

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

LUÃ ALENCAR ALVES SOARES

A CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE SEPARADO DE FATO COM O
COMPANHEIRO DO CONSORTE NO DIREITO A PENSÃO POR MORTE

SOUSA
2014

LUÃ ALENCAR ALVES SOARES

A CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE SEPARADO DE FATO COM O
COMPANHEIRO DO CONSORTE NO DIREITO 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.

Orientador: Prof. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

SOUSA

2014

LUÃ ALENCAR ALVES SOARES

A CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE SEPARADO DE FATO COM O
COMPANHEIRO DO CONSORTE NO DIREITO 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.

Orientador: Prof. Eduardo Jorge Pereira de
Oliveira.

Banca Examinadora:

Data de Aprovação: _____

Orientador: Prof. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

Examinador Interno

Examinador Externo

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por tudo realizado em minha vida e por ter me iluminado nesta caminhada me dando força e coragem.

À Ana Stela, minha mãe e meu tudo, a melhor mãe que um filho pode ter. Com todo seu carinho, amor e empenho, não mediu esforços para que eu concluísse esta etapa de minha vida.

A meu pai, Joaquim Ivo, por ter me escolhido como filho e me apoiado desde sempre. Obrigado por todo o amor, cuidado, carinho e esforço.

À Vozinho e Vozinha meus grandes amores, pela grande prova de amor dada a cada dia. Em especial a Vozinha, minha guerreira que superou tudo para ver de perto minha vitória. Obrigado por tudo, meus velhos!

Aos meus tios, que sempre me apoiaram estando ao meu lado e me dando força. Mesmo quando longes, se fizeram próximos, lutando contra as adversidades da vida e festejando as vitórias conquistadas. Agradeço a torcida, apoio e amor de sempre.

À Tia Nicinha, pelo apoio, incentivo e carinho de sempre.

Aos amigos da vida Sousense, os quais levarei em meu peito por onde estiver. Janderson e George, por a amizade e companheirismo de todos estes anos. À Ítalo, Heitor Soares, Miguel, Heitor Negão, Alexandre Feitosa, Álvaro Panão, Vinícius Rick Martin, Alexandre Chimbinha, Richardson Vaqueiro, Adriano de São Bento, os amigos do CDB, e todos os outros grandes amigos e companheiros que a cidade sorriso me trouxe.

Aos companheiros de morada, que foram minha família durante esses anos, dividindo momentos e hoje são grandes amigos. Elton, Hugo e Lucas Bahuan.

Aos amigos da Equipe Barruada de Potengi e aos amigos de Assaré, por todos os momentos juntos.

Ao meu orientador, Prof. Eduardo Jorge, pela bondade e atenção comigo e com todo o alunado. É um verdadeiro amigo do aluno, e está sempre disposto a contribuir com todos. Homem cristão e de bom coração, a quem minha admiração só veio a crescer.

Aos mestres, pelos ensinamentos transmitidos e pelas lições de vida das quais nunca esquecerei.

“Se continuássemos a vislumbrar o casamento como um celeiro de moralidade e estabilidade ainda teríamos indissolúvel. Se ainda o víssemos como o único meio para a geração da familiaridade estaríamos agindo de forma hipócrita e desonesta para com os que praticam as formas de família”.

Clóvis Beviláqua

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC – Código Civil de 2002

CF – Constituição Federal de 1988

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

STF – Supremo Tribunal Federal

RESUMO

A presente pesquisa científica tem por objetivo expor considerações acerca dos diferentes tratamentos dados aos cônjuges e companheiros no sistema jurídico brasileiro, especificamente quanto ao direito ao recebimento da pensão por morte. A pesquisa tem ainda como finalidade, ressaltar a falha da legislação em se posicionar em desfavor do companheiro de fato, uma vez que o que o mesmo ao carregar o “ônus” do relacionamento, deve também ser levar consigo o bônus, destacando que a jurisprudência tem se posicionado em favor da concorrência. Esta é uma realidade que não pode ser desconsiderada para o ordenamento, sendo assim buscar-se-á apontar uma possível solução para a problemática do tema. Para tanto, será utilizado o método exegético jurídico, a partir de compreensões legais e doutrinárias, o método histórico evolutivo, para uma melhor compreensão história acerca dos conceitos e direitos relativos à família, à união estável e à seguridade social, bem como a metodologia dedutiva, que possibilita um melhor aperfeiçoamento para a conclusão do pensamento. É fato que a família, assim como a sociedade em um todo, passou por uma considerável mudança ao longo do tempo. A Constituição de 1988 acenava em reconhecer essas mudanças quando previu a proteção especial do estado à família. Também assim o foi, quando reconheceu a união estável entre homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura, baseada no intuito de constituir família, elevando assim a relação à condição de unidade familiar, devendo então ser protegida como tal. Tal qual a família “tradicional”, a união estável merece o amparo do direito, sendo assim, o benefício da pensão por morte deve ser interpretado como pertencente à entidade família, e não à entidade matrimônio. Julgados recentes contrariam o ordenamento, no sentido de acertadamente reconhecer a união como família que de fato é não a desamparando quanto ao direito à referida pensão. Ainda que garantido constitucionalmente, o amparo à união estável quanto à pensão por morte não possui regularização própria, o que por vezes acaba por causar prejuízo aos companheiros. A família constitui a base da sociedade, e quanto à aplicação da lei, deve sempre observar o princípio da proteção à família, garantindo todos os direitos conquistados ao instituto da união estável, especialmente os patrimoniais.

