

**ESTUDOS DE JULGADOS SOBRE A DIVISÃO DA PENSÃO PREVIDENCIÁRIA
POR MORTE NAS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS****CASE STUDIES ABOUT THE DIVISION OF SOCIAL PENSION FOR DEATH
IN SIMULTANEOUS FAMILIES**

AURO HADANO TANAKA

LEANDRO JORGE DE OLIVEIRA LINO

RESUMO

Com a evolução da sociedade para além dos dogmas dos limites da família baseada nas uniões tradicionais heterossexuais e monogâmicas, surgem novos fatos jurídicos, que não podem ser deixados ao lado pelo Direito. As famílias simultâneas, antes vistas como concubinato, surgem como um dos novos modelos jurídico e social de família, irradiando seus efeitos para além dos limites do Direito das Famílias, chegando a influenciar no Direito Seguridade Social, principalmente no tocante à divisão da pensão por morte. Este estudo apresenta uma visão dos Tribunais sobre o tema.

Palavras-Chave: famílias simultâneas. união estável. pensão previdenciária por morte. Cidadania.

ABSTRACT

As society evolves and surpasses the dogmas of the limits of the families based on traditional heterosexual and monogamist unions, arise new legal facts that cannot be laid aside by Law. The simultaneous families, seen before as concubinage, arise as one of the new legal and social family reference, spreading its effects beyond the limits of Family Law, influencing Social Security Law, mainly as to the division of the Pension by Death. This essay presents a Court's vision about the theme.

Keywords: simultaneous families. stable union. social pension for death. Citizenship.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Da terminologia. 2. Conceito constitucional de famílias. 3. Monogamia e poliamor. 4. Famílias simultâneas. 4.1. União estável. 4.2. União estável simultânea ao casamento. 4.3. Uniões estáveis simultâneas. 5. O direito a pensão por morte. 5.1. Dependentes previdenciários. 5.2. A concubina como dependente previdenciária. 6. Divisão da pensão previdenciária por morte nas famílias simultâneas sob a visão dos tribunais. 6.1. Jurisprudência do STF. 6.2. Jurisprudência do STJ. 6.3. Jurisprudência da TNU. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Este trabalho analisa a posição dos Tribunais nacionais sobre casos de famílias simultâneas e seus reflexos no Direito da Seguridade Social, em essencial na divisão da pensão por morte nos seguintes tribunais superiores: da Turma Nacional de Uniformização Jurisprudencial da Justiça Federal, do STJ e do STF.

O tema possui relevância, eis que o aplicador do Direito não pode ficar preso à norma posta, necessitando se adaptar à realidade vivida pela sociedade.

Dias (2011, p. 29), esclarece que o legislador positivo não consegue acompanhar à evolução social ocorrida na sociedade, quanto mais “contemplar as inquietações da família contemporânea”. Segundo a autora, o legislador além de não conseguir captar todas as reais mudanças sociais ocorridas, se limita e fazer uma atualização apenas proforma das leis, não se arvorando em avançar além do modelo jurídico tradicional positivista, baseado apenas nas leis em dissonância com a realidade social.

Nesta mesma esteira de pensamento temos o ensinamento de Hironaka (2013, p. 199):

[...] E, como disse Jean Cruet, “nous voyons tous les jours la société refaire la loi, on n’a jamais vu la loi refaire la société”, isto é, “nós vemos, todos os dias, a sociedade refazer a lei; não se vê, jamais, a lei refazer a sociedade” ^[1].

Bem assim. E bem por isso, temos observado que a nossa legislação tem se mostrado incapaz de acompanhar a evolução, a velocidade e a complexidade dos mais diversos modelos de núcleos familiares que se apresentam como verdadeiras entidades familiares, embora o não reconhecimento legal.

Conclui-se, portanto, que cabe aos operadores do Direito interpretar as leis de forma a fazer com que se cumpram os preceitos ditados pela Constituição Federal, mormente nesse tema tão atual como é o caso dos novos tipos de entidades familiares que se lastreiam na afetividade e não na norma pura e literal.

1 CONCEITO CONSTITUCIONAL DE FAMÍLIAS

A Constituição de 1988 veio ao encontro das evoluções sociais ocorridas durante o lapso temporal constituído entre a antiga Constituição Federal, o Código Civil de 1916 e a dita nova ordem constitucional. Assim sendo, trouxe plasmado em seu artigo 226, §3.º, o novo conceito

de família, passando a prever, no mínimo, três espécies, baseadas nas relações fáticas existentes em nossa sociedade, e reconhecendo efeitos jurídicos a relações extra matrimônio. A Ministra Hironaka (2015), nos esclarece sob o novo conceito constitucional de famílias trazido pela Constituição Federal de 1988:

A família deixou de ser família patriarcal e matrimonializada que predominou no anterior século e na anterior Lei Civil brasileira. A Constituição da República, em 1988, acolheu os anseios da sociedade, no sentido da multiplicação dos modelos familiares, registrando aos menos três, a família oriunda do casamento, a família oriunda da união estável e a família monoparental. (HIRONAKA, 2015, p. 200).

