



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO E PRÁTICA PREVIDENCIÁRIA

CAMILA SENTO-SÉ VALVERDE

**QUANTAS METADES PODE TER UMA LARANJA? – UM
OLHAR SOBRE AS RELAÇÕES CONCUBINÁRIAS E O
DIREITO PREVIDENCIÁRIO**

Salvador
2019

CAMILA SENTO-SÉ VALVERDE

**QUANTAS METADES PODE TER UMA LARANJA? – UM
OLHAR SOBRE AS RELAÇÕES CONCUBINÁRIAS E O
DIREITO PREVIDENCIÁRIO**

Monografia apresentada à Faculdade Baiana de
Direito como requisito para a obtenção do grau de
especialista em Direito e Prática Previdenciária.

Salvador
2019

TERMO DE APROVAÇÃO

CAMILA SENTO-SÉ VALVERDE

QUANTAS METADES PODE TER UMA LARANJA? – UM OLHAR SOBRE AS RELAÇÕES CONCUBINÁRIAS E A PREVIDÊNCIA SOCIAL

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau de Especialista em Direito e Prática Previdenciária, na Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, Bahia, ____/____/ 2019

Acima de tudo, agradeço ao Universo por sempre conspirar ao meu favor.

RESUMO

Este trabalho possui o fito de analisar e verificar se o ordenamento jurídico pátrio confere direitos à concubina ou se a previsão expressa do dever de fidelidade entre os cônjuges obsta que esta possa ser de alguma maneira, protegida pelo direito de família e, conseqüentemente, pelo direito previdenciário. Dessa forma, será delineado um estudo acerca do tema, sendo iniciado pela explanação da importância da previdência social no Brasil e da análise do fenômeno da monogamia, com o intuito de verificar se este é um princípio do direito de família ou uma regra a qual é atribuído grande valor, porém sem caráter vinculativo. Em seguida, será analisado do que se trata o concubinato e quais distinções apresenta em relação à união estável e ao poliamorismo, com foco no direito previdenciário e de família. Ainda, será apresentado o benefício de pensão por morte, adentrando em suas características e esclarecendo a quem, por lei, é cabível o seu recebimento, bem como serão tratadas algumas mudanças ocorridas na legislação previdenciária. Por fim, será estudado o posicionamento doutrinário e jurisprudencial sobre o concubinato e seus efeitos, verificando a possibilidade de seu enquadramento como entidade familiar, ou não, e também a possibilidade do recebimento do benefício de pensão por morte pelo concubino e quais seriam as conseqüências decorrentes dessa situação.

Palavras-chave: previdência social; monogamia; concubinato e união estável; previsão legal; pensão por morte; efeitos do concubinato no ordenamento jurídico pátrio; análise da doutrina e jurisprudência.

ABSTRACT

This work has the purpose of analyzing and verifying whether the national legal order confers rights to the concubine or if the express provision of the duty of fidelity between the spouses prevents it from being in any way protected by the right of the family and, consequently, by the right social security. In this way, a study about the theme that it will be outlined, starting with the explanation of the importance of social security in Brazil and the analysis of the phenomenon of monogamy, in order to verify if this is a principle of family law or a rule that is attributed great value, but without binding character. Then it will be analyzed what it is concubinage and what distinctions it presents in relation to stable union and polyamorism, focusing on social security and family law. In addition, the death benefit it will be presented, entering into its characteristics and clarifying to whom, by law, it is appropriate to receive them, as well as some changes that have occurred in the social security legislation. Finally, it will be studied the doctrinal and jurisprudential position on the concubinage and its effects, verifying the possibility of its framing as a family entity, or not, and also the possibility of receiving the pension benefit by death by the concubine and what would be the consequences situation.

Key words: social security; monogamy; concubinage and marriage; legal provision; pension by death; concubinage effects on parental rights law; analysis of doctrine and jurisprudence.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
IBDFAM	Instituto Brasileiro de Direito de Família
IN	Instrução Normativa
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
REsp	Recurso Especial
RPPS	Regime Próprio de Previdência Social
RGPS	Regime Geral de Previdência Social
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TFR	Tribunal Federal de Recursos
TJ	Tribunal de Justiça
TNU	Turma Nacional de Unificação
TRF4	Tribunal Regional Federal da 4ª Região

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL	12
2.1 O DIREITO À PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA	12
2.2 CONCEITO	13
2.3 BREVE HISTÓRICO	15
2.4 O DIREITO PREVIDENCIÁRIO	16
2.5 AUTONOMIA DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO	17
2.6 HIERARQUIA DA LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA	17
3 O FENÔMENO DA MONOGAMIA	19
3.1 CONCEITO. ANÁLISE INTERDISCIPLINAR	19
3.2 MONOGAMIA COMO PRINCÍPIO DO DIREITO DE FAMÍLIA OU REGRA	20
3.2.1 Tese favorável	21
3.2.2 Tese contrária	23
3.3 O DEVER DE FIDELIDADE CONJUGAL	25
3.4 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	27
3.5 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA	29
3.5.1 O princípio da não intervenção ou da liberdade	29
3.6 O POLIAMORISMO	31
4 O CONCUBINATO	35
4.1 CONCEITO	35
4.2 HISTÓRIA DO CONCUBINATO NO BRASIL	36
4.3 DISTINÇÃO ENTRE UNIÃO ESTÁVEL E CONCUBINATO	37
4.3.1 Concubinato não adulterino	37
4.3.2 Concubinato adulterino	38
4.3.3 Pontos distintivos entre a união estável e o concubinato	39
4.4 O CONCUBINATO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	40

4.5 TUTELA JURISDICIONAL DAS RELAÇÕES CONCUBINÁRIAS	43
4.5.1 Primeira corrente	43
4.5.2 Segunda corrente	44
4.5.3 Terceira corrente	44
4.5.3.1 Casamento/união estável putativa	45
4.5.3.2 Concubinato consentido	47
4.6 O CONCUBINATO E O DIREITO PREVIDENCIÁRIO	48
5 A PENSÃO POR MORTE	51
5.1 CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E REQUISITOS	51
5.2 DEPENDENTES	52
5.3 LEGISLAÇÃO E MUDANÇAS	54
6 A EXISTÊNCIA DE DIREITOS DO CONCUBINATO E SUAS IMPLICAÇÕES NO ÂMBITO PREVIDENCIÁRIO	57
6.1 POSICIONAMENTO DO INSS	57
6.2 POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS	58
6.2.1 Entendimento das instâncias inferiores	58
6.2.2 Entendimento do STJ	63
6.2.3 Entendimento do STF	65
6.3 NOVOS RUMOS NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO	67
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	70
REFERÊNCIAS	

1 INTRODUÇÃO

A previdência social é um instituto de proteção que ampara os segurados e os seus dependentes em situações específicas de vulnerabilidade. O Direito Previdenciário e o Direito de Família, de certa forma têm pouco em comum ideologicamente e também tratam de tópicos distintos. Entretanto, há um ponto importante de encontro entre eles, que são os vínculos familiares.

Mesmo a contragosto, a sociedade brasileira – conservadora em sua maioria – e o Direito, reconhecem o concubinato como instituto que faz parte do Direito de Família, pois, em verdade, são os fatos e laços concretos que moldam a sociedade e torna necessária a criação ou modificação de normas já existentes.

A questão que trago é: seria possível um caso extraconjugal produzir efeitos no âmbito jurídico? Teria a concubina direito ao benefício previdenciário de pensão por morte? Tratar dos direitos da amásia gera, sem sombra de dúvidas, conflitos, debates calorosos e divergências ideológicas. Muitos, imbuídos na concepção de família patriarcal, sentem certo repúdio ao pensar que uma relação paralela pode gerar direitos a um terceiro extrínseco à esfera conjugal. Acusam o concubinato de impróprio, indigno e contrário a moral e aos bons costumes.

Outros, pertencentes a uma visão libertária do direito nas relações afetivas, defendem que em nome do amor e do afeto, não se deve impor limites ao comportamento humano, de modo que negar a validade e eficácia de uma relação extraconjugal duradoura seria uma enorme injustiça.

Seja qual for a corrente, o fato é que essas uniões, ainda que as vezes ignoradas, sempre existiram e continuam a existir em larga escala. São relações que repercutem no mundo jurídico e o julgador, frente ao caso concreto, não poderá se manter inerte. Dessa forma, faz-se necessário o estudo do tema, de modo a investigar se existem direitos garantidos – principalmente no que diz respeito à concessão do benefício previdenciário de pensão por morte – no ordenamento jurídico às relações oriundas do concubinato ou se o dever de fidelidade conjugal obsta o reconhecimento de efeitos a esta modalidade de união.

Para tanto, será estudada a previdência social, o que por ela é tutelado e seu objetivo dentro da coletividade, bem como o fenômeno da monogamia, verificando seu conceito, análise interdisciplinar e importância para a sociedade. Será analisado também se a monogamia é um princípio de direito de família ou apenas um valor jurídico, sem sua observância obrigatória.

O Estado, como protetor da entidade familiar, que é base e alicerce da sociedade, instituiu a monogamia como mecanismo que busca assegurar os direitos da família e no contexto atual das relações afetivas existentes, cabe analisar e compreender se há eficácia no cumprimento desse dever. Busca então o presente trabalho compreender quais são os efeitos do dever de fidelidade no casamento e na união estável e qual seria a sua influência nas relações concubinárias. Além disso, busca-se captar e entender o que essas relações representam e ocasionam.

A importância da referida análise consiste no fato de que, para aqueles que consideram a monogamia como um princípio, o ordenamento jurídico não poderia reconhecer efeitos ao concubinato. Por outro lado, para aqueles que consideram a monogamia apenas como um valor jurídico haveria a possibilidade de reconhecer múltiplos arranjos familiares, dentre os quais os oriundos de famílias paralelas ao matrimônio.

Dessa maneira, serão tecidas considerações acerca do dever de fidelidade conjugal e sua importância na seara familiarista e previdenciária, verificando se ele consiste numa imposição do Estado aos casais e se, com isso, haveria um impedimento ao reconhecimento de novas modalidades familiares. Ainda, serão analisados os princípios da dignidade da pessoa humana, da autonomia privada e da não intervenção ou da liberdade, extremamente relevantes para o assunto em tela.

Posteriormente, será realizado um estudo sobre o concubinato, analisando a sua repercussão desde as principais civilizações antigas até o momento atual, tendo como marco teórico a promulgação da Carta Magna Brasileira em 1988. Será feita uma distinção entre o concubinato, a união estável e o poliamorismo, bem como uma análise do instituto no Código Civil de 2002, observando o que a lei aponta sobre o tema e sua influência no direito previdenciário.

Além disso, analisaremos o benefício de pensão por morte para entender do que se trata, a quem ele é devido e quais são suas características; e serão apresentadas também algumas modificações na legislação previdenciária.

Para tudo isso, será considerada a visão de renomados doutrinadores do Direito previdenciário, dentre os quais estão Ivan Kertzman, Fábio Zambitte Ibrahim, Carlos Alberto Pereira de Castro, Frederico Amado, João Batista Lazzari e Wladimir Novaes Martinez; bem como de Direito de Família, quais sejam Maria Helena Diniz, Maria Berenice Dias, Cristiano Chaves, Roberto e Luciano Figueiredo, Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho e Rolf Madaleno.

Finalmente, será abordada a tutela jurisdicional das relações concubinárias, analisando as posições adotadas pela doutrina, bem como as posições do Instituto Nacional da Seguridade Social, das instâncias inferiores e dos Tribunais Superiores do Brasil com relação a essas questões.

É sobre esta ótica que o presente trabalho será pautado, indagando a partir do estudo sobre a monogamia e o dever de fidelidade conjugal, se haveria direitos perquiridos pelo terceiro envolvido na relação extraconjugal e, em havendo, se estes direitos estariam no âmbito do Direito Previdenciário e em quais situações isso seria possível. Este estudo possui também, enquanto relevância acadêmica e social, o intuito de desmistificar estigmas e estereótipos acerca das relações concubinárias, uma vez que dela também podem existir direitos a serem exigidos, pois, são diversos os casos concretos onde devem ser observadas todas as suas peculiaridades.

Tal tema desperta um debate energético, principalmente por adentrar no mérito religioso e moral. Aliás, para tratar de relações que envolvem família, que tem sua base pautada na moralidade e no que a sociedade considera aceitável, é um desafio, além de que é algo que se encontra em constante mutação. Nota-se, portanto, que o tema não é de simples exame. Há muito que ser debatido para se alcançar uma posição definitiva. Contudo, antes de chegar a qualquer conclusão, aconselha-se que o leitor se abstenha de conceitos pré-moldados e pejorativos, devendo ampliar sua visão acerca do assunto. Assim, é com base em vertentes doutrinárias, bem como na análise jurisprudencial, que a presente pesquisa se fundamenta, de modo a buscar, ao final, as respostas das indagações formuladas.

2 A PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL

2.1 O DIREITO À PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA

A seguridade social, no mundo, teve início por conta do anseio dos trabalhadores por melhores condições de vida. Dessa maneira, foi ganhando forma como um regime protetivo. Historicamente, tem-se que as primeiras leis no âmbito previdenciário surgiram na Alemanha em 1883, quando foi instaurado o seguro-doença por Otto Von Bismarck e nos anos que se sucederam também foram criadas a cobertura compulsória para acidentes de trabalho e o seguro de invalidez e velhice. (KERTZMAN, 2017, p. 45)

Foi a primeira vez que o Estado ficou responsável pela organização e gestão de um benefício custeado por contribuições recolhidas compulsoriamente das empresas. Este sistema de organização previdenciária, conhecido com sistema Bismarckiano, traz as duas principais características dos sistemas previdenciários modernos: a contributividade e a compulsoriedade, que, como vimos, estrutura a previdência social brasileira. No sistema Bismarckiano, pela primeira vez o Estado passa a ser responsável pela arrecadação de tributos para o financiamento da previdência social. (KERTZMAN, 2017, p. 45)

A proteção previdenciária foi reconhecida como direito fundamental da pessoa humana na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. O referido estatuto, em seu art. XXV previu que “todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, o direito à seguridade no caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice, ou outros casos de perda de meio de subsistência em circunstâncias fora de seu controle”. Com isso, fica evidente a importância, indispensabilidade e compulsoriedade dessa proteção.

Em nosso país, a Constituição Federal de 1988, no caput do art. 194 conceituou a seguridade social como “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade destinadas a assegurar o direito à saúde, à previdência e à

assistência social”. Ou seja, a previdência social faz parte da seguridade social, que por sua vez, está contida nos direitos sociais e fundamentais.

Com bem explica Ivan Ketzman, não é difícil perceber a interligação dessas garantias:

O legislador constituinte agregou estas três áreas na seguridade social, devido à inter-relação que pode ser facilmente observada entre elas. Se investirmos na saúde pública, menos pessoas ficam doente ou o tempo de cura é menor, e, como consequência direta, menos pessoas requerem benefícios previdenciários por incapacidade de trabalho ou o tempo de percepção de tais benefícios é menor. Se investirmos na previdência social, mais pessoas estarão incluídas no sistema, de forma que, ao envelhecerem, terão direito à aposentadoria, não necessitando de assistência social. (2017, p. 27)

É importante asseverar que a previdência social se encontra prevista no rol dos direitos fundamentais e sociais inserida no art. 6º da Constituição Federal de 1988, tamanho o seu grau de relevância e essencialidade e que possui, como principal escopo, a cobertura dos riscos sociais como invalidez, morte, doença, dentre outros; salvaguardando, portanto, a dignidade do trabalhador, bem como de seus dependentes.

2.2 CONCEITO

O termo Previdência, segundo Aurélio Buarque Ferreira, é a faculdade ou ação de prever; precaução; cautela. Já a previdência somada ao social é, de acordo com o dicionário Aurélio, o “conjunto de instituições ou de medidas de proteção e assistência aos cidadãos em caso de doença, desemprego, aposentação, etc.”.

Para Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari a:

Previdência Social é o sistema pelo qual, mediante contribuição, as pessoas vinculadas a algum tipo de atividade laborativa e seus dependentes ficam resguardadas quanto a eventos de infortúnica (morte, invalidez, idade avançada, doença, acidente de trabalho, desemprego involuntário), ou outros que a lei considera que exijam um amparo financeiro ao indivíduo (maternidade, prole, reclusão), mediante prestações pecuniárias (benefícios previdenciários) ou serviços. Desde a inserção das normas relativas ao acidente de trabalho na CLPS/84, e, mais atualmente, com a isonomia de tratamento dos beneficiários por incapacidade não decorrente de acidente em serviço ou doença ocupacional, entende-se incorporada à Previdência a questão acidentária. É, pois, uma política governamental. (2017, p. 55)

De fato, a Previdência Social é como um seguro obrigatório aos trabalhadores, para que estes não fiquem desamparados em eventualidades, casos excepcionais e infortúnios da vida, como doenças e casos de invalidez, bem como no momento em que já idoso fique incapaz de trabalhar.

Obviamente, se não fosse algo imposto, muitos trabalhadores prefeririam receber o salário em sua integralidade, afinal, é característica do brasileiro o imediatismo. Entretanto, no momento em que ocorresse algum imprevisto e ficassem impossibilitados de exercer suas atividades laborais, estariam excluídos do sistema protetivo, o que impossibilitaria a manutenção do seu sustento e do de sua família. (KERTZMAN, 2017, p. 34)

Dessa forma, é papel do Estado e, por conseguinte, da previdência social, se adiantar e prever qual será a necessidade do cidadão trabalhador para melhor atendê-lo. Para Sérgio Martins (2013, p. 21):

[...] a ideia essencial da seguridade social é dar aos indivíduos e suas famílias tranquilidade no sentido de que, na ocorrência de uma contingência (invalidez, morte, etc.), a qualidade de vida não seja diminuída, proporcionando meios para a manutenção das necessidades básicas dessas pessoas.

