



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

GLAUCO LOPES DE MEDEIROS LIRA

O DIREITO DA CONCUBINA A PENSÃO POR MORTE

SOUSA - PB
2011

GLAUCO LOPES DE MEDEIROS LIRA

O DIREITO DA CONCUBINA A PENSÃO POR MORTE

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Ma. Cecília Paranhos Santos Marcelino.

SOUSA - PB
2011



L768d Lira, Glauco Lopes de Medeiros.
O direito da concubina à pensão por morte. / Glauco Lopes de
Medeiros Lira. - Sousa - PB: [s.n], 2011.

59 f.

Orientadora: Professora Ma. Cecília Paranhos Santos Marcelino.

Monografia - Universidade Federal de Campina Grande; Centro
de Formação de Professores; Curso de Bacharelado em Ciências
Jurídicas e Sociais - Direito.

1. Concubina – direito a pensão. 2. Concubinato. 3. Relações
afetivas. 4. Direito de pensão. 5. Direito de herança. 6. Direito de
Família. I. Marcelino, Cecília Paranhos Santos. II. Título.

CDU: 347.628.42(043.1)

Elaboração da Ficha Catalográfica:

Johnny Rodrigues Barbosa
Bibliotecário-Documentalista
CRB-15/626

GLAUCO LOPES DE MEDEIROS LIRA

O DIREITO DA CONCUBINA A PENSÃO POR MORTE

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof^a. Cecília Paranhos Santos Marcelino

Banca examinadora:

Data da aprovação: _____

Orientador: Prof^a. Cecília Paranhos Santos Marcelino

Examinador interno

Examinador interno

Aos que jamais desistiram de lutar por seus direitos.

AGRADECIMENTOS

Aos meus prezados professores, em especial a minha orientadora Cecília pela paciência ao longo deste trabalho.

Aos meus colegas de turma por terem me acompanhado ao longo desta incrível jornada jurídica.

À minha família: meu pai Geraldo Lopes, minha mãe Maria Bernadete e meu irmão Glauber Lopes por terem formado o homem que sou hoje.

À Amanda por ter me ensinado o que é o amor e por ser fonte de incentivo e inspiração.

À Edmilson Tavares pelas inestimáveis aulas de Direito Previdenciário ao longo de um período de enriquecimento jurídico contínuo na Marcos Inácio Advocacia.

À todos aqueles que fizeram parte da família Bat Caverna, em especial Julio Cesar (Burrão) e Thiago Araujo (Bocão), eternos amigos que guardarei do lado esquerdo do peito, debaixo de sete chaves.

A minha eterna e sincera gratidão!

A inércia dos que se escondem sob a capa dos pusilânimes não deve se sobrepor à coragem e vontade de lutar dos intrépidos.

RESUMO

A família é a base de toda a sociedade e, ao longo da história, sofreu inúmeras transformações que modificaram o conceito e compreensão do vocábulo família nas mais variadas sociedades e ordenamentos jurídicos. Destarte, no que diz respeito ao ordenamento jurídico brasileiro é possível verificar dois momentos distintos. O primeiro momento antecede a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o segundo momento surgiu após o advento da Carta Magna, o que serviu como marco fundamental para a formação de novas entidades familiares, a exemplo da família monoparental e da união estável. As transformações, porém não pararam por aí, haja vista que cada vez mais surgia a necessidade de se regulamentar as relações afetivas que, muito embora existisse desde os primórdios, não gozavam de proteção estatal em virtude da discriminação social que sofriam. Ocorre que com o tempo vozes se levantaram em defesa do reconhecimento e da regulamentação das outras formas relações familiares, tais como a união homoafetiva e a união concubinária. Neste diapasão muito se discutiu sobre a possibilidade de a concubina ter assegurado o direito de receber a pensão por morte sob o argumento de que o concubinato trata-se de uma relação constituída com base no afeto, na continuidade e na ostensibilidade e que, portanto, possui todos os requisitos necessários para a formação de uma entidade familiar carecedora de proteção estatal.

PALAVRAS-CHAVE: Família. Transformações. Relações afetivas. Concubinato.

RÉSUMÉ

La famille est le fondement de toute société et à travers l'histoire, a subi de nombreuses transformations qui ont changé le concept et la compréhension du mot famille dans diverses sociétés et des systèmes juridiques. Ainsi, en ce qui concerne le système juridique brésilien, vous pouvez vérifier à deux reprises différentes. Le premier moment avant la promulgation de la Constitution de 1988 et le second moment est venu après l'avènement de la Magna Carta, qui a servi de pierre angulaire pour la formation d'entités de la famille nouvelle, comme les familles monoparentales et stable. Les changements, mais ne s'arrête pas là, étant donné que de plus en plus si le besoin s'en faisait sentir de réglementer les relations personnelles qui, alors qu'il ya depuis le début, ils n'ont jamais bénéficié de la protection État en raison de la discrimination sociale qu'ils ont subies. Cela se produit plus de voix de temps ont été soulevées dans la défense de la reconnaissance et la réglementation des relations familiales d'autres telles que le mariage homo et concubine mariage. Dans cet ordre d'idées ont été interrogés sur la possibilité d'une concubine ont obtenu le droit de recevoir une pension de mort repose sur l'argument que la cohabitation, il est établi une relation basée sur l'affection, la continuité et ostensibilidadade et que par conséquent a toutes les exigences nécessaires à la formation d'une entité familiale carecedor de protection de l'État.

MOTS-CLÉS: La famille. Transformations. Relations. Concubinage.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DA CONSTRUÇÃO DA FAMÍLIA PARA A ATUAL LEGISLAÇÃO PÁTRIA.....	11
2.1 Noções de Família	11
2.2 As Transformações Evolutivas Sofridas Pela Família ao Longo da História do Direito.....	13
2.2.1 A Família no Direito Brasileiro Antes da Constituição de 1988.....	16
2.2.2 A Família no Direito Brasileiro Após a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002	19
2.3 O Afeto Como Elemento Constitutivo da Família	20
3 DO DIREITO DE FAMÍLIA E OS NOVOS CONCEITOS ENVOLVENDO AS RELAÇÕES AFETIVAS	23
3.1 As Novas Relações Afetivas no Direito Brasileiro	23
3.2 Da União Estável.....	25
3.3 Da União Homoafetiva no Direito Brasileiro	28
3.4 Do Concubinato Adulterino.....	33
4 O DIREITO DE CONCESSÃO DA PENSÃO POR MORTE AQUELES EM RELAÇÃO DE CONCUBINATO.....	39
4.1 Breves Considerações Sobre a Seguridade Social.....	39
4.2 Previdência Social.....	40
4.3 Pensão Por Morte	41
4.4 Direito da Concubina em Receber a Pensão Por Morte.....	44
CONCLUSÃO.....	53
REFERÊNCIAS.....	55

1 INTRODUÇÃO

A família sempre foi vista como a célula base da sociedade, razão pelo qual o Estado sempre buscou lhe dar especial proteção. A própria Constituição Federal em seu art. 226 lhe assegura esta proteção: “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Até pouco tempo atrás a posição reinante era de que o casamento era a única espécie de formação familiar, precipuamente o casamento indissolúvel em que o homem gozava de posição privilegiada em face da esposa e dos filhos. Aqui o objetivo familiar era a manutenção do patrimônio.

Entretanto, outras formas de relacionamentos como as uniões concubinárias e as relações homoafetivas, já se faziam presentes, mas geralmente não eram bem vistas pela sociedade, ainda arraigada aos falsos moralismos da época, que consideravam uma perversão moral e acabavam por sancionar as pessoas que mantinham esta forma de relacionamento com a exclusão social. No entanto, não se pode olvidar que o direito deve andar além das discussões morais, não podendo arraigar-se a falsos moralismos, mas sim obedecer a dinâmica dos fatos sociais que se impõe hodiernamente.

A verificação, cada vez mais freqüente, no meio social, de formações familiares simultâneas, em que geralmente o homem casado mantém, ao tempo que vive maritalmente com sua esposa, relação amorosa com outra mulher, a concubina, requer atenção especial, sobretudo do Direito. O chamado concubinato adulterino, que abarca também os casos em que há reconhecidamente união estável entre uma das partes, não raras vezes produz injustiças para uma das partes, geralmente a concubina.

O tema é problemático e ao mesmo tempo bastante relevante, portanto, merece ser discutido de forma bastante detalhada, especialmente na seara do Direito Previdenciário e a luz da Carta Magna, direção na qual irá caminhar o presente trabalho.

O presente trabalho visa pontuar conceitos relacionados a formação da entidade familiar, conceituar a pensão por morte, definir concubinato e posicioná-lo dentro do conceito de família, definir união estável e buscar sua relação com o concubinato, além de observar jurisprudências sobre a matéria e relacionar a possibilidade de concessão da pensão em caso de concubinato.

Para tanto foi empregado o método de abordagem Hipotético- dedutivo, onde observamos uma lacuna no conhecimento acerca de um determinado assunto, qual seja a concessão de direitos à concubina, e na seara previdenciária foi conduzido o presente estudo. O método de procedimento adotado foi o monográfico, através do qual foram alcançados os objetivos a qual se propõe esta monografia. Já no que concerne a técnica de pesquisa, foi adotada a de documentação indireta, onde foram analisadas leis, doutrina e artigos que já tratam da matéria aqui apresentada

Neste diapasão fez-se mister tratar no presente trabalho sobre as construções familiares para a atual legislação pátria, o direito de família e os novos conceitos envolvendo as relações afetivas, e o direito de concessão da pensão por morte aqueles em relação de concubinato.

2 DA CONSTRUÇÃO DA FAMÍLIA PARA A ATUAL LEGISLAÇÃO PÁTRIA

A família, base e célula mater de toda a sociedade, sofreu profundas alterações ao longo de sua história. Mudanças que influíram no conceito e compreensão do termo família nas mais variadas sociedades e ordenamentos jurídicos. No que concerne ao Direito brasileiro, é possível vislumbrar dois períodos distintos: um que antecede a Constituição Federal de 1988 e outro após o advento da Carta Magna. Esta dedicou um capítulo inteiro ao Direito de Família e trouxe inúmeras inovações importantes voltadas à proteção da entidade familiar.

2.1 Noções de Família

A família é a base sólida de toda e qualquer sociedade e como tal deve desfrutar de proteção estatal. É a partir dela que todo e qualquer indivíduo aprende as primeiras lições e passa a fazer parte de um contexto social. Neste diapasão observa-se que todo indivíduo ao nascer, torna-se membro integrante de uma entidade natural, o organismo familiar. A esta entidade conserva-se ligado durante a sua existência, embora venha a constituir nova família (MOTEIRO, 2004).

Neste íterim, Cícero, citado por Washington de Barros Monteiro (2004, p.1), escreveu que, "(...) onde e quando a família se mostrou forte, aí floresceu o Estado; onde e quando se revelou frágil, aí começou a decadência geral".

É de se reconhecer que a concepção de família empregada nos dias de hoje não é a mesma de alguns anos atrás, sendo esta alvo de constantes transformações impulsionadas pela dinâmica dos fatos sociais. Em virtude disso, muito se discute sobre uma suposta crise da família. Contudo as transformações sociais sempre ocorreram, forçando mutações no conceito de entidade familiar, o que obviamente, não significa dizer que há de fato uma crise.

Ocorre que as novas formações familiares estão surgindo e pedindo sua assimilação pela sociedade civil e pelo Estado. No entanto, a velocidade com que a sociedade e o Estado assimilam essas novas transformações é inferior a com que

as mudanças ocorrem. Destarte, não há que se falar em crise, mas sim em transformações sociais que implicam na evolução da família.

O conceito de família é algo que oferece de plano um paradoxo para a sua compreensão. No Direito existem diversas conceituações de família coexistindo em um mesmo ordenamento jurídico. O Código Civil não trouxe em seu bojo o significado de família, mas outras leis como a do inquilinato (Lei nº. 8.245/91) ora define aquela como sendo o conjunto de pessoas residentes no imóvel sob a dependência econômica do locatário (art. 11, I), ora como sendo a unidade formada entre pais e filhos (art. 47, III). Destarte, verifica-se que por vezes dentro de um mesmo sistema o conceito de família pode sofrer alargamentos ou restrições (VENOSA, 2007).

O emérito professor Sílvio de Salvo Venosa (2007, p. 3) aduz que:

Entre os vários organismos sociais e jurídicos, o conceito, a compreensão e a extensão de família são os que mais se alteraram no curso dos tempos. Nesse alvorecer de mais de um século, a sociedade de mentalidade urbanizada, embora não necessariamente urbana, cada vez mais globalizada pelos meios de comunicação, pressupõe e define uma modalidade conceitual de família bastante distante das civilizações do passado. Como uma entidade orgânica, a família deve ser examinada, primordialmente, sob o ponto de vista exclusivamente sociológico, antes de o ser como fenômeno jurídico. No curso das primeiras civilizações de importância, tais como a assíria, hindu, egípcia, grega e romana, o conceito de família foi de uma entidade ampla e hierarquizada, retraindo-se hoje, fundamentalmente, para o âmbito quase exclusivo de pais e filhos menores, que vivem no mesmo lar.