Palavras-chave: Família. União estável. Pensão por morte.

RÉSUMÉ

Cette recherche scientifique vise à exposer les considérations sur les différents traitements accordés aux conjoints et partenaires dans le système juridique brésilien , notamment le droit de recevoir des prestations de décès . L'enquête vise , constatant l'échec de la législation pour se mettre en défaveur compatriote effet , depuis la même lors du chargement du fardeau de la relation , doit également être prise avec le bonus, soulignant que la jurisprudence s'est positionné en faveur de la concurrence . C'est une réalité qui ne peut être négligé pour la terre , il en sera pick-up pointez sur une solution possible au problème de thème. Pour ce faire, la méthode exégétique juridique est utilisé , de ses interprétations juridiques et doctrinales , la méthode historique de l'évolution, pour une meilleure compréhension des concepts et de l'histoire sur les droits liés à la famille , une relation stable et de la sécurité sociale , ainsi que la méthodologie déductive , permettant une meilleure raffinement pour compléter la pensée . Il est un fait que la famille , ainsi que la société dans son ensemble , a connu des changements considérables au fil du temps . La Constitution de 1988 fit signe à reconnaître ces changements quand ils prévoient la protection spéciale de l'État à la famille . Donc, a également été reconnu comme l'union stable entre l'homme et la femme , mis en coexistence publique , continue et durable , fondée sur l'ordre d'une famille , ce qui porte la relation à la condition de l'unité de la famille , puis doit être protégé en tant que tel . Comme le mariage «traditionnel» de droit de la famille mérite la protection de la loi , étant ainsi la pension en cas de décès doit être considéré comme appartenant à l'entité familiale et non le mariage de l'entité . Récente contraire jugée au système , afin de reconnaître correctement le syndicat comme une famille qui n'est pas réellement le desamparando le droit de cette pension . Bien que la Constitution garantit la protection du mariage stable que les prestations de décès n'a pas son propre règlement , qui se termine parfois par nuire aux compagnons . La famille est la base de la société , et l' application de la loi , doit toujours respecter le principe de protection de la famille , assurer tous les droits conquis l'Office de stable , en particulier l'équité .

Mots-clés: la famille . Union stable . Pension de mort .

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	
2. FAMÍLIA: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E ASPECTOS GERAIS.....	
2.1 CONCEITO E HISTÓRICO DA FAMÍLIA.....	
2.2 O PRINCÍPIO DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO DE FAMÍLIA.....	
2.3 A FAMÍLIA E SUA PROTEÇÃO PELO ESTADO.....	
3. A UNIÃO ESTÁVEL NO DIREITO BRASILEIRO.....	
3.1 O CONCEITO DE UNIÃO ESTÁVEL E O CONCUBINATO.....	
3.2 UNIÃO ESTÁVEL: ELEMENTOS CARACTERIZADORES.....	
3.3 EFEITOS PATRIMONIAIS DA UNIÃO ESTÁVEL.....	
4. A CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE SEPARADO FATO COM O COMPANHEIRO DO CONSORTE NO DIREITO A PENSÃO POR MORTE.....	
4.1 O DIREITO DO COMPANHEIRO AO RECEBIMENTO DA PENSÃO POR MORTE.....	
4.2 A CONCORRÊNCIA NO DIREITO A PENSÃO POR MORTE.....	
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	
REFERÊNCIAS.....	

1. INTRODUÇÃO

Nos dias de hoje não cabe mais tratar a família como fora disposta no código civil de 1916, onde a mesma baseava-se no matrimônio e tinha a mulher em posição submissa ao marido, trazendo no instituto valores arcaicos tidos como “tradicionais”.