Para a autora, o conceito constitucional de famílias veio atender aos anseios da sociedade e romper com modelo de família patriarcal e matrimonializada, mas não se deve considerar famílias apenas as literalmente descritas na constituição, vez que, seu escopo foi de trazer uma “multiplicação dos modelos familiares”.

Conforme entende Dias, o novo conceito de famílias não traz mais o pensamento de família como a existência de um par com a finalidade de procriação: ***“Agora, para a configuração da família, deixou de ser exigir necessariamente a existência de um par, o que, conseqüentemente, subtraiu de seu conceito a finalidade procriativa.”*** (DIAS, 2011, p. 37), ou seja, ao alargar o conceito de família, reconhecendo juridicamente novos arranjos e eliminando do conceito a existência obrigatória de par de sexos opostos com o fim de procriação, a Constituição Federal “empresta juridicidade ao relacionamento existente fora do casamento (DIAS, 2011, p. 37), constituindo tal posição a estatização do afeto.

Todos esses arranjos familiares, portanto, possuem um elo comum e mais importante para sua conceituação, que é o laço de afetividade, como esclarece Soares (2013):

Agora, família não se escreve mais a partir da assinatura do registro de casamento. Não se adentra no seio familiar apenas com a confecção da certidão de casamento. Falar em família é trazer, e desnudar, a intimidade do princípio do afeto que mesmo ausente no mundo jurídico em tempos pretéritos não muito longínquos, aparece, como o baluarte do direito de família; pedra de toque e foco principal para condução dos traços artísticos do modelo familiar moderno.(SOARES, 2013)

Diante desses conceitos, estamos diante de novos conceitos de família que vão além da tradicional, monoparental e a união estável. A doutrina moderna nos dá os seguintes conceitos de famílias: Matrimonial; Informal (decorrente de união estável); Homoafetiva; Monoparental; Parental; Pluriparental; Paralela (sucessiva); Eudemonista. Há, ainda, mais duas espécies de famílias propostas como possíveis de existir: a) família unipessoal (SAMY, 2005, p. 30); b) família afetiva (LÔBO, 2004, p. 3).

Dentre as diversas formas de entidades familiares, destacamos a paralela ou simultânea, a qual é objeto deste trabalho. Cujo conceito por ora, limita-se a dizer que se trata de coexistência de duas uniões simultâneas.

2 MONOGAMIA E POLIAMOR

Dentre os novos tipos de família simultânea há a problemática da coexistência de de uniões (casamento, união estável, duas ou mais uniões estáveis) há que se enfrentar a questão relacionada a monogamia e o poliamor.

Stolze (2008), tratou do tema em seu artigo “Direitos da(o) amante”, que trata da possibilidade de reconhecimento de direitos à(o) amante, como configuração de uma família simultânea.

O poliamor ou poliamorismo define-se como relações de famílias no qual não se predomina como princípio a monogamia, mas sim um relacionamento aberto e múltiplo, de modo que os integrantes desta relação se conhecem e se aceitam, ou seja, um rompimento claro à modalidade tradicional de união baseada na monogamia.

Para Dias (2011), o conceito de poliamor versa sobre a existência na sociedade de relações múltiplas que eram tradicionalmente denominadas como concubinato adúltero.

A dificuldade em se reconhecer essas novas espécies de uniões está na ideia de que a monogamia é o princípio que deve reger o direito das famílias. No Direito Brasileiro, a monogamia está expressa no artigo 1.521, VI, do Código Civil, que proíbe núpcias a pessoa casada, ou seja, resta proibida a poligamia. Caso isso ocorra, está sujeita ao reconhecimento de sua nulidade, nos termos do artigo 1.548, II, do mesmo diploma legal.

O tema da monogamia é visto sob dois prismas pela doutrina: i - como princípio jurídico de direito de família; ii – como regra de orientação. Para Hironaka (2013), trata-se de

um princípio que causa toda divergência doutrinária e jurisprudencial. Para Pereira (2004), ela é o

princípio que norteia as relações familiares. Já Dias (2011), defende que a monogamia não deve ser vista como princípio, mas como regra de orientação, tendo mera função ordenadora da família, e nem poderia ser vista como princípio, já que não tem previsão constitucional.

Já Ruzik (2013), entende que a monogamia não pode ser considerada princípio jurídico de direito de família, mas é uma regra que restringe a proibição de múltiplas relações matrimoniais.