A previdência social no Brasil é prestada através de três regimes previdenciários distintos. O regime próprio de previdência dos servidores públicos (RPPS), o regime geral de previdência social (RGPS) e os regimes complementares.

O regime próprio de previdência dos servidores públicos possui o fito de fornecer cobertura previdenciária aos servidores ocupantes de cargo efetivo. De tal modo, podem a União, Estados e Municípios, por meio de lei, estabelecer um regime específico para seus servidores efetivos.

Já o regime geral de previdência social é destinado à proteção previdenciária das pessoas que exercem atividade remunerada e não estão vinculadas a um regime próprio instituído por algum dos entes da federação e, ainda, àqueles que, apesar de não exercerem atividade laborativa remunerada, optem por contribuir para o sistema nos termos da lei. Insta esclarecer que se trata de um regime essencialmente obrigatório, mas que possibilita em algumas situações a filiação facultativa. Esse

regime é de caráter contributivo, compulsório, de organização estatal e administrado pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, que é uma autarquia federal.

Existem ainda os regimes previdenciários complementares, que são subdivididos em Regime de Previdência Complementar dos Servidores Públicos e Regime de Previdência Privada Complementar, e que são caracterizados pelo seu caráter facultativo e autônomo em relação aos dois regimes anteriormente comentados.

2.3 BREVE HISTÓRICO

A Previdência Social no Brasil passou por diversas transformações até chegar ao atual sistema. Outrora não havia proteção estatal alguma para hipóteses em que o trabalhador ficasse impossibilitado de laborar e prover seu sustento, bem como o de sua família. Era esse um assunto meramente de cunho privado, inexistindo amparo do Estado e ficando o trabalhador a mercê da sorte ou de sua própria prevenção.

Segundo Ivan Kertzman (2017, pag. 46), “o seguro social brasileiro iniciou-se com a organização privada, sendo que, aos poucos, o Estado foi apropriando-se do sistema por meio de políticas intervencionistas”.

Majoritariamente, a doutrina considera a Lei Eloy Chaves como o grande marco inicial da Previdência Social brasileira. Trata-se do Decreto Legislativo 4.682, de 24/01/1923 que instituiu as Caixas de Aposentadoria e Pensões para ferroviários (CAPs), garantindo a esses trabalhadores os benefícios de aposentadoria por invalidez, aposentadoria ordinária (equivalente a atual aposentadoria por tempo de contribuição), pensão por morte e assistência médica.

Algumas constituições brasileiras chegaram a prever determinados direitos de cunho social, como a de 1824, que abordou os socorros públicos, e foi essa a primeira vez que houve no âmbito constitucional um ato securitário. Além disso, na Constituição Federal de 1891, foi instituída a aposentadoria por invalidez apenas para os servidores públicos, a qual deveria ser paga pela União (KERTZMAN, 2017, p. 46).

Contudo, de fato, foi na Constituição Federal de 1946 que brotou pela primeira vez o termo “previdência social”, quando em seu art. 157, XVI, previa a “previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as consequências da doença, da velhice, da invalidez e da morte” e foi quando as normas protetivas começaram a ser delineadas, sistematizadas e estruturadas no âmbito nacional.

Com alguns passos, conquistas e anos a mais, chegamos à nossa Constituição Federal de 1988, onde foi instituído um Estado de bem-estar social, ratificando, portanto, como obrigação prioritária do Estado a proteção social da população brasileira, uma vez que o mesmo impõe a todos os trabalhadores contribuições obrigatórias, e, em contrapartida, benefícios muito mais completos e satisfativos.

Dentre esses benefícios, se encontra, no art. 201, V e no art. 40, § 7º da Constituição Federal de 1988, a previsão do benefício previdenciário de Pensão por Morte, o qual estará em foco neste trabalho.

2.4. O DIREITO PREVIDENCIÁRIO

O direito previdenciário é a nomenclatura que se dá ao conjunto de normas que disciplinam a seguridade social. Trata das normas de financiamento da previdência social, das prestações beneficiárias ofertadas, bem como também versa sobre o custeio da seguridade social.

Entende-se que é um ramo do Direito Público, pois é este que regula a relação jurídica do Estado com os particulares, entretanto, conforme assinala Ivan Kertzman (2017, pag. 93), “fala-se atualmente da existência do chamado Direito Social, que englobaria os ramos trabalhista e previdenciário. Esta posição é sustentada pela maioria dos especialistas do ramo previdenciário”.

Assim, Fábio Zambitte Ibrahim complementa:

Em verdade, o direito (como sistema externo) nada mais é do que um novo modo de pensar e aplicar o direito, principalmente em razão da Constituição de 1988, a qual criou um Estado Social. Todo o ordenamento jurídico

preexistente deve passar pela adequada filtragem constitucional, levando-se em consideração na aplicação ao caso concreto as novas premissas constitucionais. Da mesma forma, as normas legais posteriores à Constituição devem atentar para esta relevante carga axiológica. (2015, p. 145).

2.5 AUTONOMIA DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Com o progresso da proteção social, bem como da assistência social e da saúde, tornou-se necessário apartar os princípios relacionados à seguridade social e, assim, o Direito Previdenciário tomou forma. A existência de diversos princípios jurídicos próprios e, também, o emaranhar e profundo complexo de normas que podem ser aplicadas a este segmento, legitimam a autonomia do Direito Previdenciário.

Entretanto, de forma acertada Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari ressaltam:

[...] que a autonomia de que tratam os doutrinadores, segundo uma concepção mais recente, não significa, em momento algum, deixar de reconhecer a vinculação que um ramo do Direito tenha com os demais, por fazerem parte do mesmo ordenamento jurídico. Dizer-se autônomo o Direito Previdenciário, como o queremos adiante concluir, traz a ideia de uma disciplina que merece estudo à parte, calcado em princípios e normas singulares. (CASTRO; LAZZARI, 2017, p. 57)

2.6 HIERARQUIA DA LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA

A hierarquia das normas é a ordem de graduação entre estas, na qual a norma superior é alicerce de validade da inferior. Assim, em ordem decrescente estão: 1) as normas constitucionais; 2) as leis complementares, ordinárias, delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções do senado; 3) decretos regulamentares, instruções ministeriais, normas internas (circulares, portarias, ordem de serviço, despachos etc.); e 4) normas individuais (contratos, sentenças etc.).

Em casos de confrontação entre duas normas, aplicar-se-á a que for hierarquicamente superior. Assim, ensina Ivan Ketzman:

Se as normas estiverem, todavia, no mesmo patamar hierárquico, qual delas deve ser aplicada? Deve-se, nesta situação seguir as seguintes regras: a) Norma específica prevalece sobre a geral – um conflito entre uma norma geral de Direito Previdenciário e outra específica, de mesma hierarquia, que regule determinada matéria será dirimido com aplicação desta última; b) *In dubio pro misero*, ou seja, na dúvida, a lei mais benéfica à parte mais fraca deve ser utilizada. (2017, p. 95).

3 O FENÔMENO DA MONOGAMIA

3.1 CONCEITO. ANÁLISE INTERDISCIPLINAR

Em primeiro lugar, no que consiste a monogamia? Segundo o dicionário de vocábulos jurídicos, é a condição ou regime imposto ao homem ou a mulher de somente ter um cônjuge, enquanto vigente o casamento. A poligamia, por sua vez, é a união conjugal de um indivíduo com outros, simultaneamente (DE PLÁCIDO E SILVA, 2009, p.925). A união entre duas pessoas, para ter validade jurídica no ordenamento brasileiro, deve observar a monogamia.

Esta condição monogâmica imposta pelo ordenamento jurídico pátrio estaria, para muitos autores (MADALENO, 2011, pág. 1087), retratada no dever de fidelidade conjugal, previsto no artigo 1566, inciso I do Código Civil. Para Marcos Alves da Silva “a monogamia, considerada como princípio, sempre constituiu forma de controle da sexualidade, mormente da sexualidade da mulher” (2012, p.24).

Pondera-se, todavia, de que monogamia se trata. Engels afirma que, na verdade, tratar-se-ia de uma monogamia para a mulher, uma vez que para o homem a poligamia continuava sendo aceita, permanecendo viva até hoje: “Morgan entende por heterismo o comércio extraconjugal – existente junto com a monogamia – dos homens com mulheres não casadas, comércio carnal que, como se sabe, floresce sob as formas mais variadas durante toda a época da civilização e se transforma, cada vez mais, em aberta prostituição”. (RUZYK, 2005, p. 99)

As relações simultâneas, por sua vez, são comuns na sociedade, o que permite um olhar discordante sobre a imposição da monogamia enquanto princípio, pois traria um âmbito de restrição aos direitos do indivíduo em concubinato. Assim, não obstante a orientação monogâmica do ordenamento jurídico pátrio, em especial no Direito de família, as relações concubinárias nunca deixaram de existir.

No livro O Mito da Monogamia, os autores David Barash e Judith Lipton (2007, p. 10) defendem a tese de que, como o próprio título leva a sugerir, a monogamia não é um fenômeno natural e que pesquisas científicas apontam a tendência poligâmica como mais vantajosa evolutivamente.

Dessa forma, o livro fornece uma gama de comportamentos entre várias espécies de animais que servem de embasamento científico na tese defendida. A despeito da forte argumentação científica apontada, os próprios autores, que são casados, concluem que na sociedade existem fortes razões para se adotar a monogamia como vetor da formação familiar. Para eles a adesão pública aos ideais monógamos é necessária para o sucesso e a sobrevivência da civilização ocidental atual (BARASH; LIPTON, 2007, p. 284).

Daí os autores concluírem que a monogamia deve ser repensada enquanto norma, contudo, não deve ser excluída da sociedade, devendo ser analisada de um ponto de vista livre, e não moralmente imposto:

Talvez, em vez de considerar a monogamia a norma, e assim ficarmos “chocados, chocados” com o adultério – como o famoso capitão da polícia do filme *Casablanca* – devemos ver a infidelidade como a condição básica, de onde podemos ser livres para examinar a monogamia, desapaixonadamente, pela raridade que ela é [...]. Não estamos dizendo com isso que a monogamia – até a monogamia feliz e satisfeita – seja impossível, porque, na verdade, ela está no reino da possibilidade humana. Mas como ela não é natural, ela não é fácil. (BARASH; LIPTON, 2007, p. 284-285).

3.2 MONOGAMIA COMO PRINCÍPIO DO DIREITO DE FAMÍLIA OU REGRA

A partir de tais ponderações é possível fazer um estudo comparativo sobre a monogamia enquanto princípio no direito de família ou enquanto mero valor jurídico, sobretudo no que concerne a simultaneidade de relações conjugais e, ao final, discutir a importância da monogamia no estudo das relações familiares e previdenciárias. Antes, devemos esclarecer o que é um princípio e como ele é utilizado no ordenamento jurídico.

Para o autor Miguel Reale os:

Princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis. (2003, p. 37)

Dessa forma, os princípios são utilizados para direcionar e nortear o legislador na criação de normas. Diante da exposição sobre o conceito de princípio, questiona-se na doutrina se a monogamia é ou não um princípio estruturante do Direito de Família. Em primeiro lugar, será tratada a posição dos autores que são contrários a essa tese, com argumento de que seria, na verdade, um mero valor jurídico, não tendo eficácia de um princípio.

3.2.1 Tese favorável

A primeira corrente afirma que o direito de família não contempla as relações poligâmicas, sendo a monogamia um princípio estruturante que impõe efeitos na seara civil e penal, uma vez que estabelece normas jurídicas cujo descumprimento resulta em sanção (QUADROS, 2003, p. 22). No plano civil, o modelo monogâmico se apresenta tanto no plano do casamento quanto da união estável. À luz do Art. 1.521¹ do CC, que em seu inciso VI explicita que não podem contrair matrimônio as pessoas já casadas; e o artigo 1.723², § 1º, veda a possibilidade de existir união estável se ocorrerem os impedimentos dispostos no artigo 1521, exceto se a pessoa casada estiver, de fato ou judicialmente, separada.

Já na esfera penal, o art. 235³ do Código Penal, tipifica o crime de bigamia, impondo uma pena de dois a seis anos de reclusão àquele que estando casado, contrair novo casamento. O artigo ressalva ainda, no § 1º, que aquele que não sendo

¹ Art. 1.521. Não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante; VI - as pessoas casadas; VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

² Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente. § 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

³ Art. 235 - Contrair alguém, sendo casado, novo casamento: Pena - reclusão, de dois a seis anos. § 1º - Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de um a três anos. § 2º - Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime.

casado, contrair casamento com pessoa casada, tendo conhecimento desse fato, é punido com reclusão ou detenção, de um a três anos.

O vigente Código Civil Brasileiro, em seu artigo 1566⁴ estabelece os deveres matrimoniais de ambos os cônjuges, e em seu inciso I, elenca o dever de fidelidade recíproca. Com relação à união estável, define o artigo 1724⁵ que os companheiros possuem deveres de lealdade, respeito e assistência, e, muito embora não seja citado expressamente o dever de fidelidade no referido artigo, a Constituição Federal equipara o casamento e a união estável em muitos aspectos, dentre eles se encontra o dever de fidelidade implícito na palavra “lealdade”; esse é o entendimento da maior parte dos doutrinadores.

À luz dos ensinamentos de Orlando Gomes (2000, p.91), o impedimento de se constituir novas núpcias enquanto não dissolvido o primeiro matrimônio funda-se, justamente, no princípio da monogamia. Rolf Madaleno (2012, p. 1088) argumenta que os casamentos múltiplos e os concubinatos paralelos são vedados pelo ordenamento jurídico pelo fato de que uma união poligâmica não se coaduna com a cultura brasileira, que segue uma tradição monogâmica.

Nessa linha de entendimento, o Quarto Grupo Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul se posicionou favorável à tese da monogamia como princípio do Direito de Família, consoante se verifica na ementa abaixo transcrita:

EMBARGOS INFRINGENTES. UNIÃO ESTÁVEL. NÃO-RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA MONOGAMIA. A organização da família, em nosso sistema, rege-se pelo princípio da monogamia. Logo, não é viável admitir duas entidades familiares concomitantes. Nesse sentido o parágrafo primeiro do art. 1.723 do Código Civil é claro ao dispor que a união estável não se constituirá quando presente algum dos impedimentos matrimoniais elencados no art. 1.521 do mesmo diploma, dentre os quais se alinha a circunstância de um dos parceiros ser casado, na constância fática do casamento. (TJRS, El: 70.017.709.262/RS, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Data 15/06/2007).

⁴ Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos.

⁵ Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Assim, a monogamia como princípio teria um maior grau de generalidade e eficácia, de modo que diante de um caso concreto envolvendo famílias paralelas ao casamento, o princípio da monogamia seria determinante para afastar os sujeitos envolvidos no concubinato do âmbito de incidência do Direito de Família.

3.2.2 Tese contrária

A segunda corrente defende que a monogamia não seria um princípio do Direito de Família, e sim, um mero valor jurídico, que não teria força normativa capaz de impedir o reconhecimento do concubinato como entidade familiar.

Consoante ensina Maria Berenice Dias (2017, p. 49), não há previsão constitucional para considerar a monogamia como princípio, além disso, a própria Constituição Federal tolera relações extraconjugais, uma vez que abarca direitos aos filhos oriundos de tais relações, sem qualquer tipo de discriminação. Entende ainda que:

Pretender elevar a monogamia ao status de princípio constitucional autoriza que se chegue a resultados desastrosos. Por exemplo, quando há simultaneidade de relações, simplesmente deixar de emprestar efeitos jurídicos a um ou, pior, a ambos os relacionamentos, sob o fundamento de que foi ferido o dogma da monogamia, acaba permitindo o enriquecimento ilícito exatamente do parceiro infiel. (DIAS, 2017, p.50.)

Ainda, conforme a referida autora (2015, p. 94):

A resistência da lei e da justiça em reconhecer o concubinato no âmbito do direito das famílias, persistiu por décadas. Fez legião de mulheres famintas, pois não lhes era assegurado nem direito a alimentos nem direitos sucessórios. Identificada a união como mera “sociedade de fato”, dividiam-se lucros e não os frutos de uma sociedade de afeto. Esta mania de punir a mulher e assegurar ao homem o livre exercício da sexualidade ainda subsiste. De maneira simplista, os vínculos familiares que se constituem de modo concomitante ao casamento são condenados à invisibilidade. As uniões paralelas – uma façanha exclusivamente masculina – continuam incentivadas. Contam com a conivência da justiça. [...], Mas a consequência é uma só: a punição da mulher. Apesar de ser o homem quem descumpra o preceito monogâmico, a lei não se preocupa em evitar o enriquecimento sem causa. Ao não atribuir consequência jurídica a essas estruturas – que ninguém duvida que existem -, obtém efeito inverso: acaba incentivando uniões paralelas. Aliás, é por isso que não deixam de existir, e em larga escala. A repulsa legal aos vínculos afetivos concomitantes não os faz desaparecer; ao contrário, estimula que se proliferem.

Os autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p. 118) possuem o entendimento de que o Estado não poderia invadir a esfera de intimidade do particular, uma vez que, em se tratando de afeto, quem deve estabelecer as regras de convivência são os próprios indivíduos, desde que seja respeitada a dignidade e os interesses de terceiros. Nesse aspecto, a monogamia não seria um princípio, mas “uma nota característica do nosso sistema”.

Nesse sentido, Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk o acompanha:

Tomar um princípio jurídico da monogamia como um “dever-ser” imposto pelo Estado a todas as relações familiares é algo que entra em conflito com a liberdade que deve prevalecer naquela que é uma das searas da vida na qual os sujeitos travam algumas das mais relevantes relações no tocante à formação de sua subjetividade e desenvolvimento de sua personalidade. (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias Simultâneas e Monogamia. In: ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson Rodrigues. Direito Civil Famílias. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2010, p.56.)