O termo família possui inúmeros significados para os mais variados ramos das ciências humanas, tais como a antropologia, a sociologia ou ainda a ciência jurídica. O certo é que a legislação pátria não trás em seu bojo o conceito de família. Destarte, para efeitos didáticos e com o escopo de elucidar o tema faz-se mister discorrer sobre as três acepções do termo família arrolados por Maria Helena Diniz (2004), que podem ser no sentido amplíssimo, no sentido lato e a acepção restrita.

A família no sentido amplíssimo, no escorreito entendimento de Maria Helena Diniz, consistiria naquela em que os indivíduos se ligam pelo vínculo da consangüinidade ou da afinidade, seria, portanto, o conjunto de pessoas unidas por laços de parentesco, pelo sangue ou por aliança.

No que concerne a acepção no sentido *lato sensu*, no dizer da emérita professora, família é aquela que abrange além dos cônjuges ou companheiros, e de

seus filhos, os parentes da linha reta ou colateral, assim como os parentes do outro cônjuge ou companheiro, denominado parentes afins.

Por fim, no sentido restrito, a família é formada pelos pais (seja unidos pelos laços do matrimônio ou simplesmente união estável) e seus filhos. De forma mais sintética Orlando Gomes (1998, p. 35) também corrobora esse conceito quando aduz que família compreende “o grupo fechado de pessoas, composto dos genitores e filhos, e para limitados efeitos, outros parentes, unificados pela convivência e comunhão de afetos, em uma só e mesma economia, sob a mesma direção”.

Nesse sentido, outrossim, é o ensinamento de Paulo Lôbo (2009, p. 2):

Sob o ponto de vista do direito, a família é feita de duas estruturas associadas: os vínculos e os grupos. Há três sortes de vínculos, que podem coexistir ou existir separadamente: vínculos de sangue, vínculos de direito e vínculos de afetividade. A partir dos vínculos de família é que se compõem os diversos grupos que a integram: grupo conjugal, grupo parental (pais e filhos), grupos secundários (outros parentes e afins).

Neste diapasão, à luz dos conceitos acima expostos, apercebe-se que para o ordenamento jurídico pátrio família se traduz no instituto social formado a partir de laços sanguíneos, afetivos e jurídicos.

Por oportuno, impende ressaltar que a despeito da legislação não conceituar família, abarca os três conceitos trazidos pela professora Maria Helena Diniz (GOMES, 1998, p. 33), aplicando cada um desses conceitos nos diversos aspectos das relações familiares, delimitando direitos e obrigações de acordo com o grau de proximidade do círculo familiar.

2.2 As Transformações Evolutivas Sofridas Pela Família ao Longo da História do Direito

As transformações da família ao longo da história pressupõem a adaptação do homem ao meio social. Uma vez adaptado ao meio os indivíduos tendem a interagir entre si, formando os chamados ciclos sociais, que podem ser mais ou menos evoluídos a depender do momento histórico em que se apresentam.

Não há dúvidas de que a família pode ser considerada a entidade social mais antiga já formada pelos seres humanos, e que em um passado longínquo, mesmo

antes de se formarem as primeiras comunidades familiares sedentárias, já havia grupos de pessoas que se relacionavam a partir de um mesmo ancestral.

Inicialmente havia os clãs, formados em torno de um símbolo, geralmente um Deus que cultuavam, não tinham apego ao espaço geográfico em que viviam, eram nômades. Os membros dos clãs possuíam obrigações morais recíprocas, mas sempre sob a liderança de um ancestral comum, o qual se dava o nome de patriarca. Os membros desta comunidade eram geralmente seus descendentes e compartilhavam da mesma unidade cultural e patrimonial. Posteriormente com o surgimento da agricultura e a conseqüente fixação do homem a terra, o crescimento territorial e populacional dos clãs aumentou significativamente e passaram a se unir com outros clãs. A partir desse momento passou a se formar as primeiras tribos, caracterizada pela sedentarização (FERREIRA, 1995).

A entidade familiar, antes organizada de forma primitiva, constituída basicamente pelos laços sanguíneos, sofreu profundas alterações, passando a formar as primeiras sociedades organizadas.

O vocábulo família tem origem no termo *famulus*, expressão latina que significa "escravo doméstico", que fazia referência aos escravos que trabalhavam legalmente na agricultura familiar em tribos que no passado localizavam-se onde hoje está situada a Itália (MIRANDA, 2001).

A expressão família natural do Direito Romano Antigo, passa a ganhar importância a partir do momento em que as sociedades ficavam cada vez mais complexas, uma vez que os laços sanguíneos eram mais dispersados entre a população. Destarte, contrariamente aos clãs que se constituíam a partir da relação sanguínea formada entre seus membros e um ancestral comum, a família natural instituída no Direito Romano tinha origem e em uma relação jurídica, denominada casamento.

O instituto do casamento, no Direito Romano, dividia-se em *confarreatio* e *coemptio*, sendo que o primeiro tratava-se de uma cerimônia (geralmente uma oferenda de pão aos deuses) realizada entre os patrícios, que tinha caráter religioso. Já o *coemptio* se resumia a uma cerimônia reservada a plebe, que gozava de algumas formalidades, como a simulação de uma venda do poder sobre a mulher feita do pai para o marido. Era costume nesta modalidade de casamento o marido adquirir a mulher pela posse, caracterizada esta pela vida em comum sob o mesmo teto por um interregno de um ano (DINIZ, 2008).

Notadamente havia certos pressupostos para a formação do casamento romano que se traduziam na coabitação e no *affectio maritalis*. Este consistia na expressa manifestação dos cônjuges de viverem como marido e mulher. Com o fim de qualquer destes requisitos, extinguiu-se o casamento (CASTRO, 2002).

A despeito do Direito Romano valorizar o afeto entre os cônjuges, mantinha-se por outro lado uma estrutura de poder despótico, já que todo o poder familiar era concentrado sob a *patria potestas* do patriarca, que era o ascendente comum mais velho da família. Este era o chefe da família natural, exercendo seu poder sobre todos os seus descendentes não emancipados (WALD, 2002).

A Igreja Católica logo cuidou de adaptar a família natural, transformando-a em uma entidade indissolúvel, a única capaz de constituir a família cristã, sendo esta formada por um homem e por uma mulher, unidos através de um ato formal, e por seus descendentes (CASTRO, 2002).

A influência da igreja, portanto, foi benéfica e persuasiva na reestruturação da família européia medieval, sobretudo porque considerava o matrimônio como uma instituição sagrada, vendo com simpatia a posição da mulher na sociedade conjugal.

Esta preocupação da igreja com a família foi sintetizada por Orlando Gomes (1998, p. 40):

A Igreja sempre se preocupou com a organização da família, disciplinando-a por sucessivas regras no curso dos dois mil anos de sua existência, que por longo período histórico vigoraram, entre os povos cristãos, como seu exclusivo estatuto matrimonial. Considerável, em consequência, é a influência do direito canônico na estruturação jurídica do grupo familiar.

Durante esta evolução a família passou por fases, dentre as quais impende destacar: a poligamia, marcada pela ausência de regras, próprio da promiscuidade; o matriarcado, caracterizado pela criação materna exclusiva dos filhos, haja vista que nesse período a figura paterna quase era desconhecida; a monogamia, que trouxe como benesses melhor criação para os filhos (MIRANDA, 2001).

Com o surgimento da Revolução Industrial e o capitalismo, a família se transforma no seio onde se desenvolvem os valores do indivíduo, ressaltando-se a procriação como principal finalidade do casamento. A partir daí, mais exatamente no século XIX, o Estado conferiu maior importância ao casamento e passou a regulamentá-lo, deixando de ter somente um cunho religioso (GOMES, 2007).

Modernamente, a família adquiriu novas roupagens, especialmente, após a revolução feminista e sexual do século passado que trouxe como conseqüências o reconhecimento pelo Estado da igualdade entre o homem e a mulher, bem como a possibilidade de dissolução do vínculo conjugal, dando ensejo ao nascimento de novas formações familiares. Assim é que, atualmente, presente está o sentido plural de família que não resta estagnada, mas sim em constantes transformações.

Desta forma, verifica-se que as transformações da família, precipuamente as ocorridas no seio das sociedades ocidentais, fundamentaram-se primeiramente nos laços sanguíneos entre seus membros, que deu origem a enormes grupos familiares que tiveram origem em um ancestral comum. Posteriormente essas grandes formações familiares foram substituídas por entidades familiares menores, formadas a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de um ato solene, o qual se deu o nome de casamento, sacralizado e consolidado pela Igreja Católica.

2.2.1 A Família no Direito Brasileiro Antes da Constituição de 1988

A instituição da família possui raízes mais remotas que o próprio direito brasileiro, como vistos em relatos aduzidos anteriormente, e diante deste quadro, é que busca-se apresentar as determinantes para a construção do direito de família no Brasil, mais especialmente a questão do casamento, até a Constituição de 1988, onde transformações significativas se seguiram.

A Igreja Católica, em virtude da colonização portuguesa, marcou de forma significativa o Direito Brasileiro refletindo sua influencia sobre as Ordenações Filipinas de 1550. Esta só reconhecia como entidade familiar a instituída pelo casamento, que podia se dar solenemente pela união entre os nubentes, realizado pela Igreja e ligado a conjunção carnal, ou pelo casamento oriundo do acordo público entre os cônjuges, o qual se dava o nome de casamento com marido conhecido. Tal modalidade de casamento não era reconhecida pelo Direito Canônico (WALD, 2002).

As legislações imperiais que se seguiram mantiveram o casamento como a única forma de entidade familiar juridicamente reconhecida, passando a reconhecer

também, a partir de 1861, como casamento civil outras uniões religiosas que não católicas (WALD, 2002).

A despeito dos preceitos religiosos impostos pela Igreja Católica, a partir de 1890, houve profundas alterações no que concerne a forma como se constituía a entidade familiar. O Decreto nº. 181, cuja autoria se atribui a Rui Barbosa, concedeu validade jurídica apenas o matrimônio realizado pela autoridade civil competente. O referido decreto também mitigou o princípio da indissolubilidade do casamento, passando, portanto, a aceitar a separação de corpos. Ao casamento somente religioso não era atribuído nenhum valor legal (WALD, 2002).

Desta forma, faz-se mister transcrever o art. 108 do decreto supra, *in verbis*:

Art. 108. Esta lei começará a ter execução desde o dia 21-05-1890, e desta data por diante só serão considerados válidos os casamentos celebrados no Brasil se forem de acordo com suas disposições.

(...)

Parágrafo único. "O casamento civil, único válido nos termos do art. 108 do Dec. 181, de 24 de janeiro último, precederá sempre às cerimônias religiosas de qualquer culto, com que desejem solenizá-las os nubentes."

Somente com a entrada em vigor do Código Civil de 1916 por intermédio da Lei nº. 3.076 de 1916 é que o aludido decreto foi revogado. No entanto, novel Diploma Legal manteve o sistema patriarcal, em que o homem era tido como o chefe da família e a mulher casada passava a se inserir no rol dos relativamente incapazes, conforme demonstrado no bojo do Diploma Civil, *in verbis*:

Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido (art. 251): (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

I - praticar os atos que este não poderia sem o consentimento da mulher (art. 235); (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

II - alienar ou gravar de ônus real os imóveis de seu domínio particular, qualquer que seja o regime dos bens (arts. 263, II, III e VIII, 269, 275 e 310); (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

III - alienar os seus direitos reais sobre imóveis de outrem; (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

IV - suprimido pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962:

Texto original: Aceitar ou repudiar herança ou legado.

V - suprimido pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962:

Texto original: Aceitar tutela, curatela ou outro munus público.

VI - suprimido pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962:

Texto original: Litigar em juízo civil ou comercial, a não ser nos casos indicados no arts. 248 e 251.

VII - suprimido pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962:

Texto original: Exercer a profissão (art. 233, IV)

IV - contrair obrigações que possam importar em alheação de bens do casal. (Inciso VIII reenumerado e alterado pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

IX - acrescentado pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919 e suprimido pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962:

O instituto do casamento foi consagrado no Código Civil de 1916 como o único formador da família, o que acabou dificultando a adoção e possibilitando o reconhecimento dos filhos somente quando não adulterinos ou incestuosos. Desta forma, ainda estava arraigado a idéia da discriminação com relação aos filhos que não fossem oriundos do matrimônio. Estes não tinham ao menos o direito de serem reconhecidos, conforme previa o art. 358 do Código Civil de 1916.