Independente da teoria a ser adotada sobre a monogamia, é impossível desconsiderar seus efeitos jurídicos na análise do poliamor e das famílias simultâneas pois, sob o argumento da prevalência da monogamia, muitos juristas e pretórios têm negado o reconhecimento das entidades simultâneas como famílias, negando-lhes acesso a direitos patrimoniais (herança e alimentos) e previdenciários (pensão previdenciária).

3 FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS

A Constituição Federal de 1988 dá um número determinado de tipos de entidades familiares: a) família matrimonial; b) família monoparental; c) união estável. Apesar dessa definição *numerus clausus* da Constituição, é certo que há diversos outros conceitos de família, tais como: a) anaparentais; b) as uniões homoafetivas; c) família unipessoal; d) famílias simultâneas (paralelas); e) famílias pluraparentais (mosaico), dentro outras.

Neste estudo são analisadas as relações de simultaneidade familiar baseada no homem (poligamia), que historicamente é considerada a tradicional, e a baseada na mulher (poliandria).

O termo famílias simultâneas, ora adotado, não é somente aquela que trata da coexistência do matrimônio ou união estável com a filhos oriundos de outro relacionamento, os quais constituem a chamada família pluriparental ou mosaico. Família simultânea, para os fins presentes, é a família matrimônios com união estável de duas ou mais uniões estáveis.

Mais importante do que a mera conceituação de família simultânea, é reconhecer os direitos a ela relacionados, mormente quando existir a *affectio maritalis*.

Segundo Ruzik, o Estado-juiz não pode negar existência às famílias simultâneas tão somente pela ausência de reconhecimento em lei positivada. Trata-las como relações espúrias, ilegais, como verdadeiro concubinato impuro é um verdadeiro despropósito, apesar de ser esse o entendimento adotado pelo artigo 1.727, do Código Civil de 2002, que dá a todas

as relações simultâneas, ainda que presente o *affectio maritalis*, caráter de concubinato impuro, exceto quando a companheira simultânea desconhecer a existência dessa simultaneidade.

Apesar da previsão infraconstitucional acima, não é admissível deixar de reconhecer o direito das famílias simultâneas se olharmos sob o prisma constitucional da dignidade da pessoa humana, da cidadania e do novo conceito de família. Isso, aliás, na visão de Dias (2011), seria uma premiação ao infiel e geraria efeito reverso, incentivando o não respeito à monogamia.

Para melhor entendimento da matéria, faz-se uma breve exposição sobre os conceitos de união estável e concubinato impuro, comparando-os, para demonstrar que a família simultânea nos moldes estudados neste trabalho deve ser considerada como união estável e, dessarte, assistindo à companheira simultânea todos os direitos inerentes a esta espécie familiar, especialmente, à pensão previdenciária por morte do seu companheiro.

4 O DIREITO A PENSÃO POR MORTE

Segundo Martins (2015, p. 21) “*a finalidade da seguridade social é dar aos indivíduos e as suas famílias segurança e tranquilidade, mediante à cobertura de contingências decorrentes da doença, invalidez, velhice, desemprego, morte e proteção à maternidade, mediante contribuição e a concessão de benefícios.*”. Desta feita, a Seguridade Social tem a finalidade de assegurar uma proteção ao indivíduo e à sua família em caso de ocorrência de alguma contingência na vida que o impossibilite de exercer sua atividade remunerada, de maneira que não fiquem totalmente desamparados pelo Estado.

No caso da pensão por morte, ainda que seja necessário levar em conta a existência de regras, normas e princípios próprios da Previdência Social, não se pode deixar de lado a realidade social e as mudanças ocorridas na sociedade.

A concessão da pensão por morte passa essencialmente pelo conceito de dependentes para fins previdenciários, o qual, de início, deve-se ressaltar que não se confunde com a previsão da legislação civil e tributária, possuindo regras autônomas, descritas na Lei n.º 8.213/1991.

Para a previdência, segundo o disposto no artigo 16, da Lei n.º 8.213/1991, como dependentes têm-se duas categorias divididas em três classes: a) preferenciais: cônjuge e companheiro(a), o filho não emancipado, menor de 21 (vinte e um anos) inválido ou que tenha ~~deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado~~

judicialmente^[2]; b) não preferenciais: os pais e o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente.

Quando houver dependentes preferenciais, estes excluem os dependentes não preferenciais. Já dentro do critério horizontal concorrem em igualdade, desde que estejam na mesma classe. Temos, assim, um rol de dependentes que para os doutrinadores é taxativo, não podendo outras pessoas não previstas nesta lista serem consideradas dependentes previdenciários.