Ademais, o artigo 226⁶, § 7º da Constituição Federal, confirma que o planejamento familiar é livre decisão do casal, sendo vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Segundo Renata Almeida e Walsir Rodrigues Júnior (2010, p.57), “portanto, a monogamia é valor moral que não alcança, por si, o status de princípio jurídico”, tendo em vista, inclusive, quem entraria em combate com os reais princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, a autonomia privada e a isonomia entre as entidades familiares, por exemplo.

Tomando como base a ideia de que a monogamia não é um princípio, mas um valor jurídico, os autores afastam os aspectos dogmáticos e abrem a possibilidade de

⁶ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. § 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. § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

uma discussão acerca da simultaneidade de relações no ordenamento jurídico. Haveria, por assim dizer, uma flexibilização do dever de fidelidade conjugal em decorrência da multiplicidade de relações afetivas, a serem tuteladas pelo direito.

A concepção de “família”, por esta corrente, ganha uma conotação ampla, não se restringindo ao modelo monogâmico. Nas palavras de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2012, p. 45) “o pluralismo das entidades familiares, por conseguinte, tende ao reconhecimento e à efetiva proteção, pelo Estado, das múltiplas possibilidades de arranjos familiares”.

Ainda assim, a monogamia se apresenta na sociedade com um papel importante. Mesmo que para a ciência ela seja um grande mito, trata-se em verdade do universo humano, no qual prevalecem as diretrizes sociais e não estritamente biológicas. Com base em tais ponderações, é possível pensar na monogamia com outra roupagem. Seu papel na sociedade é importante, mas não pode ser utilizado como um princípio, a ponto de inviabilizar direitos.

3.3 O DEVER DE FIDELIDADE CONJUGAL

Fidelidade é o termo com origem no latim “*fidelis*”, que significa uma atitude de quem é fiel, de quem tem compromisso com aquilo que assume. É uma característica daquele que é leal, que é confiável, honesto e verdadeiro. Ao falar de fidelidade, logo o seu antônimo é lembrado, o adultério.

Segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, o dever de fidelidade representa a expressão natural da monogamia, que foi erigida à altitude de dever jurídico (CHAVES; ROSENVALD, 2012, p. 296).

O adultério, nesse aspecto, seria a violação ao dever de fidelidade recíproca exigido aos que contraem o matrimônio. Para Luciano e Roberto Figueiredo, o adultério é considerado como um ilícito civil, pois constitui séria injúria ao consorte e ameaça a vida conjugal (FIGUEIREDO, 2014, p.178).

Para alguns autores, como Paulo Lôbo (2011, p.143), o dever de fidelidade conjugal perdeu sua consistência com a garantia constitucional da igualdade absoluta dos filhos. Na visão do autor:

Os valores hoje dominantes não reputam importante para a manutenção da sociedade conjugal esse dever, que faz do casamento não uma comunhão de afetos e de interesses maiores de companheirismo e colaboração, mas um instrumento de repressão sexual e de represália de um contra o outro, quando o relacionamento chega ao fim. (LÔBO, 2011, p. 143).

A fidelidade, malgrado sua previsão legal, não pode ser encarada como um dever jurídico, e sim como uma opção de cada pessoa que se dispõe a conviver com outra (CHAVES; ROSENVALD, 2012, p. 298).

Assim, é possível concluir, com base nos doutrinadores citados, que inobstante o dever de fidelidade expresso no Código Civil existir no ordenamento, não poderia ser imposto a todos os casais. Deveria apenas servir de alicerce aos indivíduos que desejam se unir em matrimônio, mas não poderia ser, com isso, obstáculo para aqueles que buscam outras formas de relações afetivas.

As famílias oriundas de relações paralelas, por afrontarem o dever de fidelidade conjugal, não são reconhecidas no Direito de Família e Previdenciário como geradoras de efeitos jurídicos.

A jurisprudência dos tribunais superiores ainda é relutante em reconhecer direitos à concubina (ou concubino) mesmo que, por vezes, isso importe em enriquecimento ilícito. Apesar de existirem precedentes judiciais que já admitem os efeitos em determinados casos, ainda há muito a ser discutido e combatido. Maria Berenice Dias arremata:

Como a fidelidade não é um direito exequível, e a infidelidade não mais serve como fundamento para a dissolução do casamento, inútil a previsão legislativa desse dever. Ninguém é fiel porque assim determina a lei ou deixaria de sê-lo por falta de determinação legal. (DIAS, 2017, p. 187).

3.4 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Este princípio encontra-se previsto no artigo 1º, III⁷ da Constituição Federal de 1988 e é um princípio basilar do nosso ordenamento jurídico, o princípio dos princípios, ou seja, o nosso Estado Democrático de Direito o tem como fundamento, daí se depreende a amplitude que alcança e a sua extrema importância.

Também no art. 170 da Constituição Brasileira, é possível visualizar a influência deste princípio, pois o mencionado artigo prevê que “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]”.

A palavra dignidade advém de *dignus*, que significa aquilo que possui importância, honra e valor. É, portanto, um atributo inerente a todo e qualquer ser humano, é um direito que independe de cor, opções políticas e religiosas ou orientação sexual. É uma garantia que o ser humano tem simplesmente por existir.

Trata-se de uma cláusula geral, de grande alcance e que, por isso, possui diversos aspectos e conceituações além de ser um princípio abrangente.

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, “a noção jurídica de dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade.”. (2013, p. 67)

Na realidade, além de buscar assegurar a sobrevivência básica, o princípio da dignidade da pessoa humana protege o ser humano da intervenção estatal e de particulares que venham a ser desonestas ou antiéticas, e garante o direito do indivíduo de viver plenamente, de acordo com suas vontades e convicções, desde que isso não fira o direito alheio.

⁷ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Este princípio constitucional hoje incide sobre uma grande porção de situações e é deste princípio que se ramificam os demais princípios da liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade.

Kant explica o princípio da dignidade da pessoa humana de forma tão simplória, no que para mim, é a melhor explicação que poderia ter sido dada, na qual ele aduz que:

No reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo o preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. (2008, p.65)

Barroso (2012, p. 127-196) sustenta que a dignidade humana é um princípio que pode ser dividido em três componentes, quais sejam: o primeiro se apresenta como o valor intrínseco de cada indivíduo, que é único e especial e, portanto, merece proteção; o segundo consiste na autonomia, o que possibilita que cada ser humano tome suas próprias decisões e direções, que devem, por consequência, ser respeitadas; e o terceiro que se trata do valor comunitário, consistindo na intromissão estatal e social legítima na demarcação dos limites da autonomia. Portanto:

Essas situações em que as famílias simultâneas se configuram a partir de um componente comum que mantém conjugalidade em múltiplos núcleos familiares não pode ser reputada de antemão como irrelevante para um direito que se preocupa com a proteção da dignidade coexistencial dos componentes de uma entidade familiar. (RUZYK, 2005, p. 183)

Segundo André de Carvalho Ramos (2017, p. 79-80), existem quatro formas de uso habitual do princípio da dignidade da pessoa humana. O primeiro é o uso na fundamentação da criação jurisprudencial de novos direitos, também chamado de eficácia positiva do princípio da dignidade humana; a segunda forma de uso é o da formatação da interpretação adequada das características de um direito; a terceira maneira de uso é criando limites à ação estatal; e o quarto uso é feito para fundamentar o juízo de ponderação e escolha da prevalência de um direito prejudicando outro.

A forma de uso que nos interessa é a primeira, que possibilita, baseado na dignidade humana, a fundamentação da criação jurisprudencial de novos direitos. Dessa maneira, Gilmar Mendes sustenta que deverá ser comprovada a derivação

direta, ou melhor, um vínculo com a dignidade humana ou a derivação indireta – o novo direito deve ser atrelado a direito que seja decorrente da dignidade humana – para assim ser reconhecido um novo direito fundamental. Com isso, mais adiante, analisaremos a possibilidade do reconhecimento das relações concubinárias e suas consequências.

3.5 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA

No meio de tantas conceituações do que se trata a autonomia privada, sobressai o pensamento de Kant, que leciona que a autonomia privada é “a faculdade de dar a si mesmo sua própria lei”.

Daniel Sarmiento (2005, p. 188) trata da autonomia privada como sendo o poder que o próprio indivíduo possui de regulamentar seus interesses. Continua o autor aduzindo que:

[...] esse princípio tem como matriz a concepção do ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter a liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiro nem violem outros valores relevantes para a comunidade. (2005, p. 188)

Dessa maneira, é possível perceber também que não estamos tratando de um princípio absoluto, este será pesado conjuntamente com outros elementos.

3.5.1 O princípio da não intervenção ou da liberdade

O art. 1.513 do Código Civil prevê que: “É defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família”. Obviamente que o princípio em comento nutre relação direta com o princípio da autonomia privada, tratado anteriormente.

Entretanto, em contrapartida, temos também que analisar que, é dever do Estado trabalhar para assegurar a segurança material de toda a população, ter em mente os objetivos sociais, bem como promover o seu desenvolvimento econômico. (CASTRO; LAZZARI, 2017, p. 19)

Conforme aduz Rodrigo da Cunha Pereira:

A intervenção do Estado deve, apenas e tão somente, ter o condão de tutelar a família e dar-lhes garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade e de que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo. Essa tendência vem se acentuando cada vez mais e tem como marco histórico a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela ONU em 10 de dezembro de 1948, quando estabeleceu em seu art. 16.3: A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade do Estado. (2016, p. 188)

Por sua vez, a Constituição Federal Brasileira de 1988 esclareceu definitivamente a respeito do significado da intervenção do Estado como um Estado que está para proteger, e não para intervir, ao estabelecer que a família, como base da sociedade, tem proteção especial do Estado.

Dentro da instituição familiar, deve caber aos seus componentes ditar o regramento próprio de convivência. De uma maneira nova, a família atual não permite mais a interferência do Estado, principalmente se afetar ou colocar em risco a intimidade de seus integrantes (PEREIRA, 2016)

Em consonância com este princípio, a entidade familiar possui liberdade perante o Estado e a coletividade, e, ainda, cada componente da família terá sua liberdade garantida dentro dela, que se materializa na possibilidade de poder decidir e opinar a respeito da constituição, manutenção e extinção da entidade familiar.

Segundo Paulo Lôbo:

O princípio da liberdade diz respeito não apenas à criação, manutenção ou extinção dos arranjos familiares, mas à sua permanente constituição e reinvenção. Tendo a família se desligado de suas funções tradicionais, não faz sentido que ao Estado interesse regular deveres que restringem profundamente a liberdade, a intimidade e a vida privada das pessoas, quando não repercutem no interesse geral. (2011, p.70)

Portanto, conclui-se que o Estado e a sociedade apenas deverão intervir na privacidade e família alheia em casos específicos e necessários. Através dessa

conclusão, Rodrigo da Cunha Pereira traz uma problematização muito importante e instigante:

Se o casal tem livre determinação para estabelecer em um pacto de convivência, ou pacto antenupcial, as regras econômicas da relação, não poderia então, estabelecer livremente sobre os deveres pessoais, entre eles o da infidelidade, por exemplo? Se se estabelecer em um pacto antenupcial ou de união estável, que após dez anos de convivência um dos dois poderia ter relações extraconjugais, seria válido? Se fosse em um pacto antenupcial, essa cláusula invalidaria o tipo penal adultério? Se a relação extraconjugal for apenas eventual, uma simples aventura, provavelmente isso ficaria na ordem do privado, e entre o próprio casal deveria ser resolvido se aquele “arranjo” é viável e suportável, ou se levaria ao rompimento da relação. Situação diferente é se daquela relação extraconjugal se originasse uma outra família conjugal. Aí estaria ferindo o princípio jurídico da monogamia, ainda que tivesse a permissão do cônjuge ou companheiro. Em contrapartida, aquela outra família, paralela ao casamento ou à união estável, foi constituída de fato. Tornou-se uma realidade jurídica. Como é possível conciliar o justo e o legal, ou seja, como compatibilizar o princípio da monogamia com essas situações fáticas? (2016, p. 134).

Como o Direito não é um fenômeno estático, mas está em constante mutação, o legislador deve ficar atento aos novos valores socioeconômicos e culturais que surgem na sociedade, bem como o julgador, ante a ausência da lei, para que ao sentenciar, esteja atento aos ditames sociais e novas percepções que emergem de tempos em tempos.

Assim, é de se observar, que o conceito de família, com a Constituição Federal de 1988 fora relativizado, posto que houve uma mudança de paradigma. Isso quer dizer que o julgador, diante de um caso concreto envolvendo o tema das relações paralelas, não poderá ficar restrito a um determinado seguimento da lei, mas a um conjunto de princípios norteadores que integram o núcleo do Direito do Direito Previdenciário e de Família e transcrevem as mudanças oriundas do contexto cultural em cada época da sociedade.

3.6 O POLIAMORISMO

Em forma de contraponto, trago o poliamorismo, que é uma prática realizada historicamente há muito tempo e que, apesar de ser um assunto atual e, em

contrapartida, não ser nenhuma novidade no cotidiano, ainda encontra muitos obstáculos no mundo jurídico e possui as mais diversas conceituações.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona definem poliamor como:

O poliamorismo ou poliamor, teoria psicológica que começa a desacortinar-se para o Direito, admite a possibilidade de coexistirem duas ou mais relações afetivas paralelas, em que seus partícipes conhecem-se e aceitam-se uns aos outros, em uma relação múltipla e aberta. (PAMPLONA FILHO; GAGLIANO, 2012, p. 404).

Nesse trabalho, tratarei do poliamorismo especificadamente com objetivo de constituir família, ou seja, uma relação conjugal envolvendo mais de duas pessoas e que apresente os elementos apontados como essenciais à configuração de uma união de fato, quais sejam a afetividade, publicidade, estabilidade e o *animus* de constituir família.

Conforme leciona Meira (2015), o poliamor pode ser definido como uma relação conjugal que envolve de modo simultâneo mais de duas pessoas, de modo consensual, sendo que os envolvidos vivem como uma única família em comunhão de objetivos de vida. Para a configuração da relação afetiva, segundo a autora, é indispensável que haja uma convivência entre mais de duas pessoas, não importando o gênero, cuja união seja pública, contínua, duradoura, consensual e admitida por todos os envolvidos, os quais devem ter como escopo principal a constituição de uma família. A autora ainda complementa:

No poliamor há uma relação em que deve prevalecer o consentimento de todas as pessoas envolvidas, de forma que haja amor e relação de afeto entre todos os seus integrantes, refletindo uma ideia de cumplicidade, igualdade e concordância a partir de uma vontade própria e livre. De mesma forma, não se pode confundir poliamor com família paralela, já que neste caso há traição, ocultação e dissimulação, sem que haja concordância de um dos cônjuges e configurando lesão ao dever jurídico da fidelidade (MEIRA, 2015, p. 3).

É importante deixar consignado que, diante de tantas definições, dois aspectos direcionam para a conceituação do poliamor, que são a aceitação e conhecimento entre as partes integrantes, ou seja, a autonomia privada e o princípio da dignidade da pessoa humana.

O que se vislumbra no cenário jurídico contemporâneo é a omissão regulatória acerca das relações poliafetivas. O ordenamento jurídico e o direito devem acompanhar a evolução da sociedade que anseia pela justiça e pela igualdade e,

portanto, deve solucionar as situações não previstas. Quando há omissão regulatória ou negação de algumas relações afetivas, há desacato ao princípio da dignidade e enorme risco de produzir injustiça. O Direito, segundo a mencionada autora, deve proteger sempre a essência e não a forma, ainda que para isto seja necessário ferir a tão enraizada monogamia.

De acordo com Goedert (2016), a institucionalização estatal da monogamia enquanto um padrão que deve ser seguido pelos indivíduos resulta na restrição de liberdades nas relações familiares. Os deveres de fidelidade, respeito, amor, afeto, carinho, amizade e sexo são intrínsecos do exercício da liberdade e da intimidade de cada ser humano, não devendo encontrar qualquer tipo de projeção no interesse geral. O que deve importar no âmbito dos outros modelos familiares é assegurar aos sujeitos seus direitos fundamentais e que sejam criadas as condições para o exercício de sua liberdade, as quais não veem sendo oportunizadas aos adeptos ao poliamor, em razão da omissão estatal quanto ao seu reconhecimento.

Nesse sentido:

[...] por ser a união poliafetiva permeada por valores que garantem o pleno desenvolvimento pessoal e social de seus participantes, como a solidariedade, liberdade, igualdade, respeito, honestidade, confiança, lealdade, afeto e vontade de partilhar de um projeto de vida – valores estabelecidos e almejados pela Carta Magna de 1988 quando se trata de família – que a relação tema desse trabalho merece reconhecimento. O poliamorismo, enfim, respeita e garante a dignidade de todos seus membros, o que consubstancia, em derradeiro, o seu reconhecimento jurídico e a concessão de direitos e garantias decorrentes da vida em comum – inerentes a qualquer ente que compõe família – aos seus integrantes (GOEDERT, 2016, p. 91).

Conforme o quanto já fora exposto, o princípio da monogamia não é questionado com o intuito de entender ou explanar sobre como ele é essencial ao bem-estar social da família tradicional brasileira, pois, o que se vê é que o referido preceito apenas direciona e prevê o tipo de união mais regulamentada e aceita socialmente no nosso país.

Em sua grande maioria, os avanços alcançados pela sociedade são decorrentes de novas situações fáticas. É muito difícil haver previsão de algo que sequer existe; entretanto, uma vez que passa a existir no caso concreto, deve ser, o mais rápido possível regulamentada.

