

**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

SAMANDA FERREIRA DE OLIVEIRA ANDRADE

**PENSÃO POR MORTE: POSSIBILIDADE DE PARTILHA ENTRE ESPOSA E
CONCUBINA QUE COMPROVE DEPENDÊNCIA FINANCEIRA**

Aracaju

2018

SAMANDA FERREIRA DE OLIVEIRA ANDRADE

**PENSÃO POR MORTE: POSSIBILIDADE DE PARTILHA ENTRE ESPOSA E
CONCUBINA QUE COMPROVE DEPENDÊNCIA FINANCEIRA**

Monografia apresentada ao Curso em Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

ORIENTADOR: Prof.º Esp. Valfran Andrade
Barbosa

**Aracaju
2018**

A553p

ANDRADE, Samanda Ferreira de Oliveira.

Pensão Por Morte: possibilidade de partilha entre esposa e concubina que comprove dependência financeira / Samanda Ferreira de Oliveira; Aracaju, 2018. 61 f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador: Prof. Esp. Valfran Andrade Barbosa

1. Seguridade Social 2. Previdência Social 3. Pensão

Elaborada pela Bibliotecária Lícia de Oliveira CRB-5/1255

SAMANDA FERREIRA DE OLIVEIRA ANDRADE

**PENSÃO POR MORTE: POSSIBILIDADE DE PARTILHA ENTRE ESPOSA E
CONCUBINA QUE COMPROVE DEPENDÊNCIA FINANCEIRA**

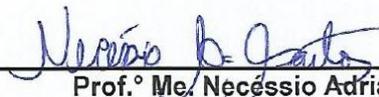
Monografia apresentada ao Curso em Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: 01/12/2018

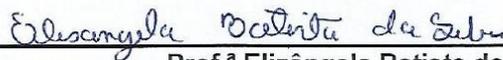
BANCA EXAMINADORA



Prof.º Esp. Valfran Andrade Barbosa
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe - FANESE



Prof.º Me. Nécessio Adriano Santos
Faculdade de Administração e Negócios De Sergipe - FANESE



Prof.ª Elizângela Batista da Silva
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe - FANESE

AGRADECIMENTOS

Gratidão a Deus por tudo que ele me proporciona, por amparar-me sempre e dar-me a força necessária para vencer as adversidades da vida, acreditando sempre na realização de novos sonhos e na possibilidade de novas conquistas.

Gratidão a minha família, pilares na minha vida, sem os quais a jornada se tornaria difícil. Aos meus irmãos, minha mãe e meu pai por estarem sempre presentes me auxiliando em todos os momentos. A meu esposo Marcos pelo constante apoio, não medindo esforços para que eu realizasse os meus projetos, sem o qual esse sonho não seria possível, gratidão pelo seu companheirismo, apoio e confiança. Aos meus filhos pelos momentos de ausência suportados e por sempre torcerem por mamãe. Amo Vocês !!!!!!!

Ao meu estimado professor e orientador Valfran Andrade, pela confiança que depositou em mim, ao aceitar acompanhar-me neste trabalho e pelas brilhantes aulas de previdenciário as quais me despertaram interesse por esse ramo do direito.

Aos professores da FANESE, que ao longo do curso passaram seus conhecimentos de uma forma tão maravilhosa contribuindo para a minha formação, intensificando meu amor pelo direito, renovando a minha certeza de ter feito a escolha certa.

Aos amigos que fiz durante os cinco anos de curso, obrigada pelos momentos que passamos juntos, vocês foram de grande importância na minha vida, que nossa amizade ultrapasse os muros da faculdade.

Gratidão a todos que de forma direta e indireta me ajudaram a concluir mais um ciclo em minha vida.

Todas as vitórias ocultam uma abdicação.

Simone de Beauvoir

RESUMO

Este trabalho visa estudar o benefício pensão por morte no Regime Geral da Previdência Social Brasileiro, a fim de buscar indagações sobre a possibilidade de cumulação de pensão por morte por mais de um cônjuge. Para um melhor entendimento do tema abordaremos o conceito de Previdência Social e sua evolução histórica, abordaremos os princípios que regem a Previdência Social. O Direito Previdenciário surge com o objetivo de resguardar o beneficiário e/ou os seus dependentes nas situações de contingência social. Nestes casos, uma vez participante do sistema de Seguridade Social, o necessitado é amparado através de auxílios ou pensões destinadas a suprirem o seu padrão social, bem como manter o sustento dos seus dependentes. A pensão por morte é um tipo de benefício previdenciário disposto em lei e devido aos dependentes do segurado, ou seja, àqueles a quem a lei previdenciária prevê, conforme o requisito presumido ou não da dependência econômica. Desta forma buscaremos reflexão a respeito da possibilidade de partilha entre esposa e concubina que comprove dependência financeira, já que existindo uma dependência financeira, não deveria ser negado o benefício.

Palavras-chave: Seguridade Social. Previdência Social. Pensão por Morte.

ABSTRACT

This work aims to study the death pension benefit in the Brazilian Social Security General Scheme, in order to seek inquiries about the possibility of overlapping pensions for death by more than one spouse. For a better understanding of the theme we will approach the concept of Social Security and its historical evolution, we will approach the principles that govern Social Security. The Social Security Law arises with the objective of protecting the beneficiary and / or their dependents in situations of social contingency. In these cases, once a participant in the Social Security system, the needy is supported through aids or pensions designed to meet their social pattern, as well as maintaining the livelihood of their dependents. The death pension is a type of social security benefit provided by law and due to dependents of the insured, that is, those to whom the social security law provides, according to the presumed requirement or not of economic dependence. In this way we will seek reflection on the possibility of sharing between wife and concubine that proves financial dependence, since if there is a financial dependence, should not be denied the benefit.

Keywords: Purchase and Sale. Liability. Real Estate. Builders. Delay. Consumer Law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 SEGURIDADE SOCIAL COMO PILAR DA PREVIDÊNCIA	15
2.1 CONCEITO E GENESE DA PROTEÇÃO SOCIAL	15
2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA DA SEGURIDADE SOCIAL NO BRASIL.....	18
2.3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA PREVIDÊNCIA SOCIAL.....	20
3 A PENSÃO POR MORTE COMO BENEFÍCIO DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL BRASILEIRO E OS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA A SUA CONCESSÃO.....	26
3.1 CONCEITO	26
3.1.1 A PREVISÃO CONSTITUCIONAL DA PENSÃO POR MORTE.....	28
3.1.2 OS BENEFICIÁRIOS DA PENSÃO POR MORTE COM A EDIÇÃO DA LEI Nº 13.135/2015.....	29
3.1.3 OS NOVOS REQUISITOS RELATIVOS À ENTIDADE FAMILIAR PARA O BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE APÓS A EDIÇÃO DA LEI Nº 13.135/2015.....	31
3.2 A QUALIDADE DE SEGURADO DO FALECIDO.....	35
3.2.1 A PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO.....	36
3.3 A COMPROVAÇÃO DA DEPENDÊNCIA FINANCEIRA.....	37
3.3.1 CASO CONCRETO: CONCUBINA COM DEPENDÊNCIA FINANCEIRA FAZ JUS A ALIMENTOS NO ENTENDIMENTO DO STJ.....	39
4 A POSSIBILIDADE DO RATEIO DA PENSÃO POR MORTE COM A CONCUBINA.....	40
4.1 CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DE FAMÍLIA.....	40
4.2 O CONCUBINATO SOB A PERSPECTIVA CIVIL.....	43
4.3 POSICIONAMENTOS CONTRÁRIOS AO RATEIO DA PENSÃO POR MORTE COM A CONCUBINA.....	45
4.4 POSICIONAMENTOS FAVORÁVEIS AO RATEIO DA PENSÃO POR MORTE COM A CONCUBINA.....	49
4.5 O ATUAL POSICIONAMENTO DO STJ E DO STF SOBRE O TEMA.....	52
5 CONCLUSÃO.....	56

REFERÊNCIAS.....	58
-------------------------	-----------

1 INTRODUÇÃO

O Direito Previdenciário surge no ordenamento jurídico com o intuito de resguardar o beneficiário e/ou os seus dependentes nas situações de contingência social. Esse é o momento em que a pessoa se encontra impossibilitada de prover o seu sustento com a força do próprio trabalho.

Nesses casos, uma vez participante do sistema de Seguridade Social, o necessitado é amparado por meio de auxílios ou pensões destinadas a suprirem o seu padrão social, bem como manter o sustento dos seus dependentes.

A pensão por morte é um tipo de benefício previdenciário disposto em lei e devido aos dependentes do segurado, ou seja, àqueles a quem a lei previdenciária prevê, conforme o requisito presumido ou não da dependência econômica.

Neste sentido, destaca Bertuzzo e Gravinis (2015, p. 31) que a pensão por morte é um benefício destinado à pessoa dependente de um segurado que foi ao óbito, desde que este fosse aquele que sustentava a família. Dizem ainda os autores supramencionados que o objetivo da pensão por morte é manter os dependentes sob o amparo e a proteção de qualquer deficiência econômica decorrente do falecimento da pessoa segurada que garantia os proventos.

Portanto, o óbito do segurado causa estado de contingência social àqueles da sua família, quer seja o cônjuge ou companheiro(a), os filhos menores de 21 anos e os inválidos ou qualquer outro que dependa economicamente do falecido. Desta forma, a pensão por morte objetiva suprir tal estado a fim manter o bem-estar social daquela família sem mais prejuízos de natureza econômica.

Já em relação à dependência econômica, podemos assim defini-la, nas palavras de Diniz (1998, p. 65 apud SIMONATTO 2012, p. 69), que é a “condição de quem vive às expensas ou às custas de outrem, dele dependendo para sobreviver e atender às suas necessidades de alimentação, habitação, vestuário, educação etc”.

No momento em que se depara com a questão da cumulação de pensão por morte por mais de um cônjuge, torna-se importante conceituar a ideia de família. Na atualidade em que se pode encontrar capítulos nos livros de direito de família tratando do concubinato e direitos da amante.

A família é o elemento propulsor de nossas maiores felicidades e, ao mesmo tempo, é na sua ambiência em que vivenciamos as nossas maiores angústias,

frustrações, traumas e medos. O conceito de família reveste-se de alta significação psicológica, jurídica e social, impondo-nos um cuidado redobrado em sua delimitação teórica, a fim de não correremos o risco de cair no lugar-comum da retórica vazia ou no exacerbado tecnicismo desprovido de aplicações prática.

Nesse ponto encontra-se dificuldade em delimitar um conceito único de família, como foi observado na obra de Pereira: “A partir do momento em que a família deixou de ser o núcleo econômico e de reprodução para ser o espaço do afeto e do amor, surgiram novas e várias representações sociais para ela” (PEREIRA apud GAGLIANO, 2017, p. 43)

Como já se depreende, o trabalho se organiza em torno dos seguintes eixos temáticos: segurança social, pensão por morte, dependência econômica e família. Sendo assim, o objetivo geral da pesquisa é realizar um estudo sobre a possibilidade de partilha entre esposa e concubina que comprove dependência financeira.

O tema foi escolhido por conta dos atuais fenômenos sociais decorrentes das mudanças demográficas, bem como do aumento da expectativa de sobrevivência dos cidadãos. Essas mudanças impõem a reformulação de critérios concessivos dos benefícios da Previdência Social.

O presente trabalho procura despertar o interesse pela pensão por morte, já que é um dos benefícios mais dispendiosos para a Previdência Social e não necessita de carência, seu salário benefício é de 100% do benefício percebido pelo *de cujus*. Há presunção de dependência do cônjuge e sua concessão é concedida ainda que o segurado venha a contrair novas núpcias ou a receber outro benefício previdenciário, sendo a única exceção a cumulação de duas pensões por morte.

Assim, é importante verificar a possibilidade de cumulação de pensão por morte por mais de um cônjuge, bem como se a possível cumulação da pensão por morte entre a viúva e a companheira não seria uma punição para a família legalmente formada, sob a ótica das novas formas do conceito de família.

O trabalho é de fundamental relevância já que se verifica uma discussão sobre as várias formas do instituto “família”, tão modificado ao longo dos anos e abre também a discussão a respeito do real objetivo da pensão por morte que é o de amparar a família no momento da falta do provedor. Ora se são considerados dependentes aquelas pessoas que por motivo econômico ou familiar, estão subordinados ao segurado da Previdência Social e por esse motivo fazem jus a

benefícios previdenciários então a cumulação de pensão por morte com mais de um cônjuge é perfeitamente possível, por isso a relevância de tal discussão.

Diante disso, esse trabalho procura responder às seguintes questões: a partilha da pensão por morte entre a viúva e a concubina não seria um modo de punição para a família legalmente formada? Como que se comprova a dependência financeira da concubina? Quais os alicerces e modalidades da família contemporânea? Qual o atual posicionamento do STJ e STF sobre o tema?

Para desenvolver o presente trabalho, a metodologia adotada teve como base pesquisas bibliográficas nacionais na temática de pensão por morte. Foram utilizadas as Legislações Brasileiras sobre pensão por morte. Como dito, o tema foi escolhido por ser um benefício previdenciário bastante dispendioso para a Previdência sendo analisados dados baseados na doutrina a fim de que se possa compreender um pouco mais a respeito de tal benefício, e ter a percepção das decisões que estão sendo tomadas a seu respeito, se a justiça está sendo feita para ambas as partes.

O tipo de pesquisa a ser utilizado será exploratória, onde os resultados serão apresentados de forma qualitativa. Os procedimentos a serem utilizados serão de análise bibliográfica.

Segundo Prodanov e Freitas, (2013, p. 51-52),

pesquisa exploratória é quando a pesquisa se encontra na fase preliminar, tem como finalidade proporcionar mais informações sobre o assunto que vamos investigar, possibilitando sua definição e seu delineamento, isto é, facilitar a delimitação do tema da pesquisa; orientar a fixação dos objetivos e a formulação das hipóteses ou descobrir um novo tipo de enfoque para o assunto. Assume, em geral, as formas de pesquisas bibliográficas e estudos de caso.