Defendendo a taxatividade do rol do artigo 16, da Lei n.º 8.213/1991, temos a lição de Martins (2015):

O rol da lei é taxativo. Não são admitidos outros dependentes. Assim, mesmo que a pessoa passe por dificuldades para poder sobreviver, como o neto etc., não será considerado dependente para fins de previdenciários. (MARTINS, 2015, p. 315)

Ao se ler a explicação supra, sobre a taxatividade do rol de dependentes, uma expressão sobressai e deve ser analisada: “[...] mesmo que a pessoa passe por dificuldades para sobreviver, [...]”. Aludida expressão foi propositadamente usada pelo autor, vez que o critério para se definir os dependentes previdenciários é o econômico, ou seja, a dependência econômica, de maneira que, mesmo que seja dependente econômico, mas não esteja o rol taxativo, para o autor não é dependente, v.g. o filho estudante que tenha 24 (vinte e quatro anos), que é dependente para o imposto sobre a renda, mas não é para a pensão por morte.

Quanto a dependência econômica, ressalta Martins (2015, p. 312) que “é o estado de fato em que está o dependente por mantido e sustentado pelo segurado”, contudo, apesar de ser estado de fato, se o “dependente” estiver fora do rol legal, ainda assim não será considerado dependente para a previdência.

Dentro das classes de dependentes, segundo a lei de benefícios do RGPS a dependência econômica é presumida para os preferenciais (presunção absoluta)^[3]; para os não preferenciais não há presunção, sendo que a dependência de ser comprovada.

Considerando que o critério para ser considerado dependente para a previdência social é o econômico—ser mantido pelo segurado, mas devido a influência da legislação civil na área previdenciária, tormentosa é a questão do enquadramento da companheira simultânea como

dependente, vez que, pela lei civil não é considerada companheira, no sentido literal da união estável, situação esta que se passa a analisar.

4.1 A concubina como dependente previdenciária

Para não haja divergência de interpretação, aqui considera-se o termo concubina, àquele vetusto conceito de concubinato impuro; apesar de entender-se não ser mais usual tal termo, devendo ser substituído por companheira simultânea ou paralela, o utiliza-se para diferenciar da união estável “pura” ou “legal”.

A lei de benefícios, além de trazer um rol taxativo de dependentes, fez menção clara a sua interpretação “literal” do conceito de companheira(o)^[4], limitando-o àquele correspondente a união estável descrita na literalidade do artigo 226, §3.º da CF. Desta forma, companheiro(a) para fins previdenciários limita-se ao que se encontra no conceito de união estável legal, donde por interpretação legalista, excluiria automaticamente a concubina.

A doutrina majoritária entende que existe uma autonomia do Direito da Seguridade Social, ante suas especificidades, porém, a hermenêutica jurídica não se limita às normas postas específicas deste ramo do direito, e considera o Direito como um todo, de forma que se torna inevitável as influências dos outros ramos do Direito na previdência. Sendo assim, no Direito Previdenciário não se pode fazer uma interpretação dissociada da realidade social posta, como v.g. as famílias simultâneas.

Para Ibrahim (2011), o problema enfrentado pelo Direito da Seguridade Social decorre de sua interpretação, que é consubstanciada sempre na análise de outros ramos do Direito, mas não se atentando para os princípios fundamentais da seguridade, especialmente o teleológico: proteção social dos segurados e seus dependentes.

O fato de o Direito Civil não contemplar a previsão legal da existência das famílias simultâneas, não deve interferir na seara previdenciária, visto que seu escopo protetivo social e sua aplicação deve se dar de forma pragmática. Destarte, considerando a existência da presença do afeto, da conjugalidade, da finalidade de constituir família e a dependência econômica presumida, impende reconhecer a concessão dos benefícios previdenciários à concubina, em especial, a pensão por morte pelo falecimento do companheiro.

Razão assiste à doutrina que defende a extensão à concubina o direito ao benefício previdenciário da pensão por morte, ao mesmo tempo que a esposa, ou a(s) outra (s)

companheiras, por dois motivos: i – a previsão legal civilista das famílias, limitada ao casamento, a monoparental e a união estável sem impedimentos, não pode ser aplicada ao Direito da Seguridade Social, por possuir regras e princípios próprios; ii – o fundamental princípio da previdência é a proteção social dos segurados e seus dependentes econômicos, o que vem de encontro à uma interpretação puramente normativista literal, do conceito dependente para a seguridade social.

Mas em que pese a autonomia do Direito da Seguridade Social (Previdenciário) a questão da relação de dependência da concubina (companheira simultânea) é por contraditória na doutrina e na jurisprudência, como poderemos averiguar no tópico subsequente.