Outro grande problema que o poliamor, e também o concubinato encontram é o preconceito de muitos, principalmente das pessoas ligadas às religiões – ainda que vivamos em um país laico – o que obsta e dificulta o reconhecimento e regulamentação dessas relações.

A respeito disso, Maria Berenice Dias expõe acertadamente:

Eventual rejeição de ordem moral ou religiosa à dupla conjugalidade não pode gerar proveito indevido de um ou de mais de um frente aos outros partícipes da união. Negar a existência de famílias poliafetivas como entidade familiar é simplesmente impor a exclusão de todos os direitos no âmbito das famílias e sucessórios. Descabe realizar um juízo prévio e geral de reprovabilidade frente a formações conjugais plurais. Não havendo prejuízo a ninguém, de todo descabido negar o direito à felicidade a quem descobriu que em seu coração cabe mais de um amor. (2015, p.98)

Portanto, onde quero chegar é que, os nossos antepassados aderiram à forma monogâmica de se relacionar, e, conseqüentemente, isto foi integrado em nossa legislação. Dessa mesma maneira deverá ocorrer com as famílias poliafetivas, que uma vez que façam parte e existam na sociedade, farão parte dos costumes, – que também são fontes do Direito –, e não poderão ficar desamparados juridicamente.

Em oposição ao que fora tratado acima, ocorreu um julgamento em junho de 2018 sobre a legalidade do registro da união poliafetiva no Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que ignorou as mudanças afetivas ocorridas na sociedade e decidiu pela proibição do registro de escrituras públicas de uniões poliafetivas.

Segundo a desembargadora aposentada, doutrinadora e vice-presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), Maria Berenice Dias, a decisão do CNJ vai na contramão de todos os avanços que vem acontecendo neste século, vejamos:

O significado do julgamento é uma sentença de reprovabilidade com relação a algo que existe, sempre existiu e vai continuar existindo, com escritura pública ou sem escritura pública. No momento em que tais situações baterem às portas do Poder Judiciário caberá à Justiça dizer se existirão efeitos jurídicos daquela manifestação. É de lastimar que órgão administrativo maior do Poder Judiciário tenha uma visão tão conservadora da sociedade de fato, como ela é. (IBDFAM, 2018)

4 O CONCUBINATO

4.1 CONCEITO

A palavra concubinato provém do latim (*cum* – com e *cubare* – dormir), significando o compartilhamento de leito. A definição presente no Código Civil é que o concubinato consiste nas relações não eventuais entre homem e a mulher, impedidos de casar. Para o autor Rodrigo da Cunha Pereira (2012, p. 45), é a relação conjugal que se estabelece paralelamente a outra união conjugal, seja simultânea ao casamento civil ou a uma união estável.

Rolf Madaleno (2012, p. 1082) conceitua o concubinato como uma união impura, na qual os partícipes guardam um impedimento para o matrimônio, por serem casados ou quando pelo menos um deles mantém íntegra a vida conjugal e continua vivendo com seu cônjuge, enquanto ao mesmo tempo mantém um outro relacionamento, sendo este de adultério.

Durante grande período de tempo, o conceito de concubinato abrangia todas as relações paralelas ao matrimônio, englobando-se assim a noção de que atualmente se tem por união estável. Segundo os autores Roberto Figueiredo e Luciano Figueiredo (2014, p. 254), o concubinato era o gênero que abarcava a modalidade pura (união estável) e impura (concubinato propriamente dito).

Com a evolução doutrinária e jurisprudencial, adotou-se uma sistemática dualista, que separou conceitualmente a união estável do concubinato. Assim, tendo a Constituição Federal de 1988 como marco, houve uma redução do conceito de concubinato, que passou a denominar o concubinato puro de união estável, e o impuro de concubinato apenas.

Estas considerações são de extrema importância dentro desse estudo, que tratará em especial do concubinato impuro, ou seja, a relação que existe concomitantemente a outra pré-existente, reconhecido também como concubinato adúlterino.

4.2 HISTÓRIA DO CONCUBINATO NO BRASIL

Para o autor Rodrigo da Cunha Pereira (2012, p. 57), o desenvolvimento e a evolução do concubinato no Brasil são historicamente recentes, apesar de sua existência ser, desde sempre, um fato social marcante. Para ele, a razão disso é que muitos civilistas omitiram de seus estudos esse tema, por ser juridicamente irrelevante. Outros doutrinadores repudiavam o assunto, pela imoralidade dessas relações.

As ordenações Filipinas reconheciam a união entre pessoas desimpedidas (o que hoje se denomina união estável), porém silenciou sobre as impedidas matrimonialmente. O Código Civil de 1916, por sua vez, ignorou as uniões entre pessoas desimpedidas, porém, dispôs sobre o concubinato adúltero, na medida em que tratou de restringir direitos do concubino casado ao seu “cúmplice”.

Não havia um posicionamento jurisprudencial consolidado sobre o tema. A ideia que se tinha era que o Estado não poderia intervir nesse tipo de relação (PEREIRA, 2012, p. 57). Em 1964 foi editada a Súmula 380⁸ do STF que tratava das relações concubinárias como sociedade de fato. As relações paralelas ao casamento, assim, passaram a ser tratadas na esfera do Direito das Obrigações, prevenindo-se o enriquecimento ilícito pelo esforço em comum do casal na constância da união. Vale ressaltar que aqui não se estava reconhecendo o concubinato adúltero, e sim, estavam tratando do que hoje é reconhecido como união estável.

Para Rodrigo Cunha (2012, p. 57), a grande evolução histórica no tema se deu quando ele saiu do campo obrigacional e ingressou na seara do Direito de Família. A Constituição Brasileira de 1988 trouxe em seu texto uma definição muito ampla do que seria a família para a nossa sociedade, o que trouxe novas possibilidades de formação familiar que não necessariamente o casamento. Vejamos:

No caput do art. 226 operou-se a mais radical transformação, no tocante ao âmbito de vigência da tutela constitucional à família. Não há qualquer

⁸ Súmula 380 STF: Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

referência a determinado tipo de família, como ocorreu com as constituições brasileiras anteriores. Ao suprimir a locução "constituída pelo casamento" (art. 175 da Constituição de 1967-69), sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob a tutela constitucional "a família", ou seja, qualquer família. A cláusula de exclusão desapareceu. O fato de, em seus parágrafos, referir a tipos determinados, para atribuir-lhes certas consequências jurídicas, não significa que reinstalou a cláusula de exclusão, como se ali estivesse a locução "a família, constituída pelo casamento, pela união estável ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos". A interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Família e Cidadania. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte. Del Rey, 2002.).

Finalmente, o Código Civil de 2002 deu contornos ao instituto, prevendo um título relativo à união estável (art.1723 e seguintes) e dispondo, na parte final (art. 1.727) da definição de concubinato adúltero, impondo, a partir daí uma nítida distinção entre o concubinato e a união estável.

4.3 DISTINÇÃO ENTRE UNIÃO ESTÁVEL E CONCUBINATO

4.3.1 Concubinato não-adúltero

Após a Constituição de 1988, duas leis surgiram para regulamentar o disposto no texto constitucional, a lei 8.971/94 e a lei 9.278/96, que conferiam aos companheiros direitos a alimentos, regime de bens e sucessões. Com o Código Civil de 2002, a matéria foi sistematizada, revogando-se a legislação anterior.

O art. 1723 do Código Civil traz o conceito da união estável como sendo a união entre um homem e uma mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Os autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p. 435) sintetizam quatro elementos caracterizadores essenciais da união estável, quais sejam: a publicidade, a continuidade, a estabilidade e o objetivo de constituir família. Aliado a estes, os autores trazem elementos acidentais, que, não obstante serem

dispensáveis, facilitam a demonstração da união estável do âmbito judicial. São eles: tempo de convivência, prole e coabitação.

4.3.2 Concubinato adúltero

O Código Civil Brasileiro, em seu artigo 1.727, define que “as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”. O conceito engloba tanto as relações paralelas ao casamento como as relações incestuosas, entre parentes. A nomenclatura “concubinato”, portanto, passou a se referir apenas a essa modalidade, não mais abarcando a união estável.

Para Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2012, p. 275), o concubinato impuro é a convivência estabelecida entre uma pessoa ou pessoas que são impedidas de casar e que não podem ter entre si uma união estável. Ele estará caracterizado nas seguintes hipóteses do artigo 1521: se um ou ambos forem casados não separados (art. 1521, VI); se os concubinos tiverem entre si impedimentos decorrentes de parentesco consanguíneo (art. 1521, I e IV); se os concubinos tiverem entre si impedimentos decorrentes de parentesco por afinidade (art. 1521, II); e se os concubinos tiverem entre si impedimento decorrente de crime (art. 1521, VII).

É importante frisar que o presente trabalho tem como foco a noção de concubinato prevista na hipótese do art. 1521, inciso VI, como a relação adúltera, entre pessoas casadas não separadas.

Após o Código Civil de 2002, formou-se o entendimento doutrinário e jurisprudencial que essa forma de união não tem natureza familiar. Assim, para esta modalidade, revitalizou-se a súmula 380 do STF, atribuindo-lhe natureza obrigacional, qual seja, de sociedade de fato. Desse modo, a concubina teria direito a partilha de bens pelo esforço em comum, no âmbito, repita-se, obrigacional.

Segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2012, p.508), o tratamento jurídico do concubinato como mera sociedade de fato tem como fundamento o caráter monogâmico da relação familiar. Se fosse conferida proteção ao instituto em sede

familiarista, isso implicaria, por vias transversas, em quebra da monogamia em sua essência.

Dessa maneira, a partilha de bens somente seria possível caso restasse comprovado que o patrimônio emanou de esforço comum. Esse entendimento foi conferido pela Terceira Turma do STJ ao rejeitar recurso da concubina que requereu a partilha de bens.

O ministro Villas Bôas Cueva, relator deste processo que corre em segredo de justiça, aduz que a recorrente assumiu o risco inerente à informalidade ao manter uma relação extraconjugal que não é protegida pela legislação nacional. Mencionou também que, para que fosse possível a partilha de bens, seria essencial a comprovação da colaboração efetiva para a sua aquisição, de forma a caracterizar a sociedade de fato, hipótese que atrai, em regra, as regras do direito obrigacional. (STJ, 2018)

Acertadamente, a corte de origem esclareceu que o concubinato impuro não se confundiria com a união estável, especialmente porque um dos membros já possuiria um relacionamento conjugal com outra pessoa, praticando-se, em verdade, na hipótese, um ato de traição conjugal [...] Ao não provar a participação na construção de um patrimônio comum com a ex-concubina, com quem não formou vínculo familiar, já que a legislação pátria, diferentemente da regular união estável, não socorre esse tipo de conduta, não há falar em partilha. (STJ, 2018)

4.3.3 Pontos distintivos entre a união estável e o concubinato

Os autores Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2012, p. 277) traçam alguns pontos distintivos entre a União Estável e o Concubinato. Em primeiro lugar, o concubinato, para a doutrina majoritária, não é entidade familiar, mas mera sociedade de fato. Aplica-se a Súmula 380 do STF, tendo o concubino direito à participação nos bens adquiridos pelo esforço comum.

Em segundo lugar, por ter natureza obrigacional, a competência para apreciar as relações envolvendo o concubinato é da Vara Cível e a ação correspondente é a Ação de Dissolução de Sociedade de Fato. Em relação à União Estável, por ter

natureza familiar, a competência recai sobre a Vara de Família e a ação respectiva é a Ação de Reconhecimento de Dissolução de União Estável.

Há ainda uma terceira diferença que se extrai da leitura dos artigos 1.723 e 1.727 do Código Civil. No tocante à União Estável, é possível que ela se estabeleça entre duas pessoas casadas, contanto que separados de fato ou judicialmente. No caso do concubinato, é preciso que haja uma relação em concomitância ao casamento, portanto, sem separação.

4.4 O CONCUBINATO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Objetivando proteger a monogamia e o casamento, o Código Civil versa e impõe tão somente implicações negativas às relações concubinárias, atribuindo-lhe restrições, como a impossibilidade do (a) concubino (a) ser herdeiro (a), legatário (a), beneficiário (a), dependente ou receber doação do (a) consorte casado (a), sem considerar a situação fática que pode e, possivelmente, deve gerar igualdade de tratamento para os componentes envolvidos em tal relacionamento.

O Código Civil, em seu art. 555, proíbe a doação de bens do cônjuge adúltero ao seu cúmplice, podendo ser anulada pelo outro cônjuge ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal. Da leitura do artigo, identificam-se dois requisitos para a caracterização da hipótese de vedação: o primeiro é a existência de uma doação em prol do concubino e o segundo é a prova da relação adúltera.

A previsão do Código diz respeito à possibilidade de, tanto o marido como a esposa, reivindicarem livremente os bens comuns, móveis ou imóveis que foram doados pelo cônjuge ao concubino na constância do casamento ou até dois anos da separação, desde que reste comprovado que o objeto da doação não foi adquirido pelo esforço comum dos concubinos, se o casal não estiver separado de fato por mais de cinco anos, consoante dispõe o art. 1642, inciso V do Código Civil.

Rolf Madaleno (2011, p. 1094) critica o prazo de cinco anos estabelecido pela lei. Em seu entendimento, os efeitos jurídicos da separação de fato se aplicam de

imediatamente de modo que o regime de bens cessa com a separação de fato e não com a sentença de divórcio transitada em julgado.

Já para o autor Paulo Lôbo, em seu livro *Comentários ao Código Civil* defende que não só mudaram os valores na sociedade brasileira, com a admissão de vários arranjos familiares e da primazia do afeto para identificá-los, como também mudaram os fundamentos do direito, que levam à desconsideração da ilicitude do adultério, que passa a ser mero fato social e da intimidade dos casais, principalmente no que concerne às repercussões civis. Assim, por conta desse pluralismo, o legislador não poderia considerar o adultério como pena ou fundamento para excluir os negócios jurídicos, como a doação (2011, p. 238).

O autor defende ainda que o artigo somente deverá ser aplicado aos casos de uniões paralelas esporádicas, pois se tais uniões tiverem o intuito de família, elas estão abarcadas pela Constituição Federal.

A nova ordem constitucional, ao consagrar a proteção da família na pessoa de cada um de seus membros, rompe com a racionalidade dos modelos fechados, abraçando a concepção plural de família que sempre esteve presente na sociedade, ainda que sujeita a estigmatizações e à marginalidade. A família na Constituição de 1988 não tem por fonte primária e exclusiva um ato formal, solene, encoberto pelo manto exclusivo da legitimidade jurídica, mas, sim, nasce e se mantém nos acordos do *leimotiv* do afeto. (RUZYK, 2005, p. 163)

Em consonância, estão Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2012, p. 723) que taxam a norma de excessivamente moralista e preconceituosa. Para os autores, o ordenamento está promovendo uma interdição de uma pessoa plenamente capaz, uma vez que retira do titular o direito de livre dispor de seu patrimônio, como se fosse um incapaz. Na opinião dos autores, a legislação brasileira ignora toda a evolução da matéria no direito comparado, posto que não há norma semelhante nos códigos italiano, português, francês e alemão.

Dessa forma, em face da posição adotada pelos autores, evidencia-se claramente uma inclinação de parte da doutrina à existência de direitos na ordem do Direito de Família à concubina. A partir de um conceito plural e multifacetário de família, é possível alcançar diferentes formas de agrupamentos, sendo a relação simultânea ao casamento uma possibilidade.

Em relação ao direito testamentário, o artigo 1801, inciso III do Código Civil também traz vedação expressa à hipótese de se nomear como herdeiros ou legatários o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos, hipótese em que não se caracterizará mais o concubinato, e sim a união estável.

Para Rolf Madaleno (2011, p. 1095), o objetivo do impedimento do art. 1801 é a proteção do patrimônio conjugal, evitando-se a dilapidação dos bens pertencentes ao casamento, que são passíveis de desvio para a concubina, a qual estaria sendo beneficiada em detrimento da comunhão conjugal.

O concubinato aparece também no artigo 1.708 do Código Civil, que estabelece tal relação como hipótese de cessação de obrigação de prestar alimentos, desde que seja devidamente comprovado. O parágrafo único do artigo prevê ainda que se o credor tiver procedimento indigno em relação ao devedor, cessa também o direito a alimentos.

Ressalta-se que a previsão não se confunde com a hipótese de um mero namoro após o divórcio, eis que as relações sexuais mantidas por credor de alimentos com terceiros após o seu divórcio não ensejam a exoneração da obrigação alimentar (MADALENO, 2011, p. 973). O devedor, portanto, para se eximir do pagamento, deve comprovar em juízo a relação do credor mantida paralela ao vínculo patrimonial.

Já em relação ao contrato de seguro de vida, o Código Civil, em seu artigo 793 dispõe que será válida a instituição do companheiro como beneficiário, se ao tempo do contrato o segurado era separado judicialmente, ou já se encontrava separado de fato. O código, assim, vedou a possibilidade de a concubina ser beneficiária do seguro de vida.

Ressalva-se, contudo que, a rigor, a verificação sobre a situação civil do segurado deve ser contemporânea não ao contrato, mas ao instante da morte. Assim, se no momento do falecimento o beneficiário se encontrava separado de fato ou judicialmente, terá sido como que convalidada a instituição. (GODOY, 2010, p. 814).

Carlos Eduardo Pianovsky Ruzyk (2005, p. 164) aduz que o Código Civil de 2002 trouxe boas evoluções ao tratar, “ainda que de modo limitado, [de] uma família

que não se funda exclusivamente no casamento, além de contemplar os princípios da igualdade entre os cônjuges e entre os filhos”, mas que é, “entretanto, um Código que, diante das circunstâncias materiais da contemporaneidade, não pode mais sustentar uma pretensão de completude”.