O presente estudo está dividido em três capítulos. O primeiro tratará sobre a Previdência Social como pilar da Seguridade Social, sua evolução histórica e legislativa, natureza jurídica e características da Previdência e os princípios norteadores.

O segundo tratará de forma geral sobre o a pensão por morte, seu conceito, a qualidade do segurado do falecido e a comprovação da dependência econômica do beneficiário.

Por fim, adentra-se o que tange especificamente a possibilidade do rateio da pensão por morte com a concubina que comprove dependência financeira, os

alicerces da família atual, o concubinato sob a perspectiva civil e os atuais posicionamentos do STJ e do STF sobre o tema.

2 SEGURIDADE SOCIAL COMO PILAR DA PREVIDÊNCIA

Quando se fala em seguridade social, tem-se a visão de um sistema de proteção social, capaz de amparar aqueles que se encontram em situação de risco, ou situação de vulnerabilidade.

A previdência social, por sua vez é um dos três pilares da seguridade social, juntamente com a saúde e assistência social, conforme definição da Constituição Federal.

Segundo disposto no art. 194 da Constituição Federal, “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Assim nem todos os serviços/benefícios ofertados pelo sistema de Seguridade Social são benefícios previdenciários. Os serviços de saúde, ofertados pelo SUS, fazem parte da Seguridade Social e são acessíveis a todos os cidadãos, independentemente de qualquer contribuição. Os serviços/benefícios de Assistência Social, como o BPC-LOAS, por exemplo, também fazem parte da Seguridade Social e qualquer cidadão que demonstre necessidade, pode ter acesso, não havendo exigência de contribuição.

Já os benefícios previdenciários são exclusivos para os indivíduos que contribuem ou contribuíram com a previdência social, ou seja, para usufruir dos benefícios previdenciários é preciso estar obrigatoriamente e regularmente filiado no Regime Geral da Previdência Social (RGPS).

Desta forma, embora a Previdência Social faça parte do sistema de Seguridade Social, não engloba todos os benefícios de proteção social.

2.1. CONCEITO E GÊNESE DA PROTEÇÃO SOCIAL

Segundo Ibrahim (2014, p. 173) o RGPS visa a atender os beneficiários em todas as situações previstas no art. 1º da Lei de Benefícios da Previdência Social, a qual reza:

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

O RGPS é o regime básico de previdência social, sendo de aplicação compulsória a todos aqueles que exerçam algum tipo de atividade remunerada, exceto se esta atividade já gera filiação a determinado regime próprio de previdência.

Entende-se por Previdência Social, o sistema pelo qual, as pessoas vinculadas a algum tipo de atividade laborativa e seus dependentes, mediante contribuição, ficam resguardadas quanto a eventos de infortúnio (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. Entende-se que a questão acidentária foi incorporada à Previdência como política governamental desde a inserção de normas relativas ao acidente de trabalho na Consolidação das Leis da Previdência Social, e atualmente com a isonomia de tratamentos dos beneficiários por incapacidade não decorrente de acidente em serviço ou doença ocupacional. (CASTRO; LAZZARI, 2017, p. 67).

Como já dito, a Seguridade Social abrange tanto a Previdência Social como a Assistência Social (prestações pecuniárias ou serviços prestados a pessoas alijadas de qualquer atividade laborativa), e a Saúde pública (fornecimento de assistência médico-hospitalar, tratamento e medicação), estes dois últimos sendo prestações do Estado devidas independentemente de contribuições. Desta forma convém utilizar o termo “Direito da Seguridade Social” ao invés de “Direito Previdenciário”. Contudo há que se considerar que as normas de saúde e assistência social não serão objetos de estudos deste trabalho, sendo citadas apenas para demonstrar a delimitação da atuação estatal em termos de previdência. (CASTRO; LAZZARI, 2017, p. 67).

O Direito Previdenciário é um ramo do Direito Público que tem por objeto estudar, analisar e interpretar os princípios e as normas constitucionais, legais e regulamentares que se referem ao custeio da Previdência Social – que, no caso do ordenamento estatal vigente, também serve como financiamento das demais vertentes da Seguridade Social, ou seja, Assistência Social e Saúde –, bem como os princípios e normas que tratam das prestações previdenciárias devidas a seus

beneficiários nos diversos Regimes existentes – não apenas o Regime Geral, mas também os Regimes Próprios de agentes públicos ocupantes de cargos efetivos. (CASTRO; LAZZARI, 2017, p. 67)

Para explicar sobre a gênese da proteção social, é imperioso saber que existe um comportamento instintivo da humanidade, não sendo exagero assim o chamar, pois até os animais têm o hábito de guardar alimentos para dias mais difíceis, desde os tempos mais remotos que é a preocupação com os infortúnios da vida, sendo o que pode nos separar das demais espécies é o grau de complexidade do nosso sistema protetivo. (IBRAHIM, 2014)

A proteção social nasceu na família, já que no passado as pessoas comumente viviam em aglomerados familiares, contudo nem todas as pessoas possuíam proteção e mesmo as que possuíam era precária. Daí a necessidade de auxílio externo. O estado só viria assumir alguma ação concreta no Século XVII, com a edição da Lei dos Pobres, que era uma lei que concedia auxílio às pessoas sem trabalho, dando a eles uma quantia que deveria apenas garantir-lhes a existência. A lei propendia evitar futuros problemas de ordem social e se alvitrava em abolir com a vagabundagem, extraindo o mendigo da rua. (IBRAHIM, 2014)

Até então, a ajuda a pobres e necessitados está totalmente desvinculado à ideia de justiça, reproduzindo mera caridade. A situação chegava a ser ainda mais perversa quando a pobreza era apresentada como algo necessário, ou um benefício para as pessoas carentes, pois seria garantia efetiva de admissão no Reino de Deus. Havia uma honra inerente a pobreza, a indigência era apresentada como forma de punição divina, cabendo ao pobre arcar com as sequelas pois essa realidade teria sido gerada por sua própria culpa. (IBRAHIM, 2014)

Ainda que de modo não claramente perceptível, foram adotados sistemas protetivos de outra ordem, como o voluntariado de terceiros, o qual assume papel fundamental na defesa da existência da dignidade da pessoa humana. Além da assistência espontânea, surgem os primeiros grupos de mútuo, de origem livre e sem intervenção estatal, nos quais conjuntos de pessoas com interesses comuns reunia-se visando a cotização de valor certo para resguardo de todos, em caso de infortúnio. Pode-se dizer que foram prenúncio dos sistemas privados complementares da previdência. (IBRAHIM, 2014)

Segundo Ibrahim (2014, p. 2), a rede de segurança estatal tem evoluído da mesma maneira que o conceito de estado muda, foi-se o tempo da prevalência de

intervenção mínima do estado em áreas fundamentais, como organização judiciária e segurança.

No estado liberal restringia-se o governo ao mínimo necessário, sendo o sucesso profissional e o bem-estar familiar dependentes de exclusiva dedicação e mérito individuais. O surgimento da proteção social foi propiciado pela sociedade industrial, na qual a classe trabalhadora era dizimada pelos acidentes do trabalho, na qual existia insegurança econômica pelo fato da renda destes trabalhadores ser exclusivamente obtida pelos seus salários. (IBRAHIM, 2014)

Atualmente as ações estatais não se limitam ao campo previdenciário, proporcionam também ações em outros segmentos, como a saúde e o atendimento a pessoas carentes, sendo a seguridade social grau máximo de proteção social. No Brasil, a proteção social é prioritariamente obrigação do estado. De acordo com Ibrahim (2014, p. 4) atualmente no Brasil entende-se que seguridade social é o conjunto de ações do estado para atender as necessidades básicas de seu povo nas áreas de Previdência Social, Assistência Social e Saúde.

Nesse sentido pode-se concluir que a seguridade social, aliada as ações de natureza voluntária da sociedade compõem o mecanismo mais completo na realização de proteção social no Brasil e no mundo.

2.2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA DA SEGURIDADE SOCIAL NO BRASIL

A manifestação mais antiga de Previdência Social são as formas de montepios. Em 22 de junho de 1835 surgiu o primeiro montepio, Montepio Geral dos Servidores do Estado (Mongeral), que funcionava através do mutualismo, onde um grupo de pessoas associam-se e contribuem a fim de formar fundo para cobertura de determinados infortúnios. Em 24/11/1888, através da Lei nº 3.397 foi autorizada pelo Governo a criação de uma “Caixa de Socorro” para os trabalhadores das estradas de ferro estatais. Outra norma importante que instituiu a responsabilidade dos empregadores pelas consequências dos acidentes do trabalho foi a Lei nº 3.724 de 15/01/1919.

Com o Decreto Legislativo nº 4.682 de 24/01/1923, a Lei Eloy Chaves houve a implantação da Previdência Social em nosso país. Através dessa Lei foram criadas

“as caixas de aposentadorias e pensões” para os empregados das empresas ferroviárias, contemplando-os com alguns benefícios. A lei Eloy Chaves foi considerada o marco inicial da Previdência Social no Brasil, pois a partir dela surgiram dezenas de caixas de aposentadoria por empresas, sendo esses benefícios estendidos aos empregados de outros ramos, sendo posteriormente unificadas na Caixa d Aposentadoria e Pensões dos Ferroviários e Empregados em Serviços Públicos.

A partir de 1933 houve a criação dos Institutos de Aposentadorias e Pensões, entidades de proteção social que reuniam categorias profissionais. A Constituição Federal em 1934, além de definir a competência da União para fixar regras de assistência social, reservando ao Congresso a competência para determinar normas sobre aposentadoria, estabeleceu a forma tríplice de custeio do sistema: governo, empregado e empregador, além da previsão para a obrigatoriedade da contribuição para o custeio do sistema. Em 07/05/1945 houve a criação do Instituto dos Serviços Sociais do Brasil (ISSB) com o Decreto Lei nº 6.526, porém o plano sequer conseguiu ser implantado. Somente em 28/08/1960 com a Lei nº 3.807 – Lei Orgânica da Previdência, houve a uniformização da legislação previdenciária, incluindo benefícios e abrangendo um número maior de segurados. Em 1963 houve a criação do Funrural a fim de beneficiar os trabalhadores rurais. Em 21/11/1966 por meio do Decreto nº 72 houve a unificação administrativa fundindo os institutos de aposentadorias e pensões, originando o Instituto Nacional de Previdência Social.

Na década de 70 foram editados vários diplomas legais trazendo inovações importantes para a legislação previdenciária, assim com tantas normas em vigor houve a necessidade de reuni-las através do Decreto nº 77.077 de 24/01/1976 resultando na Consolidação das Leis da Previdência Social (CLPS). Por intermédio da Lei nº 6.439 de 01/07/1977, com o objetivo de reestruturar a Previdência Social, foi criado o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (SINPAS), subordinado ao Ministério da Previdência Social.

Em 27/06/1990, o Decreto nº 99.350 criou o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, órgão resultante da fusão do INPS e IAPAS. A maioria dos órgãos que faziam parte da estrutura do SINPAS foi paulatinamente sendo extinta: - O Inamps em 1993; - a LBA e Funabem em 1995; - a Ceme em 1997. A Dataprev permanece atuando na prestação de serviços de processamento de dados aos órgãos do MPS.

A Emenda Constitucional nº 20 de 15/12/1998, trouxe profundas mudanças para o sistema de Previdência Social, quais sejam:

- Benefício salário-família ser devido apenas aos trabalhadores de baixa renda;
- Proibiu trabalho para menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz;
- Criou diretrizes para o regime da previdência privada.

A fim de implementar essas mudanças destaca-se a Lei nº 9.876 de 26/11/1999 que introduziu o fator previdenciário no cálculo das aposentadorias por tempo de contribuição e por idade e estabeleceu que para o cálculo do salário benefício, serão considerados 80% dos maiores salários de contribuição de todo período contributivo.

Em 2003, a Constituição Federal sofreu alterações no que tange aos direitos previdenciários dos servidores públicos com regime próprio de previdência, através da Emenda Constitucional nº 41 de 19/12/2003.

Em janeiro de 2005, com a Lei nº 11.098, o INSS passou por uma transformação estrutural que atribuiu ao Ministério da Previdência Social, através da Secretaria da Receita Previdenciária as competências relativas à arrecadação, fiscalização, lançamento e normatização de receitas previdenciárias.

A Emenda Constitucional nº 47 de 5 de julho de 2005 introduziu alterações nos Regimes Próprios de Previdência dos Servidores Públicos – RPPS, bem como no Regime Geral de Previdência Social – RGPS.

Em 21 de julho de 2005, através da Medida Provisória nº 258, houve a criação da Receita Federal do Brasil, onde algumas competências que antes eram do Ministério da Previdência Social vão para o Ministério da Fazenda. A MP nº 258/2005 não foi convertida em lei, perdendo seus efeitos sendo realizada somente em 2007. Com a publicação da Lei nº 11.457 em 16 de março de 2007 ocorre a fusão das duas Receitas num órgão único que passou a denominar-se Secretaria da Receita Federal do Brasil – SRFB.

2.3. PRINCÍPIOS NORTEADORES DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, no seu art. XXII, estabelece que as nações devem trabalhar de modo articulado, na medida da

organização e recursos de cada país, a fim de oferecer aos seus cidadãos a segurança social necessária, a partir da efetivação dos direitos sociais, econômicos e outros imprescindíveis à dignidade e ao livre desenvolvimento da personalidade humana. (Declaração Universal dos Direitos Humanos. **DUDH**, 1948)

Os direitos sociais atuam de maneira a assegurar que o homem, como membro da sociedade, faça *jus* à vida com dignidade. A dignidade da pessoa humana, princípio dos princípios, tem proteção internacional, além de constituir um dos fundamentos do Estado brasileiro.