No que concerne a adoção, esta só foi tida como mecanismo formador de relação parental por intermédio da Lei nº. 3.133 de 1957, entretanto, até 1977 o filho adotado só possuía direito a metade do que era devido aos filhos legítimos, deixando clara a intenção do Diploma Civil de supervalorizar a relação sanguínea em detrimento da relação constituída pelo afeto.

O Código Civil de 1916 consagrava o instituto do matrimônio ao ponto de não admitir a dissolução do vínculo conjugal. Desta forma, existia tão somente a figura do "desquite", posteriormente substituída pela separação judicial com o advento da Lei nº. 6.515/77. Sob o ponto de vista do antigo diploma legal, a família deveria ter como finalidade primordial a continuidade e apenas a ela era atribuída juridicidade, excluindo-se, portanto, quaisquer outras modalidades de relacionamentos constituídos a partir de laços afetivos.

Destarte, nota-se que o diploma civil de 1916 buscou ignorar completamente outras formas de uniões marcadas pela convivência e o afeto, como o concubinato e a união estável, mormente conhecida como a união formada pela convivência duradoura, pública e continua entre homem e mulher sem impedimentos decorrentes de outra união, como é o caso dos solteiros, viúvos, separados judicialmente, divorciados ou que tiveram o casamento anulado.

A primeira Constituição Federal Brasileira a prever expressamente proteção a família por parte do Estado foi a Constituição de 1934, que chegou a dedicar um capítulo a família. Entretanto, mesmo as alterações trazidas no bojo das novas cartas constitucionais não foram capazes de alterar de forma significativa a estrutura patriarcal estabelecida no Código Civil de 1916, que previa tratamento discriminatório expresso aos filhos havidos fora do casamento ou adotados, além de

excluir completamente os institutos constituídos por laços afetivos, como a união estável e o concubinato (LÔBO, 2009, p. 6).

2.2.2 A Família no Direito Brasileiro Após a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002

A nova Carta Magna de 1988 dedicou um capítulo inteiro ao Direito de Família, provocando profundas alterações neste ramo do Direito. O modelo patriarcal, estabelecido pelo Código Civil de 1916 passou a entrar em decadência, haja vista que as novas formações familiares passaram a ser fundadas nos preceitos constitucionais da solidariedade, igualdade e da dignidade da pessoa humana (LÔBO, 2009).

A Constituição Federal de 1988 deu um passo inovador quando passou a reconhecer como entidade familiar a união estável entre homem e mulher (art. 226, §3º), igualou os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal entre homens e mulheres (art. 226, §5º) e vedou qualquer forma de discriminação entre os filhos havidos ou não da relação do casamento (art. 227, §6º).

Outras significativas modificações se deram no âmbito da conceituação e proteção da família. A Constituição de 1988 manteve o matrimônio como modelo ideal de regulamentação, mas, sobretudo atribuiu juridicidade as relações formadas a partir de laços afetivos, concedendo a família natural dignidade social e tutela jurídica. Destarte, a família a ser constituída por outras modalidades de entidades afetivas, tais como a união estável entre homens e mulheres (art. 226, §3º) e aquela formada por qualquer dos pais e seus descendentes, não importando se há ou não casamento entre os genitores (art. 226, §4º).

Com o passar dos anos, a família abandonou a característica de ordem autoritária e hierarquizada para com o surgimento da nova ordem constitucional, se consolidar como uma instituição formada com base no afeto e na cooperação, em busca do desenvolvimento pessoal dos seus membros (PERES, 2006)

No que concerne ao novel Diploma Civil de 2002, este introduziu algumas significativas novidades no ordenamento jurídico brasileiro, como a igualdade entre os cônjuges no exercício do poder familiar, a previsão de dissolução do vínculo

conjugal por intermédio da separação e do divórcio, a não distinção entre os filhos concebidos ou não no seio da relação conjugal, o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher.

Como corolário desta nova ordem constitucional, voltada para o atendimento dos preceitos constitucionais da igualdade, solidariedade e da dignidade da pessoa humana, o afeto passou a ser o grande precursor das novas modalidades de entidades familiares. Os laços sanguíneos, outrora únicos capazes de dar contornos a família passaram a ter uma importância cada vez menor no ordenamento jurídico que surgia.

Conceitos foram rompidos e com isso posturas doutrinárias sofreram reformulações, no campo jurídico familiar, substituindo a idéia tradicional e estatal de família, por outra, mais condizente com a realidade social sustentada pelo afeto. Destarte, o matrimônio deixou de ser considerado o único legitimador da entidade familiar, passando a sociedade conjugal aos poucos a ser vislumbrada como estrutura de amor e de respeito (JÚNIOR, 2005).

No entanto, impende destacar que o projeto do Código Civil de 2002 é da década de 70 (setenta), tendo passado por várias alterações no decorrer de três décadas de tramitação. Destarte, a despeito de tantas modificações pelo qual passou o Diploma Civil, não logrou acompanhar todas as mudanças que se faziam necessárias nos quase noventa anos em que o Código Civil de 1916 se manteve em vigor. Segundo Maria Berenice Dias (2009, p. 31): “o novo Código, embora bem vindo, chegou velho”.

2.3 O Afeto Como Elemento Constitutivo da Família

Como visto anteriormente a forma mais tradicional de família era aquela constituída entre o homem e a mulher unidos pelos sagrados laços do matrimônio e com o escopo específico de procriação e perpetuação da espécie. Ainda que nos primórdios, o Direito Romano tenha considerado o afeto como pressuposto para o casamento, aquele sempre foi relegado ao segundo plano.

O afeto transcendeu a própria entidade familiar, trata-se de um sentimento de apego sincero por alguém, sentimento que nutre as relações de amizade,

companheirismo e solidariedade. Não é produto da biologia e não se prende aos laços sanguíneos (DIAS, 2009). É o motor que movimenta a sociedade e está presente em todas as relações humanas.

Mormente, com a quebra de vários tabus, as profundas transformações nos costumes e a emancipação feminina, vários paradigmas a que estava condicionada a família foram rompidos, como o casamento, sexo e reprodução. O casamento deixou de ser o único elemento constitutivo da entidade familiar. O sexo passou a ser dispensável para a procriação e deixou também de ter lugar exclusivo no matrimônio.

As relações formadas a partir do afeto ganharam espaço na sociedade e, portanto, não poderiam ficar de fora da tutela jurisdicional. Fez-se mister ter no bojo das entidades familiares as relações que se formam sem o selo do casamento. O conceito de família passou a ser multifacetado. A sociedade não mais é a mesma e o indivíduo passou a reconhecer e assumir cada vez mais os seus desejos.

Era necessário que o Estado atuasse com o intuito de tutelar essas novas relações familiares. Neste sentido caminhou bem a Carta Magna de 1988 quando, mesmo sem prever expressamente a palavra afeto em seu texto logrou lhe dar proteção. Neste sentido esclarece Maria Berenice Dias (2009, p. 69) que:

Ao serem reconhecidas como entidade familiar merecedora da tutela jurídica as uniões estáveis, que se constituem sem o selo do casamento, tal significa que o afeto, que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico. Houve a constitucionalização de um modelo de família eudemonista e igualitário, com maior espaço para o afeto e a realização individual.

A Constituição Federal deu outro importante passo quando garantiu aos filhos adotivos, instituição jurídica formada a partir do afeto, os mesmos direitos e garantias ofertadas aqueles oriundos dos laços sanguíneos. Neste sentido dispõe o art. 227, §6º da Carta Magna, *in verbis*: os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

A sociedade encontra-se cada vez mais flexível no que concerne a aceitação de outras formas de relações afetivas, o que faz com que relacionamentos antes clandestinos e marginalizados adquiram visibilidade. Esta flexibilização acabará conduzindo à sociedade a aceitação de todas as formas relações que as pessoas

encontraram para viver. Não se pode ouvir que nem mesmo o convívio sob o mesmo teto é necessário para o reconhecimento de uma entidade familiar, bastando para tanto a comprovação de manutenção de uma vida em comum. Desta forma, não há mais necessidade de se manter casamentos de fachada apenas para maquiar relacionamentos paralelos.

O afeto não é apenas um fato é um direito que o indivíduo detém de se afeiçoar a outro. Trata-se de uma liberdade, um direito individual que o Estado deve assegurar a todas as pessoas sem qualquer discriminação (BARROS, 2002).

Este sentimento, denominado afeto, está acima do próprio conceito de família. Não se trata apenas de um valor jurídico ou de elo que une indivíduos dentro de um mesmo núcleo familiar. É sim um sentimento que fomenta relações de amizade, solidariedade, companheirismo e humanidade. É a roda vida da sociedade, integrante de todas as relações sociais, precipuamente a família, célula mestra da humanidade.

O fato é que os relacionamentos que florescem sobre a trilha do companheirismo e do comprometimento mútuo, as chamadas relações afetivas, estão em constante mudança, haja vista que na medida em que o afeto muda as relações dele decorrentes também sofre alterações. Entidades familiares são formadas e dissolvidas de acordo com o afeto existente entre as pessoas. Destarte, o Direito enquanto instrumento regulador dos fatos sociais não pode ignorar as mais variadas formas de entidades familiares que surgiram.

A comunhão de vidas, o amor e o afeto é o que de fato identifica a família e a acoberta sob o manto da igualdade, da liberdade e da solidariedade. A discriminação não tem lugar no amor. Este não ver cor, sexo, classe social nem muito menos parâmetros comportamentais conservadores e retrógrados. Não há espaço, mormente na sociedade que se impõe para falsos moralismos eivados de discriminações.

O amor e o afeto não existem somente entre os cônjuges, mas também entre solteiros, separados, divorciados ou viúvos. As uniões afetivas sejam elas homoafetivas ou concubinárias, socialmente aceitas ou não, se formam porque no seio destas uniões existem amantes, e são amantes porque se amam, e com seu amor, formam uma entidade familiar, que assim como as demais carecem da tutela do Estado.

3 DO DIREITO DE FAMÍLIA E OS NOVOS CONCEITOS ENVOLVENDO AS RELAÇÕES AFETIVAS

É cada vez mais freqüente, no meio social, a verificação de relações formadas basicamente com fulcro no amor e no afeto existente entre os indivíduos. Estas relações por muito tempo estiveram a margem do ordenamento jurídico brasileiro, que considerava como entidade familiar apenas o relacionamento formado a partir do matrimônio. Ocorre que com o advento da Constituição Federal de 1988 muitos passaram a levantar a bandeira em defesa do reconhecimento e da regulamentação de outras entidades familiares, tais como a união estável, a homoafetiva e a união concubinária.

3.1 As Novas Relações Afetivas no Direito Brasileiro

Conforme visto em linhas passadas, o mais tradicional modelo de família era o formado pelos laços do matrimônio entre o homem e a mulher. Entretanto, com o tempo outros modelos de entidades familiares passaram a ganhar espaço no ordenamento jurídico brasileiro. O que antes estava “encravado” apenas no plano dos fatos tornou-se objeto da tutela do Estado.

O conceito de família passou a ser multifacetado e relações que antes ficavam a margem do Direito passaram com o advento da Constituição Federal de 1988 a gozar de juridicidade. Esta serviu como um marco de suma importância para o Direito de Família.

A nova Carta Magna passou a prever expressamente, afóra o casamento, outras duas formas de entidade familiar, quais sejam: a união estável e a família monoparental, conforme o consignado no art. 226, §§ 3º e 4º da Constituição Federal, *in verbis*:

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 o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Notadamente foi um grande passo para o Direito de Família que caminhava lentamente rumo a essas transformações que só existia timidamente a nível jurisprudencial, conforme noticia Arnaldo Wald (1999), fazendo menção ao RE 31.520 de 03 de maio de 1956, *in verbis*:

A sociedade de fato, entre pessoas de sexo diferente, vivendo em concubinato ou quando casados pelo regime de separação de bens, tem sido reconhecida pelo Supremo Tribunal ante as circunstâncias especiais de cada caso, quando revelam o esforço comum na aquisição do patrimônio. Não é a regra geral decorrente da simples coabitação' (Diário da Justiça de 11.03.1957, p. 763 do apenso ao n. 57).

Impende destacar que o termo concubinato empregado no julgado faz referência ao que hodiernamente é conhecido por união estável, outrora chamado de concubinato puro. Era a primeira vez que o ordenamento jurídico reconhecia expressamente uma família formada somente a partir de laços afetivos (GONÇALVES, 2009).

Ocorre que com o estabelecimento da união estável como entidade familiar merecedora de tutela jurisdicional, o afeto adquiriu reconhecimento jurídico. Houve a constitucionalização de um modelo familiar baseado nos laços afetivos. O verdadeiro casamento se sustenta no afeto, não nas formalidades cartoriais. O Direito deve proteger a essência da relação afetiva que se constitui muito mais do que a forma ou a formalidade (DIAS, 2009).