4.5 TUTELA JURISDICIONAL NAS RELAÇÕES CONCUBINÁRIAS

Para uma melhor elucidação do assunto, os autores Luciano e Roberto Figueiredo (2014, p.280) trouxeram uma esquematização que analisa as três correntes da tutela jurisdicional nas relações concubinárias.

4.5.1 Primeira corrente

A primeira corrente sobre os direitos da concubina dispõe que em face do sistema monogâmico, o concubinato não pode ser considerado uma entidade familiar, não havendo que se falar em direitos à amásia. O art. 1727 do Código Civil seria, portanto, uma norma de exclusão, uma vez que confere direitos apenas aos casais em união estável.

Um grande fundamento para os que defendem esta corrente, é de que o Estado não poderia tutelar mais de uma família ao mesmo, entretanto, visivelmente, esta tese dá preferência ao infiel em detrimento da mulher, que na maioria das situações não possui impedimento algum para constituir união estável ou casamento.

Essa corrente foi predominante durante os primórdios do direito nacional, que sofreu grande influência da Igreja Católica. Contudo, ainda hoje prevalece entre os julgadores de caráter mais conservador, que defendem a monogamia como princípio ordenador do Direito de Família, de modo que não poderiam existir consequências jurídicas às relações concubinárias. Aliados a esta tese estão os autores Orlando Gomes e Caio Mário da Silva Pereira.

4.5.2 Segunda corrente

A segunda corrente confere ao concubino direitos apenas no âmbito patrimonial, negando o status de entidade familiar. Assim, as relações paralelas ao matrimônio não recebem a proteção do Direito de Família, aplicando-se, se comprovada a existência de sociedade de fato, efeitos de ordem obrigacional, para evitar o enriquecimento ilícito.

Além disso, alguns julgadores entendem que, por ser uma relação obrigacional, a concubina faria jus a uma indenização por serviços domésticos prestados. Dentre os autores que defendem esta tese, podemos citar Maria Helena Diniz, Rolf Madaleno e Flávio Tartuce.

4.5.3 Terceira corrente

A última corrente é a que confere ao concubinato caráter familiar, com efeitos jurídicos na seara familiar e previdenciária, e não meramente patrimonial. Leva-se em conta que o concubinato gera laços efetivos, de modo capaz a caracterizar os sujeitos envolvidos como uma verdadeira família.

A monogamia não seria um princípio, mas um vetor moral que levaria em conta diferentes pontos de vista. Nesse sentido estão os autores Maria Berenice Dias, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho. É possível, consoante os autores citados, pensar no concubinato como entidade familiar, passível de efeitos jurídicos. Contudo, não seriam todos os casos que essas relações podem alcançar o status de família, sob pena de privilegiarem sobremaneira os direitos da concubina e reduzirem acentuadamente o da esposa.

Para Maria Berenice Dias, quem mantém vínculos afetivos simultâneos ou poliafetivos, pelo fato de ser alvo da reprovação social, não pode ser beneficiado (2017, p. 302). E continua:

Finda a relação, comprovada a concomitância com um casamento, impõe-se a divisão do patrimônio acrescido durante o período de manutenção do duplice vínculo. É necessária a preservação da meação da esposa, que se transforma em bem reservado, ou seja, torna-se incommunicável. A meação do varão será dividida com a companheira, com referência aos bens adquiridos durante o período de convívio. O mesmo cálculo vale em se tratando de duas ou mais uniões estáveis paralelas, quando uma é constituída muito antes que a outra – quer sejam paralelas, quer poliafetivas – cabe a divisão do acervo patrimonial amealhado durante o período de convívio em três partes iguais, restando um terço para o varão e um terço para cada uma das companheiras. (2017, p. 302-303)

Já os autores Roberto e Luciano Figueiredo (2014, p. 290) apontam que em dois casos seria possível o reconhecimento de concubinato como entidade familiar: na união estável putativa e no concubinato consentido.

4.5.3.1 Casamento/união estável putativa

O casamento putativo, previsto no art. 1.561 do Código Civil, consiste no matrimônio inválido, mas que produz efeitos para os cônjuges e os filhos, desde que estejam de boa-fé. (FIGUEIREDO, 2014, p. 292). Assim, em prestígio ao princípio da boa-fé, o casamento produzirá todos os efeitos do casamento válido, até a data da decretação da sua nulidade.

Em interpretação análoga a esse dispositivo, é possível verificar a hipótese de união estável putativa, quando há um terceiro desconhecedor de sua condição de amante. “Seria o caso de pessoa já casada, que continue vivendo de fato com seu cônjuge, e concomitantemente, constitua união com terceira pessoa absolutamente ignorante a respeito do estado civil e da situação fática do parceiro” (KAYAT, 2014, p. 192). Nessa situação, a concubina imaginava que estava em união estável, por desconhecer que o seu parceiro era casado.

De fato, não há como exigir que uma pessoa, sem saber da relação em que seu parceiro (a) está inserido (a), se recusasse a constituir uma relação com alguém que nutre afeto e amor. Da mesma forma entende Carlos Eduardo Pianovsky Ruzyk (2005, p. 189):

Com efeito, não seria lícito supor que alguém teria o dever de, diante de uma situação fática específica, realizar dada conduta, comissiva ou omissiva, quando não tem ciência de que está inserido na referida situação. Por conseguinte, quando o companheiro daquele que se encontra em situação de simultaneidade familiar não tem conhecimento acerca da existência de um outro núcleo, a ele simultâneo e anterior, não será logicamente possível supor, de sua parte, a violação de deveres inerentes à boa-fé.

Para Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves:

[...] a pessoa que participa de uma relação afetiva sem ter ciência de que a sua relação é concubinária (ou seja, sem saber que o seu companheiro é casado ou tem uma união estável anterior, sem ruptura da convivência, caracterizando um paralelismo) deve ter sua dignidade protegida da mesma forma que a pessoa enganada. Até porque a confiança (legítimas expectativas) de ambos é a mesma e reclama tutela jurídica. (2017, p. 369).

Roberto e Luciano Figueiredo (2014, p. 292) entendem que essa hipótese é possível em primazia à ética e boa-fé. Haveria aqui um vício de consentimento do terceiro, seja em decorrência de erro seu ou por dolo de outrem. Este seria o caso, por exemplo, de um sujeito que mantém dois vínculos afetivos distintos com duas mulheres, mas nenhuma das duas sabe da existência da outra.

Roberto Carlos Rocha Kayat argumenta que apenas nessa hipótese deve ser conferido direito ao concubino (a):

[...] a união estável putativa, em sendo o companheiro completamente ignorante a respeito do casamento anterior, é de ser aceita para fins de pensão militar; podendo-se fazer analogia com o casamento putativo. Porém, relativamente às outras duas hipóteses apresentadas, nos parece, em regra, inviável o reconhecimento da união estável. É extremamente complexa a prova a ser produzida, a acarretar indesejável insegurança jurídica tanto para o órgão pagador como para eventuais beneficiários. Ademais, a parte final do parágrafo terceiro do artigo 226 da Carta impõe um vetor interpretativo ao ordenamento infraconstitucional: deve a Lei facilitar a conversão da união estável em casamento. Ora, ter união estável entre mais de duas pessoas (fora a putatividade) significa aceitar união estável impossível de ser convertida em casamento, em franca desobediência ao mandamento constitucional. (KAYAT, 2014, p. 192-193)

Nesse sentido, a quarta turma do STJ, em um processo que tramita em segredo de justiça, deu provimento ao recurso de um espólio para excluir da herança uma mulher que manteve relacionamento amoroso com o falecido ao longo de dezessete anos, ao entenderem não ter sido evidenciado que ela não soubesse que ele era

casado durante todo esse tempo. O tribunal *a quo*, por outro lado, manteve a sentença que havia julgado procedente a pretensão da mulher, entendendo que havia sido demonstrada a união estável putativa e determinando a partilha de 50% dos bens adquiridos durante a convivência, ressalvada a meação da viúva. (JORNAL JURID, 2019)

4.5.3.2 Concubinato Consentido

A outra hipótese é quando há uma relação plural e aberta, como já tratada anteriormente, em que todos os partícipes consentem previamente. Essa é a hipótese:

[...] na qual seria possível aflorar a união estável mesmo em havendo simultaneidade de relacionamentos, presente vida em comum em todos eles e com todos os participantes cientes e de acordo com tal arranjo familiar abertamente poligâmico ou poliafetivo. (KAYAT, 2014, p. 192)

Nesse caso, não caberia ao Estado interferir na esfera privada dos indivíduos, deixando-os livres para estipularem suas próprias regras convencionais.

Para Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze Gagliano (2012, p. 465), esta é uma conjectura de poliamorismo, que admite a possibilidade de coexistirem duas ou mais relações afetivas paralelas, em que os seus partícipes conhecem-se e aceitam-se uns aos outros em uma relação múltipla e aberta.

Aliado a isto, está o fato de que o dever de fidelidade conjugal estaria mitigado aqui, pois o cerne da relação se pauta do dever de lealdade, no qual todos os participantes saberiam anteriormente e estariam livres para aceitar ou não esse tipo de relacionamento.

Maria Berenice Dias (2017), posicionando-se sobre o caso, conclui que: “temos que respeitar a natureza privada dos relacionamentos e aprender a viver nessa sociedade plural reconhecendo os diferentes desejos”.

4.6 O CONCUBINATO E O DIREITO PREVIDENCIÁRIO

A proteção advinda da previdência social, não se restringe apenas aos vínculos de família, se ajustando também na dependência econômica, uma vez que, mesmo não se verificando mais o vínculo familiar, em persistindo a dependência financeira para fins de subsistência, é garantido o direito à percepção do benefício de pensão por morte.

Essa condição de dependência decorre da previsão constitucional, porquanto, o inciso V, do artigo 201, da Constituição Federal preceitua o direito à pensão por morte ao "cônjuge, companheiro ou dependente".

Fábio Zambitte Ibrahim critica a submissão do direito previdenciário aos preceitos civilistas, vejamos:

Qualquer manual de direito previdenciário, ao tratar dos dependentes, os define como pessoas que dependem economicamente do segurado, de modo que o sistema protetivo possa garantir um mínimo de sobrevivência a tais indivíduos. Para tanto, a lei, ao disciplinar o tema, assume, por comodidade, conceitos de uso contínuo, como o de companheiro (a), mas sem necessariamente impor uma submissão plena aos preceitos civilistas da matéria. Na seara protetiva, uma companheira ou companheiro é pessoa que possui *animus* de convivência com o segurado, dividindo vida em comum e buscando uma sociedade conjugal, por afinidade de espírito e busca da plena realização. Se são impedidos, por lei, de contrair núpcias, é tema de total desimportância no meio previdenciário. Nunca é demais lembrar da possibilidade de criar conceitos próprios para fins previdenciários – como a figura do equiparado a filho – ou me adaptar alguns já existentes, como o (a) de companheiro (a). (IBRAHIM, 2015, p. 533).

De fato, o que o art. 16, § 3º, da Lei nº 8.213/91 prevê é que “Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal”.

Ou seja, em realidade, para o ramo previdenciário, quem não pode ser casado ou casada, é a pessoa que postula o benefício como dependente na qualidade de companheiro (a) do segurado (a) finado (a) e não o *de cujus*.

Dessa análise se depreende que não há, na lei previdenciária, nenhum empecilho para o reconhecimento da qualidade de dependente e concessão do

benefício de pensão por morte, por exemplo, à companheiro (a) e cônjuge do segurado (a) falecido. Seria o caso, portanto, de ter atenção à hierarquia das normas, já analisadas nesse trabalho.

É sabido, como já exposto anteriormente, que tal circunstância para o direito civil se trata de concubinato, entretanto, não há transgressão alguma, ao menos na seara previdenciária, da letra da lei ao conceder o referido rateio. Inclusive, um dos grandes norteadores do direito previdenciário é a proteção do Estado com relação aos desamparados. Portanto, como deixar um dependente com previsão em Lei desamparado?

O autor Rolf Madaleno (2011, p.1097) entende que o Direito Previdenciário tem o caráter econômico e alimentar, merecendo, portanto, interpretação própria, pois muitas vezes não coincide com a interpretação do Direito Civil, visto que a finalidade da Previdência Social é de garantir a subsistência dos seus beneficiários.

Desta forma, se o segurado, em vida, sustenta a concubina e a esposa ao mesmo tempo, com sua morte, ambas devem ser protegidas pela Previdência Social, sob pena de não ser atingida a finalidade e função previdenciária. Assim, o autor afirma que “exclusivamente por uma construção jurisprudencial, somente poderá haver o rateio entre a esposa e a concubina se ambas as mulheres forem economicamente dependentes do de cujus.” (MADALENO, 2011, p. 1097).

Ainda, defende Wladimir Novaes Martinez que:

Algumas alusões destituídas de técnica são utilizadas na sua designação. O código Civil refere-se à concubina, pessoa física assemelhada à companheira do Direito Previdenciário, não convindo adotar a expressão ainda que apenas quando relacionada ao Direito de Família. Em todo caso, companheira e concubina são, para fins de previdência social, a mesma dependente. Não se confundem essas nomenclaturas com as de amásia ou mesmo de amante; nos dois últimos casos está-se diante de pessoa distinta. Amante não é companheira e, portanto, não faz jus à pensão por morte ou auxílio-reclusão. Não mantém relação com o segurado, protegida pelo Direito Previdenciário. Pressupõe a existência de outra mulher, formando um “triângulo” amoroso; neste cenário, os dois (segurado e amante) não dependem economicamente um do outro e, especialmente, a mulher não precisa do homem. Caso isso aconteça ou se a situação evolui para uma união mais estável e com mútua dependência, a denominação deve ser substituída, ambos são companheiros. (2011, p. 490)

Aqui, o escopo não é tratar da moralidade ou imoralidade, e sim, dos fatos. Ainda que, um segurado da previdência social mantivesse dois relacionamentos

simultâneos, como negar a dependência que há em uma ou outra relação durável e estável? Não há como e porque optar por uma em detrimento da outra simplesmente pois, de fato, as duas relações existiam e, com elas, conseqüentemente, haviam também duas pessoas dependentes do *de cuius*.

Nesse mesmo sentido, há antiga jurisprudência do STJ, do ano de 1994, vejamos:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. DIREITO DA COMPANHEIRA.
- ART. 16, I, PAR.3., DA LEI 8.213/91. INCENSURABILIDADE DA INTERPRETAÇÃO QUE RECUSA SER ESSENCIAL A QUALIFICAÇÃO DO COMPANHEIRISMO O FATO DE NÃO SER CASADO O SEGURADO. (STJ - REsp: 54037 PE 1994/0028144-7, Relator Ministro JOSÉ DANTAS, Data de Publicação no DJ 28.11.1994 p. 32634 LEXSTJ vol. 68 p. 310 RSTJ vol. 71 p. 366)

No voto do julgamento citado acima, o Relator Ministro José Dantas traz o entendimento já esposado e afirma que, a partir da análise do art. 16, § 3º, da Lei nº 8.213/91 “é inconcebível que a indagada qualificação... ‘a pessoa que, sem ser casada’, refira-se ao segurado e não à companheira”.

5. PENSÃO POR MORTE

5.1 CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E REQUISITOS

É este um benefício previdenciário basilar, uma vez que sua existência é obrigatória no Regime Geral e nos Regimes Próprios da Previdência Social e se encontra previsto nos artigos 74 a 79 da Lei nº 8.213/91, bem como no art. 40, § 7º da nossa Constituição Federal.

Fábio Zambitte Ibrahim (2015, p. 672) conceituou pensão por morte como o “benefício direcionado aos dependentes do segurado visando à manutenção da família, no caso da morte do responsável pelo seu sustento”.

Trata-se de benefício que é usufruído pelo conjunto de dependentes do segurado – chamado como família previdenciária –, quando este vem a falecer. Além disso, a pensão por morte é um benefício que não exige cumprimento de carência, isto é, se o segurado contribuiu apenas uma vez e veio a falecer, os dependentes terão direito ao seu recebimento. Entretanto, caso o segurado não possua dezoito contribuições na data do óbito, isso afetará o tempo de duração que o beneficiário receberá a pensão.

Para Daniel Machado da Rocha (2018, p. 418), a pensão por morte é um benefício de prestação “continuada, de caráter substitutivo, destinado a suprir, ou pelo menos a minimizar, a falta daqueles que proviam as necessidades econômicas dos dependentes”. Como ficou claro, o seu principal objetivo é preservar a dignidade e o sustento dos que dependiam do *de cuius*.

O direito ao recebimento da pensão por morte se dá com o evento morte do segurado. Dessa maneira, não há diferença se à época do óbito o segurado estava trabalhando ou encontrava-se aposentado, pois nas duas situações o benefício será devido. (MARTINS, 2013, p. 372)

Para a concessão da pensão por morte os requisitos são: a comprovação da morte real ou presumida; a comprovação da relação dos dependentes; e a qualidade de segurado do falecido.

5.2 DEPENDENTES

Dependentes são aquelas pessoas que estão vinculadas, sob a guarda, subordinação ou dependência do segurado e que usufruirão o benefício pensão por morte, ou seja, são aqueles que econômica e financeiramente dependem do falecido e que, conseqüentemente, serão diretamente afetados por sua morte.

Na realidade, grande parcela dos dependentes previdenciários são os mesmos que a seara cível reconhece como legítimos a receber pensão alimentícia. Faz sentido, pois o escopo da prestação previdenciária que o dependente receberá é justamente ocupar o lugar da renda que este receberia caso o segurado continuasse vivo.

O artigo 16 da Lei 8.213/1991 e também o artigo 16 do Decreto 3.048/1999 estabelecem que também são beneficiários do Regime Geral da Previdência Social os dependentes do segurado, que poderão, portanto, desfrutar de alguns benefícios previdenciários.