Sobre a promoção dos direitos sociais como medida a garantir o respeito à dignidade humana, Carlos Alberto de Castro e João Batista Lazzari afirmam ser dever do Estado cuidar para que o homem não seja tratado como massa de manobra política ou econômica:

O respeito à dignidade não deve ser encarado somente como um dever de abstenção do Estado na invasão do espaço individual de autonomia. Isto é pouco. Cabe à organização estatal criar mecanismos de proteção do homem para que este não seja tratado como mero instrumento econômico ou político pelos órgãos do poder público ou por seus semelhantes (CASTRO; LAZZARI, 2017, p. 43).

Nesse mister, a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 194, *caput*, delegou à Seguridade Social, com o apoio da sociedade, a responsabilidade de criar mecanismos para efetivação dos direitos à saúde, previdência e assistência social. As ações delineadas pela Seguridade serão extensíveis a todos aqueles que se encontram em estado de necessidade, independentemente de contribuição social (COSTA, 2012, p. 2052).

Pelo inciso I do artigo 194 da Constituição Federal, afere-se que a universalidade da cobertura do atendimento está diretamente relacionada ao dever que o Poder Público tem de oferecer cobertura a todas as situações que possam levar o segurado a um estado de necessidade, seja brasileiro ou estrangeiro. Já a universalidade do atendimento diz respeito à necessidade que a Previdência tem de abrigar todos os seus contribuintes, indiscriminadamente.

Para Marcus Correia, a universalidade da cobertura e do atendimento é vista sob os aspectos objetivo e subjetivo, em que

com o fim de eliminar a miséria, o princípio da universalidade, na seguridade social, agasalha todas as pessoas que dela necessitam (universalidade subjetiva) ou que possam vir a necessitá-la nas situações socialmente danosas (universalidade objetiva), ou seja, eventualidades que afetem a integridade física ou mental dos indivíduos, bem como aquelas que atinjam a capacidade de satisfação de suas necessidades individuais e de sua família pelo trabalho. (CORREIA apud FILIPPO, 2007, p. 2)

Desta feita, o Estado não pode negar amparo aos que enfrentam dificuldades físicas ou psicológicas, de caráter transitório ou permanente.

Com efeito do inciso II, do artigo 194 da Constituição Federal, tanto as populações urbanas quanto as rurais disporão dos mesmos benefícios. Trata-se do princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais. Por este princípio, as populações urbanas e rurais disporão dos mesmos benefícios, contudo não implica dizer que o valor dos mesmos será uniforme.

Portanto, segurados urbano e rural receberão o mesmo tratamento no que diz respeito à Seguridade Social. Contudo, tratando-se da Previdência Social, os valores podem ser diferenciados. Equivalência, não implica, necessariamente, em igualdade, haja vista que existem situações que diferenciam os segurados, como no caso do segurado especial. (CASTRO; LAZZARI, 2016, p. 90-91)

Antes do advento da Constituição Federal de 1988, existia clara distinção entre os direitos previdenciários dos trabalhadores urbanos dos rurais. Não era justo que aquele que trabalhava sob as dificuldades impostas pelo campo tivesse que contribuir em pé de igualdade com o que, de certa forma, era privilegiado por trabalhar na cidade, além de lhe serem tolhidos alguns direitos.

Atualmente, trabalhadores urbanos e rurais são detentores de igualdade na percepção dos benefícios. A equivalência se dá, *in casu*, quanto ao tempo de trabalho de cada um para fins de aposentadoria, por exemplo, haja vista que o desgaste físico e mental pelo qual perpassa o trabalhador rurícola ser bem maior que o enfrentado pelo que desempenha suas atividades na cidade.

A seletividade disposta no inciso III do artigo 194 da Constituição Federal refere-se à escolha dos serviços e benefícios que serão destinados aos segurados. A distributividade, noutro viés, busca categorizar os segurados em grupo de acordo com sua necessidade. Ao legislador incube a tarefa de direcionar os benefícios,

observando os critérios da solidariedade e da justiça social, de maneira que a Seguridade Social atenda aos anseios de todos.

A Carta Magna, também, veda a redução dos benefícios garantidos. A irredutibilidade proposta no inciso IV do artigo 194 da Constituição Federal busca impedir que o benefício perca a sua capacidade de compra com o decurso do tempo. Para tanto, exige a revisão, de tempos em tempos, do montante pago, de acordo com os índices econômicos oficiais.

A Seguridade Social será mantida pela sociedade como um todo, sendo que os que possuem maior capacidade contribuem de modo a satisfazer as necessidades dos que não podem supri-las pelo próprio esforço. A repartição do custeio deve atender aos critérios da isonomia, onde cada cidadão contribui na medida dos seus recursos. O empregador, o trabalhador e o importador de bens e serviços são algumas das fontes de custeio dispostas no texto constitucional (art. 194, incisos V, VI c/c art. 195, *caput*)

O caráter democrático da Seguridade Social impõe ao Poder Público a criação dos programas voltados à sociedade com o apoio desta. Logo, em atuação participativa, serão delineadas as melhores práticas para a Previdência, Assistência Social e a Saúde (art. 194, inciso VII)

Importante nesse momento frisar as diferenças entre os três pilares da Seguridade Social, no que tange à contribuição ao Sistema. Enquanto a Previdência Social exige uma contraprestação em pecúnia do indivíduo para a aferição de benefícios estatais, a Assistência Social é conferida aos que comprovam sua necessidade, mesmo que nunca tenha contribuído ao Estado. A Saúde, por sua vez, é um Direito universal desvinculado à contribuição. (GOES, 2016, p. 14)

Estampada no art. 201 da Constituição Federal de 1988, a Previdência, de caráter contributivo e filiação obrigatória, tem como premissa oferecer o amparo necessário aos contribuintes e seus familiares em casos de doença, invalidez, idade avançada, morte, desemprego, dentre outros. O atual Regime Geral da Previdência Social brasileira é de repartição simples, onde a contribuição do trabalhador paga os benefícios daqueles que já estão aposentados. (COSTA, 2012, p. 2106)

A Previdência Social é custeada pelos cidadãos de modo solidário. Somente a partir da contribuição coletiva é possível a existência de um sistema previdenciário apto a oferecer benefícios a quem dele se faz carecedor.

Portanto, se a proteção à dignidade humana é a finalidade maior da Previdência Social, a solidariedade transforma-se em um dos fundamentos da trama legal previdenciária, por ser o instrumento que permite garantir que o desígnio maior seja alcançado:

Se a principal finalidade da Previdência Social é a proteção à dignidade da pessoa, não é menos verdadeiro que a solidariedade social é verdadeiro princípio fundamental do Direito Previdenciário, caracterizando-se pela cotização coletiva em prol daqueles que, num futuro incerto, ou mesmo no presente, necessitem de prestações retiradas desse fundo comum (CASTRO; LAZZARI, 2017, p. 44).

O princípio da solidariedade decorre do fato de que apenas um contribuinte não é capaz de custear as necessidades de toda a população. Logo, é preciso que a sociedade em igualdade contribua, cada qual dentro de sua capacidade, a fim de criarem fundos para atender as suas necessidades futuras (TORRES, 2012, p. 2).

Nessa esteira, em 2016, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região reforçou em um dos seus julgamentos o caráter solidário da Previdência Social, *in verbis*:

3. O custeio da Previdência Social guia-se pelo princípio da solidariedade, em que a responsabilidade pelo financiamento das prestações é distribuída a toda a coletividade e as contribuições recolhidas destinam-se ao amparo de todos os segurados. 4. Não cabe a restituição das contribuições recolhidas no período em que o segurado aguardava a concessão do benefício previdenciário, concedido de forma retroativa, já que continuou exercendo atividade na condição de segurado obrigatório da Previdência Social (TRF-4 - AC: 50029546520134047004 PR 5002954-65.2013.404.7004, Relator: Amaury Chaves De Athayde, Data de Julgamento: 27/07/2016, Primeira Turma, grifo nosso).

Da leitura do V. Acórdão, todos, indistintamente, são responsáveis por custear a Previdência Social. Os cidadãos ativos pagam os benefícios dos inativos que, mesmo beneficiários, contribuem ao sistema.

A Previdência Social assenta-se, igualmente, na vedação do retrocesso social. Por este princípio, todos os direitos angariados pelos segurados não podem ser restringidos, quanto ao seu alcance e o montante dispensado a cada grupo.

José Afonso da Silva assim define o princípio da vedação do retrocesso social como o

princípio que se encontra inserido implicitamente na Constituição brasileira de 1988, decorrendo do sistema jurídico-constitucional, com caráter retrospectivo, tendo como escopo a limitação da liberdade de conformação do legislador infraconstitucional, impedindo que este possa eliminar ou reduzir, total ou parcialmente, de forma arbitrária e sem acompanhamento de política substitutiva ou equivalente, o nível de concretização alcançado por um determinado direito fundamental social (SILVA apud GARCIA, 2010, p. 7).

Pelo que se vê, o cerne do princípio que proíbe o retrocesso social é justamente a manutenção de tudo aquilo que foi conquistado para a sociedade. Portanto, ainda que não seja um preceito claramente instituído, pela leitura do texto constitucional é possível abstraí-lo. Os artigos 6º e 7º, XVIII, da Constituição Federal estabelecem a proteção à maternidade e à infância, sendo um direito da gestante licença à maternidade de cento e vinte dias, sem que isso importe em prejuízo de seu emprego ou de seu salário.

Veja-se que à mulher foi concedido o direito de passar 4 meses afastada de suas funções para cuidar do infante. Por ser assim, não pode o legislador ordinário criar situações que a impeçam de gozar desse benefício ou de ter seu salário reduzido, por conta do período distante do labor.

O princípio da proteção ao hipossuficiente, por conseguinte, não tem sua aceitação unânime na doutrina. Os adeptos à sua existência, veem nas normas previdenciárias um fim social maior, qual seja garantir a subsistência dos desfavorecidos:

Não se trata de defender que se adote entendimento diametralmente oposto na aplicação das normas, por uma interpretação distorcida dos enunciados dos textos normativos: o intérprete deve, dentre as várias formulações *possíveis* para um mesmo enunciado normativo, buscar aquela que melhor atenda à função social, protegendo, com isso, aquele que depende das políticas sociais para sua subsistência (CASTRO; LAZZARI, 2017, p. 86).

Os que olham a Previdência Social como aparelho de proteção aos hipossuficientes sustentam-se no preceito de que diante da dúvida de um texto normativo previdenciário, este deve ser interpretado em favor do que detém menos recursos (*in dubio pro misero*).

A jurisprudência tem acatado este princípio com recorrência nos casos de acidente laboral, onde a perícia atesta a capacidade de retorno ao trabalho pelo operário, mesmo diante de provas que demonstram a sua recuperação incompleta.

Transcreve-se o entendimento da Primeira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, de 15 de março de 2016, sobre o assunto:

Direito Previdenciário. Ação Acidentária. Sentença de procedência. Concessão de auxílio-acidente. Segurado que exercia a função de operador de máquina e carregador. Dor lombar. Perícia médica que atesta a necessidade de o obreiro permanecer exercendo atividades leves, sem sobrecarga da coluna. Aventada não consolidação das lesões derruída por informação de reversão apenas parcial do quadro. Laudo interpretado sob o princípio do *in dubio pro misero*. Redução da capacidade laborativa evidenciada. Benesse devida. [...]. Recurso voluntário parcialmente provido. Demais termos da sentença mantidos em reexame necessário. (TJ-SC - AC: 20140773838 Chapecó 2014.077383-8, Relator: Carlos Adilson Silva, Data de Julgamento: 15/03/2016, Primeira Câmara de Direito Público).

Extrai-se que a dúvida sobre a reabilitação total do trabalhador durante a interpretação do laudo é motivo para garantir que o benefício previdenciário seja ampliado.

3 A PENSÃO POR MORTE COMO BENEFÍCIO DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL E OS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA SUA CONCESSÃO

3.1 CONCEITO

A pensão por morte consiste em um benefício da previdência social que possui grande impacto social. Sua função é amenizar os problemas de um momento em que a família se encontra extremamente fragilizada. De acordo com as observações de Carlos Castro e João Lazzari, no que se refere à seara jurídica, a pensão por morte consiste no benefício destinado

aos dependentes do segurado, homem ou mulher, que falecer, aposentado ou não, conforme previsão expressa do art. 201, V, da Constituição Federal, regulamentada pelo art. 74 da Lei do RGPS. Trata-se de prestação de pagamento continuado, substituidora da remuneração do segurado falecido (CASTRO; LAZZARI, 2013, p. 74).

Conforme explica Wladimir Novaes Martinez, a pensão por morte é devida nas situações “de falecimento, desaparecimento e ausência do segurado. Se não se confundisse com a designação de outros direitos (com o caráter genérico, usado na Europa), poderia ficar apenas como pensão” (MARTINEZ, 2013, p. 767).

Valendo destacar a relação intensa que há entre a pensão por morte e a história da Previdência Social. Assim, o regime de previdência social é aquele que oferece aos segurados, pelo menos, “os benefícios de aposentadoria e pensão por morte” (AMADO, 2012, p. 39), portanto, um regime onde não há previsão da pensão por morte, não pode ser tido como previdenciário.

Antes mesmo da implementação da Previdência social no Brasil já se tem registros de modelos de pensão por morte. Um bom exemplo está “na edição da Lei nº 217, de 29 de novembro de 1892, a qual instituiu a aposentadoria por invalidez e a pensão por morte dos operários do Arsenal de Marinha do Rio de Janeiro” (CASTRO; LAZZARI, 2013, p. 72). Tais pensões consistiram em um ponto de partida para o benefício previdenciário em estudo.

Fábio Zambitte Ibrahim, por sua vez, conceituou a pensão por morte como sendo o “benefício direcionado aos dependentes do segurado visando à manutenção da família, no caso da morte do responsável pelo seu sustento” (IBRAHIM, 2012, p. 666).

A pensão por morte objetiva amparar a família que fica sem o seu mantenedor em virtude da morte. Conforme observa Marcos de Queiroz Ramalho: “É um benefício tipicamente familiar, destinado ao sustento dos dependentes do segurado” (RAMALHO, 2006, p. 63), assegurando, desta forma, a continuidade, com recursos para o sustento dos mesmos, ou seja, é um auxiliar no desenvolvimento do ser humano no âmbito da sociedade familiar.