No entanto, a própria realidade social contrariava o ordenamento de forma que eram cada vez mais constantes as uniões à margem da lei. Essas uniões constituídas inobservando o que dispunha a lei sobre a família e o casamento não foram coibidas, e se tornaram corriqueiras, sendo até mesmo aceitas pelos padrões morais da sociedade.

A Constituição Federal de 1988 buscou proteger o instituto da união estável, reconhecendo-a como entidade familiar, e diferenciando-a do concubinato, aquela união entre os impedidos de casar. Com isso os conviventes passaram a serem sujeitos de direito, uma vez que até então eram ignorados pela lei.

O reconhecimento dado por a CF à união estável foi complementado no Código Civil, e em leis especiais, bem como a Lei n. 8971/94 e a Lei n. 9278/96, que tratam do direito de habitação, prestação de alimentos, além dos sucessórios.

Em relação à sucessão, o direito brasileiro entende que quando o cônjuge estiver separado de fato ou judicialmente por mais de dois anos, o mesmo não concorrerá na sucessão, salvo se comprovar que a separação se deu por culpa do de cujus. Entretanto, é omissa quanto à situação dos companheiros.

Essa omissão traz uma insegurança jurídica, uma vez que os companheiros e os cônjuges deveriam encontrar igual tratamento, não podendo o direito deste, prevalecer sobre o daquele. Suprindo essa lacuna da lei, aparecem às soluções jurisprudenciais, e cada vez mais se veem julgados amparando os conviventes.

O objetivo dessa pesquisa é uma análise acerca da concorrência nos casos em que o de cujus deixa cônjuge separado de fato e companheiro, bem como verificar a evolução da união estável no direito pátrio, demonstrar a

insegurança jurídica da situação em questão, bem como produzir uma solução ante a inexistência de legislação pertinente ao tema.

A pesquisa é relevante, ao passo que trata de um tema habitual, com aplicabilidade no direito de família, sucessório e da seguridade social. Será desenvolvida através da utilização do método exegético jurídico, valendo-se da interpretação dos dispositivos legais em compasso com a doutrina majoritária, apresentada neste trabalho por meio de uma ampla atividade de aprimoramento legal e doutrinário no que se refere à temática principal. Finalmente, será aplicada a metodologia dedutiva, que proporcionará o aperfeiçoamento na ideia primordial para a conclusão do pensamento.

A primeira parte da pesquisa direciona-se ao estudo da família, mostrando seu conceito e a evolução desde os primórdios até a atualidade. Mostrando também os princípios informadores do direito de família, bem como a proteção especial do Estado a ela.

A segunda parte destina-se a abordar a união estável como instituto, e diferenciá-lo do concubinato. Demonstrando os requisitos caracterizadores, a devida proteção do estado e os efeitos patrimoniais deste tipo de união.

A parte final trata do tema em específico, partindo de uma explanação geral da concorrência, para em seguida tratar dos pontos específicos que fazem o direito ao recebimento da pensão igualmente comum à ambos institutos.

2 FAMÍLIA: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E ASPECTOS GERAIS

A capacidade de se relacionar e manter vínculos afetivos entre os pares não é prerrogativa da raça humana, nem tampouco é fruto de uma evolução recente. Nas mais diversas espécies é possível ver o relacionamento e afetividade entre os seus, seja por proteção ou por outro motivo qualquer, ainda que inconscientemente, há ali afetividade.

Nos primórdios da civilização, o grupo familiar não se assentava nas relações individuais, as relações sexuais ocorriam entre todos os membros que integravam a tribo sem que houvesse qualquer vínculo afetivo. Dessa desarrumação era comum conhecer a mãe e desconhecer o pai, tendo assim sido a origem da família como sendo matriarcal, uma vez que a criança ficava sempre junto à mãe, que se incumbia de alimentá-la e protegê-la.

Posteriormente, na vida primitiva, as guerras, a carência de mulheres e diversos outros motivos fizeram com que os homens buscassem relações com mulheres de outras tribos, ampliando assim as fronteiras das famílias, antes restritas as tribos.

Em Roma, a família era organizada sobre o princípio da autoridade exercido pelo *pater família*, este tinha o poder absoluto sobre os seus, e atuava como chefe político, sacerdote e juiz. No Direito Romano, assim como no grego, o afeto natural, embora pudesse existir, não era o elo entre os membros da família. Nem o nascimento nem a afeição foram fundamentos da família romana. Os membros da família antiga eram unidos por vínculo mais poderoso que o nascimento: a religião doméstica e o culto dos antepassados. Por esse largo período da Antiguidade, família era um grupo de pessoas sob o mesmo lar, que invocava os mesmos antepassados.