O rol de dependentes encontra-se previsto em Lei, e, por isso, não são de livre nomeação ou indicação do segurado. Eles são divididos em três classes, das quais tratarei abaixo.

Integram a primeira classe dos dependentes o cônjuge; a companheira e o companheiro, que são aqueles que convivem com a intenção de constituir família, em união estável, colacionando os mesmos direitos dos cônjuges, e aqui também estão incluídos as parceiras e parceiros homossexuais, desde que demonstrem a vida conjunta; a ex-mulher e ex-marido que recebam pensão alimentícia ou qualquer ajuda financeira a ela equiparada; o filho menor de vinte e um anos não emancipado; o filho inválido ou que tenha deficiência intelectual, mental ou deficiência grave; e, finalmente, aqueles equiparados a filho, ou seja, o menor tutelado ou enteado,

entretanto, nesses dois casos, é imprescindível a declaração escrita do segurado, que seja evidenciada a dependência financeira e para a tutela, que seja apresentado o respectivo termo (KERTZMAN, 2017).

A segunda classe é composta pelos pais do segurado, se, e apenas se, estes forem comprovadamente dependentes economicamente do filho ou filha.

Já a terceira e última classe é integrada pelo irmão menor de vinte e um anos que comprove depender financeiramente do falecido e que não seja emancipado; e também o irmão que seja inválido ou que tenha deficiência intelectual, mental, ou alguma deficiência grave, não importando a idade, devendo ser demonstrada a dependência econômica e a incapacidade deverá ser atestada por perícia médica a ser realizada no próprio INSS.

Um ponto extremamente importante a ser tratado é que, apenas os dependentes de primeiro grau possuem a dependência econômica presumida, o que significa que apenas precisa ser comprovada a existência da relação, excetuando apenas os que são filhos por equiparação. Dessa maneira, aos dependentes de primeiro grau basta apresentar documento que demonstre o vínculo existente. Já os demais graus, para receber a pensão por morte, precisarão demonstrar a existência da dependência financeira.

Outro ponto a ser ressaltado é que o fato de existirem dependentes da primeira classe elimina o direito da segunda e terceira classe, assim como, existindo dependente da segunda, perderá o direito ao recebimento do benefício o da terceira classe. Este é um entendimento pacífico, uma vez que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu que uma vez comprovada a dependência na condição de companheira, não haverá que se falar em direitos dos pais que se encontram na segunda classe, ainda que se demonstre, por ventura, que os pais possuem situação financeira pior que a da companheira.

Já com relação aos dependentes que compõem uma mesma classe, estes concorrerão em igualdade de condições e a pensão por morte deverá ser rateada em partes idênticas entre os integrantes.

5.3 LEGISLAÇÃO E MUDANÇAS

O art. 371 da Instrução Normativa (IN) nº 77 do INSS, bem como o art. 76, § 2º, da Lei 8.213 de 1991 preveem a possibilidade de o cônjuge e ex-companheiro receberem, ao mesmo tempo, o benefício da pensão por morte, desde que um deles seja dependente do falecido na condição de ter recebido pensão alimentícia dele em vida. E acrescenta ainda, que o recebimento de ajuda financeira sob qualquer forma, se equipara ao recebimento de verba alimentar e que a separação judicial se equipara ao divórcio.

A mesma IN citada versa, em seu art. 372, sobre a suposição de o cônjuge e companheiro se habilitarem para recebimento do benefício de pensão por morte. Nessa situação, o cônjuge será chamado para apresentar declaração informando se encontrava-se casado ou separado de fato. Caso alegue estar casado realmente até a data do óbito do instituidor da pensão por morte, deverá apresentar certidão de casamento atual sem averbação de separação judicial ou divórcio, ou, ao menos um documento evidenciando o convívio com o instituidor ao tempo do óbito. Nessa situação, o direito do companheiro será afastado, uma vez que será considerada a existência de concubinato e não de união estável.

Entretanto, ainda que o cônjuge declare que se encontrava separado de fato, ainda poderá receber a pensão, caso demonstre, através de no mínimo um documento, que recebia ajuda financeira ou pensão alimentícia do falecido, não importando a tempo já transcorrido do divórcio ou separação de fato, bem como não é importante se ambos os divorciados ou separados já constituíram novas famílias. Ou seja, ainda que o ex-esposo (a) se case novamente ou constitua nova união estável, se já recebia pensão por morte continuará com tal benefício.

O que verdadeiramente está em pauta e precisa ser demonstrado após o divórcio ou separação de fato é que o ex-cônjuge continuou dependendo economicamente do segurado falecido.

Explicando dessa maneira, fica clara a desproporcionalidade com que as relações abordadas nesse trabalho são tratadas. Enquanto o cônjuge, ainda que

separado de fato, poderá ratear a pensão por morte caso comprove que recebia pensão alimentícia ou qualquer ajuda financeira do de cujus, o companheiro (concubino), ainda que comprove o recebimento de ajuda financeira e até que comprove que vivia e convivia como se família fosse com o falecido, não terá direito a nada, quiçá a ter a sua dignidade mantida.

Cristalina é a superioridade e proteção que o casamento possui juridicamente sobre, inclusive, as situações fáticas.

É importante salientar ainda, que a Súmula 336 do STJ relativiza o entendimento de que só se considera dependente o ex-cônjuge que recebe pensão alimentícia ou alguma ajuda financeira, ao determinar que “A mulher que renunciou aos alimentos na separação judicial tem direito à pensão previdenciária por morte do ex-marido, comprovada a necessidade econômica superveniente”. (KERTZMAN, 2017, p. 338). Assim, na hipótese de o ex-cônjuge não ter exercido seu direito à pensão alimentícia no momento do divórcio ou da separação judicial e posteriormente passar a ter necessidade financeira, ele será considerado dependente e, por conseguinte terá direito ao benefício de pensão por morte.

Com relação a este entendimento do STJ, penso ser importante e pertinente a análise de Luiz Alberto d’Azevedo Aurvalle, que é Desembargador Federal do TRF4:

Em resumo, a pensão previdenciária devida ao cônjuge separado visa a dar continuidade ao amparo que já vinha sendo outorgado anteriormente à morte. Ao revés, é incompatível ao sistema que, decorrido longo período de ruptura da vida em comum, sem qualquer auxílio material, venha o cônjuge a pleitear a condição de dependente, a partir de um estado de miserabilidade ostentado após a morte do segurado, arrostando igualdade de condições com companheira e/ou filhos do *de cujus* presentes no seu passamento. Não seria demasiado dizer que, a valer tal entendimento, estar-se-ia a criar novo objetivo ao matrimônio: o da cobertura previdenciária incondicionada! Ora, gravitando o contrato de casamento em torno do conceito do *affectio maritalis*, a partir da ruptura da vida em comum, com o esfacelamento de tal núcleo afetivo, a persistência da geração de efeitos jurídicos patrimoniais daí advindos não resiste à interpretação literal, racional, sistemática e teleológica e ao próprio ideal de justiça, chocando-se com os interesses legítimos dos reais dependentes do segurado no momento da morte. (AURVALLE, 2007)

Para amenizar um pouco a situação, recentemente foi aditada a Medida Provisória 871/19 que trouxe algumas modificações na legislação previdenciária.

Dentre elas, incluiu o § 3º na Lei 8.213/91 e o § 5º na Lei 8.112/90, os quais possuem a mesma literalidade e preveem o seguinte:

Na hipótese de o servidor falecido estar, na data de seu falecimento, obrigado por determinação judicial a pagar alimentos temporários a ex-cônjuge, ex-companheiro ou ex-companheira, a pensão por morte será devida pelo prazo remanescente na data do óbito, caso não incida outra hipótese de cancelamento anterior do benefício.

É que antes, a pensão por morte era conferida nos mesmos termos e tempo de uma pensão para quem era casado, entretanto, com o advento da citada MP, para óbitos ocorridos a partir de 18/01/2019, elas terão prazo final.

Sobre isso, esclarece Frederico Amado: “Dessa forma, na hipótese de sentença do juiz estadual que fixou alimentos de família com caráter temporário para cônjuges e companheiros, o período de pagamento da pensão por morte não ultrapassará o lapso final fixado na aludida decisão judicial. ” (2019, p. 8)

6. A EXISTÊNCIA DE DIREITOS DO CONCUBINATO E SUAS IMPLICAÇÕES NO ÂMBITO PREVIDENCIÁRIO

Depois de conhecer e analisar a letra da lei é de intangível importância saber qual o posicionamento do INSS, instâncias Inferiores, e, obviamente, dos Tribunais Superiores de nosso país.

6.1 POSICIONAMENTO DO INSS

A legislação previdenciária regula as situações entre casais que vivem em união estável, figurando o companheiro como dependente do segurado. Para o INSS, se a pessoa casada estiver separada de fato, judicial ou extrajudicialmente, também poderá constituir união estável.

Nesta hipótese, nada obsta o rateio da pensão por morte, desde que o companheiro (a) ou cônjuge comprove a dependência econômica do falecido. Caminha nesse sentido a posição do STF, no REsp 411.194, de 17/04/2007, vejamos: “o cônjuge supérstite goza de dependência presumida, contudo, estando separado de fato e não percebendo pensão alimentícia, essa dependência deverá ser comprovada”.

O decreto n. 3.048/99, que traz o regulamento da previdência social, segue o mesmo posicionamento do art. 1723 do Código Civil, não estabelecendo direitos à concubina.

Já a súmula 159 de 13/06/1984 do extinto Tribunal Federal de Recursos, inclusive, previu a divisão da pensão previdenciária entre a esposa e a companheira, desde que fossem atendidos os requisitos necessários. De igual forma, no âmbito da pensão militar, a companheira tem direito a concorrer com outros dependentes, sem observância às ordens de preferência, com os quais fracionará a pensão (súmula 253 do TFR de 15/03/1988).

6.2 POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS

6.2.1 Entendimento das instâncias inferiores

Em nosso sistema judiciário não vem sendo, majotariamente, reconhecido o direito aos benefícios previdenciários por sujeitos oriundos de uma relação paralela, impedidos de constituir matrimônio por já estarem casados.

A jurisprudência e doutrina têm entendimento divergente no tocante a este ponto. Existem julgados que negam a pensão por morte à concubina, com base no entendimento de que o segurado deveria ser ao menos separado de fato, posto que o ordenamento só reconhece a união entre pessoas desimpedidas ao matrimônio, tendo em vista o valor da monogamia.

EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM - CONCOMITÂNCIA DE CASAMENTO VÁLIDO - PRINCÍPIO DA MONOGAMIA - ART. 1727 DO CÓDIGO CIVIL - NATUREZA CONCUBINÁRIA DA SEGUNDA RELAÇÃO. PEDIDO IMPROCEDENTE - RECURSO DESPROVIDO. - Se o suposto convivente era oficialmente casado com outra mulher até a data do seu falecimento e se não se cogita, sequer, da separação de fato do referido casal, o pedido de reconhecimento de união estável formulado pela autora revela-se inviável, diante do Princípio da Monogamia, estampado no artigo 1.727 do Código Civil, sendo inafastável, nessa hipótese de concomitância de relacionamentos afetivos, a natureza concubinária da segunda relação, da qual não se originam direitos sucessórios ou previdenciários, como se casamento fosse. - Precedentes dos Tribunais Superiores. Recurso desprovido. (AC 10643120002669002 TJ-MG, Relator: Eduardo Andrade, data de julgamento: 22/07/2014, Câmaras Cíveis/ 1ª Câmara Cível)

De outro lado, há decisões que já abarcam a concubina como beneficiária, em concorrência com a esposa e demais dependentes. Nesta decisão emanada pela 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, foi possível o rateio entre a esposa e concubina, com o fundamento de que o modelo familiar atual é de transição, buscando-se a jurisprudência consolidar um novo formato a ser conferido à família, a fim de se adequar aos novos anseios da sociedade. É o que se vê abaixo:

PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONAL. PENSÃO POR MORTE. RATEIO. ESPOSA E CONCUBINA. POSSIBILIDADE. HIPÓTESE CONFIGURADA. DEVOLUÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. TUTELA ESPECÍFICA. [...] 8. A princípio, dentro do quadro evolutivo jurídico, marcado pela valorização

do afeto e superação de formalismos, parece ter sido preservada a vigência do princípio jurídico da monogamia. Isto porque não se pode olvidar que o modelo monogâmico ainda é o que melhor atende às aspirações da sociedade contemporânea, garantindo a estabilidade necessária à educação da prole e ao desenvolvimento do homem na qualidade de agente econômico, político e social. 9. Nessa linha de raciocínio, o reconhecimento de direitos previdenciários decorrentes de concubinato impuro depende de uma série de requisitos que demonstrem cabalmente a existência de dois relacionamentos (casamento e concubinato) que em praticamente tudo se assemelhem, faltando ao segundo tão-somente o reconhecimento formal. Deve ser levado o efetivo "ânimo" de constituição de uma unidade familiar para fins de proteção mútua e estatal, com suas respectivas variáveis, tais como eventual dependência econômica, tempo de duração da união, existência de filhos, etc. Do contrário, deve prevalecer o interesse da família legalmente constituída. 10. Na hipótese dos autos, correta a sentença que determinou o rateio da pensão entre esposa e concubina, eis que restou demonstrado pela autora que seu relacionamento duradouro com o de cujus se revestia dos requisitos necessários para a caracterização da união estável constitucionalmente protegida. (TRF-4 - AC: 4841 RS 2008.71.99.004841-2, Relator: JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA, Data de Julgamento: 13/01/2010, SEXTA TURMA, Data de Publicação: D.E. 21/01/2010).

Consoante entendimento esposado pelo Relator João Batista Pinto Silveira, na atualidade a família tem sido alvo de profundas reflexões, as quais vêm resultando em modificações no modo de pensá-la e defini-la. Não se trata de questionar a instituição familiar em si, mas sim a forma que adquiriu como resultado do processo histórico que desembocou nos padrões sociais atuais. Com a imposição legal da igualdade entre homens e mulheres, bem como em virtude da necessidade de proteção à dignidade da pessoa humana, constatou-se a relevância de se adequar o conceito de modelo familiar, já não mais nos moldes tradicionais.

Dessa forma, para o Relator, a reformulação jurídica do conceito de família é mero reflexo das inovações ocorridas no cenário social. No momento atual, busca-se consolidar um novo formato a ser conferido à família, tendo o ordenamento jurídico pátrio passado a sofrer alterações significativas, a fim de se adequar aos novos anseios da sociedade.

Com isso, o Relator conclui seu voto argumentando que 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, é possível reconhecer como família os sujeitos envolvidos em concubinato. Portanto, ele considera cabível o rateio entre a esposa e a concubina.

Da mesma maneira, entendeu a Câmara Regional Previdenciária da Bahia, no ano de 2016, ao determinar a divisão igualitária da pensão do cônjuge falecido entre a esposa e a companheira, confirmando a sentença do Juízo Federal da 8ª Vara do mesmo estado no processo de nº 0006615-59.2005.4.01.3300/BA.

No seu voto, o juiz federal relator Saulo Casali Bahia, elucidou que compreende que a proteção constitucional da família deverá sobressair sobre a proteção legal do casamento estabelecida pelo Código Civil, e que, por isso, a possibilidade de rateio da pensão entre cônjuge e companheira vem sendo aceita pela jurisprudência. Assim, asseverou ainda que foi comprovada a existência de união estável paralela entre a companheira e o falecido segurado, além de dependência econômica, causas que asseguram o direito ao recebimento do benefício.

Para o desembargador Lourival Serejo, presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família da seção do estado de Maranhão, a decisão foi acertada e evidenciou a sensibilidade do relator em considerar uma situação de fato, equiparando-a ao casamento.

Se a união estável se configura de forma indiscutível pela demonstração dos seus requisitos, não há que se objetar com argumentos contrários à formação de uma família paralela ao casamento. A família que a Constituição protege não tem adjetivo; ela é, existe, tem afeto e é a face de todas as famílias. [...]. Ainda são raras as decisões que reconhecem a concomitância de uma união estável ao casamento. Ao longo do tempo, esperamos que a força dos fatos domine o conservadorismo dos que negam essa realidade.

O referido desembargador ainda continua aduzindo que o Direito Previdenciário tem sido o astro em muitas dessas inovações e pondera que talvez seja por esse ramo possuir um alcance social intenso:

A Lei nº 8.213/1991, ao cuidar dos dependentes, ampliou o conceito de família, o que veio ratificado pela Lei nº 8.742/1993, com a ressalva: desde que morem sob o mesmo teto. Nessa abrangência está contida a ideia de afeto como forma de parentesco, muito antes de sua admissão pacífica no Direito de Família.

Existem decisões nas duas direções nos Tribunais Regionais Federais e nos Tribunais de Justiça. As decisões que defenderam o cabimento do rateio da pensão por morte deixada pelo de cujus entre a (o) concubina (o) e esposa (o) se basearam, principalmente no princípio da dignidade da pessoa humana, levando em

consideração que a realidade concreta dos fatos não poderia ser ignorada, ainda que não houvesse um vínculo formal entre as partes. Ainda, sustentam que ainda que houvesse o adultério, este não deveria obstar a proteção da dignidade humana, vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. PENSÃO POR MORTE DE SEGURADO. CONCUBINATO. POSSIBILIDADE. 1 - Por mais que esteja em nosso ordenamento prestigiada a monogamia, não se pode fechar os olhos à realidade deixando desamparada a concubina, que, não obstante a inexistência de vínculo formal com o servidor, estava em igualdade de condições com a esposa. Este entendimento não traz consignada a validação da duplicidade de relações maritais; pretende-se, apenas, guiado pelo senso de justiça, regular as conseqüências das circunstâncias fáticas, evitando-se deixar à margem da proteção jurídica a concubina, que tinha vida em comum sob o mesmo teto more uxório com o servidor, embora não com exclusividade. (AG 2005.04.01.056483-2/RS, Rel. Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon, DJU 14-06-06, p. 490).

