 2019. Contudo, por motivos que fogem à temática discutida, houve a necessidade de cancelamento da sessão, sendo que a nova data para julgamento ainda não foi fixada.

CONCLUSÃO

Conforme demonstrado no presente trabalho, a evolução doutrinária acerca da proteção dada aos arranjos familiares não monogâmicos é bem mais rápida do que a evolução jurisprudencial sobre o mesmo tema.

Apesar de haver a Repercussão Geral ainda em análise pelo STF e sem uma decisão terminativa, parece que a Corte Constitucional de nosso país tende a garantir direitos previdenciários apenas a cônjuge do *de cujus*, tratando o relacionamento paralelo como mera situação de fato, inapta para geração de direitos aos seus adeptos. Essa tendência, apesar de não constar expressamente das peças da Repercussão Geral, é verificada na leitura dos julgados mais recentes das duas cortes mais importantes do nosso Judiciário: o STJ e o STF.

Entretanto, na contramão desse pensamento, alguns Tribunais Regionais se destacam, na vanguarda da interpretação constitucional, os quais, por vezes, já reconheceram direitos previdenciários à concubina, determinando o rateio do benefício de pensão por morte entre esta e a cônjuge supérstite.

O que este presente trabalho conclui é pela importância do pensamento de doutrinadores que realmente interpretaram a real essência da CF/88, como o Min. Ayres de Brito, voto vencido em demanda decidida por Turma do STF.

Perceber que a CF/88 colocou em pé de igualdade qualquer componente de um núcleo familiar e, na mesma esteira, igualou os direitos e as prerrogativas de arranjos familiares compostos de maneiras não tão ortodoxas, é saber interpretar o real significado do princípio da dignidade da pessoa humana e de seus afluentes; é notar que a liberdade de escolha é ampla e deve ser respeitada em cada um dos aspectos da vida dos concidadãos; é aceitar que a afetividade deve possuir uma

capacidade de formação de laços jurídicos inigualável, uma vez que é a máxima demonstração da escolha do ser humano; é trazer a solidariedade familiar para o campo jurídico, defendendo a forma com que os membros se protegem e se edificam mutuamente.

Colocar a monogamia, uma regra jurídica arcaica, resquício maior do patriarcalismo e da influência religiosa na formação das nações, como uma força capaz de suplantar a proteção ao indivíduo livre é reconhecer que o Estado ainda não é plenamente laico e que o “progresso”, insito na flâmula de nossa Pátria, é voltado apenas para o crescimento material, deixando de lado a evolução humana e social. É óbvio, entretanto, que não será nenhum mero flerte que levará a prerrogativa da proteção estatal. Deverá existir o ânimo de constituição de família nos componentes daquela entidade, pois família é pública, duradoura e permanente.

Como dito anteriormente, não é apenas pelo fato de que a legislação não protege a família paralela que esta deixará de ser família. Para os membros daquele grupo, ela não deixará de ser paralela, pois no momento de seu surgimento ela já não o era.

THE APPORTIONMENT OF DEATH PENSION BETWEEN THE WIFE AND THE MISTRESS

ABSTRACT: The purpose of this study is to analyze the current doctrinal and jurisprudential understanding of the division of the death pension benefit between the wife and the mistress. The methodology was based on bibliographical research. The theme is justified because it is object of the whole society's interest, especially those who are involved in similar situations, with pending judgment suits in the Judiciary. The economic, social and political importance of the subject reaches beyond the mere division of the benefit, since the subject is opposed to legal principles that are already settled in our ordering. We conclude that there is a need to protect the family groups formed by both the wife and the mistress, since the text of our Constitution does not foresee any difference between family entities solely due to their origin and the monogamy principle is not in a superiority status when compared to the principle of the dignity of the human person and its sub-principles.

Key words: Wife and mistress. Death pension. Social Security.