Ademais, o afeto não é tão somente um fato, mas um direito que deve ser assegurado a todos. E este Direito se projeta na liberdade que cada indivíduo tem de se afeiçoar a outro. Trata-se de um direito individual, uma liberdade que o Estado deve proteger e ao mesmo tempo assegurar a todas as pessoas, sem qualquer forma de discriminação, que não as mínimas necessárias ao bem comum de todos (BARROS 2002)

Desta forma, apercebe-se que o afeto ganhou *status* constitucional e como corolário, outras relações, como a união estável, a união concubinária e a união homoafetiva, formadas a partir do amor e do afeto existente entre seus membros, devem também ser acobertadas pelo manto do Direito que não pode se abster de regulamentar os fatos sociais que se apresentam.

3.2 Da União Estável

Decorrendo da situação de afetividade que foi posto como um dos fatores determinantes para a constituição da família na legislação brasileira, observa-se uma nova realidade com a qual o direito deve conviver e administrar, de forma a promover a justiça sem discriminações de qualquer cunho.

Assim, conforme esculpido no art. 1.723 do Código Civil de 2002 "É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família".

Durante longo tempo a união duradoura entre o homem e a mulher, sem casamento, foi denominada de concubinato. Esta expressão era usada invariavelmente para designar a convivência duradoura sobre o mesmo teto com aparência de casamento. A união livre, como era também chamado, diferia do casamento principalmente pela liberdade de descumprir os deveres a este inerente. Desta feita, a doutrina clássica entenda que o concubinato poderia ser dissolvido a qualquer momento, sem que ao concubino abandonado fosse devida qualquer indenização (GONÇALVES, 2009).

Sentindo a necessidade de distinguir algumas formas de relações afetivas, amorosas que se apresentam hodiernamente a doutrina passou a subdividir o termo concubinato em puro e impuro.

Concubinato puro é aquele formado pela convivência duradoura, pública e contínua entre homem e mulher sem impedimentos decorrentes de outra união, como é o caso dos solteiros, viúvos, separados judicialmente, divorciados ou que tiveram o casamento anulado.

O concubinato impuro (ou concubinato adúltero) foi a expressão utilizada para designar a convivência entre homem e mulher onde uma das partes é casada e vive maritalmente com o cônjuge e mantém concomitantemente relação amorosa, afetiva com outra pessoa, ou seja, se forma entre pessoas que se encontram impedidas de casar. O Código Civil de 2002 ao tratar sobre o concubinato adúltero preferiu utilizar apenas o termo concubinato na dicção do art. 1.727, segundo o qual "as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato"

No Código Civil de 1916 não havia expressamente previsão, no sentido de permitir o concubinato, no entanto, não o proibia. O referido Diploma Civil, fruto de uma sociedade arraigada a valores morais e éticos retrógrados, continha em seu bojo negativas de alguns direitos a concubina, sob o propósito de proteger a família legítima. Tamanho era o preconceito com esta forma de entidade familiar que nem mesmo a prole advinda do relacionamento extraconjugal detinha um reconhecimento da ordem jurídica.

No dizer de Silvio Rodrigues (2004, p. 256):

(...) a única referência a mancebia feita pelo Código Civil revogado, sem total hostilidade a tal situação de fato, tenha sido a do art. 363, I, que permitia ao investigante da paternidade a vitória na demanda se provasse que ao tempo de sua concepção sua mãe estava concubinada com o pretendido pai. Nesse caso, já entendia o legislador que o conceito de concubinato pressupunha a fidelidade da mulher ao seu companheiro, e por isso, presumia, *juris tatum*, que o filho havido por ela tinha sido engendrado pelo concubino.

O fato é que o poder judiciário aos poucos passou a entender que quando da ruptura da relação concubinária, seja de forma unilateral ou por mútuo consentimento, por vezes criava-se uma situação extremamente injusta para um dos concubinos, haja vista que não raras vezes o patrimônio somado pelo esforço comum havia sido adquirido em nome do varão. Destarte, não demorou muito, os tribunais passaram a adotar uma posição mais humana e construtiva, no sentido de que o rompimento de uma relação duradoura e com o escopo de constituir família gerava conseqüências de cunho patrimonial (GONÇALVES, 2009). Este entendimento restou consubstanciado na súmula 380 do STF, *in verbis*: Súmula 380 do STF: comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum

A Constituição Federal de 1988 deu um passo significativo quando passou a utilizar o termo união estável para designar o que antes era conhecido como concubinato puro. Neste sentir, é a dicção do art. 226, §3º da Carta Magna: “para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

O legislador ordinário, outrossim, procurou regulamentar os relacionamentos diversos do casamento, mais precisamente, a união estável que inicialmente foi

abordada pela Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, que previa em seu art. 1º que:

A companheira comprovada de homem solteiro judicialmente, divorciado ou viúvo, quem com ele viva há mais de cinco anos ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na lei n. 5.468/68, enquanto não constituir nova união desde que prove a necessidade.

Parágrafo único: Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.

A referida lei inovou e possibilitou às pessoas que viviam um relacionamento não fundado no casamento a oportunidade de pleitear alimentos e direitos sucessórios.

Insta vincar que os avanços não pararam, e em de 10 de maio de 1996 foi publicada a Lei nº 9.278 que regulamentou o §3º do artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil. O art. 1º da aludida lei versa que "é reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecidos com intuito de constituição de família."

Com o advento do Código Civil de 2002 foram revogadas as Leis nº 8.971/94 e 9.278/96. O novel Diploma Civil inseriu o título união estável no Livro de Família e do art. 1.723 a 1.727 incorporou os princípios básicos da aludidas leis, passando a reconhecê-la expressamente como entidade familiar e conferindo-lhes as mesmas prerrogativas concedidas aos casados.

Algumas inovações legislativas ainda estão por vim com o Projeto de Lei 2.285/07 que está em tramitação no Congresso Nacional. O referido projeto tenta eliminar todas as assimetrias existentes no Código civil em relação a união estável, no que concerne aos direitos e deveres dos conviventes, em relação aos mesmo direitos e deveres dos cônjuges. Procurou, portanto, uniformizar os deveres dos conviventes, entre si, em relação aos deveres conjugais.

No que concerne a denominação dos que vivem em união estável o Projeto de Lei optou por utilizar o estado civil de conviventes, retomando-se a antiga nomenclatura utilizada pela Lei 9.263/96. Tal alteração alcança melhor a significação de casal que vive em união afetiva, ao contrario de companheiro, utilizado pelo atual Código Civil. Destarte, o convivente nem é casado nem solteiro, possuindo, portanto, estado civil próprio, o que inclusive ajuda a proteger interesses de terceiros com quem contrai dívidas, relativamente ao regime de bens que por estas responderão.

Desta forma, conforme exposto em linhas passadas a união estável entre o homem e a mulher configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família, nada mais é do que uma relação formada a partir de laços afetivos, baseada no comprometimento amoroso dos conviventes que logrou reconhecimento e o *status* de entidade familiar porque os fatos clamavam por regulamentação legal e, o judiciário, despido de qualquer forma de pusilanimidade saiu em defesa dos ideais de solidariedade, fraternidade e dignidade, emprestando normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas.

3.3 Da União Homoafetiva no Direito Brasileiro

Trata-se da união existente entre duas pessoas do mesmo sexo, que possuam uma convivência pública, duradora e contínua com o objetivo de constituir família. Este é o conceito esculpido no art. 68 do Projeto de Lei nº 2.285/2007, do deputado Sérgio Barradas Carneiro (PT-BA), *in verbis*:

Art. 68. É reconhecida como entidade familiar a união entre duas pessoas de mesmo sexo, que mantenham convivência pública, contínua, duradoura, com o objetivo de constituição de família, aplicando-se, no que couber, as regras concernentes à união estável.

A união homoafetiva é uma relação formada a partir de laços afetivos que unem duas pessoas com objetivos comuns e, sendo o afeto, como exposto anteriormente, um elemento formador da família, não se pode deixar de reconhecer esta espécie de união como entidade familiar. Assim entende Maria Berenice Dias (2007, p. 45), quando aduz que:

A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto pode-se deixar de conferir status de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição (1º, III) consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana.

Não bastasse o dever de respeito ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, faz-se mister destacar que a Carta Magna prevê como objetivo maior da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV da Constituição Federal).

O texto constitucional quando resolveu outorgar proteção a família, independentemente da celebração do casamento, trouxe a tona um novo conceito de entidade familiar formada, *a priori*, com base no afeto. O fato de a Constituição ter feito referência expressa tão somente à união estável entre o homem e a mulher e às relações monoparentais foi apenas de cunho exemplificativo. O art. 226, *caput*, que assegura proteção especial a família, é cláusula geral de inclusão, não sendo admissível que se exclua qualquer forma de entidade familiar que preencha os requisitos da estabilidade, ostensibilidade e afetividade (LÔBO, 2002).

Verifica-se é que a Constituição Federal pluralizou o conceito de família, que não mais está vinculada única e exclusivamente ao matrimônio. Não se pode afirmar que o art. 226, §3º da Carta Magna, ao mencionar união estável entre o homem e a mulher, logrou reconhecer somente esta forma de convivência como digna de tutela do Estado. O que de fato existe é uma recomendação em transformar a união estável em casamento. Em momento algum a Constituição menciona não existir entidades familiares constituídas a partir da união entre pessoas do mesmo sexo. Exigir que haja diferenciação de sexos entre os amantes para que o Estado possa acobertar tais relações é fazer distinção odiosa, atitude completamente discriminatória que atenta contra os princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana, ignorando por completo a própria vedação constitucional de diferenciar pessoas em razão de seu sexo.

Não cabe mais na sociedade brasileira que hoje se apresenta, formada por uma pluralidade nas relações afetivas, nenhuma forma de discriminação, sob pena de afronta a Constituição Federal.

A união homoafetiva merece reconhecimento jurídico e acima de tudo social. Não pode ser colocada a margem do Direito, por não gozar de aceitação social plena. Esta forma de relação é exemplo de que os fatos antecedem o Direito e este não pode deixar de abarcar e tutelar estas novas relações afetivas.

A luta pelo reconhecimento a união homoafetiva não tardou a aparecer diante dos tribunais que utilizando inadequadamente o termo sociedades de fato tem

demonstrado receptividade, principalmente no campo previdenciário. O sistema jurídico brasileiro deve garantir liberdades e não impor limitações na esfera pessoal dos seres humanos.

Destarte, impende transcrever a ementa da decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

Direito civil. Previdência privada. Benefícios. Complementação. Pensão post mortem. União entre pessoas do mesmo sexo. Princípios fundamentais. Emprego de analogia para suprir lacuna legislativa. Necessidade de demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização da união estável, com a evidente exceção da diversidade de sexos. Igualdade de condições entre beneficiários.

(...)

- Registre-se, por fim, que o alcance deste voto abrange unicamente os planos de previdência privada complementar, a cuja competência estão adstritas as Turmas que compõem a Segunda Seção do STJ. Recurso especial provido.

(Relatora: Ministra Nancy Andrighi; Data: 04/02/2010; Órgão julgador: T3 – Terceira Turma do STJ; Classe: REsp 1026981/RJ; Publicação: DJe 23/02/2010)

Há de se reconhecer a importância da decisão supra, na medida em que quebra tabus e passa a servir como paradigma capaz de nortear o entendimento de outros tribunais. O julgado supra citado deixa claro que com a comprovação da existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, deverá o direito reconhecer o direito do companheiro sobrevivente de receber benefícios previdenciários decorrentes do plano de previdência privada no qual o falecido era participante, com efeitos idênticos aos gerados pela união estável.

A terceira turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade reformou o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que isentou a Caixa de Previdência dos funcionários do Banco do Brasil do pagamento de pensão por morte ao autor da ação, em virtude do falecimento de seu companheiro, integrante do referido plano e com quem viveu em união homoafetiva durante um longo período de 15 anos. Ocorre que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro seguiu o entendimento de que a Lei que regula a sucessão e o direito de receber alimentos dos companheiros (Lei 8.971/94) não se aplica a relação entre pessoas do mesmo sexo.

A relatora, em minucioso voto, ressaltou o fato de que a união afetiva formada entre as pessoas do mesmo sexo não pode ser ignorada por uma sociedade cada vez mais complexa, com o escopo de se evitar que, em virtude do preconceito, sejam sonogados direitos tidos como fundamentais.

Para a eminente relatora enquanto o Direito Civil permanecer inerte, as novas entidades familiares que cada vez mais batem as portas do judiciário devem ter assegurada sua tutela jurisdicional prestada com fulcro nas leis existentes e nos preceitos humanitário que embasam, não só o Direito Constitucional, mas, sobretudo, a maioria dos ordenamentos jurídicos existentes no mundo.