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. ESPOSA E CONCUBINA. RATEIO. POSSIBILIDADE. 1. Para a concessão do benefício de pensão por morte, no caso de companheira, há necessidade de comprovação de união estável. 2. Na hipótese, ainda que verificada a ocorrência do concubinato impuro, não se pode ignorar a realidade fática, concretizada pela longa duração da união do falecido com a concubina, ainda que existindo simultaneamente dois relacionamentos, razão pela qual é de ser deferida à autora o benefício de pensão por morte na quota-parte que lhe cabe, a contar do ajuizamento da ação. ” (TRF4, AC 2000.72.04.000915-0, Quinta Turma, Relator p/ Acórdão Luiz Antonio Bonat, D.E. 15/09/2008).

PENSÃO - ESPOSA E CONCUBINA - DIVISÃO EQUANIME. Agiu bem a autoridade administrativa ao dividir a pensão vitalícia por morte de servidor que em vida manteve concomitantemente duas famílias, entre a esposa legítima e a concubina. Inexiste direito líquido e certo da esposa à exclusividade do recebimento da pensão, se provado está que a concubina vivia sob a dependência econômica do de cujus. Ato administrativo que se manifesta sem qualquer vício ou ilegalidade. Ordem denegada. (TJ-DF - MS 6648/96 - Acórdão COAD 84999 - Rel. Dês. Pedro de Farias - Publ . em 19.08.1998).

PENSÃO POR MORTE- DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA - CONCUBINATO IMPURO. [...] Conforme orientações trazidas pela Constituição Federal de 1988, que fazem emergir a isonomia entre o casamento e a união estável, é de se reconhecer os efeitos que gera o concubinato, ainda que impuro, no âmbito previdenciário, devendo a pensão ser rateada entre a esposa, a concubina e os demais dependentes. (TRF-4ª Região - Ap. Civ. 2000.72.05.003747-5/SC – Turma Suplementar – Rel. Des. Ricardo Teixeira do Valle Pereira – Publ. em 03.04.2007)

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, como veremos afrente, mantêm um posicionamento mais conservador, não concedendo o rateio da pensão previdenciária entre a concubina e a

esposa/companheira, tendo como fundamento da decisão que o ordenamento jurídico pátrio não legitima tais uniões.

Com isso e com o instituto da vinculação dos precedentes dos Tribunais Superiores, hoje as decisões, em sua maioria, são no sentido de negar a possibilidade do rateio da pensão por morte entre o cônjuge ou companheiro (a) e o concubino (a). Digo em sua maioria, pois tem aumentado o número de decisões de primeiro e segundo grau que caminham no sentido de reconhecer as duas relações como legítimas.

A Turma Nacional de Unificação (TNU), inclusive, no julgamento do processo 050664-28.2012.4.05.8300, entendeu que "No caso de relações concomitantes, não há concurso entre esposa e concubina pela pensão previdenciária". No mesmo sentido:

PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO NACIONAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. UNIÕES ESTÁVEIS PARALELAS. IMPOSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO DO INCIDENTE. [...] 2. O aresto combatido entendeu que não estariam presentes os requisitos à concessão do benefício previdenciário, em razão da ocorrência, no caso concreto, de simultaneidade de uniões estáveis entre o segurado, a parte-autora e terceira mulher. [...] 8. No paradigma (Processo Nº 144904620074014, TR/PI, rel. Juiz Federal Derivaldo de Figueiredo Bezerra Filho, j. 01.12.2008), decidiu-se pelo cabimento do reconhecimento do direito ao recebimento de pensão por morte em caso de "dois núcleos familiares, ambos passíveis de conversão em casamento civil". [...] 12. Vê-se que a admissão da união estável como fundamento da concessão de pensão por morte reporta-se à Constituição Federal: Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio § 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. § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. 13. Como é consabido, o pressuposto para concessão de pensão à(ao) companheira(o) é a comprovação da união estável, reconhecida como entidade familiar, que vem definida no artigo 1º, da Lei 9.278/96, que regulamentou o § 3º, do artigo 226, da Constituição Federal, como a convivência duradoura, pública e contínua entre um homem e uma mulher, com o objetivo de constituição de família. [...] 26. Conceder o benefício de pensão por morte à concubina, ou a companheiras, pois, é emprestar por demais elastério ao rol de beneficiários legalmente estabelecidos, nele incluindo quem a lei não incluiu, permitindo que o

segurado simplesmente escolha pessoa que a lei não previu para figurar no rol de seus dependentes. (Turma Nacional de Unificação no julgamento do PEDILEF 05274176920104058300 - Relator JUIZ FEDERAL SÉRGIO MURILO WANDERLEY QUEIROGA, DOU 05/02/2016)

Permanece, portanto, evidente a divergência jurisprudencial que ainda não encontrou um entendimento consolidado sobre o tema.

6.2.2 Entendimento do STJ

O Superior Tribunal de Justiça há algum tempo atrás já se posicionou a favor do rateio da pensão por morte, onde no Recurso Especial nº 742.685/RJ, o relator Ministro José Arnaldo da Fonseca concedeu à companheira concubina o direito ao recebimento do benefício em 50% (cinquenta por cento) da pensão instituída pelo falecido.

PENSÃO PREVIDENCIÁRIA - PARTILHA DE PENSÃO ENTRE A VIÚVA E A CONCUBINA - COEXISTÊNCIA DE VINCULO CONJUGAL E A NÃO SEPARAÇÃO DE FATO DA ESPOSA - CONCUBINATO IMPURO DE LONGA DURAÇÃO. Circunstâncias especiais reconhecidas em Juízo. Possibilidade de geração de direitos e obrigações, máxime no plano da assistência social. Acórdão recorrido não deliberou à luz dos preceitos legais invocados. Recurso especial não conhecido" (STJ - REsp 742.685-RJ - 5a Turma - Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca - Publ. em 05.09.2005).

Entretanto, atualmente, o STJ se posiciona na direção de que

“da leitura do acórdão recorrido, o que se conclui é que o Tribunal a quo reconheceu haver o concubinato, especificamente quando julgou os aclaratórios, nos quais sustenta: ‘a existência de impedimento ao casamento previsto no Código Civil, não invalida a proteção social conferida pela constituição Federal à união estável entre o homem e a mulher, como entidade familiar’. Apesar deste posicionamento do Tribunal de origem, a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que é possível o rateio de pensão entre a viúva e a companheira com quem o instituidor da pensão mantinha união estável, assim entendida aquela na qual inexistente impedimento para a convalidação do relacionamento em casamento, que somente não se concretiza pela vontade dos conviventes. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no AREsp 329879 PE 2013/0111362-9, Relator Ministro Humberto Martins, DJe de 26/08/2013).

No mesmo sentido, em outra decisão, sustenta que:

No caso dos autos, todavia, não se verifica a existência de relação estável, mas, sim, de concubinato, pois o instituidor da pensão 'manteve os dois relacionamentos por um longo período concomitantemente', consoante consta do acórdão recorrido, o que impossibilita o recebimento de pensão pela agravante, na esteira do entendimento jurisprudencial deste Tribunal. (STJ, AgRg no REsp 1344664 RS 2012/0195969-7, Relator Ministro Humberto Martins, DJe de 14/11/2012).

Em semelhante entendimento, o Superior Tribunal de Justiça também não confere o rateio da pensão previdenciária à concubina, consoante se observa das ementas abaixo transcritas:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO AGRAVADA. RECONSIDERAÇÃO. NECESSIDADE. SIMULTANEIDADE DE RELAÇÃO MATRIMONIAL E CONCUBINATO. UNIÃO ESTÁVEL. IMPOSSIBILIDADE. 1. A existência de impedimento legal para o matrimônio, por parte de um dos pretendidos companheiros, obsta a constituição da união estável, inclusive para fins previdenciários. 2. Agravo regimental provido. Recurso especial a que se dá provimento. (STJ - AgRg nos EDcl no REsp: 1059029 RS 2008/0110259-0, Relator: Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), Data de Julgamento: 15/02/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/02/2011)

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. COMPARTILHAMENTO DA PENSÃO ENTRE A VIÚVA E CONCUBINA. IMPOSSIBILIDADE. CONCOMITÂNCIA ENTRE CASAMENTO E CONCUBINATO ADULTERINO IMPEDE A CONSTITUIÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL, PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Para fins previdenciários, há união estável na hipótese em que a relação seja constituída entre pessoas solteiras, ou separadas de fato ou judicialmente, ou viúvas, e que convivam como entidade familiar, ainda que não sob o mesmo teto. 2. As situações de concomitância, isto é, em que há simultânea relação matrimonial e de concubinato, por não se amoldarem ao modelo estabelecido pela legislação previdenciária, não são capazes de ensejar união estável, razão pela qual apenas a viúva tem direito à pensão por morte. 3. Recurso especial provido. ” (REsp n. 1.104.316/RS, Sexta Turma, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 18/5/2009.)

Entretanto, em contrapartida, por razões processuais, a Sexta Turma do STJ manteve a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) que reconheceu a divisão de pensão por morte entre duas ex-companheiras do falecido, vejamos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. PENSÃO POR MORTE. UNIÃO ESTÁVEL. ACÓRDÃO RECORRIDO. FUNDAMENTO NÃO IMPUGNADO. SÚMULA 283/STF. INCIDÊNCIA. 1. O Tribunal de origem concedeu pensão às duas mulheres que conviviam com o servidor falecido, em união estável, tendo em vista a convivência marital, a dependência econômica e a existência de prole em ambos os casos. 2. A autarquia recorrente, por sua vez, limitou-se à alegação de que não há como conceder a pensão em conjunto às autoras, pois a legislação brasileira não prevê união estável de um homem com duas companheiras, em concomitância. 3.

Encontra óbice na Súmula nº 283 do Supremo Tribunal Federal o recurso especial que não ataca fundamento suficiente para manter o acórdão. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 979.562 - RS 2007/0192175-9. Relator Ministro Og Fernandes - Data do Julgamento: 09 de abril de 2013)

O TRF4 reconheceu a existência de duas uniões estáveis simultâneas com o mesmo homem, nas duas existindo filhos. Além do mais, haveria também dependência econômica de ambas em relação ao falecido, eram esses os motivos alegados pelos quais as duas ex-companheiras deveriam dividir a pensão por morte.

Já em relação ao reconhecimento do concubinato como sociedade de fato, o STJ tem o entendimento firmado que é possível a aplicação da súmula 30 do STF, evitando-se o enriquecimento ilícito. No entanto, vem afastando a possibilidade de indenização por serviços prestados, uma vez que o Estado não confere proteção a esse arranjo familiar, apenas ao casamento.

Podemos concluir, portanto, que o Superior Tribunal de Justiça tem o posicionamento restritivo no tocante aos direitos da concubina, impossibilitando o rateio do benefício previdenciário de pensão por morte entre a esposa e amante.

6.2.3 Entendimento do STF

O Supremo Tribunal Federal decidiu, no julgamento do RE 397.762/BA pela não concessão do rateio entre concubina e esposa, tendo em vista que a proteção do Estado alcança apenas as uniões legítimas, e nestas não estaria incluso o concubinato.

Fora sustentado que concubinato não pode ser equiparado à união estável, e, por isso, estaria à margem da Constituição Brasileira. O STF entendeu que a união estável possui a pretensão de se tornar casamento, enquanto que o concubinato busca o contrário, pôr fim ao mesmo.

Em linhas gerais, o Ministro relator Marcos Aurélio de Mello, em seu voto, decidiu que o intuito maior do artigo 226 da Constituição Federal é a proteção ao casamento, tendo em vista que o reconhecimento da união estável pressupõe a

possibilidade de conversão em casamento, o que é inviável no concubinato. Salientou que, na legislação ordinária, o Código civil não admite a configuração de união estável se um dos integrantes já é casado e não está separado de fato.

O Ministro ainda considerou o concubinato ilegítimo e com fundamento na segurança jurídica negou a concessão de pensão por morte à concubina. Por fim, observou que conceder pensão à concubina seria permitir que ela se beneficiasse da própria torpeza, por se tratar de uma situação ilegal.

Por outro lado, o Ministro Carlos Ayres Britto criticou a permanência da utilização da palavra “concubinato”, e defendeu que deve ser feita uma interpretação teleológica da Constituição Federal para identificar a necessidade de proteção da família pelo Estado, de forma ampla, e que o modo pelo qual a família se constituiu é absolutamente secundário.

Defende ainda que o Estado deve atuar tutelando a família, a criança, o adolescente e o idoso, devendo atuar, portanto, como instância protetiva e “não censura ou por qualquer modo embaraçante”. De acordo com o Ministro:

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”. Ele, coração humano, a se integrar em um contexto empírico da mais entranhada privacidade, perante a qual o Ordenamento Jurídico somente pode atuar como instância protetiva. Não censura ou por qualquer modo embaraçante. (voto Ministro Carlos Ayres Britto, 2008, p. 10).

Em outro julgamento, RE 590779/ES, foi reiterado o entendimento firmado no RE 397762/BA, afastando a possibilidade de rateio ao benefício previdenciário, tendo em vista a proteção conferida apenas à união estável, e não ao concubinato.

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. (STF - RE: 590.779 ES, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 10/02/2009, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-059 DIVULG 26-03-2009 PUBLIC 27-03-2009 EMENT VOL-02354-05 PP-01058).

Mais uma vez, o ministro Carlos Ayres Britto ao analisar o referido Recurso Extraordinário defendeu que: “Não existe concubinato, existe mesmo companheirismo e, por isso, acho que se há um núcleo doméstico estabilizado no tempo, é dever do Estado ampará-lo como se entidade familiar fosse”. Acrescentou ainda que: “O que interessa é que o núcleo familiar em si mesmo merece toda proteção”.

Ainda assim, por maioria dos votos, não foi reconhecido, pelo Supremo Tribunal Federal, o direito à concessão de pensão por morte à concubina, e é nesse sentido que vem decidindo o STF, baseado no fato de que a Constituição Brasileira protege apenas o núcleo familiar que tem a possibilidade de ser convertida em casamento.

Resta claro, portanto, que nossos grandes Tribunais se posicionam no sentido de restringir os direitos da concubina, impossibilitando o rateio do benefício previdenciário de pensão por morte entre a esposa e amante.

Entretanto, ocorreu de o Supremo reconhecer a repercussão geral do referido tema, que se encontra pendente de julgamento. Dessa maneira, encontram-se aguardando julgamento o Tema 526 – “Possibilidade de concubinato de longa duração gerar efeitos previdenciários”, questão que fora levantada no Recurso Extraordinário 669.465, bem como o Tema 529 – “Possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável e de relação homoafetiva e concomitantes, com o consequente rateio de pensão por morte” levantado no ARE 656.298 RG/SE.

Com isso, paira no ar a dúvida sobre qual posicionamento o nosso Supremo Tribunal Federal tomará.

6.3 NOVOS RUMOS NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Durante este estudo, é notável a evolução da norma, da doutrina e, principalmente, o progresso jurisprudencial nos ritos ordinários no sentido de

reconhecer as entidades não fundadas no matrimônio. O concubinato, que antes era utilizado de uma forma ampla, foi sistematizado, adotando-se uma forma dualista, que traz a noção de união estável e de concubinato propriamente dito.

O Direito, como já visto, não é uma ciência estática e imutável, estando aberto a novos fatores e conjugações sociais. O conceito de família, atualmente, não pode se restringir ao direito positivado, pois seus contornos vão além dos limites impostos pelo ordenamento. Pensar que existe apenas um tipo de arranjo familiar na sociedade atual e que apenas este deve ser legitimado é, no mínimo, sinal de delírio e significa ir de encontro com a própria essência do Direito, que foi criado para a sociedade. (IBRAHIM, 2015)

Esclarece Luiz Edson Fachin (2004) que “o direito dilatou-se sem perder densidade, e que na latitude atual da instância jurídica a família se renova em infindáveis dimensões de tempo e de espaço”.

Tanto na união estável putativa como no concubinato consentido existe um caráter familiar embutido, que eleva a relação paralela a um estado sócio afetivo muito maior que uma mera relação extraconjugal. O Direito, portanto, não pode simplesmente ignorar essas nuances, devendo atribuir efeitos diferentes a casos diferentes.

É anunciada na nossa própria Constituição Federal a laicidade do Brasil, entretanto, enfrentamos atualmente uma intensa pressão conservadora, ligada em grandes partes das vezes a correntes religiosas. A pressão conservadora acaba por influenciar na criação de novas leis, bem como no posicionamento do Poder Judiciário diante dos casos concretos.

É lamentável constatar que as visões dos grandes e respeitáveis Tribunais Brasileiros têm ignorado a finalidade protetiva da previdência social, que não se atém em tão alto grau aos aspectos formais da união entre duas pessoas, mas que se preocupa com o desamparo de alguma delas no momento em que ocorrer a morte de seu parceiro (a).

A jurisprudência que vem se formando é perigosa e privilegia uma relação em detrimento de outra que muitas vezes apresentam a mesma situação fática, sendo diferenciadas simplesmente em seu aspecto formal.

Sustenta o Fábio Zambitte Ibrahim que:

Como já dito, o pensamento tipicamente civilista não encontra respaldo pleno frente aos direitos sociais, especialmente aqueles que visam assegurar a vida digna. Não admitir a divisão de pensão nestas hipóteses será, sem dúvida, condenar dependentes previdenciariamente legítimos à miséria. (IBRAHIM, 2015, p. 535).

A verdade é que para o direito previdenciário não é importante se uma união possui como objetivo fim o casamento ou não, se esta foi formada de boa ou má-fé, ou se é notória e pública ou não; o que verdadeiramente importa é simplesmente o fato de existir uma nova união e, portanto, uma nova família que não deve ficar desassistida em nome da moral e dos bons costumes.