5 DIVISÃO DA PENSÃO PREVIDENCIÁRIA POR MORTE NAS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS SOB A VISÃO DOS TRIBUNAIS

Por uma vinculação a delimitação do tema, e considerando, que estamos a tratar da pensão previdenciária por morte decorrente das normas do RGPS, a análise jurisprudencial se limitará a Justiça Federal, mais especificamente, os Tribunais Regionais Federais da 1.^a a 5.^a região, a TNU, STJ e STF.

Pela pesquisa elaborada para a realização deste trabalho, pode-se constatar que ainda há muita divergência jurisprudencial dentro dos tribunais e entre eles. Não há uma posição pacífica jurisprudencial, inclusive nos tribunais superiores que têm uma tendência em negar a divisão da pensão por morte entre a esposa, ou companheira e a companheira simultânea (concubina), divergindo da maioria de jurisprudência produzidas nos TRFs.

Os problemas postos à análise dos tribunais versam exatamente sobre a possibilidade de se reconhecer a companheira simultânea (concubina) como dependente previdenciária, e por conseguinte, ter direito ao rateio da pensão previdenciária por morte do companheiro comum. As soluções encontradas na jurisprudência são:

- i – não reconhecimento da união simultânea = concubinato (impuro) + má-fé;
- ii – reconhecimento da união simultânea = concubinato (impuro) + boa-fé + dependência econômica;
- iii – reconhecimento da união simultânea = novo conceito de família. Mantém expressão concubinato, mas gera efeitos previdenciários.

5.1 *Jurisprudência do STF*

O STF possui a tempos uma posição conservadora sobre o tema, entendendo que o “concubinato impuro” e a união estável são institutos jurídicos diversos, que não se confundem, assim sendo, não é possível o reconhecimento do direito à pensão por morte a companheira simultânea (concubina).

Podemos citar como exemplo do entendimento do STF, os julgamentos proferidos no **RE 397762 / BA, j. 03/06/2008** e **RE 590779 / ES, j. 10/02/2009**. Em ambos os recursos, o relator foi Ministro Marco Aurélio de Mello, entendeu-se que a concessão de pensão por morte a companheira simultânea (concubina) seria ilegal, por ausência de vínculo “agasalhado” pelo ordenamento jurídico, além do mais, seu deferimento beneficiaria a concubina em detrimento da família, ou seja, beneficiaria a relação “adulterina” em detrimento da família tradicional.

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

(RE 397762, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 03/06/2008, DJe-172 DIVULG 11-09-2008 PUBLIC 12-09-2008 EMENT VOL-02332-03 PP-00611 RTJ VOL-00206-02 PP-00865 RDDP n. 69, 2008, p. 149-162 RSJADV mar., 2009, p. 48-58 LEXSTF v. 30, n. 360, 2008, p. 129-160)

COMPANHEIRA E CONCUBINA - DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. UNIÃO ESTÁVEL - PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. PENSÃO - SERVIDOR PÚBLICO - MULHER - CONCUBINA - DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico,

mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina.

(RE 590779, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 10/02/2009, DJe-059 DIVULG 26-03-2009 PUBLIC 27-03-2009 EMENT VOL-02354-05 PP-01058 RTJ VOL-00210-02 PP-00934 RB v. 21, n. 546, 2009, p. 21-23 LEXSTF v. 31, n. 363, 2009, p. 292-301 RJTJRS v. 46, n. 279, 2011, p. 33-38 RMP n. 42, 2011, p. 213-219)

Apesar dos precedentes acima citados, não significa que seja esta posição definitiva do STF, visto que, atualmente temos a Repercussão Geral sobre o tema reconhecido no **Leading Case**: RE 883168, que está **sub judice** no tema n.º 526, da relatoria do Min. Luiz Fux:

Tema: 526 - Possibilidade de concubinato de longa duração gerar efeitos previdenciários.

Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 201, V, e 226, § 3º, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de reconhecimento de direitos previdenciários (pensão por morte) à pessoa que manteve, durante longo período e com aparência familiar, união com outra casada.

5.2 Jurisprudência do STJ

O STJ assim como o STF mantêm uma posição conservadora, tendo sua jurisprudência contrária à divisão da pensão por morte entre a esposa e a concubina (companheira simultânea), admitindo como exceção apenas a ocorrência prévia de separação de fato e/ou separação judicial ou divórcio.

A posição conservadora adotada pelo STJ, vem de encontro a posição dominante na moderna doutrina do Direito das Famílias, assim como, a maioria dos Tribunais Regionais Federais.

Como exemplo da posição do STJ já adotada desde o ano de 2012 temos o AgRg no REsp

1344664/RS, em qual se analisou o direito à divisão da pensão por morte de um militar falecido que possuía além da esposa uma companheira com quem convivia simultaneamente, portanto, pela visão do tribunal seria esta última relação concubinária, não gerando efeitos jurídicos.