O julgado ainda serviu para tentar consolidar o entendimento de que as pessoas que vivem em uniões de afeto com indivíduos do mesmo sexo estão enquadrados no rol dos dependentes preferenciais dos segurados, tanto no regime geral quanto no regime complementar da previdência, em total igualdade de condições com os demais segurados em situações análogas.

O entendimento exposto acima passou a ser adotado pelo Instituto Nacional do Seguro Social a partir da decisão da Terceira Vara Previdenciária de Porto Alegre, ao deferir medida liminar na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, com eficácia *erga omnes*, passando a reconhecer a união homoafetiva, de tal forma que o companheiro do segurado do mesmo sexo tem direito a pensão por morte e auxílio reclusão, desde que provada a união afetiva. O assunto é regulamentado pela Instrução Normativa do INSS/PR nº. 20/2007.

No que concerne ao ordenamento jurídico infraconstitucional, não há ainda regulamentação para a figura da união homoafetiva, entretanto, muito se tem feito no sentido de buscar soluções para a tutela desta forma de relacionamento, basta tomar como exemplo o Projeto de Lei nº 2.285/2007, do deputado Sergio Barradas Carneiro (PT-BA), citado anteriormente, que prevê regulamentação expressa das uniões homoafetivas.

Por oportuno, insta ressaltar que a Lei nº 11.340/2006 (lei Maria da Penha) já havia reconhecido, ainda que de forma tímida, a união homoafetiva em seu art. 5º, *in verbis*:

Artigo 5º: Para efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

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

Parágrafo único: As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Não obstante inexistir lei que regule diretamente a união entre duas pessoas do mesmo sexo, não se pode ter este fato como impedimento a sua existência, haja vista que o enunciado constitucional esculpido no *caput* do art. 226 é auto-aplicável e independe de regulamentação. Não há, por outro lado, necessidade de equipará-las à união estável, que trata-se de entidade familiar completamente distinta, pois formada da união entre o homem e a mulher (art. 226, §3º). O que de fato tem que ser feito é reconhecer as uniões homoafetivas como entidades familiares autônomas, dotadas de natureza própria e merecedoras de proteção estatal (LÔBO, 2002).

Em sentido diametralmente oposto Sílvio de Salvo Venosa (2007, p. 396) obtempera que:

(...) enquanto não houver aceitação social majoritária das uniões homoafetivas em nosso país, que se traduza em possibilidade legislativa, as uniões de pessoas do mesmo sexo devem gerar apenas reflexos patrimoniais relativos as sociedades de fato.

A despeito do entendimento do douto autor, o que se pode perceber na sociedade atual é que não há mais espaço para discriminações, pois é exatamente isto que significa considerar uniões homoafetivas como sociedades de fato.

Quando alguém comete um crime e é julgado, condenado e preso por isso, por mais repugnante e socialmente reprovável que seja atitude deste indivíduo não pode o Estado deixar de assegurar a esta pessoa um tratamento digno e condizente com a qualidade de ser humano. A ele deve ser assegurado todos os demais direitos não afetados pela sentença penal condenatória.

Destarte, com a união homoafetiva não poderia ser diferente, haja vista que é inadmissível que o direito “feche os olhos” para a realidade que se apresenta. Segundo Maria Berenice Dias, (2000, p. 87).

Simplesmente encobrir a realidade não irá solucionar as questões que emergem quando do rompimento das relações que, mais do que as sociedades de fato, constituem sociedade de afeto, o mesmo liame que enlaça os parceiros heterossexuais. Necessário é encarar a realidade, pois descabe estigmatizar quem exerce orientação sexual diferente.

O tema ainda é bastante controverso e da margem as mais diferentes formas de entendimentos. Entretanto a sociedade tem cada vez mais quebrado as barreiras do preconceito e buscado respeitar as diferenças existentes entre os indivíduos.

Recentemente o tema foi objeto de discussão pelo Supremo Tribunal Federal, que em 05 de maio de 2011, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo. Os ministros do STF optaram por conceder interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do art. 1.723 do Código civil que impossibilite o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

3.4 Do Concubinato Adulterino

Conforme exposto anteriormente o concubinato impuro (ou concubinato adulterino) foi a expressão utilizada para designar a convivência entre homem e mulher onde uma das partes é casada e vive maritalmente com o cônjuge e mantém concomitantemente relação amorosa, afetiva com outra pessoa. O Código Civil de 2002 ao tratar sobre o concubinato adulterino preferiu utilizar apenas o termo concubinato na dicção do art. 1.727, segundo o qual "as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato".

A relação de concubinato adulterino que se pretende que o Estado possa tutelar é aquela formada sob a luz dos requisitos da afetividade, ostensibilidade e continuidade, ou seja, não se trata de uma relação efêmera, e sim uma relação que não raras vezes, constitui uma família completa com pai, mãe e filhos. Desta forma, trata-se de uma entidade familiar e que merece proteção do Estado, haja vista que o princípio da dignidade da pessoa humana veda qualquer forma de tratamento desigual às diversas formas de família pelo Estado.

O conceito de concubinato segundo o dicionário Aurélio (2004) é: "forma de união conjugal socialmente reconhecida, que implica uma série de direitos e deveres mais ou menos bem determinados, e considerada distinta do casamento, segundo critérios que podem variar conforme a sociedade".

Nota-se claramente que concubinato compreende toda e qualquer união afetiva e sexual entre homem e mulher fora do casamento. A transcrição acima mostra de maneira vernácula que concubinato é sinônimo de companheirismo. Tanto é que o termo concubinato vem do "vocábulo latino *concupinatus, us*, que, então, já significava mancebia, amasiamento, do verbo *concupio, is, ubui, ubitum, ere* ou *concupo, as, bui, itum, are* (derivado do grego), cujo sentido é o de dormir com outra pessoa, copular, deitar-se com, repousar, descansar, ter relação carnal, estar na cama" (AZEVEDO, 2002, p.186).

Resta claro que o concubinato nada mais é também do que uma relação de companheirismo entre concubinos, pessoas que se amam e formam uma família. Deve-se, portanto, partir do princípio de que um direito que protege a dignidade coexistencial de membros de entidades familiares, não pode, jamais classificar como irrelevante a existência de qualquer forma de família, mesmo aquelas que são simultâneas como ocorre com o concubinato adúltero. Desta forma, deve sim o ordenamento jurídico conceder-lhe efeitos desde que presentes os requisitos da ostensibilidade, afetividade e continuidade (RUZYK, 2005)

No Brasil, o concubinato adúltero nunca foi alocado em posição de prestígio, vez que representava a negação do casamento indissolúvel que era prezado pelo Estado. Os concubinos eram vítimas de preconceito, como se fossem desertores da moral e dos bons costumes.

O fato é que o concubinato adúltero há muito não goza de aprovação social. Esta idéia surgiu da necessidade que se tinha em diferenciar a prole da mulher legítima dos demais filhos oriundos de relações adúlteras.

Com o avanço da idéia de propriedade, os homens passaram a diferenciar as mulheres em esposas e concubinas com o escopo de privilegiar alguns filhos em detrimento de outros. Neste diapasão, a esposa era mulher principal, garantida em direitos sua prole era prestigiada, herdando o patrimônio deixado, enquanto que as outras mulheres e concubinas eram secundárias e viviam a margem do Direito. Essa diferenciação acabou se acentuando, tendo em vista que num primeiro momento as esposas conviviam sob o mesmo teto, sendo que com o desenvolvimento histórico as concubinas continuam existindo concomitantemente às esposas, no entanto não mais sob o mesmo teto (KUMPEL, 2001).

As transformações ocorreram ao longo da história e o concubinato adúltero sempre foi uma realidade presente em todas as sociedades. Entretanto, o que não

se pode permitir nos dias de hoje é que o Direito ignore a realidade não tutelando relações afetivas simplesmente porque estas fogem ao padrão socialmente aceito. Ora, o direito não pode se render aos preconceitos sociais, pois a mesma sociedade está inserida num contexto de avanços culturais e sociais que clamam pelo respeito a dignidade da pessoa humana e ao princípio da igualdade,

As mudanças trazidas pelo Código Civil serviram para distinguir definitivamente união estável de concubinato. No entanto, esta distinção serviu tão somente para conferir aos companheiros as conquistas legais conferidas pelas leis 8.971/94 e 9.278/96, deixando os concubinos a margem dessas inovações, haja vista que Diploma Civil não trouxe nenhuma prerrogativa referente ao concubinato.

O próprio conceito de concubinato, esculpido no art. 1.727 do novo Diploma Civil, já traz consigo um sentido pejorativo. Tal conceito não se amolda aos preceitos constitucionais haja vista que o concubinato trata-se de uma relação estável entre um homem e uma mulher, constituída faticamente, com a manifestação de afeto, presumidamente pública e de modo contínuo (ALBUQUERQUE, 2002).

Resta claro que o concubinato adulterino é sim uma forma de relação formada com base no afeto, haja vista que não se pretende defender qualquer forma de união efêmera ou uma aventura amorosa qualquer, como ocorre na maioria dos casos, e sim uma união constituída a partir do afeto e do amor existente entre os concubinos. Conforme dito em linhas passadas, na abordagem feita a união homoafetiva, o art. 226, *caput*, que assegura proteção especial a família, é cláusula geral de inclusão, não sendo admissível que se exclua qualquer forma de entidade familiar que preencha os requisitos da estabilidade, ostensibilidade e afetividade.

Ocorre que o legislador pátrio continua relutante em reconhecer o concubinato como forma de entidade familiar, carecedora de proteção estatal. Neste sentido é o escorreito entendimento de Maria Berenice Dias (2004, p. 31), *in verbis*:

O legislador se arvora o papel de guardião dos bons costumes e busca a preservação de uma moral conservadora e, muitas vezes, preconceituosa. A técnica legislativa sempre aspirou a estabelecer paradigmas comportamentais estritos por meio de normas cogentes e imperativas. Elege um modelo de família e a consagra como única forma aceitável de convívio. A postura é intimidadora e punitiva, na esperança de gerar comportamentos alinhados com os comandos legais. Na tentativa de desestimular atitudes que se afastem do parâmetro comportamental reconhecido como aceitável, nega juridicidade ao que se afasta do normatizado. Os exemplos são vários. Basta lembrar a vedação de reconhecimento dos filhos "espúrios", a indissolubilidade do casamento, a rejeição às uniões extramatrimoniais.

É com fulcro neste modelo de família consagrado pelo legislador brasileiro que o Código Civil de 2002 veda doações do cônjuge adúltero ao seu cúmplice, podendo esta ser anulada pelo outro cônjuge ou por seus herdeiros necessários, até dois anos após dissolvida a sociedade conjugal (art. 550); permite ao cônjuge a “reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino, desde que provado que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes, se o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos” (art. 1.642, V); e veda a nomeação do concubino do testador casado como herdeiro ou legatário (art. 1.801).

Ora a lei não pode simplesmente “fechar os olhos” para a realidade que se apresenta. O concubinato é um fato social que carece de reconhecimento legal, pois é sim uma entidade familiar que preenche os requisitos norteadores da formação da família. Assim entende Maria Berenice Dias (2004, p. 32):

O distanciamento dos parâmetros comportamentais majoritários ou socialmente aceitáveis não pode ser fonte geradora de favorecimentos. Não ver fatos que estão diante dos olhos é manter a imagem da Justiça cega. Condenar à invisibilidade situações existentes é produzir irresponsabilidades: é olvidar que a Ética condiciona todo o Direito e, principalmente, o Direito de Família.

Desta feita, para a Carta Magna, a proteção à família deve observar cada um dos indivíduos que a integram, detendo direitos oponíveis a todos, ou seja, com efeitos *erga omnes* (art. 226, §8º). Portanto, se os indivíduos optam por constituírem relações afetivas não previstas expressamente no art. 226 da Constituição Federal, por livre e espontânea escolha, deverá sim ter respeitado o princípio da dignidade da pessoa humana, que somente será observada com o reconhecimento dessas relações afetivas como entidades familiares (LÔBO, 2002).

O concubinato, no plano doutrinário e jurisprudencial, produz basicamente dois efeitos jurídicos essenciais: um positivo e outro negativo. Os efeitos positivos do concubinato são os que resultam em favor de quem os invoca como fato gerador de direito, a exemplo da proteção que é destinada a prole, com o reconhecimento dos filhos. No que concerne aos efeitos negativos do concubinato, verifica-se que estes extinguem ou modificam um direito já existente, ou importam em sanções contra um ou ambos os concubinos (OLIVEIRA, 1993).