3.1.1 A PREVISÃO CONSTITUCIONAL DA PENSÃO POR MORTE

A pensão por morte tem previsão na Constituição Federal e, Wladimir Novaes Martinez observa que apesar de não existir uma relação dos eventos que determinam a concessão “dos benefícios previdenciários na Carta Magna, ela prevê a pensão por morte em dois momentos: a) no art. 40, § 7º, I/II (servidores) e b) no art. 201, I, ao falar em cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte, e idade avançada” (MARTINEZ, 2015, p. 34).

Então, é possível verificar no texto do § 7º, I e II do artigo 40 da Constituição Federal, a previsão da pensão por morte:

§ 7º Lei disporá sobre a concessão do benefício de pensão por morte, que será igual: I - ao valor da totalidade dos proventos do servidor falecido, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso aposentado à data do óbito; ou II - ao valor da totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu o falecimento, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.

Valendo destacar que a previsão acima citada diz respeito aos servidores públicos, que têm normas diferentes àquelas que pertencem ao Regime Geral de Previdência Social, mas é uma espécie de pensão por morte com previsão constitucional.

Já em relação aos segurados do Regime Geral de Previdência Social, a pensão por morte tem previsão no artigo 201, V da Constituição Federal, conforme explica Sergio Pinto Martins:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (...) V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

Então, o marido tem direito à pensão por morte da mulher e vice-versa (art. 201, V, da Constituição), sendo que antigamente apenas a mulher que tinha direito à pensão, que não era devida ao marido, caso houvesse o falecimento da esposa (MARTINS, 2016, p. 251).

Contudo, o benefício da pensão por morte não só está previsto na Constituição Federal, como também encontra sua regulamentação em Lei específica.

3.1.2 OS BENEFICIÁRIOS DA PENSÃO POR MORTE COM A EDIÇÃO DA LEI Nº 13.135/2015

Os dependentes do segurado são os beneficiados pela pensão por morte, os quais estão explicitados nos artigos 16 da Lei nº 8.213/91 e 217 da Lei nº 8.112/90. Sendo que quando existir mais de um beneficiário deve haver um rateio, cabendo partes iguais para cada um deles.

Assim se manifesta a jurisprudência pátria:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. FALECIMENTO DE COMPANHEIRO APÓS A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 664 /14, CONVERTIDA NA LEI Nº 13.135 /15. UNIÃO ESTÁVEL NÃO COMPROVADA. I- As provas apresentadas não constituem um conjunto harmônico, apto a colmatar a convicção, no sentido de que a autora foi companheira do segurado até a data do óbito, motivo pelo qual deve ser julgado improcedente o pedido. II- Apelação improvida (TRF-3 - APELAÇÃO CÍVEL Ap 00068543420184039999 SP (TRF-3) Data de publicação: 09/05/2018) (Grifo nosso).

Nesse sentido, Carlos Castro e João Lazzari citam o seguinte exemplo, onde, no caso de mãe e filho, “será de 50% para cada um deles; se forem ex-esposa separada ou divorciada com direito a alimentos, companheira e dois filhos, cada qual terá direito a 25%. As cotas serão sempre iguais” (CASTRO; LAZZARI, 2013, p. 755).

A condição de dependente deve ser verificada no momento do óbito do instituidor, já que é o falecimento que faz surgir tal direito. Por exemplo, quando um filho com mais de 21 anos passa a ser inválido depois da morte do pai, o mesmo não fará jus ao benefício, já que o momento para a verificação da invalidez é o do óbito do segurado.

Frederico Amado diferencia os dependentes colocando-os em três classes distintas:

Os dependentes da classe I (artigo 16, da Lei 8.213/91) são preferenciais e possuem presunção absoluta de dependência

econômica: o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente. (...) Já na classe II figuram os pais, ao passo que na classe III estão o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente (AMADO, 2012, p. 582).

Sendo que anteriormente, conforme os comandos da Lei nº 8.213/91, somente o marido inválido era dependente de sua esposa e podia perceber a pensão por morte.

Para os óbitos que ocorreram depois do dia 05 de abril de 1991, o companheiro e o cônjuge do sexo masculino têm direito à pensão por morte, quando preenchidos os requisitos legais.

A Medida Provisória nº 664/2014 teve por intuito inserir um dispositivo à Lei nº 8.112/90 no qual o cônjuge ou companheiro(a) só faria jus à pensão por morte, se quando casado ou em situação de união estável com o servidor por mais de dois anos. O objetivo foi evitar fraudes, uma vez que, por inúmeras vezes, as pessoas idosas, já perto do fim da vida (com doenças graves, entre outros), forjavam casamentos ou uniões estáveis apenas com a finalidade de “deixar” alguém com o direito de receber a pensão por morte.

No entanto, tal mudança não passou no Congresso Nacional e a Lei nº 13.135, de 17 de julho de 2015 também não assumiu essa posição. Sendo assim, não existe exigência com relação a um período mínimo de casamento ou união estável para que o cônjuge ou companheiro adquira o direito à pensão por morte. Quanto ao recebimento da pensão por morte pelo cônjuge divorciado, separado judicialmente ou de fato, no Regime Geral de Previdência Social é preciso que, em tais situações, esteja percebendo pensão alimentícia, conforme determinação do artigo 76, § 2º da Lei nº 8213/91, e na Lei nº 8.112/90 a previsão é a mesma.

A Lei nº 13.135/2015 trouxe uma pequena, porém significativa alteração em tal regra, pois determinou que, para que o cônjuge divorciado ou separado tenha direito à pensão por morte, é necessário estar recebendo pensão alimentícia fixada através de decisão judicial.

Portanto, se houver recebimento de pensão somente de fato, ou devido a acordo realizado entre as partes, sem envolver decisão judicial, o (a) ex-

cônjuge/companheiro (a) não fará jus à pensão por morte. “O objetivo do legislador foi o de evitar fraudes, o que era mais fácil quando a Lei não exigia que essa pensão por morte tivesse sido fixada judicialmente” (FREITAS, 2015).

Outra mudança de relevância promovida pela Lei nº 13.135/2015 para o Regime da Previdência Social da União está no fato de o menor sob guarda não mais pertencer ao rol dos beneficiários da pensão por morte. Já que, o artigo 217, II, “b” da Lei nº 8.112/90 (o menor sob guarda ou tutela até 21 (vinte e um) anos de idade), foi revogado pela Lei nº 13.135/2015. Então, o menor sob guarda não tem mais direito à pensão por morte.

A nova lei também revogou o item “d” do inciso II do artigo acima citado que considerava beneficiário: “a pessoa designada que viva na dependência econômica do servidor, até 21 (vinte e um) anos, ou, se inválida, enquanto durar a invalidez”.

A Lei nº 8.112/90 já previa que o enteado e o menor tutelado recebessem pensão por morte, pois estes já eram equiparados aos filhos do servidor, a inovação trazida pela Lei nº 13.135/2015 foi que, a partir de sua edição, os mesmos precisam comprovar dependência econômica para terem direito à pensão por morte (§ 3º do art. 217 da Lei nº 8.112/90 inserido pela Lei nº 13.135/2015).

Também é possível entender através da alínea “a”, do inciso V, do artigo 77 da Lei nº 8.213/91, que o recebimento do benefício a(o) cônjuge ou companheiro(a) deve ser suspenso no caso de os mesmos recuperarem a saúde, ou seja, quando não mais apresentarem deficiência ou invalidez, dentro dos requisitos e prazos exigidos nas alíneas “b” e “c” do mencionado dispositivo.

Tal imposição se dá devido o entendimento do legislador no sentido de que a pessoa, que se encontrava anteriormente impossibilitada, passa a ter condições de prover seu sustento com a recuperação, não sendo cabível, portanto, que a Administração Pública permaneça auxiliando esses dependentes.

3.1.3 OS NOVOS REQUISITOS RELATIVOS À ENTIDADE FAMILIAR PARA O BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE APÓS A EDIÇÃO DA LEI Nº 13.135/2015

Com a edição da Lei nº 13.135/2015 surgiu novos requisitos importantes, para o momento da concessão e quanto ao conceito de dependentes, sendo que essas alterações provocaram um impacto significativo na sociedade, devido à

imprevisibilidade que enseja tal benefício, além de que o mesmo se presta a tutelar um momento de grande fragilidade para os dependentes.

Quanto aos requisitos relativos ao casamento, Melissa Folmann explica que “o cenário foi drasticamente alterado com a vigência, da MP 664/14, pois a contar de 14/01/2015 passou a ser aplicado um limitador temporal da pensão e, no que couber, do auxílio-reclusão” (FOLMAN; SOARES, 2015, p. 92).

Anteriormente a 14 de janeiro de 2015 a pensão era vitalícia e não era considerada a causa do óbito ou período de convivência do casal, contudo, a inclusão do §2º ao artigo 77 da Lei nº 8213/1991 provocou limitação no tempo de recebimento do benefício.

Sendo assim, com a aplicação da regra do *tempus regit actum*, os segurados então, alcançariam o direito adquirido com relação ao óbito que tenha ocorrido antes da publicação da Lei nº 13.135/2015.

Então, poderá ser aplicada a lei anterior, não havendo exigência da motivação do óbito ou do tempo de duração do casamento nos óbitos que ocorreram até 13/01/2016. O fato é que a alteração legal vinculou a duração do benefício ao tempo de casamento e à natureza do óbito, desta forma, se o casamento durar menos que 2 anos e a morte não for motivada por acidente de trabalho ou doença profissional, a pensão por morte será concedida por somente 4 meses.

Vale observar que o prazo conjugal não diz respeito à carência, mas ao limite para a duração do benefício, exceto nos casos de exceções.

O artigo 76, §2º c/c o artigo 88, da Lei nº 8.213/91, colocou na relação de dependentes de primeira classe o cônjuge separado de fato ou judicialmente, bem como o divorciado, quando este estiver recebendo pensão alimentícia. Sendo que, nesse caso, a tutela é relativa à dependência financeira do ex-marido ou ex-esposa. Entretanto, vale dizer que essa dependência não é presumida, pois é preciso que a mesma seja comprovada para que o beneficiário então, concorra em iguais condições com os outros dependentes dessa mesma classe.

Destacando-se, porém, que há entendimento sumulado no STJ – Superior Tribunal de Justiça, a respeito do tema, com relação à dispensa de pensão alimentícia quando do divórcio: Súmula nº 336: “A mulher que renunciou aos alimentos na separação judicial tem direito à pensão previdenciária por morte do ex-marido, comprovada a necessidade econômica superveniente”.

Esse entendimento também é considerado no âmbito administrativo, por meio da disposição do artigo 371 §1º, da IN - INSS/PRES nº 77, de 21 de janeiro de 2015:

Art. 371. O cônjuge separado de fato ou divorciado, bem como o ex-companheiro, terá direito à pensão por morte, mesmo que este benefício tenha sido requerido e concedido à companheiro(a) ou novo cônjuge, desde que recebedor de pensão alimentícia.

§ 1º Equipara-se à percepção de pensão alimentícia o recebimento de ajuda econômica ou financeira sob qualquer forma, observando-se, no que couber, o rol exemplificativo do art. 135.

§ 2º Equipara-se, para todos os fins, a separação judicial ao divórcio.

Então, o ex-cônjuge (separado ou divorciado) é tido como dependente quando há fixação de alimentos ou é comprovada a dependência financeira.

Com relação ao tempo mínimo de casamento do ex-cônjuge, o legislador se omitiu, então é levada em consideração a regra geral para que não seja violado o princípio da isonomia. Porém, só terá direito ao benefício por prazo superior a 4 meses se o casamento perdurar por mais de 2 anos ou que a morte tenha sido proveniente de acidente ou doença do trabalho.

Quanto à duração da união estável é aplicado o mesmo procedimento do casamento, então, o companheiro, pelo fato de pertencer à primeira classe, não tem necessidade de comprovar dependência econômica, pois a mesma já é presumida.

Contudo, o vínculo com o segurado deve ser comprovado, nos termos do artigo 135 § 1º, da IN - INSS/PRES nº 77/15, o qual exige a apresentação de 3 dos documentos relacionados nos 16 incisos desse dispositivo:

Art. 135. Para fins de comprovação da união estável e da dependência econômica, conforme o caso, devem ser apresentados, no mínimo, três dos seguintes documentos:

(...)

§ 1º Os três documentos a serem apresentados na forma do caput, podem ser do mesmo tipo ou diferentes, desde que demonstrem a existência de vínculo ou dependência econômica, conforme o caso, entre o segurado e o dependente.

O direito previdenciário tem por objetivo a promoção do bem de todos, sem distinção de sexo, atualmente a união entre parceiros homossexuais é reconhecida. Uma vez que, além do Supremo Tribunal Federal ter reconhecido a união homoafetiva como entidade familiar (ADI nº 4.277 e da ADPF nº132/2011), o artigo

130 da IN - INSS/PRES nº 77/15 da mesma forma reconhece esse tipo de união ao determinar que:

Art. 130. De acordo com a Portaria MPS nº 513, de 9 de dezembro de 2010, publicada no DOU, de 10 de dezembro de 2010, o companheiro ou a companheira do mesmo sexo de segurado inscrito no RGPS integra o rol dos dependentes e, desde que comprovada a união estável, **concorre, para fins de pensão por morte e de auxílio-reclusão, com os dependentes preferenciais** de que trata o inciso I do art. 16 da Lei nº 8.213, de 1991, para óbito ou reclusão ocorridos a partir de 5 de abril de 1991, conforme o disposto no art. 145 do mesmo diploma legal, revogado pela MP nº 2.187-13, de 24 de agosto de 2001 (Grifo nosso).

Os filhos são dependentes até a idade de 21 anos, quando a partir de então, não mais terão direito a sua cota parte, e o valor referente à mesma é transferido para os outros dependentes ou extinto quando só há um único dependente. Porém, a idade não tem relevância quando o filho é inválido ou tem alguma deficiência, conforme determinação legal, sendo que a comprovação da dependência se realiza com a apresentação da certidão de nascimento.