ADMINISTRATIVO. MILITAR. PENSÃO. CONCUBINATO. RATEIO DA PENSÃO ENTRE A CONCUBINA E A VIÚVA. IMPOSSIBILIDADE.

Rev. Bras. Prev., Curitiba, Paraná. v.7 n.1, p.89-106, Janeiro-Dezembro. 2016.

1. Cuida-se, na origem, de ação ordinária por meio da qual a agravante objetivava o recebimento de cota da pensão instituída por falecido militar, com quem alegava viver em união estável. Em primeira instância, o pedido foi julgado procedente, determinando-se a partilha da pensão entre a agravante, a viúva e os filhos do militar, decisão essa mantida pelo Tribunal de origem.

2. 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. Nos casos em que o instituidor da pensão falece no estado de casado, necessário se faz que estivesse separado de fato, convivendo unicamente com a companheira, para que esta possa fazer jus ao recebimento da pensão.

3. 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.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1344664/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/11/2012, DJe 14/11/2012)

No ano de 2015, no julgamento do AgRg no REsp 1418167/CE, manteve o tribunal sua posição negando a divisão entre a companheira simultânea e a viúva, sob o fundamento que havendo impedimentos para constituição do casamento temos presente a figura do concubinato, ao qual não se reconhece efeitos jurídicos, exceto quando houve comprovada separação de fato e/ou judicial prévia.

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENSÃO POR MORTE. O IMPEDIMENTO PARA O CASAMENTO IMPEDE A CONSTITUIÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL E, POR CONSEQUÊNCIA, AFASTA O DIREITO AO RATEIO DO BENEFÍCIO ENTRE A COMPANHEIRA E A VIÚVA, SALVO QUANDO COMPROVADA A

SEPARAÇÃO DE FATO DOS CASADOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Esta Corte Superior já pacificou o entendimento de que a existência de impedimento para o casamento disposto no art. 1.521 do Código Civil impede a constituição de união estável e, por consequência, afasta o direito ao recebimento de pensão por morte, salvo quando comprovada a separação de fato dos casados, o que, contudo, não configura a hipótese dos autos.

2. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1418167/CE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 17/04/2015)

5.3 Jurisprudência da TNU

A Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais – TNU, semelhantemente ao STJ e STF, mantém em sua jurisprudência a posição conversadora, não admitindo a divisão da pensão por morte entre a esposa e a companheira simultânea (concubina).

Para a TNU só é possível reconhecer a existência de famílias simultâneas caso haja na constância do matrimônio separação de fato, separação judicial ou divórcio prévio.

Como representativo da jurisprudência da TNU, podemos citar o Pedido de Uniformização de Jurisprudência n.º 05083345520104058013, em qual se definiu que a existência de concubinato “impuro” ou adúlterino, não caracteriza esta relação como união estável, não é família, assim, não há como se reconhecer o direito à divisão da pensão entre a esposa e a companheira simultânea.

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RATEIO ENTRE ESPOSA E CONCUBINA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL. PRECEDENTES DO STJ, DA TNU E DO STF. INCIDENTE CONHECIDO E PROVIDO. PEDIDO INICIAL IMPROCEDENTE. 1 - Pedido de Uniformização interposto em face de acórdão que, negando provimento ao recurso inominado da parte ré, manteve, por seus próprios fundamentos, a sentença do JEF que julgou procedente o pedido de rateio da pensão por morte instituída por segurado da previdência social, sob o fundamento de que “o falecido mantinha relação conjugal, bem como relação de dependência econômica, simultaneamente, com o

cônjuge civil e com a demandante, (...)”; “(...) é cediço que a jurisprudência dos tribunais Superiores (...) e da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais (...), entendendo pela incompatibilidade de existência simultânea de casamento e união estável, tem se inclinado no sentido da impossibilidade de divisão da pensão por morte entre cônjuge sobrevivente e a concubina com quem o falecido tenha mantido relação extra-conjugal concomitante ao casamento. Todavia, (...) adoto o posicionamento no sentido de que não deve o julgado se afastar da realidade social, sendo possível a divisão da pensão entre viúva e a companheira [concubina] (...)”. 2 - Apontados como paradigmas da divergência: a) REsp nº. 813.175/RJ; b) PEDILEF nº. 200770950160607; c) PEDILEF nº. 200640007098359 e d) RE 590779, nos quais se fixou, em síntese, o entendimento de que a pensão por morte deve ser deferida apenas à esposa ou à companheira, não cabendo o rateio com concubina. Caracterização da divergência. 3 - A jurisprudência dominante do STJ e da TNU, refletida nos paradigmas supracitados, bem como no PEDILEF nº. 200872950013668, Rel. Juíza Federal Simone dos Santos Lemos Fernandes, DOU 28/10/2011, julgado na forma do art. 7º do RI TNU, reconhece que o concurso entre esposa e companheira para o recebimento de pensão por morte só é possível na hipótese de “cônjuge divorciado ou separado judicialmente ou de fato que recebia pensão de alimentos”, nos termos do art. 76, §2º, da Lei nº. 8.213/91. Do contrário, não deve se falar em relação de companheirismo, mas de concubinato, que não gera direito à pensão previdenciária”. De igual modo, já decidiu o Supremo Tribunal Federal no RE 590779/ES, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 26.03.2009, que a proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas, nas quais não está incluído o concubinato. 4 – O concubinato impuro do tipo adúltero, isto é, a relação extra-conjugal paralela ao casamento, não caracteriza união estável pelo que não justifica o rateio da pensão por morte entre cônjuge supérstite e concubina. 5 - Incidente de uniformização conhecido e provido para, reafirmando a tese de que não há concurso entre esposa e concubina pela pensão previdenciária, julgar improcedente o pedido inicial. ACÓRDÃO Decide a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência conhecer e dar provimento ao incidente de uniformização nos termos do voto-ementa do relator. Curitiba, 11 de setembro de 2012.