O art. 226, §3º da Constituição Federal em nenhum momento diz que apenas a união estável, entre o homem e a mulher sem impedimentos para o casamento, se constitui como entidade familiar. Como já dito anteriormente o concubinato adulterino, desde que revestido dos requisitos que caracterizam a união estável, encontra-se também abrangido pela norma paritária, carecendo de proteção do Estado. A vedação trazida pela Lei Civil somente deve remanescer, conforme melhor interpretação jurídica, para os casos em que haja mera mancebia do homem casado, em que há apenas ligações para fins sexuais, casos em que se justifica a proibição (OLIVEIRA, 1993).

Conforme dito anteriormente, não se pretende defender as relações ocasionais, efêmeras ou uma aventura amorosa, nem tampouco se tem a pretensão de igualar o concubinato adulterino a união estável, mas sim lograr reconhecimento jurídico para a esta espécie de relação afetiva que deve gozar de natureza jurídica própria e como tal carece de proteção estatal.

Neste sentido são os seguintes julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *in verbis*:

APELAÇÃO. UNIÃO DÚPLICE. UNIÃO ESTÁVEL. prova. meação. "triação". SUCESSÃO. Prova do Período de união e União dúplice. A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união entre a autora e o de cujus em período concomitante a outra união estável também vivida pelo de cujus. Reconhecimento de união dúplice. Precedentes jurisprudenciais. MEAÇÃO ("TRIAÇÃO"). Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre as companheiras e o de cujus. Meação que se transmuda em "triação", pela duplicidade de uniões. Deram provimento à apelação. POR MAIORIA. (Apelação Cível Nº 70011258605, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 25/08/2005).

UNIÃO ESTÁVEL. DUPLICIDADE DE CÉLULAS FAMILIARES. O Judiciário não pode se esquivar de tutelar as relações baseadas no afeto, inobstante as formalidades muitas vezes impingidas pela sociedade para que uma união seja "digna" de reconhecimento judicial. Dessa forma, havendo duplicidade de uniões estáveis, cabível a partição do patrimônio amealhado na concomitância das duas relações. ALIMENTOS. Os alimentos devem recair sobre os rendimentos brutos, deduzidos apenas os descontos legais obrigatórios. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Cumuladas ações de união estável, partilha de bens e alimentos, mostra-se indevida a fixação dos honorários apenas com base na condenação alimentar, devendo ser consideradas as demais demandas para fins de incidência de tal encargo. Apelos parcialmente providos, por maioria. (Apelação Cível Nº 70016969552, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Maria Berenice Dias, Julgado em 06/12/2006).

Os julgados acima estão em consonância com o melhor entendimento, haja vista que garantem proteção àquelas relações entre pessoas impedidas de casar. Não se pretende desprivilegiar o instituto do casamento, haja vista que este jamais perderá sua principal característica que é a formalidade, de tal forma que as pessoas que pretendem se unir sob a solenidade do matrimônio o faz.

Destarte, não cabe ao Estado, com o escopo de superproteger a figura do casamento, estabelecer sanções as outras modalidades de relações afetivas. Não se pode punir o concubinato utilizando-se do pretexto que este foi o “destruidor de lares”. Ora, a culpa do fim do casamento não está no concubinato, mas sim no fim do afeto existente entre os cônjuges ou companheiros.

A Constituição Federal em seu art. 226, caput, não vislumbrou norma geral de exclusão de qualquer forma de entidade familiar, devendo, portanto o concubinato, mesmo que adúlterino, ser considerado entidade familiar e como tal gozar de proteção por parte do Estado. A este não cabe escolher qual forma de comunidade familiar merece, ou não, o selo de legitimidade, mas sim proteger o berço em que se cria o ser humano, seja qual for sua origem, sob pena de atropelar os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, que impedem o tratamento preconceituoso e desigual de membros da família de concubinos.

4 O DIREITO DE CONCESSÃO DA PENSÃO POR MORTE AQUELES EM RELAÇÃO DE CONCUBINATO

Muito se discute sobre a possibilidade de a concubina ter assegurado o direito de receber a pensão por morte, objeto deste trabalho, prevista no art. 201, V da Constituição Federal e art. 74 da Lei 8.213/91. A referida Lei assegura o direito a pensão por morte ao conjunto de dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não (art. 74). Neste diapasão o art. 16 da Lei 8.213/91 trás em seu bojo todas aquelas pessoas passíveis de figurar como dependentes do segurado e percebe-se que em momento algum a Lei retira da concubina o direito de perceber a pensão por morte, posto que se assim pretendesse o legislador, teria feito. Desta forma, antes de adentrar especificamente no tema, faz-se mister tecer alguns breves comentários sobre Seguridade Social, Previdência Social e Pensão por morte, para em seguida relacionar estes ao direito de perceber a pensão por morte por parte dos concubinos.

4.1 Breves Considerações Sobre a Seguridade Social

A expressão Seguridade Social foi adotada pela Constituição Brasileira de 1988 e "compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa do Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e a assistência social", conforme a dicção do art. 194 da Carta Magna.

Impende destacar que a norma esculpida no art. 194 não se trata tecnicamente de um conceito uma vez que a Constituição Federal apenas relacionou no bojo do referido artigo os componentes da seguridade social (MARTINEZ, 1998).

Desta forma, mister faz-se mencionar a definição de seguridade social do autor Fábio Zambitte Ibrahim (2009, p. 5), *in verbis*:

A seguridade social pode ser conceituada como a rede protetiva formada pelo Estado e por particulares, com contribuições de todos, incluindo parte dos beneficiários dos direitos, no sentido de estabelecer ações para o

sustento de pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes, providenciando a manutenção de um padrão mínimo de vida digna.

A Seguridade Social é o meio pelo qual se alcança a justiça social e esta, por sua vez, é verdadeiro objetivo do desenvolvimento nacional, atuando como diretriz para os governantes no sentido de impor ações que visem a distribuição da riqueza nacional. Para tanto requer também a ação de toda a sociedade e não somente do Poder Público. A justiça social significa, portanto, a igualitária distribuição de benefícios, fundamentada no princípio da seletividade e distributividade (BALERA, 2004).

4.2 Previdência Social

Dos três subsistemas que integram a seguridade social no ordenamento jurídico brasileiro, importa destacar, em virtude do objeto deste trabalho, apenas a Previdência Social. Conforme expõe o art. 201 da Carta Magna:

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:
(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)
I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;
(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)
II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)
III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;
(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)
IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)
V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

A partir da leitura do *caput* do artigo supra citado pode-se inferir que o regime geral da previdência social tem como esteio o caráter contributivo e a filiação é obrigatória.

A Previdência Social no Brasil comporta dois regimes básicos, que são o Regime Geral da Previdência Social (RGPS) e os Regimes Próprios de Previdência

de Servidores Públicos (RPPS), este sendo destinados a servidores ocupantes de cargos efetivos e militares. Paralelamente a estes regimes, há o complementar (IBRAHIM, 2009).

Destarte, é imperioso destacar dois dos mandamentos do art. 201 da Constituição Federal, que guardam estreita ligação com o objeto deste trabalho e que se refere a cobertura que o regime geral deverá dar aos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada e a garantia de pensão por morte do segurado, seja ele homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes (art. 201, I e V).

4.3 Pensão Por Morte

Trata-se de um benefício da Previdência Social destinado aos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, que visa à manutenção da família quando da morte do responsável pelo sustento da casa. O tema é tratado na Lei 8.213/91, artigos 74 a 79 e no Regulamento da Previdência Social, artigos 105 a 115. O referido benefício será devido nos termos do art. 74 da Lei 8.213/91, *in verbis*:

Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data: (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)

I - do óbito, quando requerida até trinta dias depois deste; (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997)

II - do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior; (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997)

III - da decisão judicial, no caso de morte presumida. (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997)

Como se observa a partir da leitura do artigo supra, a pensão por morte só será devida se o falecido for segurado do Regime Geral da Previdência Social, ao conjunto de pessoas que figurem no rol de dependentes elencados no art. 16 da Lei 8.213, *in verbis*:

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

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 1º A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.

§ 2º O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)

§ 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

§ 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

Na primeira classe dos dependentes vem o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; na segunda classe vem os pais; e na terceira classe o irmão não emancipado menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido. Desta forma, os dependentes da primeira classe excluem os da segunda e terceira e os dependentes da segunda classe excluem os da terceira.

Insta observar que os dependentes da segunda e terceira classe devem obrigatoriamente comprovar a dependência econômica do segurado falecido conforme se observa no §4 do artigo supra.

Impende destacar também que o §3º do referido artigo versa que “considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal”. Desta forma, há de se reconhecer que a lei foi demasiadamente clara ao falar que quem não pode ser casado é o companheiro ou a companheira e não o segurado falecido.

A Lei 8.213 também garante ao cônjuge ou companheiro o direito a receber a pensão por morte, fazendo jus ao benefício apenas a partir da data de sua habilitação e mediante prova de dependência econômica (art. 76, §1º). A Lei garante ainda o direito do cônjuge divorciado de receber a pensão por morte nas mesmas condições dos dependentes a que faz menção o I do art. 16, desde que esteja separada judicialmente ou de fato e receba pensão de alimentos.

A pensão por morte não será devida ao dependente designado do segurado, haja vista que somente poderão ser consideradas dependentes aquelas pessoas que estão especificadas Lei 8.213/91 e no Decreto 3.048/99. Neste sentido é a súmula nº 04 da Turma Nacional de Uniformização, que versa: “não há direito adquirido à condição de dependente de pessoa designada, quando o falecimento do segurado deu-se após o advento da Lei 9.032/95”.

Para que a pensão por morte seja devida é necessária a comprovação da qualidade de segurado à época do falecimento, salvo nos casos em que o segurado já tenha alcançado todos os requisitos necessários a aposentadoria voluntária (IBRAHIM, 2009).

A concessão da pensão por morte independe de carência, ou seja, não necessita de um número mínimo de contribuições a serem vertidas ao sistema. Desta forma, basta que o dependente comprove a qualidade de segurado do falecido para que se possa gerar o direito a pensão (art. 26, I da Lei 8.213/91).

Não se pode olvidar que a pensão por morte poderá ser concedida por morte presumida do segurado, nos termos do art. 78, *in verbis*:

Art. 78. Por morte presumida do segurado, declarada pela autoridade judicial competente, depois de 6 (seis) meses de ausência, será concedida pensão provisória, na forma desta Subseção.

§ 1º Mediante prova do desaparecimento do segurado em consequência de acidente, desastre ou catástrofe, seus dependentes farão jus à pensão provisória independentemente da declaração e do prazo deste artigo.

§ 2º Verificado o reaparecimento do segurado, o pagamento da pensão cessará imediatamente, desobrigados os dependentes da reposição dos valores recebidos, salvo má-fé.

No que concerne ao valor da pensão, conforme dispõe o art. 75 da Lei 8.213/91, este corresponderá a “cem por cento do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela a que teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data de seu falecimento, observado o disposto no art. 33 desta lei”. Havendo de um dependente pensionista, este valor será rateado entre todos em partes iguais, sendo que a cota-parte daquele que falecer será revertido em favor dos demais dependentes daquela classe, o mesmo ocorrendo com os demais dependentes que perderam o direito a pensão por outro motivo (art. 77, caput e §1º da Lei 8.213/91).

O benefício em comento será devido a partir do óbito do segurado falecido, quando for requerida em até trinta dias depois deste, sendo o requerimento posterior ao trintídio subsequente ao falecimento o benefício será devido a partir da data do requerimento administrativo (art. 74, I e II da Lei 8.213/91). Trata-se, portanto, de uma alteração que ocorreu com advento da Lei 9.528/97, visto que, antes da referida Lei o benefício era devido, independentemente da data do requerimento administrativo, a partir do óbito com o pagamento das parcelas retroativas.

Neste diapasão, a jurisprudência entende que para os menores, incapazes ou ausentes, contra os quais não correm prescrição, a pensão por morte será devida desde o óbito.

No que tange a cessação do benefício de pensão por morte, este se extingue nos termos do art. 77, §§2º e 3º da Lei 8.213/91, *in verbis*:

Art. 77. A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em parte iguais. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 1º (...)

§ 2º A parte individual da pensão extingue-se: (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

I - pela morte do pensionista; (Incluído pela Lei nº 9.032, de 1995)

II - para o filho, a pessoa a ele equiparada ou o irmão, de ambos os sexos, pela emancipação ou ao completar 21 (vinte e um) anos de idade, salvo se for inválido; (Incluído pela Lei nº 9.032, de 1995)

III - para o pensionista inválido, pela cessação da invalidez. (Incluído pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 3º Com a extinção da parte do último pensionista a pensão extinguir-se-á. (Incluído pela Lei nº 9.032, de 1995)

A pensão ainda se extingue com o reaparecimento do segurado ausente, ficando os seus dependentes desobrigados de repor os valores recebidos, salvo comprovada má-fé (art. 78, §2º).