Porém, a qualidade de dependente pode findar antes dos 21 anos, pois pode ocorrer com a emancipação do mesmo, conforme determinam os incisos do § único do artigo 5º do Código Civil.

A regra do INSS possui duas exceções com previsão do artigo 128 §1º e 2º da IN - INSS/PRES nº 77/15. Sendo que a qualidade de dependente não finda quando a emancipação advém de colação de grau em ensino superior; quando o dependente é inválido; e quando estiver prestando serviço militar obrigatório ainda que auferindo renda.

Com relação à invalidez do dependente é necessário o cumprimento de determinados requisitos exigidos pelo INSS, primeiro pela intensidade da invalidez, a qual deve consistir em incapacidade total e permanentemente para o trabalho, nos termos do artigo 126, I, da IN - INSS/PRES nº 77/15. A segunda se refere ao tempo em que foi constatada a incapacidade, que deve ser anterior aos 21 anos.

Vale observar que os filhos incapazes são aqueles que comprovam a dependência pela curatela ou interdição, e quanto ao deficiente mental, intelectual ou com deficiência grave, é preciso a avaliação do médico perito do INSS.

Quando não existem dependentes na primeira classe, os pais, que fazem parte da segunda classe são os próximos na lista de preferência, mas devem comprovar dependência econômica, ainda que não seja exclusiva.

Não existindo dependentes de primeira classe nem os pais, os dependentes são os irmãos do segurado, com tanto que sejam menores de 21 anos ou inválidos, ou seja, são aplicadas as mesmas regras dos filhos.

Para que a pensão por morte seja concedida são necessários os seguintes requisitos: comprovação da morte real ou presumida; comprovação da relação dos dependentes; e a qualidade de segurado do falecido (COSTA, 2018).

3.2 A QUALIDADE DE SEGURADO DO FALECIDO

A qualidade de segurado se destina a toda pessoa filiada ao INSS que tenha uma inscrição e mensalmente efetua pagamentos a favor da Previdência Social.

O benefício previdenciário da pensão por morte é concedido aos dependentes do segurado falecido e tem previsão nos artigos 74 a 79, da Lei nº 8.213/91 e no Decreto nº 3.048/99 artigos 105 a 115.

Porém, a Lei nº 8.213/91 deixa explícito ao esclarecer em seu artigo 102, §2º que “não será concedida pensão por morte aos dependentes do segurado que falecer após a perda desta qualidade, nos termos do art. 15 desta Lei, salvo se preenchidos os requisitos para obtenção da aposentadoria na forma do parágrafo anterior”.

Vale observar que são considerados segurados do INSS aqueles que se encontram na condição de: Empregado; Empregado Doméstico; Trabalhador Avulso; Contribuinte Individual, Segurado Especial ou Facultativo. Cada benefício previdenciário tem sua condição específica para ser concedido, dentre elas encontra-se o tempo mínimo de carência, o qual se dá entre dez e cento e oitenta meses, como ocorre nas aposentadorias por Idade, por tempo de contribuição, na especial e na de professor. (GODOY, 2017)

Para outros benefícios, tais como: pensão por morte; auxílio-reclusão; salário-maternidade e auxílio-acidente, não há carência de tempo mínimo, no entanto, o salário-maternidade será concedido apenas às seguradas que estejam empregadas, à empregada doméstica e às trabalhadoras avulsas. (GODOY, 2017)

O artigo 26, inciso I da Lei nº 8213\91 determina que “independe de carência a concessão das seguintes prestações: pensão por morte, auxílio-reclusão, salário-família e auxílio-acidente”. Então, a pensão por morte não requer que o segurado falecido recolha uma quantidade mínima de contribuições para a concessão do benefício previdenciário.

A manutenção da qualidade de segurado é essencial para o recebimento de quase todos os benefícios e auxílios da Previdência, sendo assim, é preciso atentar para os prazos do período de graça e o meio para restabelecer a qualidade de segurado caso esta seja perdida. (GODOY, 2017)

Vale observar que o período de graça pode ser entendido como o tempo em que o segurado permanece vinculado à Previdência Social, mesmo que não contribua mensalmente ou exerça uma atividade com carteira assinada.

Conforme explica Frederico Augusto Di Trindade Amado,

em observância ao Princípio da Solidariedade, pedra fundamental do nosso regime previdenciário, não seria justo que após a cessação das contribuições a pessoa perdesse imediatamente a condição de segurada, deixando de estar coberta pelo seguro social, justamente no momento em que enfrente grandes dificuldades, em especial por não mais desenvolver atividade laborativa remunerada (AMADO, 2011, p. 295).

O período de graça foi implementado pela Previdência Social com a finalidade de prolongar a qualidade de segurado dos trabalhadores, mesmo nas situações de desemprego ou na inadimplência com o pagamento das guias GPS. Então, graça consiste no período em que o segurado do INSS permanece com seus direitos previdenciários, ainda que deixe de contribuir.

Assim, a qualidade de segurado é uma condição a qual faz jus todos os cidadãos que são inscritos nos cadastros do INSS e efetuam mensalmente o pagamento de suas contribuições. Incluindo nesse rol não apenas os empregados que possuem carteira assinada, mas também os trabalhadores na condição de: contribuintes individuais; facultativos; avulsos e empregados domésticos.

3.2.1 A PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO

A perda da dependência pode acontecer em situações consideradas específicas de cada dependente. No caso do cônjuge, essa perda se dá com a

separação judicial ou divórcio, “enquanto não lhe for conferido alimentos, pela anulação do casamento, óbito ou sentença. Para os companheiros, pela cessação da união estável quando não lhe for conferido alimentos” (COSTA, 2018). Enfim, no caso dos filhos e irmãos quando estes atingirem a idade de 21 anos ou forem emancipados, somente os inválidos ou incapazes não perdem a qualidade de segurados.

Em situação contrária, quando ocorre a perda da qualidade de segurado, ou seja, quando acaba o “período de graça” disposto nos incisos do artigo 15, da Lei nº 8213\91:

Art. 15. Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:

- I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício;
 - II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;
 - III - até 12 (doze) meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória;
 - IV - até 12 (doze) meses após o livramento, o segurado retido ou recluso;
 - V - até 3 (três) meses após o licenciamento, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar;
 - VI - até 6 (seis) meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo.
- (...)

Assim, quando ocorre a perda da qualidade de segurado, a pensão por morte não será devida aos dependentes, exceto quando o segurado, até a data em que ocorrer seu óbito, já tiver preenchido todos os requisitos para se aposentar por idade. Nesse sentido, vale transcrever a Súmula nº 416 do STJ:

Súmula 416, STJ – É devida a pensão por morte aos dependentes do segurado que, apesar de ter perdido essa qualidade, preencheu os requisitos legais para a obtenção de aposentadoria até a data do seu óbito. (Súmula 416, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 16/12/2009)

Sendo assim, é possível perceber a grande importância de estar sempre atento à situação do segurado, para assegurar o direito ao benefício previdenciário.

3.3 A COMPROVAÇÃO DA DEPENDÊNCIA FINANCEIRA

A comprovação de dependência econômica diante do INSS se dá com base no artigo 22, §3º, do Regulamento da Previdência Social (Decreto 3.048/99):

Art. 22. A inscrição do dependente do segurado será promovida quando do requerimento do benefício a que tiver direito, mediante a apresentação dos seguintes documentos: (Redação dada pelo Decreto nº 4.079, de 2002)

[...]

§ 3º Para comprovação do vínculo e da dependência econômica, conforme o caso, devem ser apresentados no mínimo três dos seguintes documentos: (Redação dada pelo Decreto nº 3.668, de 2000).

Vale observar que há unanimidade na jurisprudência com relação à dispensa da necessidade de apresentação de no mínimo três documentos, com base no princípio do livre convencimento motivado do juiz, que toma sua decisão baseado na prova dos autos, inclusive da prova testemunhal. Valendo citar a jurisprudência pátria que reconhece a pensão por morte para a concubina devido à relação paralela que o *de cujus* mantinha com a esposa e a concubina:

DIREITO CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA. **PEDIDO DE CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE. CONCOMITÂNCIA DE CONVIVÊNCIA ENTRE ESPOSA E COMPANHEIRA COM O DE CUJUS QUANDO EM VIDA.** SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTE A PRETENSÃO AUTORA. UNIÃO ESTÁVEL PUTATIVA. PROVA ORAL E DOCUMENTAL QUE EVIDENCIA A EXISTÊNCIA DE DUPLICIDADE DE UNIÕES. SENTENÇA REFORMADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 380 DO STF. RATEIO ENTRECONCUBINA E ESPOSA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. O conceito de certo e errado é completamente relativo. Por essa razão, não abro mão da ideia de que **ao chamado concubinato podem ser aplicadas as mesmas regras da união estável, já que essa modalidade de relação deve, sim, ser vista como entidade familiar pela realidade fática e social que dela emanam.** (...) (TJ-AL - Apelação APL 05008854120078020046 AL 0500885-41.2007.8.02.0046 (TJ-AL) Data de publicação: 22/02/2016) (Grifo nosso).

O caput do artigo 143 do Decreto nº 3.048/99 assim determina:

A justificação administrativa ou judicial, no caso de prova exigida pelo art. 62, dependência econômica, identidade e de relação de parentesco, somente produzirá efeito quando baseada em início de

prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal.

3.3.1 CASO CONCRETO: CONCUBINA COM DEPENDÊNCIA FINANCEIRA FAZ JUS A ALIMENTOS NO ENTENDIMENTO DO STJ

A decisão do STJ é de que ainda que seja uma relação de concubinato, a mulher que, por mais de 40 anos, foi sustentada pelo homem, tendo aberto mão de sua profissão devido ao relacionamento, tem direito a alimentos.

A 3ª turma do STJ se baseou na decisão do TJ/RS para negar provimento ao recurso que impedia o sustento de concubina com mais de 70 anos, devido ao fim da convivência. A Corte entendeu que a obrigação do alimentante deveria permanecer, sob pena de causar desamparo à concubina idosa:

RECURSO ESPECIAL. CONCUBINATO DE LONGA DURAÇÃO. CONDENAÇÃO A ALIMENTOS. NEGATIVA DE VIGÊNCIA DE LEI FEDERAL. CASO PECULIARÍSSIMO. PRESERVAÇÃO DA FAMÍLIA X DIGNIDADE E SOLIDARIEDADE HUMANAS. SUSTENTO DA ALIMENTANDA PELO ALIMENTANTE POR QUATRO DÉCADAS. DECISÃO. MANUTENÇÃO DE SITUAÇÃO FÁTICA PREEXISTENTE. INEXISTÊNCIA DE RISCO PARA A FAMÍLIA EM RAZÃO DO DECURSO DO TEMPO. COMPROVADO RISCO DE DEIXAR DESASSISTIDA PESSOA IDOSA. (...) 1. De regra, o reconhecimento da existência e dissolução de concubinato impuro, ainda que de longa duração, não gera o dever de prestar alimentos a concubina, pois a família é um bem a ser preservado a qualquer custo. 2. (...) há de se manter a obrigação de prestação de alimentos a concubina idosa que os recebeu por mais de quatro décadas, sob pena de causar-lhe desamparo, mormente quando o longo decurso do tempo afasta qualquer risco de desestruturação familiar para o prestador de alimentos. 3. (...) ser a alimentanda septuagenária e ter, na sua juventude, desistido de sua atividade profissional para dedicar-se ao alimentante; haver prova incontestada da dependência econômica; ter o alimentante, ao longo dos quarenta anos em que perdurou o relacionamento amoroso, provido espontaneamente o sustento da alimentanda (...) 5. Recurso especial conhecido em parte e desprovido (RECURSO ESPECIAL Nº 1.185.337 - RS (2010/0048151-3) Julgamento: 17 de março de 2015 - Relator: Ministro João Otávio de Noronha - 31/03/2015 do STJ) (Grifo nosso).

No caso em tela, as partes se relacionaram paralelamente ao casamento do réu durante quatro décadas. Sendo que a concubina abandonou sua profissão no ano de 1961, e passou a viver às expensas do homem que, até mesmo, assinou

sua CTPS para efeito previdenciário. Contudo, após esse longo tempo de convivência, a relação se desfez, quando a mulher entrou com uma ação de reconhecimento e dissolução de união concubinária cumulada com pedido de partilha de bens e alimentos e/ou indenização por serviços prestados. Porém, o juízo de 1ª instância julgou parcialmente procedente os pedidos, condenando o réu a pagar alimentos no valor de 2,5 salários mínimos por mês.

As duas partes recorreram e o TJ/RS deu provimento parcial ao recurso da autora e não deu provimento ao recurso do réu, ou seja, foi contra a alegação de que não existia dependência econômica considerando que a concubina, não poderia, aos 73 anos, ficar desamparada.

Se o réu optou por sustentá-la, desde quando ainda era jovem, bonita e saudável, muito mais o deve agora, quando surgem os problemas de saúde em decorrência da idade avançada, sendo impossível o ingresso no mercado de trabalho (TJ/RS).

Em sede de recurso no STJ, o recorrente alegou que a decisão tinha sido contrária à disposição dos artigos 1.694 e 1.695 do Código Civil, já que os tais dispositivos se referem apenas ao direito alimentar entre parentes, cônjuges ou companheiros, não dispondo a respeito do dever de prestar alimentos a concubinas.

No voto do ministro relator João Otávio de Noronha foi observado que o direito alimentar é bem mais amplo do que se supõe e, portanto, requer cautela por parte do julgador, o qual precisa encontrar o ponto de equilíbrio, seja para fixar ou para afastar o dever de alimentar. Portanto, devido às peculiaridades do caso considerado excepcionalíssimo, com relação ao dever de alimentar o ministro não verificou qualquer risco à desestruturação da família do recorrente.

4 A POSSIBILIDADE DO RATEIO DA PENSÃO POR MORTE COM A CONCUBINA

4.1 CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DE FAMÍLIA

De acordo com a Constituição da República de 1988, entidade familiar é aquela criada por homem e mulher por intermédio do casamento, da união estável ou, ainda, pela convivência de um dos genitores com seus descendentes.