(PEDILEF 05083345520104058013, JUIZ FEDERAL ALCIDES SALDANHA LIMA, TNU, DJ 21/09/2012.)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É certo que o Direito, especialmente, como norma legislada, não consegue atender todos os anseios da sociedade, muito menos prever todos as situações existentes no cotidiano, havendo necessidade de estar em constante evolução e reanálise pelos juristas, mas principalmente, pelos políticos que são os legisladores naturais.

A evolução do Direito como ciência se dá com o passar dos tempos, mas inegável que boa parte desta evolução decorre das influências sofridas pelas mudanças sociais e culturais do novo tempo, contudo, no que se refere o Direito das Famílias, vemos que apesar de existir real evolução, esta não foi suficiente para pacificar muitas questões do dia a dia, que merecem à atenção das ciências jurídicas.

Houve o surgimento de novo ordem constitucional em 1988, em qual traz uma nova visão das famílias, para além do conceito de tradicional, abarcando um novo, amplo e pluralista. De acordo com o artigo 226 CF/88, não se pode mais limitar o pensamento sobre famílias, a constituída por homem e mulher e suas proles, sendo hoje constituída como um núcleo afetivo, com relações mútuas de convivência pública, duradoura e contínua, decorrente do matrimônio, da relação monoparental e união estável.

A incontestável evolução do Direito das Famílias, consagrando uma visão pluralista das entidades familiares não é pacífica, havendo ainda, autorizadas vozes que discordam totalmente deste pressuposto, em principal, quando se faz a análise do conceito de união estável como entidade familiar.

Encontramos uma dicotomia na doutrina que se reflete na jurisprudência dos tribunais pátrios, que partindo ambos do mesmo prisma constitucional, defendem pontos de vistas totalmente antagônicos. Pregam alguns a defesa da livre escolha das partes na forma da constituição das famílias, sem interferência estatal as proibindo, de modo que, havendo a coexistência de relação afetiva, duradoura e pública, independente de existirem ou não impedimentos legais a conversão em casamento formal, estamos diante de uma união estável.

De modo oposto, há a defesa que a previsão constitucional é expressa, sendo a união estável um “pré-casamento”, uma união formada com o fim de tornar-se casamento formal, e por isto inexistem impedimentos legais a sua transmutação em matrimônio civil.

A discussão trazida no Direito das Famílias, tem grande importância para as demais áreas do direito, em especial para o Direito da Seguridade Social na análise da divisão da pensão previdenciária por morte. Mais uma vez a dicotomia doutrinária e jurisprudencial é presente, pois há a corrente que pregando a autonomia do Direito da Seguridade Social (Previdenciário), reconhece à companheira simultânea o direito à divisão da pensão por morte.

Defende esta corrente que para fins de previdência, basta a existência uma relação afetiva, duradoura, pública, notória com o fim de constituir família e dependência econômica, para se caracterizar como dependente previdenciário e, como consequência ter garantido à companheira simultânea o direito à divisão da pensão por morte, com outra companheira ou esposa, do segurado.

Opostamente a outra corrente defende que a “concubina impura ou adúltera”, assim considerada a companheira simultânea, não lhe assiste os direitos previdenciários destinados a esposa e a companheira (união estável), vez que, sua relação com o segurado é espúria, adúltera, e fazendo uma interpretação literal da Constituição Federal e do Código Civil, não pode ser considerada como companheira.

Por não ser companheira, não viver em união estável, não faz jus à divisão da pensão por morte, exceto se demonstrar que estava de boa-fé ou se havia a separação de fato, separação judicial ou divórcio anterior a união simultânea.