REFERÊNCIAS

AGU. Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Previdência Social. Parecer n. 441/2015/CONJUR-MPS/CGU/AGU, de 22 set. 2015. Rateio do benefício de pensão por morte entre companheiras de indígena. Regime de poligamia. Conflito aparente de normas. Ponderação de princípios. **Boletim de Serviços**, 22 de setembro de 2015.

ANDRADE, Flávio da Silva. **O direito da legítima companheira à pensão por morte e a possibilidade de rateio do benefício entre a viúva e a concubina**. Revista CEJ, Ano XVI, n. 56, p. 44-49, jan./abr. 2012. Brasília: CEJ, 2012. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29926.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2019.

_____. Ministério da Previdência Social. Instrução Normativa n. 77, de 21 jan. 2015. Estabelece rotinas para agilizar e uniformizar o reconhecimento de direitos dos segurados e beneficiários da Previdência Social, com observância dos princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988. **Diário Oficial da União**, 22 de janeiro de 2015. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/32120879/do1-2015-01-22-instrucao-normativa-n-77-de-21-de-janeiro-de-2015-32120750. Acesso em: 13 fev. 2019.

_____. Ministério da Previdência Social. Memorando-Circular Conjunto n. 16/DIRBEN/PFE/INSS, de 24 fev. 2016. Rateio de pensão por morte/auxílio-reclusão entre companheiras/os de indígena que viviam em regime de poligamia/poliandria. Parecer nº 441/2015/CONJURMPS/CGU/AGU. **Boletim de Serviços**, 25 de fevereiro de 2016.

FONSECA, Paula Jenifer Teixeira da. **Concubinato adúltero**: efeitos no Direito Previdenciário. Universidade do Sul de Santa Catarina: Tubarão-SC, 2011. Disponível em: https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/1166/106491_Paula.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 09 mar. 2019.

HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Famílias paralelas**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. v. 108, p. 199 – 219. São Paulo, 2013.

IAMUNDO, Eduardo. **Sociologia e antropologia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: famílias. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MALFATTI, Joaquim. **O concubinato e a pensão por morte**. Monografia apresentada no curso de direito, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito. Lajeado-RS: Centro Universitário Univates, 2009.

MELO, Ana Helena Raposo de. **A família paralela e o rateio da pensão por morte**. Natal: UNIRN, 2014. Disponível em: https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/44484726/A_Familia_Paralela_e_o_Rateio_da_Pensao_por_Morte_-_deposito_final.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1552166755&Signature=skcKKJG%2BmeQmpzjTvs8iWGhG2rU%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DA_FAMILIA_PARALELA_E_O_RATEIO_DA_PENSAO.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

MOLOGNI, Celina Kazuko Fujioka. **Pensão por Morte do Cônjuge: União Simultânea de Casamento e de Concubinato Adulterino**. Londrina: Unopar, 2010. Disponível em: <http://www.pgsskroton.com.br/seer/index.php/juridicas/article/view/958/920>. Acesso em: 09 mar. 2019.

REIS, Amanda Cristina dos. **A possibilidade de rateio da pensão por morte entre viúva e concubina nos casos de configuração de família paralela**. Trabalho de Conclusão de Curso. Patrocínio-MG: Centro Universitário do Cerrado Patrocínio, 2017. Disponível em: <http://www.unicerp.edu.br/ensino/cursos/direito/monografias/20172/APOSSIBILIDADEDERATEIODAPENSAO.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2019.

SILVA, Andreza Soares da; OLIVEIRA, Andréa Silvana Fernandes. **Pensão por morte: análise doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade de rateio entre a esposa e concubina**. Campina Grande-PB: Unipê, 2018. Disponível em: http://www.editorarealize.com.br/revistas/conidif/trabalhos/TRABALHO_EV082_MD1_SA6_ID382_21082017232302.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

SOARES, Lara Rafaelle Pinho. A (im)possibilidade da concessão da pensão por morte para o companheiro da união estável paralela consentida. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3484, 14 jan. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/23454>. Acesso em: 15 fev. 2019.