A família constitui a *celula mater* da sociedade, recebendo, portanto, máxima proteção do Estado:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e 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 (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), que em seu art. 17 discorre sobre a proteção internacional à família, dispõe no seu item 1: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado”.

Pereira explica a razão de ser a família a raiz embrionária da sociedade:

De todos os grupos humanos é a família que desempenha o papel primordial na transmissão da cultura e de valores de humanidade. É aí que alguém se torna sujeito e se humaniza. Por isso, família é o núcleo básico e essencial de qualquer sociedade. Sem ela não há sociedade ou Estado. Sem essa estruturação familiar não haveria sujeito ou relações interpessoais ou sociais. E na família que tudo se principia, é nela que nos estruturamos como sujeitos e encontramos algum amparo para o nosso desamparo estrutural (PEREIRA, 2015, p. 280).

É onde os seus membros desenvolvem-se em um ambiente calcado no afeto, promovendo-se a dignidade de cada um. Portanto, família não é apenas uma instituição iniciada pelo casamento ou união estável. Sua formação é muito mais abrangente, sendo o afeto o principal liame entre os seus indivíduos (MACIEL, 2016).

Faz-se impossível conceder uma definição única e absoluta sobre o que vem a ser, em sua profundidade, “família”, uma vez que diversos são os elos socioafetivos que constituem modelos e categorias diferenciadas de famílias, consideradas alicerces da sociedade, conforme dicção do art. 226 da atual Constituição Federal. Para que seja possível compreender o que vem a ser o instituto em apreço, necessário recorrer a conceitos oferecidos pela psicologia, sociologia, filosofia, dentre outros. Somente assim poder-se-á encontrar o cerne da proteção legal à família (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016).

Famílias são relações jurídicas estabelecidas pelos próprios sujeitos da relação familiar. Estas relações são horizontais e verticais. As horizontais seriam representadas pela figura daqueles que optam por unir-se à vida um do outro, seja pelo casamento, seja pela união estável. Já a verticais, relacionar-se-iam aos deveres jurídicos que detém os pais sobre os filhos, os filhos sobre os pais, os avós sobre os netos, dentre outros (COELHO, 2012).

O vocábulo “família” diz respeito a um grupo de pessoas unidas pelo sangue, pela adoção ou pela afinidade. Logo, a família é constituída pelos companheiros, os que decidem de comum acordo compartilhar as vicissitudes da vida, os parentes, os que ascendem e descendem desses pares, e os afins, a parentela de um e de outro. Essa seria a definição do termo em sentido amplo (GONÇALVES, 2017).

Três são as acepções empregadas à terminologia “família”: a amplíssima, a lata e a restrita. A família amplíssima seria aquela em que seus membros teriam algum tipo de laço, seja de sangue, seja de afinidade ou, ainda, terceiros que vivam às suas expensas, desde que haja ligação no assentamento de registro civil de nascimento. Na acepção lata, a família seria os consortes, os parentes um do outro e os filhos. Já a família no sentido restrito, seria o núcleo familiar em si, pais e sua prole. Do mesmo modo, três são as espécies de família: a matrimonial, a não matrimonial e a adotiva (DINIZ, 2015).

Necessário frisar, que os conceitos aqui expostos não se encontram dispostos no ordenamento jurídico. Cada autor, a partir de sua visão sobre o tema, oferece uma contribuição especial para elucidar o que venha a ser “família”, para o Direito de Família. Embora não dispor sobre denominação do instituto, a legislação preocupou-se em tratar de sua estrutura e como se daria a proteção conferida pela Constituição de 1988.

Ao analisar os artigos do Título I, do Código Civil de 2002, evidencia-se que o Direito de Família se estabelece após a constituição do casamento. O art. 1.511 traz em seu bojo a plena comunhão da vida, tendo por fundamento a isonomia entre os cônjuges, no que diz respeito aos direitos e suas responsabilidades.

O Título III do Código Civil estabelece as diretrizes da União Estável. Ainda que a união estável tenha sido colocada em um Título à parte, é de comum conhecimento que o instituto é constitucionalmente reconhecido como entidade familiar. Desse modo, o Direito de Família emana tanto da união formada pelo matrimônio, quanto da união por convivência (BRASIL, 2002).

Um destaque precisa ser feito, neste momento. A Constituição da República de 1988 e o Código Civil de 2002 entenderam como entidade familiar a união formada por homem e mulher, apenas. Todavia, a evolução dos comportamentos sociais trouxe consigo um novo modelo de união: a constituída por pessoas do mesmo sexo. Essas pessoas por um bom tempo precisaram recorrer ao judiciário para terem o direito ao reconhecimento da entidade familiar, uma vez que vivenciavam um relacionamento duradouro e com a finalidade de constituir uma família.

Diante da procura recorrente ao judiciário, viu-se o Supremo Tribunal Federal (STF) compelido a oferecer uma posição sobre o assunto. Assim, em 05/05/2011, tendo por relator o ministro Ayres Brito, foram concomitantemente decididas a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4277/DF e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ, onde colocou-se ponto final nas controvérsias judiciais existentes sobre o tema. O julgamento das referidas ações declaratórias possibilitou a formalização da união homoafetiva, seja pelo matrimônio, seja pelo próprio instituto da união estável. Todos os direitos antes direcionados apenas ao casal heterossexual foram estendidos aos homossexuais.

Portanto, o Direito de Família, hoje, abraça relações constituídas por qualquer tipo de pessoa, não sendo a orientação sexual óbice ao seu alcance. A viabilidade da união homoafetiva pelo STF obedece ao mandamento constitucional da inclusão, onde não deve existir distinções, preconceitos e qualquer outra forma de discriminação aos cidadãos, em salvaguarda à dignidade e até ao bom senso (TARTUCE, 2017).

4.2 O CONCUBINATO SOB A PERSPECTIVA CIVIL

O concubinato tradicionalmente trata-se de uma relação contrária aos princípios norteadores do Direito de Família e à própria sociedade brasileira. Em síntese podemos dizer que o concubinato é a relação de duas pessoas que se encontrem impedidas de manter relação conjugal devido ao matrimônio de uma ou ambas.

O Código Civil Brasileiro de 2002 conceituou tal figura em seu artigo 1.727, como as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar.

No processo de colonização do Brasil, houve a implantação da cultura cristã-católica, representada na figura dos jesuítas. Assim, temos em nosso país que a ideia de moral seja de retratação, tendo o Brasil adotado a moral cristã como base para a vida em comunidade nos diversos âmbitos. A moral cristã impõe a monogamia nos relacionamentos conjugais, ou seja um indivíduo deve manter relacionamento apenas com uma pessoa do sexo oposto. Essa moral cristã influenciou não apenas a forma como devem ser regrados os relacionamentos, mas também o próprio sistema jurídico brasileiro. (GONÇALVES, 2015)

O Código Civil Brasileiro de 1916 classificava como “famílias ilegítimas”, a união de duas pessoas fora do casamento, vedando o reconhecimento de filhos fora do casamento.

Entretanto com o passar do tempo surge a necessidade do direito brasileiro se adequar com a sociedade diante do número de “famílias ilegítimas” que estavam surgindo, sendo necessária a intervenção jurisdicional para a proteção destes.

Até o ano de 1988, com a vigência da nova Constituição Federal, a matéria do concubinato era exclusivamente jurisdicional, sem a interferência legislativa sobre a temática.

Com a Constituição Federal de 1988, houve a separação da figura da união estável a ideia de concubinato por meio do § 3º, do artigo 226.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado:

(...)

§ 3º - Para efeito de 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.

Observa-se atualmente que o elemento principal para a configuração do concubinato, a luz do Código Civil Brasileiro, é que ao menos uma das partes esteja impedida de casar, havendo a necessidade de incluir o impedimento do casamento para haver uma distinção dos institutos do concubinato com a união estável. Desta forma afirma-se que o artigo 1727 é uma norma de exclusão ao vedar direitos ao concubino, como o artigo 550 que prevê a anulação de doações do cônjuge adúltero ao seu cúmplice.

O concubinato é uma questão delicada dentro do Direito de Família, em sua evolução histórica, houve, dentro dele o reconhecimento de uma nova entidade

familiar que ia contra as legislações e entendimento jurídico tradicional, que seria a união estável. Todavia mesmo havendo reconhecimento da união estável, o concubinato sempre sofreu repressão por ferir o conceito cultural e tradicional de família.

Prevalece atualmente o entendimento que o concubinato não é entidade familiar, mas mera sociedade de fato, justamente por ser a família objeto de proteção especial do Estado, visto que a sociedade brasileira é baseada por uma moral cristã sendo abolido qualquer relacionamento adulterino. Entretanto, acredita-se que tal entendimento de que o concubinato é sociedade de fato irá perder força, sendo reconhecido direitos similares a entidade familiar, uma vez que a evolução dos relacionamentos no mundo atual vem, constantemente, modificando, discutindo e admitindo ideias antes condenadas como o reconhecimento extrajudicial de união estável poliafetiva, dentre outras novas dimensões que interferem o direito de família. (GONÇALVES, 2015)

4.3 POSICIONAMENTOS CONTRÁRIOS AO RATEIO DA PENSÃO POR MORTE COM A CONCUBINA

Boa parte dos argumentos tecidos em sentido contrário ao rateio da pensão por morte com o concubino dizem respeito ao conceito próprio de concubinato, suas raízes e tratamento dispensado a essa modalidade de união entre pessoas pela legislação brasileira.

Carvalho e Memic (2016) lecionam que “o concubinato puro, ou simplesmente união estável, surgiu pela primeira vez em nosso ordenamento jurídico com o advento da Constituição Federal de 1988”. Conforme demonstrado, até então, a união entre duas pessoas, de maneira informal – sem o casamento – não possuía respaldo legal.

O problema relativo ao rateio da pensão por morte se mostra evidente quando o concubinato em questão é impuro. Vale dizer, nos casos de relações existentes entre pessoas que não estão casadas e nem estão em união estável, por força de alguma vedação legal (CARVALHO; MUMIC, 2016).

Importante destacar que tanto homens quanto mulheres podem ser considerados concubinos. O fenômeno da traição não é exclusividade de um ou de

outro sexo, apesar de existir clara diferença estatística entre os casos no Brasil. Nesse sentido:

O concubinato adúltero possui seus direitos reservados apenas no campo obrigacional, não sendo possível atualmente qualquer cobrança no Direito de Família ou Sucessões. O concubinato é um fato que somente vem crescendo no Brasil, sendo que para cada mulher que mantém uma relação adúltera, existem dois homens traindo, conforme pesquisa realizada pelo Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas de São Paulo (PEREIRA; TOLEDO, 2016).

O direito brasileiro, ao inaugurar a possibilidade de união estável, solucionou parte do problema. No entanto, uma zona escura permanece. Agora, qualquer relação não eventual, mantida paralelamente ao casamento ou união estável, é considerada concubinato. E para esses casos o direito não oferece uma solução clara. (CARVALHO; MUMIC, 2016)

Muitas vezes, o concubinato é posto lado a lado com o adultério, sendo este último uma condição para a configuração do primeiro. Isso porque o pressuposto para o concubinato é a existência de casamento ou união estável. Carvalho e Memic (2016) aduzem que, “como regra geral, a legislação não confere proteção alguma ao companheiro da relação estável paralela ao casamento ou até mesmo paralela à união estável”.

Para Viana,

se, concomitantemente ao vínculo afetivo caracterizado pela não eventualidade, diversidade dos sexos e continuidade, estiver presente algum impedimento matrimonial previsto no artigo 1.521 do Código Civil, tem-se o que doutrinariamente é denominado de concubinato impuro. Nesse caso, são três as modalidades possíveis: incestuosa (incisos I a V do dito artigo), sancionadora (inciso VII) ou adúltera (inciso VI), sendo esta última caracterizada, frequentemente, pela falta de publicidade da relação (VIANA, 2016).

Mesmo nos casos em que a relação é contraída com base no princípio da boa-fé, existe a necessidade de comprovação do vício, o que pode ser deveras complicado para a parte interessada. Aqui, é possível mencionar um dos principais argumentos contrários ao rateio da pensão por morte com o concubino, ressaltam Carvalho e Memic (2016): “uma relação simultânea não possui o requisito da lealdade elencado no artigo 1.724 do Código Civil Brasileiro”. Junto a esse

argumento, outro de grande relevo é geralmente invocado, a monogamia. Existem dispositivos expressos no direito brasileiro que vedam essa prática, que se caracteriza pela realização de casamentos simultâneos, típicos da poligamia.

De acordo com Viana, existem basicamente duas correntes doutrinárias a respeito do concubinato:

A primeira corrente defende a impossibilidade de se afastar o princípio da monogamia e a necessidade de estabilidade para caracterização de entidade familiar contemporânea, entendendo não ser possível a sustentação da existência de duas uniões estáveis simultaneamente ou uma união estável e um casamento, da qual fazem parte uma mesma pessoa. Entende, pois, pela inadmissibilidade da inclusão do concubinato como entidade familiar; posicionamento seguido, de uma forma geral, pelos Tribunais Superiores (VIANA, 2016).

O art. 235 do Código Penal brasileiro descreve a bigamia como crime, estabelecendo punição ao indivíduo que, casado, contrai novo casamento”. Importante ressaltar que nem sempre o concubinato está atrelado à bigamia, pois para que esta seja cominada, enquanto crime, faz-se necessário o casamento propriamente dito.

Percebe-se, pois, que os argumentos que norteiam a vedação do rateio da pensão por morte com o concubino estão ancorados em argumentos fracos, que não resistem a uma análise mais demorada.

Carvalho e Memic (2016) arguem que “o olhar incriminador que a sociedade tem para com os companheiros da relação paralela é um dos principais motivos que faz com que a legislação ainda mantenha esses companheiros desprotegidos”. O argumento que invoca a bigamia, por exemplo, só faz sentido quando presentes os requisitos para a tipificação penal. Segundo os autores, é possível afirmar que o direito brasileiro adotou, em certa medida, “o princípio da monogamia, sistema de formação familiar em que o homem possui uma única esposa ou companheira”. A recíproca também é verdadeira, dentro dessa perspectiva social.