Certamente ainda demandará muito estudo, muito debate, mas principalmente, mudança de paradigma cultural, para que se deixe de trazer para o Direito moderno, vetustos conceitos, baseados em uma moral “ultrapassada” e uma visão cultural das famílias ainda da idade média, para que haja a pacificação no reconhecimento dos direitos as famílias simultâneas, sejam na esfera civil como na previdenciária, com especial aplicação à divisão da pensão por morte, entre a esposa e a companheira simultânea, ou entre companheiras simultâneas.

[1] Epígrafe da obra **A vida do direito e a inutilidade das leis**, de Jean Cruet: “Vê-se todos os dias a sociedade reformar a lei; nunca se viu a lei reformar a sociedade.”

^[2] Saliente-se que houve a promulgação da Lei n.º 13.146/2015, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), cuja vigência se deu em 08 jan. 2016, alterando os incisos I, e III do artigo 16, da Lei n.º 8.213/1991. O artigo passou a ter a seguinte redação: “Art.16.São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou **inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave** (Redação dada pela Lei n.º 13.146/2015); II - os pais; III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido **ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave**; (Redação dada pela Lei n.º 13.146/2015)” (grifos nossos)

^[3] Cf. Lei n.º 8.213/1991, Art. 16. [...] § 4ª A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

^[4] Cf. Lei n.º 8.213/1991- Art.16.São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: [...]§ 3º 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.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Código civil (1916). Código Civil dos Estados Unidos do Brasil: revogado pela Lei n.º 10.406, de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 2 set. 2015.

_____. Código civil (2002). Código Civil: versão atualizada até a Lei nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 02 set. 2015.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: versão atualizada até a Emenda Constitucional n. 90/2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 02 set. 2015.

_____. Congresso. Senado. Lei nº 8213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 20 out. 2015.

_____. Congresso. Senado. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). vigência a partir de 07 jan. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm#art127>. Acesso em: 20 out. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 380. Brasília, DJU. 12 maio 1964. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/75/STF/380.htm>>. Acesso em: 05 out. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 382. Brasília, DF, DJU. 08 maio 1964. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=382.NUME.NAO.S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 05 out. 2015.

DIAS, Maria Berenice. Manual do direito das famílias. São Paulo: RT. 8ª ed. 2011. _____ . Adultério, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade. 2010. Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/4_adult%2C_bigamia_e_uni%3o_est%1vel_-_realidade_e_responsabilidade.pdf>. Acesso em: 29 out. 2015.

DUBENA, Paulo Sergio; SÉLLOS-KNOERR, Viviane Coêlho de. BANCOS PÚBLICOS COMO INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO E INCLUSÃO. **Revista Jurídica**, [S.l.], v. 3, n. 36, p. 422-458, dez. 2014. ISSN 2316-753X. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1019/707>>. Acesso em: 15 fev. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v3i36.1019>.

_____. A União Estável. 2010. Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/3_-_a_uni%3o_est%1vel.pdf>. Acesso em: 29 out. 2015.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Famílias paralelas. R. Fac. Dir. Univ. São Paulo, v. 108, p. 199 – 219 jan./dez, 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67983/70840>>. Acesso em: 2 set. 2015.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *Numerus Clausus*. In: FARIAS, Cristiano Chaves (Coord.). Temas atuais de direito e processo de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LOPES, Herbert Emílio Araújo, FERREIRA, Rildo Mourão. A proteção e os direitos previdenciários no concubinato. *Revista Jurídica UniEVANGÉLICA*, Anápolis/GO, Ano XIV, n. 22, 2014, v1, Jan. – jun., Disponível em: <<http://revistas.unievangelica.edu.br/index.php/revistajuridica/article/download/1044/1000>> . Acesso em 02 Set. 2015.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da seguridade social. São Paulo: Atlas. 35ª ed. 2015.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SILVA, Ricardo Marcassa Ribeiro Da; SÉLLOS-KNOERR, Viviane Cêlho de. O TRABALHO COMO INSTRUMENTO DA PROMOÇÃO DA DIGNIDADE DO PRESO. **Revista Jurídica**, [S.l.], v. 1, n. 38, p. 136 - 158, dez. 2015. ISSN 2316-753X.

Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1269/828>>. Acesso em: 2 fev. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v1i38.1269>.

SOARES, Lara Rafaelle Pinho. Pensão por morte e união estável paralela consentida. Revista Jus Navigandi. Teresina, ano 18, n. 3484, 14 jan.2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/imprimir/23454/a-im-possibilidade-da-concessao-da-pensao-por-morte-para-o-companheiro-da-uniao-estavel-paralela-consentida>>. Acesso em: 02 set. 2015.

STOLZE, Pablo. Direitos da(o) amante.. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1841, 16 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11500>>. Acesso em: 29 out. 2015.