4.4 Direito da Concubina em Receber a Pensão Por Morte

A verificação, cada vez mais freqüente, no meio social, de formações familiares simultâneas, em que geralmente o homem casado mantém, ao tempo que vive maritalmente com sua esposa, relação amorosa com outra mulher, a concubina,

requer atenção especial, sobretudo do Direito. O chamado concubinato adulterino, que abarca também os casos em que há reconhecida união estável entre uma das partes, não raras vezes produz injustiças para uma das partes, geralmente a concubina.

Os paradigmas da família mudaram e, portanto, não se pode deixar de abarcar em seu contexto todos os relacionamentos que se constituem pelo comprometimento amoroso. Hodiernamente, como dito em linhas passadas, o que leva a inserir uma entidade familiar dentro do próprio conceito de família, é o afeto, independente do matrimônio, da finalidade reprodutiva ou até mesmo do sexo de seus integrantes. Para tanto, não se pode olvidar das famílias monoparentais e das uniões homoafetivas.

Nesse diapasão não mais cabe deixar de atribuir efeitos jurídicos a um fato que existe, sempre existiu, no entanto a justiça reluta em reconhecer vínculos afetivos concomitantes. Ora, a realidade social mudou e insiste em contrariar a determinação legal, de tal forma que relações paralelas, duráveis, sempre ocorreram e continuam existindo (ALBUQUERQUE, 2002).

O tema é problemático e enseja inúmeras discussões, precipuamente no campo da moral, no entanto, não se pode olvidar que o direito deve andar além das discussões morais, não podendo arraigar-se a falsos moralismos, mas sim obedecer a dinâmica dos fatos sociais que se impõe hodiernamente.

O fato de as relações afetivas se distanciarem dos parâmetros comportamentais majoritários ou socialmente aceitáveis não pode ser fonte geradora de favorecimentos. Não ver fatos que se colocam diante dos olhos é manter acesa na memória a imagem da Justiça cega. O Direito não pode jamais condenar à invisibilidade situações existentes, pois se assim o fizesse estaria produzindo irresponsabilidades e olvidando que a Ética condiciona todo o Direito e, precipuamente o Direito de Família (DIAS, 2004).

É sob o argumento de que o sistema monogâmico é a forma que o Estado escolheu para a estruturação da família que a jurisprudência tem a não aceitar que mais de um relacionamento logre ser inserido no mundo jurídico, atribuindo enorme resistência em identificar tais vínculos concomitantes no contexto do Direito de Família.

A proteção do Estado no que concerne as entidades familiares deve se restringir a fornecer proteção, nos termos da Constituição Federal e não

simplesmente buscar a exclusão desta ou daquela forma de entidade familiar. Desta forma, não cabe ao Estado predeterminar qual a entidade familiar que pode ou na ser formada, mas tão somente, declarar que esta foi constituída, outorgando-lhe a proteção social, por considerá-la base da sociedade (ALBUQUERQUE, 2002)

Ora, a Constituição Federal em seu art. 226 versa que: "a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado". Destarte, em momento algum a Carta Magna vislumbrou norma geral de exclusão de qualquer forma de entidade familiar, devendo, portanto o concubinato, mesmo que adulterino, ser considerado entidade familiar e como tal gozar de proteção por parte do Estado.

Não cabe ao Estado escolher qual forma de comunidade familiar merece, ou não, o selo de legitimidade, mas sim proteger o berço em que se cria o ser humano, seja qual for sua origem, sob pena de atropelar os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, que impedem o tratamento preconceituoso e desigual de membros da família de concubinos.

Destarte, ao se aplicar conceito mais dilatado a figura jurídica da família está ao mesmo tempo garantindo a concubina, que mantém relação de companheirismo com o segurado e no mais das vezes relação de dependência econômica, o direito a pensão por morte. Nesse sentido a Lei nº 8.213/91, que dispõe sobre os Planos de Benefício da Previdência Social, andou bem quando ao definir companheira não excluiu de seu conceito a concubina (art. 16, §3º).

Assim sendo no âmbito do Direito Previdenciário a Lei nº 8.213/91 assegura o direito a pensão por morte ao conjunto de dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não (art. 74). Neste diapasão o art. 16, da referida lei trás em seu bojo todas aquelas pessoas passíveis de figurar como dependentes do segurado. Destarte, dentre os dependentes do filiado a Previdência Social encontra-se a companheira (art. 16, I), considerada a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com segurado ou com segurada, de acordo com o §3º do art. 226 da Constituição Federal. Ora, a lei é clara ao falar que quem não pode ser casada é o companheiro ou a companheira e não o segurado.

A Lei em momento algum retira da concubina o direito de perceber a pensão por morte, posto que se assim pretendesse o legislador, teria feito. A Constituição Federal, como dito anteriormente, é igualmente lúcida quando em seu art. 226 prevê que "a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado". Desta forma a

Carta Magna buscou abarcar sob a rede protetiva, não somente o casamento, mas toda forma de entidade familiar.

Como já foi dito o concubinato, mesmo que adulterino, deve sim ser reconhecido como entidade familiar e, portanto, gozar de todas as prerrogativas inerentes a este, visto que do contrário se abriria espaço para que fosse cometida toda forma de injustiça, como o enriquecimento ilícito da família institucionalizada do concubino casado, e mais grave: o encorajamento da infidelidade conjugal, haja vista que para o concubino casado não haveria nenhuma sanção de cunho patrimonial.

Neste sentido são os seguintes julgados:

PENSÃO POR MORTE. CONCUBINATO IMPURO OU ADULTERINO. EFEITOS PREVIDENCIÁRIOS. POSSIBILIDADE. RATEIO DO BENEFÍCIO ENTRE ESPOSA E COMPANHEIRA. TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O benefício da pensão visa, precipuamente, à proteção da família. O conceito de entidade familiar alargou-se substancialmente com o passar dos anos, seja pela inserção de novos, por assim dizer, tipos familiares, no texto Constitucional (união estável e núcleos monoparentais); seja pela própria realidade sociológica, a nos apresentar situações não-abrangidas pelo ordenamento e que, nem por isso, devam ficar à margem da tutela jurisdicional. As "famílias" decorrentes do chamado concubinato impuro é caso típico. 2. Pouco importa se o relacionamento existente entre recorrente e segurado ocorrera simultaneamente à vigência e constância do casamento deste com a esposa. O que importa é que foi mais que um flerte; um namoro; uma relação episódica e efêmera. Esta convivência, pública e notória, é hábil a gerar efeitos previdenciários. (Acórdão TR - 2007.72.95.009631-4; Órgão Julgador: Segunda Turma Recursal de Santa Catarina; Relator: Marcelo Cardozo da Silva; Data da decisão: 19/11/2008).

ADMINISTRATIVO. PENSÃO POR MORTE. RATEIO COM ESPOSA E COMPANHEIRA. SERVIDOR PÚBLICO. UNIÃO ESTÁVEL DEMONSTRADA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CONFIRMADA PELAS PROVAS TESTEMUNHAIS.

I. Uma vez comprovada a dependência econômica, tem a companheira do ex-servidor direito à pensão por morte, independente de prévia designação, a contar da data do requerimento administrativo.

II. As provas testemunhais e os documentos apresentados são suficientes para demonstrar a existência de união estável entre a autora e o servidor público falecido.

(...)

(Processo nº 0007859-40.2006.4.05.8000; Classe: Apelação Cível; Órgão Julgador: Quarta Turma; Relator: Marco Bruno Miranda Clementino; data do julgamento: 23/09/2008)

Esta proteção se justifica em virtude da natureza protetiva do sistema previdenciário. Destarte se o segurado da Previdência Social adota uma conduta flagrantemente imoral ou ilegal, mantendo relação não eventual com mais de uma

pessoa ou mantenha indevidamente outro casamento, como é caso da bigamia, não há motivos plausíveis que possam justificar, em caso de morte do segurado instituidor, o prejuízo causado as pessoas com as quais o segurado mantinha uma relação afetiva, duradoura e ostensiva.

Neste sentido foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do Recurso Especial nº. 54037/PE, publicado no Diário da Justiça em 28/11/1994 e que teve como relator o Ministro José Dantas. O Ministro em comentário ao art. 16, §3º da Lei 8.213/91 foi claro ao afirmar que quem não pode ser casado é a companheira e não o segurado, como já foi dito em linhas passadas.

Ora, mesmo aqueles que relutam em admitir o concubinato como uma forma de entidade familiar, carecedora de proteção e respeito pelo Estado aos indivíduos que a compõe, devem se render ao fato que a legislação previdenciária foi clara na dicção do dispositivo supra.

Neste sentido era do extinto Tribunal Federal de Recursos, consignado na súmula 159 que versa ser "legítima a divisão da pensão previdenciária entre a esposa e a companheira, atendidos os requisitos exigidos".

Assim também entendeu o Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

DIVISÃO - PENSÃO PREVIDENCIÁRIA -EX-ESPOSA E COMPANHEIRA -
DEPENDÊNCIA PRESUMIDA -SÚMULA 159 DO EX. TFR I - A
dependência econômica da esposa em relação ao marido é presumida. II -
O fato da ex-esposa receber aposentadoria não constitui óbice para que
receba a pensão por morte de seu ex-marido. III - Segundo determina a
Súmula nº 159 do extinto TFR, é legítima a divisão da pensão previdenciária
entre esposa e a companheira. IV - Apelação provida. (Processo nº
1999.51.01.031059-3; Classe: Apelação Cível: 332366; Órgão julgador:
Terceira turma; Data do Julgamento: 26/10/2004).

O que deve ser levado em consideração, como dito anteriormente, é o caráter protetivo do Direito Previdenciário aliado a dependência econômica da concubina em relação ao segurado falecido. Destarte, imperiosa é a observância ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois com certeza o sentimento de viuvez, de dor e de perda que senti a concubina não é menor que o da esposa ou companheira do segurado e a família da concubina certamente há de experimentar o mesmo desfalque econômico que a outra.

Impende ressaltar novamente que o que se pretende aqui não é defender qualquer forma de relacionamento afetivo efêmero ou simplesmente uma aventura

amorosa qualquer. O escopo é de tutelar uma entidade familiar que se formou com base no afeto e no amor existente entre os concubinos, uma relação que preenche os requisitos da durabilidade, ostensibilidade e afetividade. A família é, portanto, uma estrutura psíquica em que cada membro ocupa um lugar e como corolário passa a deter uma função, seja ela de pai, mãe, filho, companheiro ou marido, o fato que todas as vezes em que essas características estão reunidas em uma relação afetiva, ali estará formada uma entidade familiar ao qual o Estado deverá atribuir todas as garantias a ela inerentes (LÔBO, 2002)

Ademais, não proteger a família que se forma a partir do concubinato é por outro lado estimular o adultério, haja vista que o varão, quando do ingresso em uma relação concubinária, safa-se sem nenhuma obrigação ou punição. Não há princípio moral algum que justifique a concubina perder tudo o que construiu durante a manutenção da vida em comum com seu concubino. Desta forma, por mais censurável que seja o adultério não pode o Direito com o único escopo de manter vivos preceitos morais já ultrapassados reduzir a miséria uma família inteira, que, diga-se de passagem, o próprio Direito, materializado na Carta Magna, logrou defender.

A Constituição Federal se preocupa com núcleos domésticos formados por seres humanos, não faz distinção entre concubinato e companheirismo, nem muito menos visa excluir de seu rol protetivo as relações concubinárias.

Não cabe ao Direito delimitar a forma como os relacionamentos devem ou não ser constituídos, impor diretrizes amorosas aos seres humanos como se fornecesse a receita para o amor. O amor não tem receita certa, nem tampouco precisa se adequar ao Direito. Este é que não pode “fechar os olhos” para a realidade e ignorar as relações que se formam com base no amor. A maneira pela qual as pessoas são felizes definitivamente não diz respeito ao Direito.