Nesse sentido, Fábio Zambitte Ibrahim aduz:

A proteção social não se subsume a uma concepção ideal de vida e família; não visa a impor projetos de vida ou condutas dentro da moral dominante, da mesma forma não se trata de cancelar uniões heterodoxas ou contrárias à moral dominante, mas sim de assegurar os meios mínimos de vida aos segurados e seus dependentes econômicos. Não é, também, benesse estatal ou caridade alheia, mas forma de seguro social atuarialmente financiado para atender a tais situações, como o concubinato, que não podem ficar ao largo do sistema por contrariar a moralidade dominante da sociedade e mesmo do direito privado sobre o que deve ser uma família. Admitir, em tais casos, a prevalência de um conceito de família e união estável, ainda que previsto na Constituição, em detrimento do direito à vida e à previdência social (igualmente previstos na Constituição), é chegar a um resultado inadequado de ponderação, afastando aspectos mais relevantes do bem-estar social em favor de uma moralidade dominante. [...]. Não se trata de alargar ou reduzir benefícios, mas somente de aplicá-los de acordo com os ideais de bem-estar e justiça social. (IBRAHIM, 2015, p. 535-536)

O que está em pauta para a previdência social não deve ser o perfeccionismo ético, e sim a sua finalidade protetiva e os fatos (IBRAHIM, 2015). Assim como se fala hoje de separação de fato, não importando o meio formal - frise-se inexistente - desta separação ter sido constituída, porque não poderia o Estado aceitar também a formação informal de famílias, ainda que simultâneas?

Portanto, fica a reflexão: não seria o caso de se pensar em novas direções da jurisprudência nas questões previdenciárias para abarcar também as uniões paralelas ao casamento?

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A previdência social faz parte da seguridade social e busca garantir, ao menos, o mínimo necessário para a sobrevivência de seus segurados e, por consequência, de seus dependentes com dignidade. Por isso, tem por grande objetivo e função a cobertura dos riscos sociais que eventualmente ocorrem.

Dáí, caberia assistência previdenciária e recebimento de pensão por morte ao (à) concubino (a), terceiro a parte de uma relação conjugal? A dependência econômica de fato existente deverá ser ignorada apenas por se tratar de uma relação configurada como concubinato?

Diante do estudo proposto, observou-se que estudos científicos apontam que a monogamia não seria natural ao ser humano, mas sim um mito imposto pela sociedade como mecanismo de controle. Entretanto, ela é um fenômeno presente na sociedade e que tem grande importância, posto que é prevista em lei, sendo normativamente vetadas as relações que a contrariem.

Com isso, alguns doutrinadores questionam se ela poderia ser considerada um princípio do Direito de Família ou uma regra. Ressaltou-se, por oportuno, que o princípio é uma norma jurídica de alto grau de generalidade e abstração, que expressa um valor fundamental de uma determinada sociedade e serve como base para o ordenamento jurídico.

Para a corrente que defende a monogamia como princípio, os argumentos utilizados são os de que ela gera efeitos tanto na esfera civil como penal, estabelecendo normas jurídicas cujo descumprimento resulta em sanção. Assim, os sujeitos envolvidos em concubinato não poderiam ser elevados à categoria de entidade familiar, pois o ordenamento se orienta pelo princípio da monogamia, que obsta o reconhecimento de uniões paralelas ao matrimônio.

A segunda corrente, por sua vez, argumenta que se a monogamia for considerada um princípio estruturante do Direito de Família, o Estado estará afastando da tutela do Direito toda uma gama de outras formas de convivência ligados pela afetividade. Assim, ela é considerada um mero valor jurídico que pode até chegar a

influenciar, mas não vincula os sujeitos. Desta forma, haveria uma maior liberdade aos particulares de constituírem diferentes arranjos familiares, dentre as quais, inclusive uma relação poligâmica.

Seguindo esta corrente, o dever de fidelidade conjugal preceituado no Código Civil seria flexibilizado em face dos princípios da igualdade, afetividade, solidariedade e liberdade, assim, o dever de fidelidade reduziu-se a mero vetor moral, não havendo que se falar em dever jurídico se do seu descumprimento não decorre uma sanção.

Desse modo, as uniões formadas por pessoas em concubinato poderiam ser reconhecidas como entidade familiar, gerando efeitos nesta seara e nas demais e não apenas no direito obrigacional. Inclusive porque, quando se perpetua no tempo, o desenvolvimento natural do concubinato se assimila ao de qualquer relação afetiva, chegando-se à formação de uma família com filhos e patrimônio próprio.

Tendo como base estas considerações, o estudo avançou para a análise do concubinato, observando seus aspectos principais na lei, doutrina e jurisprudência. Verificou-se que no Brasil, houve uma época de indiferença quanto a existência do concubinato, pois a jurisprudência e doutrina não tratavam sobre o assunto. Com a Constituição Federal de 1988, a união estável passou a ter reconhecimento de entidade familiar, se diferenciando do concubinato adulterino, entre pessoas impedidas do matrimônio.

Assim, atualmente, o ordenamento jurídico adota uma sistemática dualista, que separa os dois institutos. A união estável é reconhecida como família, de modo que a competência para julgar conflitos daí existentes é da Vara de Família, enquanto o concubinato é considerado como uma sociedade de fato, de competência das Varas Cíveis pois se discutem direitos obrigacionais.

O Código Civil de 2002 trouxe algumas passagens que tratam sobre o concubinato, contudo, restringindo o alcance de seus efeitos aos sujeitos envolvidos. No campo dos contratos, é vedada a doação de bens pelo cônjuge adúltero ao seu cúmplice, podendo ser anulado pelo cônjuge traído ou seus herdeiros necessários no prazo de dois anos. Em relação ao direito sucessório, o código estabelece que é vedada a nomeação do concubino herdeiro ou legatário do testador casado. Quanto

aos alimentos, o dever de prestação é inexistente em se tratando de concubinato, uma vez que este não consta no rol de legitimados para pleitear.

Em seguida, foi abordado o benefício da pensão por morte, que é devida aos dependentes previstos na legislação previdenciária do segurado que vier a falecer. Trata-se de um benefício que objetiva não permitir que aqueles que dependiam financeiramente e diretamente do segurado, fiquem desassistidos economicamente e fossem condenados à miséria.

Passadas estas análises, chegou-se ao ponto decisivo do trabalho, no qual se indagou sobre a possibilidade de o ordenamento jurídico pátrio conferir direitos à amante. No tocante ao Direito Previdenciário, não há previsão legal que legitime direitos aos benefícios previdenciários por uma entidade familiar oriunda das uniões paralelas entre pessoas impedidas de casar.

Em verdade, a legislação prevê que são legitimados a receber o benefício em comento o cônjuge, companheiro (a) e dependentes, ou seja, da mesma maneira, não há na legislação previdenciária nenhum dispositivo que vede e obste o recebimento da pensão por morte pelo concubino (a).

Ocorre que, ainda assim, a jurisprudência dos tribunais superiores e parte da doutrina, defendem ser indevida a concessão do referido benefício ao (a) concubino (a). Por outro lado, existem também entendimentos de outra parte dos doutrinadores previdenciários e decisões no sentido de conceder a pensão por morte ao (a) concubino (a) em concorrência com a (o) esposa (o) ou companheira (o) e os demais dependentes.

Assim, restou mais evidente que o Direito não é um fenômeno estático, mas está em constante mudança, de modo que o legislador deve ficar atento aos novos valores socioeconômicos e culturais que surgem na sociedade a todo instante. A evolução do Direito permite, portanto, que existam doutrinadores favoráveis a atribuir ao concubinato o status de entidade familiar.

O contraponto em tela seria o dever de fidelidade conjugal, sendo entendido por parte da doutrina que ele não pode ser considerado uma obrigação, e sim, mera faculdade do particular, não cabendo ao Estado adentrar nesta esfera pessoal. Assim,

tendo em vista sua flexibilização, seria possível a configuração de direitos à concubina. Mas esta não é uma premissa, sendo possível encontrar na doutrina e jurisprudência diversas linhas de entendimento.

O primeiro entendimento é o de que o concubinato não gera direitos em nenhuma esfera, pois o ordenamento é guiado pelo princípio monogâmico, de modo que quando a lei se refere ao concubinato, é para restringir direitos e não conceder.

A segunda corrente afirma que o concubinato gera direitos, mas apenas na esfera obrigacional, pois esta é uma sociedade de fato. Alguns doutrinadores desta corrente acreditam, inclusive, que a concubina deveria ser indenizada pelos serviços prestados.

Já a terceira corrente, por sua vez, entende que o concubinato é uma entidade familiar, que gera efeitos na seara familiarista, previdenciária e sucessória, tendo em vista que ele gera laços afetivos, de modo a caracterizar os sujeitos envolvidos como uma família e não como uma sociedade de fato.

A partir desta terceira corrente, foi possível pensar em conferir direitos à concubina. Contudo, não seriam em todas as hipóteses de concubinato que o Direito reconheceria o caráter familiar. A doutrina majoritária aponta que apenas em dois casos isso poderia acontecer: na união estável putativa, quando há uma relação duradoura concomitante à outra, na qual as partes envolvidas se acham desimpedidas para casar quando na verdade não estão; e no concubinato consentido, onde há uma relação plúrima na qual os partícipes consentem previamente. É o chamado poliamorismo.

Foi trazido também o pensamento do Wladimir Martinez, que defende que, na seara previdenciária, companheira e concubina ocupam o mesmo grau de dependência. Para ele, amante é quem tem um caso extraconjugal, entretanto sem relação de dependência mútua, e companheira e concubina são relações duradouras e estáveis, caracterizadas pela dependência econômica e que, independentemente de uma pessoa nessa relação possuir outro relacionamento, caberá o recebimento da pensão por morte, ainda que rateado.

O posicionamento dos Tribunais Superiores, entretanto, tem sido contrário a estas últimas teses. O Superior Tribunal de Justiça afastou a possibilidade de rateio da pensão previdenciária e tratou o concubinato como sociedade de fato, não reconhecendo como entidade familiar, mas conferindo direitos na esfera obrigacional.

Em consonância, o Supremo Tribunal Federal, ao se tratar da possibilidade de rateio da pensão por morte entre a esposa e a concubina, afastou a possibilidade, defendendo apenas as uniões legitimadas pelo Estado. Entretanto, por último, reconheceu a repercussão geral do referido tema, que se encontra até o momento pendente de julgamento (Tema 526 – “Possibilidade de concubinato de longa duração gerar efeitos previdenciários” e o Tema 529 – “Possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável e de relação homoafetiva e concomitantes, com o consequente rateio de pensão por morte”).

Diante de todo o exposto, o presente trabalho concluiu que o ordenamento jurídico pátrio dominante confere direitos à concubina, mas não reconhece as relações oriundas do concubinato como entidades familiares, reconhecendo apenas o efeito patrimonial. Assim, o dever de fidelidade conjugal e o fenômeno da monogamia obstam ao reconhecimento no Direito de Família e, conseqüentemente, no Direito Previdenciário, das relações com concubinos, mas não obsta a produção de efeitos patrimoniais, sob pena de enriquecimento ilícito.

Contudo, já existem julgados e estudos doutrinários que conferem status familiar aos sujeitos envolvidos nas relações tratadas. Trata-se de tema não pacificado, que ainda passa por um processo de amadurecimento jurisprudencial e doutrinário e que aguarda o pronunciamento final do STF em sede de julgamento de repercussão geral.

Levando em consideração que o Direito e as leis previdenciárias existem com o objetivo de proteger o ser humano, não deve haver uma interpretação literal e restrita dos mesmos, devendo cada caso ser criteriosamente analisado. Ao invés de preterir um instituto em prol de outro, o Direito deveria, na realidade, proteger todos os indivíduos que compõem a sociedade.

São essas situações que guardam em si uma evolução da sociedade que preza outros valores para o reconhecimento de família e cabe ao Direito, portanto,

reconhecer as peculiaridades de cada caso e produzir a solução que melhor cumpra o seu papel de justiça. Inclusive porque, como fora bem colocado por Georges Ripert, “Quando o Direito ignora a realidade, a realidade se vingará ignorando o Direito”. Pois bem.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Síntese da minirreforma previdenciária - Medida provisória 871/2019.** Jus podivm. Disponível em: <<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/64b5cf33bbc3661fcd8b5a65f9d5ed1d.pdf>>. Acesso em: 26 de fev. de 2019.

AURVALLE, Luís Alberto d’Azevedo. **A pensão por morte e a dependência econômica superveniente.** Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 18, jun. 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/Edicao018/Luis_Aurvalle.htm>. Acesso em: 27 de fev. de 2019.

BARASH, David P; LIPTON, Judith Eve. **O mito da monogamia.** Rio de Janeiro: Record, 2007. Tradução de Ryta Vinagre.

BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no Direito Contemporâneo e no discurso transnacional, RT, ano 101, v. 919, maio de 2012, p.127-196.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. **Código Civil**, 2002. São Paulo: Saraiva. 2014.

_____. **Código Civil**, 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em 22 de fev. de 2019.

_____. **Lei nº 8.212.** 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L8212cons.htm>. Acesso em 30 de jan. de 2019.

_____. **Lei nº 8.213.** 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L8212cons.htm>. Acesso em 21 de jan. de 2019.

CASTILHA, Ricardo. **Pensão por morte e o chamado concubinato adúltero à luz da jurisprudência.** Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/pensao-por-morte-e-o-chamado-concubinato-adulterino-a-luz-da-jurisprudencia/8829>>. Acesso em 12 de jan. de 2019.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário** – 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. **Manual das Sucessões.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro. 5. Direito de família.** São Paulo: Saraiva. 2010.

FACHIN, Luiz Edson. **Latitudes do singular direito da família plural.** 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de / ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil, vol 6, Direito das Famílias.** Salvador: Jus Podivm. 2012.

_____. **Curso de direito civil: sucessões.** 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

FERREIRA, Aurélio Buarque. **Dicionário da Língua Portuguesa.** Disponível em: <www.dicionariodoaurelio.com> Acesso em 15 de fev. de 2019.

FIGUEIREDO, Roberto; FIGUEIREDO, Luciano. **Direito Civil Família e Sucessões.** 1ª edição: Jus Podivm. 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil, Direito de Família.** São Paulo: Saraiva. 2012.

_____. **Novo Curso de Direito Civil, Contratos: Teoria Geral.** São Paulo: Saraiva. 2013.

GOEDERT, G. **União Poliafetivas: O Reconhecimento Jurídico Como Entidade Familiar.** Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/166566/Trabalho%20de%20Conclus%C3%A3o%20de%20Curso%20-%20vers%C3%A3o%20reposit%C3%B3rio.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 21 de fev. de 2019.

GOMES, Orlando. **Direito de Família.** Ed. Forense. 13. Ed. 2000. Atualizador: Humberto Theodoro Júnior.

IBDFAM. **Família poliafetiva e especialistas reagem à decisão do CNJ.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6674/Fam%C3%ADlia+poliafetiva+e+especialistas+reagem+%C3%A0+decis%C3%A3o+do+CNJ>>. Acesso em 13 de fev. de 2019.

_____. **Pensão por morte de segurado vai ser dividida entre ex-esposa, companheira e espólio.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5962/Pens%C3%A3o+por+morte+de+segurado+vai+ser+dividida+entre+ex-esposa,+companheira+e+esp%C3%B3lio>>. Acesso em 06 de mar. de 2019.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário.** 20. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2015.

JORNAL JURID. **Mulher é excluída de herança por não comprovar que desconhecia casamento do amante.** Disponível em: <<https://www.jornaljurid.com.br/noticias/mulher-e-excluida-de-heranca-por-nao-comprovar-que-desconhecia-casamento-do-amante>>. Acesso em: 26 de fev. de 2019.

KAYAT, Roberto Carlos Rocha. **Inatividade Remunerada e Pensão dos Militares das Forças Armadas.** Salvador: Ed. JusPodivm, 2014. (Coleção Prática de Direito Previdenciário, v. 27).

KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 15. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. São Paulo: Saraiva. 2011.

_____. **Comentários ao Código Civil: Parte Especial: das várias espécies de contratos**. São Paulo: Saraiva. 2003.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense. 2011.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios do Direito Previdenciário**. 5.ed. São Paulo: LTr, 2011.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 33. ed. São Paulo/SP, Brasil: Atlas, 2013.

MEIRA, Maria Iracema de Castro. **União Poliafetiva: Aplicação Da Teoria Do Poliamor E Sua Possibilidade Jurídica**. Universidade Estadual de Ponta Grossa, 2015. Disponível em <www.simposiodedireitoepeg.com.br/2015/down.php?id=1183&q=1> Acesso em 18 de fev. de 2019.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NICODEMOS, Erika. **Direito de Família Contemporâneo**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/26392/direito-de-familia-contemporaneo>>. Acesso em 05 de dez de 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Concubinato: sua moderna conceituação**. Revista Forense. 1988.

_____. **Instituições de direito civil – Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. Rio de Janeiro: Forense. 2012.

_____. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva. 2003.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional**. Rio de Janeiro. Renovar, 2005.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

STJ. Partilha de bens em concubinato impuro exige comprovação de esforço comum. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Partilha-de-bens-em-concubinato-impuro-exige-comprova%C3%A7%C3%A3o-de-esfor%C3%A7o-comum>. Acesso em: 26 de fev. de 2019.

TARTUCE, Flávio / SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil vol.5: Direito de Família.** Rio de Janeiro: Forense. 2012.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil.** Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

KANT, Immanuel. **Fundamentação Da Metafísica Dos Costumes E Outros Escritos.** São Paulo: Martin Claret, 2008