Tal entendimento ultrapassou a esfera dos costumes, mostrando efeitos inclusive na jurisprudência. Nesse sentido:

Tradicionalmente sempre predominou no campo doutrinário e jurisprudencial o entendimento de que a relação afetiva concubinária não é entendida como entidade familiar, não sendo reconhecidos

ao(à) concubino(a) direitos à meação patrimonial, a alimentos ou à sucessão. Também não existe possibilidade de adoção do nome do(a) convivente ou de mudança do estado civil, assim como não se aplica a presunção de paternidade, a qual se restringe ao casamento (BAPTISTA; ROLIM, 2016).

É daí que surge a ideia, ainda difundida no Brasil, apesar de estar caindo paulatinamente em desuso, de que existem dois tipos de famílias: a legítima, formada pelo casal e os filhos, e a ilegítima, formada pelo concubino e os filhos fora do casamento.

Esse entendimento, de caráter prioritariamente social e cultural, permeia do direito brasileiro, em especial o direito de família. Por isso a legislação pátria, até pouco tempo, não reconhecia a união estável e até o momento não possui bases sólidas para tutelar o concubinato. Merece maior proteção a família regularmente constituída (BAPTISTA; ROLIM, 2016).

Como visto, o tema se conecta com o dever de fidelidade, estabelecido no Código Civil Brasileiro. Trata-se de um dos principais pontos levantados quando a discussão diz respeito ao rateio da pensão por morte no caso de concubinato. Resta saber se tal dever encontra respaldo na sistemática do direito vigente, tendo em vista as alterações legislativas, sociais e culturais observadas nos últimos anos (BAPTISTA; ROLIM, 2016).

Por fim, acerca dos posicionamentos contrários ao rateio da pensão por morte com a concubina, Pereira e Toledo (2016) concordam “que o concubinato adulterino somente pode ser indenizado no caso de comprovação de aquisição de propriedade de forma onerosa, sendo vedado o enriquecimento sem causa”. Eventuais demandas em favor do concubino devem ser propostas, nessa linha de raciocínio, na esfera civil, não havendo espaço para disputas no campo familiar ou de sucessões.

Ressalva é feita com relação ao concubinato putativo, quando mantida a boa-fé objetiva daquele que, não sabendo do impedimento, contrai relação com pessoa casada. Tal exceção se justifica em razão do estado de ignorância vivido por uma das partes envolvidas na relação, não podendo sofrer consequências negativas. Pereira e Toledo (2016) afirmam que eventual concubina, nessa condição, faz jus ao “direito à meação dos bens adquiridos a título oneroso, bem como ser habilitada em herança e caso demonstrar dependência financeira, ter seus direitos previdenciários resguardados”.

Conforme ficará mais evidente no item subsequente, que trata dos argumentos favoráveis ao rateio da pensão por morte em caso de concubinato, os artigos do Código Civil que tratam dos deveres do casamento, em especial a fidelidade, são meramente ilustrativos, com grande carga moral. Não possuem, nessa linha de pensamento, “qualquer eficácia jurídica concreta” (BAPTISTA; ROLIM, 2016).

4.4 POSICIONAMENTOS FAVORÁVEIS AO RATEIO DA PENSÃO POR MORTE COM A CONCUBINA

Os posicionamentos em defesa do rateio da pensão por morte, no contexto do concubinato, parecem derivar, grosso modo, de dois argumentos centrais. Um deles diz respeito aos fundamentos da previdência social, outro relativo a noção de dignidade da pessoa, princípio este que ultrapassa a esfera nacional, tendo status internacional.

No juízo de Rendwanski (2016), “a Previdência Social tem a finalidade de amparar os segurados e seus dependentes em face da ocorrência de riscos sociais, ou seja, aqueles eventos que ocorrem na vida do ser humano”. Conforme se extrai da Constituição Federal de 1988, a previdência cumpre o papel de garantia da manutenção da dignidade da pessoa.

Conforme abordado, parcela significativa dos argumentos contrários ao rateio da pensão por morte dizem respeito aos mandamentos do direito civil, muitos deles desatualizados, de inspiração meramente moral e cultural. Ocorre que a previdência, assevera Rendwanski (2016), “embora busque inspiração em institutos talhados por outros campos do saber jurídico, como é o caso do Direito Civil, tem a necessidade de construir conceitos próprios, capazes de se ajustarem às peculiaridades da disciplina”.

Significa dizer que as normas próprias do Direito Previdenciário, como é o caso da pensão por morte e outros benefícios, devem ser interpretados tendo em vista a proteção dos cidadãos, em especial aqueles “mais fragilizados pelos riscos sociais”, pontua Rendwanski (2016). Tais normas não podem ser aplicadas em desacordo com a realidade social, de forma irrestrita.

Apesar disso, a legislação previdenciária se utiliza de conceitos típicos do Direito Civil, excluindo do âmbito de abrangência da terminologia “companheiro”

aqueles que não vivem em união estável. Vale dizer, o concubinato não está amparado pela legislação brasileira, para fins previdenciários. Para Rendwanski (2016), a interpretação, no entanto, típica do próprio direito, “não pode ser limitada aos preceitos civilistas abstratamente estabelecidos na legislação, pois tem uma finalidade garantidora, qual seja, de assegurar os meios mínimos de vida aos segurados e seus dependentes”.

Sendo o concubinato existente no meio social, não pode esse arranjo familiar ser ignorado pela legislação. O argumento de que as relações chamadas impuras, por estarem fora do padrão historicamente aceito, não encontram espaço na legislação positivada deve ceder à realidade, ao caso concreto (RENDWANSKI, 2016).

Conforme leciona Inácio,

a família hoje se permite ser formada mediante união estável, ou união de pessoas do mesmo sexo, famílias formadas em reconstrução de famílias anteriores, ou até mesmo anaparental, em que não há presença de ascendentes, mas somente parentes, e no modelo socioafetivo, no qual não há parentesco, somente a ligação afetiva que une a relação. Assim, a família brasileira hoje se baseia na vontade de seus entes, que não se limitam somente ao que o Estado impõe, mas sim à afetividade, que junto com outros princípios, é o grande ponto que se fixa ao que lhes trazem felicidade e bem estar (INÁCIO, 2017).

Quando encarado do ponto de vista social, o concubinato ganha outros contornos. Rendwanski (2016) argumenta que “a proteção social visa a assegurar os meios mínimos de vida aos segurados e seus dependentes econômicos”. Tal dependência vai muito além dos aspectos jurídicos, da delimitação conceitual estabelecida em lei. Nesse sentido, a legislação previdenciária não pode privilegiar uma espécie de companheiro em detrimento de outra. Se assim o fizer, estará deixando uma categoria à margem da proteção previdenciária.

Mologni (2010), ao analisar a questão relativa ao concubinato, faz uma importante consideração. Não há se falar em quebra da boa-fé objetiva nessa espécie de arranjo. Vale dizer, as famílias que incorrem nessa categoria preenchem os requisitos da existência e eficácia da escada ponteana, elaborada por Pontes de Miranda. Tratam-se de relações existentes, do ponto de vista fático, e eficazes, com relação aos efeitos jurídicos produzidos. Sobre esse último aspecto, os efeitos

jurídicos, um deles é o direito ao rateio da pensão por morte, que pode ser pleiteado em juízo, muito e embora a legislação não seja clara a respeito da pretensão.

Tal pretensão deve ser analisada com base nas peculiaridades do caso concreto, à luz das normas que orientam o direito brasileiro, em especial as constitucionais. Na compreensão de Mogni (2010), “a polêmica surge em caso de coexistência de esposa e da concubina, simultaneamente, na relação de dependência econômica com o componente comum, que falece e deixa o benefício da pensão por morte”. Parece incorreto argumentar pela exclusão da concubina. Ao mesmo tempo, advoga-se que a análise deve ser casuística.

Mogni (2010) cita, ainda, que “os fatos sociais ao longo do tempo têm demonstrado que normas jurídicas ou decisões judiciais não têm eficácia, nem controle sobre a liberdade dos sentimentos humanos, ainda que seus propósitos sejam nobres”. Em termos mais simples, a tutela legal não tem a força para impedir que determinado tipo de relação seja constituída no seio social.

É possível falar, inclusive, em falta de estabilidade nas relações que resultam em concubinato. Consoante Santos (2016), a “existência do concubinato, simultaneamente ao casamento, já é sinal que o relacionamento conjugal não era tão estável, nem satisfatório, nem gratificante ao cônjuge em suas realizações pessoais”. Nessa linha, argumenta-se que as decisões judiciais que desconsideram direitos em relações de concubinato não são capazes de prevenir a existência desse arranjo. Para a autora, “a Constituição Federal visa, acima de tudo, a promoção da dignidade humana, no ambiente de igualdade, de liberdade e de solidariedade”. A favorecer apenas as relações que configuram casamento ou união estável, o direito nada mais faz do que punir o concubino, concedendo um prêmio aquele que obedece ao padrão conjugal estabelecido pela legislação.

Tendo em vista que a atual carta política brasileira consagrou a dignidade da pessoa humana, a disputa entre concubino e legítimo esposo ou companheiro por força de união estável parece inadequada. Nesse sentido, o rateio da pensão por morte se mostra um direito, a ser garantido a depender das peculiaridades do caso concreto:

Resta claro o direito da concubina ao rateio ao benefício da pensão por morte, direito esse que deverá ser verificado caso a caso, levando em conta suas peculiaridades, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da igualdade, da

liberdade e da afetividade. Os efeitos jurídicos das relações concubinárias devem ser reconhecidos, por ser uma realidade social que sempre existiu no nosso País, não podendo o Direito renegá-lo ao descaso, ao fundamentar suas decisões em argumentos de ordem moral, desconsiderando os princípios constitucionais e o ordenamento jurídico como um todo (SANTOS, 2016).

Verificada a existência de dependência financeira – um dos requisitos para que o rateio se mostre justificável –, a pensão por morte deve ser concedida para ambas as dependentes do falecido. Negar direitos à concubina seria o mesmo que violar o seu “mínimo existencial”, o que contraria os pressupostos do direito brasileiro.

Os posicionamentos favoráveis ao rateio da pensão por morte com a concubina vão além da mera disposição legal, incluindo também aspectos interpretativos, analisando o direito brasileiro não de forma fracionada, mas sim em sua sistemática. Sendo os laços de afeto constituídos com base em critérios e interesses particulares aos sujeitos, pondera Santos (2016), “não pode o Estado interferir na vida das pessoas e dizer qual relacionamento afetivo é mais conveniente, e estipular sanções caso estas famílias fujam dos “padrões” estabelecidos pela sociedade”.

4.5 O ATUAL POSICIONAMENTO DO STJ E DO STF SOBRE O TEMA

A questão relativa ao concubinato e rateio da pensão por morte já foi objeto de apreciação jurisdicional. No entanto, nenhuma decisão relevante foi proferida até o momento, conforme será analisado.

No Supremo Tribunal Federal, o tema foi objeto de discussão pela Primeira Turma, no ano de 2005, por força do RE n. 397.762, que tratava justamente da divisão do benefício previdenciário da pensão por morte entre legítima esposa do falecido e concubina. A conclusão do processo ocorreu apenas em 2008, tendo em vista a suspensão decorrente do pedido de vista pelo ministro Ayres Britto. Na espécie, o Estado da Bahia figurou como recorrente, contra acórdão do Tribunal de Justiça estadual “que determinou o rateio, entre viúva e companheira, da pensão por morte de servidor público estadual” (RENDWANSKI, 2016).

Na origem, o argumento central defendido pelo Tribunal foi no sentido de que o falecido mantinha, de maneira notória, uma relação paralela, de caráter não

eventual. Além do extenso período de tempo da relação, constava a publicidade, além de um total de nove filhos com a concubina, que era inclusive mantida financeiramente pelo servidor público falecido. Estaria configurada, pois, a união estável (RENDWANSKI, 2016).

De acordo com Carvalho e Memic:

Em que pese ser o indivíduo casado e possuir uma relação estável paralela, a matéria já se encontra pacificada no STF, podendo tomar como exemplo o julgamento do Recurso Extraordinário nº 397.962 que por 4 votos a 1 decidiu-se pelo não rateio da pensão entre esposa e “concubina” de ex-servidor por considerarem tratar-se de concubinato, e assim deram provimento ao recurso extraordinário (CARVALHO; MUMIC, 2016).

Rendwanski, 2016 discorre que “o ministro relator Marco Aurélio, em seu voto, defendeu a necessidade de observância do direito posto, o qual não permitiria o reconhecimento de união estável quando um dos integrantes da relação é casado”. Não se trataria, nessa linha argumentativa, de união estável, mas sim de concubinato.

Para reforçar a sua tese, referido ministro fez referência ao que dispõe o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. De acordo com o dispositivo, a união estável se faz presente apenas nos casos passíveis de reversibilidade para casamento. No caso em discussão, por já existir casamento, tal não seria possível. Portanto, “tendo em vista essa violação, deu provimento ao recurso extraordinário para restabelecer a decisão de primeiro grau, que havia entendido pela impossibilidade de divisão da pensão por morte entre a viúva e a companheira”. O voto do relator, no entanto, não foi unânime (RENDWANSKI, 2016).

O ministro Ayres Britto fez menção ao direito de pensão por morte a companheira do falecido, considerado este “aquele que mantinha com o segurado falecido uma relação doméstica de franca estabilidade, não existindo, para a Carta Magna, a figura discriminatória do concubinato”. Para o magistrado, o conceito de família, de acordo com o que preceitua a Constituição Federal, está relacionado com a formação de um núcleo de caráter doméstico, com ânimo para a vida em comum e construção de um lar (RENDWANSKI, 2016).