Ocorre que o tema é controverso e alguns Tribunais tem demonstrado vacilação quando se depararam com casos dessa natureza, principalmente após o julgamento do Recurso Extraordinário nº 397.762/BA pelo Supremo Tribunal Federal, em que ao se deparar com um caso em que o servidor falecido mantinha ao mesmo tempo uma esposa e concubina, determinou que a pensão seria devida somente a esposa, sob o argumento de que o concubinato não se iguala a união estável e, portanto, não estaria acobertado pela Constituição Federal. A Suprema Corte entendeu que enquanto a união estável tem o escopo de torna-se casamento, o concubinato visa por fim ao mesmo. Neste sentido são os seguintes julgados:

PENSÃO POR MORTE - RATEIO ENTRE A CONCUBINA E VIÚVA – IMPOSSIBILIDADE. Ao erigir à condição de entidade familiar a união estável, inclusive facilitando a sua conversão em casamento, por certo que a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional não contemplaram o concubinato, que resulta de união entre homem e mulher impedidos legalmente de se casar. Na espécie, o acórdão recorrido atesta que o militar convivia com sua legítima esposa. O direito à pensão militar por morte, prevista na Lei nº 5.774/71, vigente à época do óbito do instituidor, só deve ser deferida à esposa, ou a companheira, e não à concubina. (STJ - REsp. 813.175-RJ – Acórdão COAD 123382 - 5ª Turma – Rel. Min. Felix Fischer – Publ. em 29-10-2007)

RECONHECIMENTO DE SOCIEDADE DE FATO - PEDIDO COM FUNDAMENTO NA UNIÃO ESTÁVEL - CONCUBINO CASADO – (...) - PREVIDÊNCIA SOCIAL - PEDIDO IMPROCEDENTE - Não se pode reconhecer o direito de uma pessoa casada vincular-se com status marital à concubina, por via de reconhecimento de união estável, sob pena de admissão de que alguém possa desfrutar, ao mesmo tempo, de vinculação a duas entidades familiares, em situação equivalente à de bigamia. (TJ-MG - Ap. Civ. 1.0000.00.252082-3/000 – 2ª Câmara – Rel. Des. Brandão Teixeira – Publ. em 5-4-2002)

De fato é lamentável que tais entendimentos ignorem completamente o caráter protetivo da Previdência Social, que não se importa com o fim do casamento ou da união entre duas pessoas, mas sim com o desamparo financeiro quando da morte do segurado. Ademais como dito em linhas passadas, não é o concubinato o responsável pelo fim do casamento. Este acaba por que não mais existe amor entre os cônjuges e não pode a família formada entre os concubinos ser penalizada por isso.

Para piorar ainda mais a situação o Decreto 6.384/08 deu nova redação ao art. 16, §6º, do Regulamento da Previdência Social, passando a dispor que “considera-se união estável aquela na convivência pública, contínua e duradoura entre homem e a mulher, estabelecida com a intenção de constituição de família, observado o §1º do art. 1.723 do Código Civil”. Desta forma, ao tentar implementar uma visão tipicamente civilista da união estável ao Direito Previdenciário, o Poder Executivo acabou cometendo um verdadeiro absurdo jurídico, precipuamente quando se leva em consideração a finalidade das normas sociais de Direito Previdenciário, especialmente no que concerne a garantia do mínimo existencial, neste sentido:

Para fins estritamente previdenciários, pouco importa se a união estável visa o casamento e o concubinato não; não interessa ao sistema se a pessoa agiu de boa ou má-fé na união, mas sim o singelo fato de que uma nova sociedade familiar foi formada, ainda que oficiosamente, e não pode a

lei pretender desconstituir os fatos, sob pena de ineficácia social (IBRAHIM, 2009, p.551).

A jurisprudência que começa a se formar equivoca-se, e o dano é maior porque passou a estimular a mudança no entendimento administrativo, que até pouco tempo admitia o rateio da pensão por morte entre a concubina e a esposa. Trata-se de um pensamento tipicamente civilista e que não merece guarida frente aos direitos social, sobretudo aqueles que visam assegurar uma vida digna. Não reconhecer o direito da concubina em receber a pensão por morte será sem dúvida condenar os dependentes previdenciários a miséria. E este com certeza não é o objetivo da Constituição da República Federativa do Brasil.

Não se pretende ampliar o rol de beneficiários aplicando os princípios que norteiam os direitos sociais, mas sim amoldá-los à finalidade protetiva do Direito Previdenciário. Não se pretendem alargar ou reduzir benefícios, mas apenas aplicá-los em conformidade com os ideais de bem estar e justiça social.

Ao que parece toda essa discussão está caminhando para um final mais condizente com a Constituição Federal e os preceitos sociais atuais, haja vista que está em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei 2.285 que põe definitivamente um fim a discriminação sofrida pelo concubinato. Este no referido projeto passar a lograr o *status* de união estável conforme se verifica a partir da interpretação que se dá ao próprio conceito de união estável e aos impedimentos a esta aplicável (artigos 63 e 64 do Projeto de Lei 2.285). Destarte, faz-se mister transcrever os dispositivos em comento, *in verbis*:

Art. 63. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. Parágrafo único. A união estável constitui estado civil de convivente, independentemente de registro, e deve ser declarado em todos os atos da vida civil.

Art. 64. A união estável não se constitui:

- I - entre parentes na linha reta, sem limitação de grau;
- II - entre parentes na linha colateral até o terceiro grau, inclusive;
- III - entre parentes por afinidade em linha reta.

Parágrafo único. A união formada em desacordo aos impedimentos legais não exclui os deveres de assistência e a partilha de bens.

Conforme se apercebe o conceito de união estável continua o mesmo, no entanto no que concerne aos impedimentos para a constituição desta forma de união, o Projeto de Lei não faz referência aos mesmos impedimentos para o

casamento como preceitua o art. 1.723, §1º do Código Civil atual. Ao contrario, traz em seus impedimentos próprios da união estável e que em momento algum faz menção ao fato do companheiro ser casado, como ocorre no Diploma Civil vigente. Desta forma, nada obsta, na visão do novo projeto, que a relação formada entre concubinos seja protegida e amparada pelo Direito. Ademais o próprio termo concubinato deixa de existir para dar lugar apenas a união estável.

Certamente andou bem o novo Projeto de Lei haja vista que passou a oxigenar as regras jurídicas com a realidade da vida, normatizando o que por muito tempo se tentou esconder, discriminar. Resta agora aguardar que o Poder Legislativo aprove o referido projeto por se tratar de uma questão de Direito e de Justiça Social. Até lá, não poderá o judiciário deixar de conceder a concubina o direito de receber a pensão por morte simplesmente por entender que a questão trazida a julgamento foge ao que é socialmente aceito. O judiciário é elemento fundamental e principal colaborador para que o Estado execute sua função primordial de regulamentar a sociedade dentro dos princípios consagrados na Constituição Federal.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 foi a grande responsável pela mudança dos paradigmas da família, fazendo com que a família deixasse de ser singular, consagrada apenas na figura do matrimônio, para tornasse plural, reconhecendo-se a existência de outras formas de entidades familiares, como a união estável e a família monoparental. Conforme fora visto nesta obra a Carta Magna também logrou proteger outras formas de entidades familiares quando firmou o compromisso de fornecer especial proteção a família, base de toda a sociedade.

Restou claro no decorrer desta obra que os relacionamentos que nascem sob o berço do companheirismo e do comprometimento mútuo, os chamados relacionamentos afetivos são cada vez mais comuns e estão em constante mudança, pois na medida em que o afeto muda as relações dele decorrentes também passa por alterações. Entidades familiares são formadas e dissolvidas de acordo com o afeto existente entre as pessoas. Destarte, o Direito enquanto instrumento regulador dos fatos sociais não pode ignorar as mais variadas formas de entidades familiares que surgiram.

No rol desses relacionamentos que merecem guarida do Estado estão a união homoafetiva e a união concubinária, que mesmo sem gozarem de plena aceitação social não podem ficar à margem da proteção estatal. Ora, o amor e o afeto não existem somente entre os cônjuges, mas também entre solteiros, separados, divorciados ou viúvos. As uniões afetivas sejam elas homoafetivas ou concubinárias, socialmente aceitas ou não, se formam porque no seio destas uniões existem amantes, e são amantes porque se amam, e com seu amor, formam uma entidade familiar, que assim como as demais carecem da tutela do Estado. É essa a verdadeira essência das relações afetivas e que fundamentam as formações familiares.

Restou claro, outrossim, que por se tratar de uma entidade familiar o concubinato adulterino, ainda que rechaçado por grande parte da sociedade, merece ser acobertado pelo manto constitucional que não deve se prender aos preceitos morais e sim aos fatos sociais na medida em que estes se impõe. Destarte, a partir deste prisma também se conclui que a concubina, quando da morte do segurado da Previdência Social, não pode ficar desamparada e a ela deve ser assegurado o

Direito de receber a pensão por morte do falecido. Desta forma, buscou-se destacar nesta obra que o que deve ser levado em consideração, quando da concessão da pensão por morte, é o caráter protetivo do Direito Previdenciário aliado a dependência econômica da concubina em relação ao segurado falecido.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE NETO, Carlos Cavalcanti de. **Famílias simultâneas e concubinato adúltero**. In Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2002.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato: de acordo com o novo código civil, Lei n. 10.406, de 10-1-2002**. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

BALERA, Wagner. **Sistema de Seguridade Social**. São Paulo: LTr, 2000.

BALERA, Wagner. **Noções Preliminares de Direito Previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

BARROS, Sérgio Resende de. **O Direito ao afeto**. Instituto Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte, jun. 2002. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=50>>. Acesso em: 17 out. 2010.

BRASIL. Lei nº. 8.245, de 18 de outubro de 1991. **Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8245.htm> Acesso em: 10 de maio de 2011.

BRASIL. Lei nº. 3.076, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L3071.htm> Acesso em: 10 de maio de 2011.

BRASIL. Lei nº. 3.133, de 08 de maio de 1957. **Atualiza o instituto da adoção prescrita no Código Civil**. Disponível em: <www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1957/3133.htm> Acesso em: 10 de maio de 2011.

BRASIL. Lei nº. 6.515, de 26 de dezembro de 1977. **Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L6515.htm> Acesso em: 10 de maio de 2011.

BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 10 de maio de 2011.

BRASIL. Lei nº. 8.971, de 29 de dezembro de 1994. **Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão.** Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8971.htm> Acesso em: 10 de maio de 2011.

BRASIL. Lei nº. 9.278, de 10 de maio de 1996. **Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.** Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9278.htm> Acesso em: 10 de maio de 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 10 de maio de 2011.

BRASIL. Lei nº. 9.263, de 12 de janeiro de 1996. **Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências.** Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm> Acesso em: 10 de maio de 2011.

BRASIL. Projeto de Lei nº. 2.285, de 2007. **Dispõe sobre o estatuto das famílias.** Disponível em: <www.camara.gov.br/sileg/integras/517043.pdf> Acesso em: 10 de maio de 2011.

BRASIL. Lei nº. 11.340, de 07 de agosto de 2006. **Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.** Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm> Acesso em: 10 de maio de 2011.

BRASIL. Lei nº. 8.213, de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.** Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8213cons.htm> Acesso em: 10 de maio de 2011.

BRASIL. Decreto nº. 3.048, de 06 de maio de 1999. **Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências.** Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm> Acesso em: 10 de maio de 2011.

BRASIL. Lei nº. 9.032, de 28 de abril de 1995. **Dispõe sobre o valor do salário mínimo, altera dispositivos das Leis nº 8.212 e nº 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências.** Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9032.htm> Acesso em: 10 de maio de 2011.

BRASIL. Lei nº. 9.528, de 10 de dezembro de 1997. **Altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências.** Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9528.htm> Acesso em: 10 de maio de 2011.

CASTRO, A. M. O. de. A família, a sociedade e o direito. In: ELESBÃO, E. C. (Coord.). **Pessoa, gênero e família: Uma visão integrada do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DIAS, Maria Berenice. **Família, ética e afeto.** Revista Consulex. Brasília: Consulex, a. 8, n. 174, 15-4-2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família.** 19ª ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família.** 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERREIRA, Aurélio B. de Hollanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa.** 3ª ed. Curitiba: Positivo, 2004.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira.** São Paulo: Editora Saraiva, 1995. v. 7.

GOMES, Anderson Lopes. **Concubinato adúltero**: uma entidade familiar a ser reconhecida pelo Estado brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1360, 23 mar. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9624>>. Acesso em: 27 out. 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de direito civil**: direito de família. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2009.

JÚNIOR, Enézio de Deus Silva. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais**. Curitiba: Juruá, 2005.

KÜMPEL, Vitor. **Concubinato Impuro**. Complexo Jurídico Damásio de Jesus, São Paulo, jul. 2001. Disponível em: <http://www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm>. Acesso em: 14 mar 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus***. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso em: 10 abr. 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidade Familiares Constitucionalizadas: para além do *numerus clausus***. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e cidadania - o novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil**: família. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário**, Tomos I,II,III e IV. São Paulo: LTr. 1998.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito de família**. Atual. por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Editora Bookseller, 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito de família. 37ª ed., rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2004.

OLIVEIRA, Jose Francisco Basílio de. **O Concubinato e a Constituição Atual – Doutrina e Jurisprudência**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Alde Editora, 1993.

PEREIRA, R. C. **Da união estável**. _____; DIAS, M. B.; (Coord.). **Direito de Família e o novo Código Civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. **A adoção por homossexuais: fronteiras da família na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. 28. ed. rev. e atual. por Francisco Cahali; de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2004.

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

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 7ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

WALD, Arnoldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro - o novo direito de família**, 12ª ed. rev., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v. 4.

WALD, Arnoldo. **O novo Direito de Família**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.