Com base nessa linha de pensamento, e considerando que o caso concreto revelou a existência de companheirismo entre a autora da ação no Tribunal de

origem e o falecido, o ministro Ayres Britto votou contrariamente ao recurso extraordinário interposto pelo Estado da Bahia, para manter a decisão pelo rateio da pensão por morte.

Apesar do esforço argumentativo do magistrado, “os ministros Menezes Direito, Carmen Lúcia e Ricardo Lewandowski acompanharam o voto do ministro Marco Aurélio no sentido de que a proteção à família”, nos termos do art. 226, § 3º, da Constituição Federal. Não sendo possível o reconhecimento da união estável para o caso em análise, inviável, pois, o rateio do benefício previdenciário (RENDWANSKI, 2016).

Nos tribunais estaduais, as decisões são, via de regra, favoráveis a concubina, com reconhecimento do direito ao rateio da pensão por morte. No entanto, quando a matéria chaga ao Superior Tribunal de Justiça, o cenário é completamente oposto.

O tribunal “tem se posicionado no sentido da impossibilidade de rateio entre a concubina e a viúva, com fundamento de que se houver a simultaneidade das relações de conjugalidade e de concubinato, prestigiam-se os interesses da mulher casada” (MOLOGNI, 2010).

A jurisprudência do STJ deixa evidente o posicionamento adotado sobre a matéria:

IMPRESCRITÍVEL O DIREITO DE PLEITEAR A PENSÃO ESTATUTÁRIA. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. CONCUBINATO. IMPOSSIBILIDADE. [...]Este Superior Tribunal de Justiça firmou sua orientação no sentido de que o reconhecimento da união estável entre o *de cujus* e a beneficiária – condição *sine qua non* para a concessão do benefício da pensão por morte – pressupõe a inexistência de impedimento para o casamento, o que afasta o reconhecimento de beneficiária à concubina. Precedentes. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido (STJ; RE 950.100; Proc. 2007/0099977-3; RS; 5ª T; Rel. Min^a Laurita Vaz; DJE 03/08/2009).

O Supremo Tribunal Federal, no ano de 2012, restou reconhecida a existência de repercussão geral no RE n. 669.465. “O recurso foi ajuizado pelo Instituto Nacional do Seguro Social contra decisão da Turma Recursal dos Juizados Especiais do Espírito Santo, que reconheceu o direito da companheira de dividir a pensão com a viúva”. Detalhe: a relação paralela não estava abarcada pelo regime

da união estável, apesar da sua longa duração (mais de vinte anos) e existência de uma filha fora do casamento (MOLOGNI, 2010).

O cerne da discussão está em definir se a pessoa que mantém relação paralela, com ânimo familiar, não abarcada pela união estável, possui direitos de caráter previdenciários, como seria o caso da pensão por morte do segurado. Nas palavras do relator, Luiz Fux, a discussão não era novidade no STF, tendo sido apreciada em ocasiões passadas, por órgãos fracionados. Reconheceu, no entanto, que nenhuma jurisprudência foi, de fato, estabelecida para solucionar a controvérsia (MOLOGNI, 2010).

Além da questão relativa ao concubinato, outra muito parecida está pendente de apreciação pelo STF, reconhecida a repercussão geral. Trata-se da possibilidade de reconhecimento de garantias previdenciárias em se tratando de uniões estáveis concomitantes. Sobre a questão, cabe ao órgão analisar o Recurso Extraordinário com Agravo n. 656.298, cuja repercussão foi reconhecida em 2012 (RENDWANSKI, 2016).

5 CONCLUSÃO

Ante o exposto, algumas considerações podem ser levantadas. O concubinato é tema tabu não apenas no meio civil, como também no meio jurisdicional previdenciário. A legislação brasileira se mostra silente sobre a matéria, preferindo proteger a família em seu formato tradicional, composta pelo homem, a mulher e os filhos.

Ocorre que, nas últimas décadas, a sociedade passou por diversas transformações. Novos arranjos foram estabelecidos e velhos costumes foram derrubados. Tome-se, a título de exemplo, o reconhecimento da união estável como unidade familiar, com status de casamento para todos os fins legais.

Isso sem mencionar a existência de relações entre pessoas de mesmo sexo, as chamadas relações homoafetivas, até pouco tempo condenadas não apenas socialmente, mas também legalmente.

Apesar do contexto de transformações e dos avanços da jurisprudência brasileira, existe claro descompasso entre a velocidade com que essas transformações acontecem na prática e a resposta dada pelos órgãos jurisdicionais. Conforme mencionado, o maior órgão brasileiro, em termos constitucionais, ainda não se pronunciou, de forma definitiva, acerca da possibilidade de reconhecimento de direitos previdenciários para a concubina.

Existe reconhecimento de repercussão geral, o que obriga a análise plenária da matéria. Enquanto isso, no entanto, centenas de casos permanecem sem uma resposta concreta. Vale ressaltar que estamos tratando de questões previdenciárias, muitas vezes relacionadas à subsistência.

No caso concreto analisado, RE n. 397.762, em que os ministros decidiram pela negativa do direito ao rateio da pensão por morte, a concubina demonstrou dependência econômica para com o falecido, tendo com ele mais de vinte anos de relação pública e nove filhos. É questionável a defesa da família como base da argumentação dos magistrados, quando apenas uma das famílias é reconhecida.

É necessário reconhecer, no entanto, que a matéria é sobremaneira complexa. Não é possível enquadrar o concubinato, por exemplo, como união estável, por inadequação jurídica e fática. Isso coloca o concubinato em uma posição delicada, uma zona escura.

Magistrados e doutrinadores encontram-se divididos entre o reconhecimento ou não dos direitos previdenciários para a concubina. Conforme demonstrado, os principais argumentos contrários ao rateio fazem referência a monogamia, base familiar brasileira. É que nenhuma pessoa pode manter casamentos paralelos, de caráter concomitante, pelo menos não de forma consciente – existem algumas exceções com relação ao casamento putativo.

Esse argumento, no entanto, é demasiadamente frágil, tendo em vista que o concubinato pode existir sem que se incorra em bigamia. Outro argumento, esse mais forte, é o da impossibilidade de reconhecimento da união estável, já mencionado. Some-se a isso a existência de dispositivos legais antiquados, inadequados quando analisados de forma sistêmica, como aqueles do Código Civil que tratam do dever de fidelidade.

Ao que tudo indica, os argumentos favoráveis ao rateio da pensão por morte entre a concubina e a viúva merecem maior destaque, por estarem alinhados com os ideais democráticos e sociais de nosso tempo. Eles dizem respeito, grosso modo, ao fundamento da previdência social e dignidade da pessoa.

Aqueles que defendem a possibilidade de rateio tratam a previdência social como meio para a satisfação do mínimo existencial, para a garantia da dignidade e sustento da família. Nesse sentido, qualquer arranjo familiar, desde que não eventual, pode ser reconhecido como merecedor da tutela jurisdicional.

Não se trata de um reconhecimento absoluto, no caso do concubinato, mas sim da possibilidade de reconhecimento caso a caso, tendo em vista as peculiaridades do concubinato. Se reconhecido, no caso concreto, é devido o rateio da pensão por morte.

Esse é o entendimento mais adequado, com base no princípio da dignidade da pessoa, muito embora não seja a linha defendida por toda a comunidade acadêmica e jurisprudência.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. *Direito previdenciário sistematizado*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2011

_____. *Direito e processo previdenciário sistematizado*. 3. ed. amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

BAPTISTA, Aline dos Santos; ROLIM, Dorinethe dos Santos Bentes. Relações paralelas ao casamento... *Congresso de Direitos Humanos*, 2016. Disponível em: <<http://www.andhep2016.sinteseeventos.com.br/arquivo/downloadpublic?q=YToyOntzOjY6InBhcmFtcyl7czozNDoiYT0xOntzOjEwOiJRF9BUIFVSVZPIjtzOjM6ljQ2Myl7fSI7czoxOiJoljtzOjMyOii3MDY4ZTg5OGY3Y2I5ODY0OWM2M2Y1YmJINGU1YzlkMSI7fQ%3D%3D>>. Acesso em: 29 set. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º jan. 1916. Código de 1916. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 5 jan. 1916.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. *Legislação*. Disponível em <<http://www4.planalto.gov.br>>. Acesso em 10 set 2018.

CARVALHO, Marco Cesar de; MUMIC, Claudia Helena do Prado. A extensão do benefício previdenciário pensão por morte ao companheiro da relação paralela. *Revista Jurídica da Libertas Faculdades Integradas*, nº 1, ano 6, 2016. Disponível em: <<http://www.libertas.edu.br/revistajuridica/downloadpdf.php?r=revistajuridica6/ARTIGO%20CLAUDIA%20E%20MARCO%20CESAR%202016>>. Acesso em: 4 out. 2018.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 20. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CAVALCANTI, Lourival Silva. *União estável*. São Paulo: Saraiva, 2003.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969). Pacto São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 15 set. 2018.

CORREIA, Marcus Orioni Gonçalves. apud FILIPPO, Filipe de. Os princípios e objetivos da Seguridade Social, à luz da Constituição Federal. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 43, jul. 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2012>. Acesso em: 01 set. 2018.

COSTA, Alessandra Teixeira. *Pensão por morte após a Lei nº 13.135/15*. (2018). Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=20448&revista_caderno=20>. Acesso em: 12 set. 2018.

COSTA, Nelson Nery. *Constituição Federal anotada e explicada*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012. [Livro Eletrônico]

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 5.

EDUARDO, Ítalo Romano. *Curso de direito previdenciário*. 10. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

FREITAS. Danielli Xavier. Breves comentários às alterações promovidas pela Lei 13.135/2015 na pensão por morte da Lei 8.112/90. (2015). Disponível em <<https://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/noticias/200355638/breves-comentarios-as-alteracoes-promovidas-pela-lei-13135-2015-na-pensao-por-morte-da-lei-8112-90>>. Acesso em: 10 set. 2018.

FOLMANN, Melissa; SOARES, João Marcelino. *Pensão por morte de acordo com a Lei n. 13.135/15*. São Paulo: LTr, 2015

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Direito de família: as famílias em perspectiva constitucional*. 6. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6. [Livro eletrônico]

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Direito de família: as famílias em perspectiva constitucional* [Livro eletrônico]. 6. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 6.

GODOY, Virginia Ferreira Torres de. *Qualidade de segurado e carência nos benefícios previdenciários*. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 158, mar 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18657&revista_caderno=20>. Acesso em set 2018.

GOES, Hugo Medeiros de. *Manual de direito previdenciário: teoria e questões*. 11. ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 6.

GONÇALVES, Vinicius de Almeida. *O concubinato na visão do atual ordenamento jurídico brasileiro e uma análise da possibilidade jurídica de alimentos*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 28 jan. 2015. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-concubinato-na-visao-do-atual-ordenamento-juridico-brasileiro-e-uma-analise-da-possibilidade-juridica-de-ali,52317.html#_ftn1>. Acesso em: 26 out. 2018.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 17. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2012.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

INÁCIO, Josiane Sarto. Efeitos patrimoniais nas relações de concubinato. FDSM, 2017. Disponível em: <<https://www.fdsm.edu.br/graduacao/arquivos/nucleo-de-pesquisa/iniciacao-cientifica/anais-2017/artigos/11.pdf>>. Acesso em: 1 out. 2018.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de direito previdenciário*. 5. ed. ed. São Paulo: LTr, 2013.

MOLOGNI, Celina Kazuko Fujioka. Pensão por morte do cônjuge: união simultânea de casamento e de concubinato adulterino. *UNOPAR*, Londrina, v. 11, n. 2, p. 77-86, set. 2010. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/16023132.pdf>>. Acesso em: 1 out. 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de direito de família e sucessões: ilustrado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

PEREIRA, Vanessa Rossi; TOLEDO, Iara Rodrigues de. Direito de propriedade da concubina. *Revista Científica do ITPAC*, Araguaína, v. 9, n. 1, pub. 1, fev. 2016. Disponível em: <https://assets.itpac.br/arquivos/Revista/77/Artigo_1.pdf>. Acesso em: 1 out. 2018.

RAMALHO, Marcos de Queiroz. *A pensão por morte no regime geral de previdência social*. São Paulo: LTr, 2006

RENDWANSKI, Marina Rodrigues. O companheiro paralelo e a possibilidade de ser reconhecido como dependente da Previdência Social. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, a. 15, n. 47, p. 53-82, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-47-janeiro-junho-2016/o-companheiro-paralelo-e-a-possibilidade-de-ser-reconhecido-como-dependente-da-previdencia-social/at_download/file>. Acesso em: 4 out. 2018.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 6.

SANTOS, Monize Bessa. Concubinato e pensão por morte: a possibilidade jurídica do rateio do benefício entre esposa e concubina no Brasil. *SEMESPE*, 2016. Disponível em: <<http://conic-semesp.org.br/anais/files/2016/trabalho-1000022922.pdf>>. Acesso em: 1 out. 2018.

SILVA, José Afonso da. apud GARCIA, Sérgio Renato Tejada. O princípio da vedação de retrocesso na jurisprudência pátria... *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 36, jun. 2010. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao036/sergio_tejada.html>. Acesso em: 5 set. 2018.

SILVA JR., Gilson Lopes da. A lei dos pobres 1601: primeira lei assistencialista e política de bem estar social. Dezembro, 2012. Disponível em <<https://www.webarquivos.com/artigos/a-lei-dos-pobres-1601-primeira-lei-assistencialista-e-politica-de-bem-estar-social/101885/>> Acesso Agosto de 2018.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

TORRES, Fabio Camacho Dell'Amore. *Princípios da seguridade social*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11219&revista_caderno=20>. Acesso em: 5 set. 2018.

_____. *Tratado prático da pensão por morte*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015

VELOSO, Zeno. *Código civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2002, v. XVII.

VIANA, Ana Flavia Gusmão de Freitas. *Concubinato adulterino: omissão legislativa e evolução do entendimento jurisprudencial*. Semana acadêmica, 2016. Disponível em: <https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/concubinato_-_ana_flavia_gusmao.pdf>. Acesso em: 5 out. 2018.