O homem desde sempre buscou o agrupamento com os demais. E ao passo de sua evolução, esse agrupamento foi tomando cada vez contornos mais afetivos, chegando então ao atual conceito de família, tida hoje como base fundamental da sociedade.

Dela emanam os “valores morais” que uma sociedade deve seguir. Tais valores são objeto de constantes modificações de acordo com os valores culturais vigentes em cada época. As disposições constitucionais alargaram o

conceito de família, forçando a legislação civil a afastar-se da concepção individualista, tradicional e elitista da época das codificações do século passado, forçando a intervenção do estado no revigoramento das instituições de direito civil para melhor atender às necessidades da população e fornecer-lhe adequada proteção jurídica.

2.1 Conceito e Histórico da Família

O conceito de família é mutável, devendo ser interpretado de acordo com o contexto para ser assim melhor entendido. Possui diversos significados, podendo ser ampliado ou restrito de acordo com o critério escolhido, seja ele religioso, sociológico, moral ou legal.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem traz em seu artigo 16, III, um dos conceitos de família:

A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.

É esta também a redação *ipsis litteris* do artigo 17, I, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Vê-se claramente a importância que esses tratados deram ao instituto família, lhe colocando como base da sociedade e assegurando-lhe inclusive a proteção do estado. Por ser núcleo da sociedade, a família tem que estar saudável para que o estado também esteja.

A Professora Maria Helena Diniz (2007, p.09 a 10, 12), traz uma interpretação completa do vocábulo:

a) No sentido amplíssimo o termo abrange todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consangüinidade ou da afinidade, chegando a incluir estranhos, como no caso do artigo 1412 § 2º do Código Civil, em que as necessidades do usuário compreendem também as das pessoas do seu serviço doméstico.

b) Na acepção lata, além dos cônjuges ou companheiros, e de seus filhos, abrange os parentes de linha reta ou colateral, bem

como os afins (os parentes do outro cônjuge ou companheiro), como a concebem os artigos 1591 e s. do Código civil, o Decreto-lei nº 3200/41 e a Lei 883/49.

c) Na significação restrita é a família (CF, art. 226 §§ 1º e 2º) o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação, ou seja, unicamente os cônjuges e a prole (CC, arts, 1567 e 1716) e entidade familiar a comunidade formada pelos pais, que vivem em união estável, ou por qualquer dos pais e descendentes, como prescreve o art. 226, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal, independente de existir o vínculo conjugal que a originou.

Sociologicamente, a família é identificada como um grupo social cujos membros estão unidos por laços de parentesco, afinidade e cooperação mútua. Deriva puramente dos antigos agrupamentos, onde uma determinada reunião de pares se agrupava para proteção mútua e reprodução.

A família possui várias formatações, tendo significados cada vez mais abrangentes. São várias as espécies de família, podendo ser conceituadas a partir de vínculos biológicos ou socioafetivos, da constituição de casamento ou união de fato, podendo ser natural ou substituta, unilinear ou pluralista.

Em assim sendo, considera-se como família matrimonial aquela formalmente submetida às regras do casamento, constituída por cônjuges e prole, seja ela natural ou socioafetiva. Em oposição a esta, temos a constituída por meio de união estável ou relações extraconjugais, podendo incluir aqui as famílias monoparentais e as diversas outras formas de família.

Considera-se como união estável o descrito do artigo 226, § 3º da CF, como sendo aquela relação duradoura entre homem e mulher, com o objetivo de constituir família, e família monoparental descrita no mesmo artigo em seu parágrafo 4º como sendo aquela formada por um dos pais e seus descendentes.

A família natural diz respeito àquela descrita no art. 25 da Lei nº 8.069/90 – ECA, como sendo a comunidade formada pelos pais ou qualquer um deles e seus descendentes. Diferencia-se da família substituta, por ser esta a que se constitui por meio da guarda, tutela ou adoção.

Temos como família constitucional, aquela mencionada no texto da constituição, que traz suas formas em seu artigo 226. Podendo ser as instituídas por casamento, união estável, ou as monoparentais. Por outro lado

as famílias não constitucionais são as demais formas de família não regulamentadas na magna carta, mas presentes na realidade. Apesar de não encontrarem-se mencionadas na CF, essas espécies de família não podem ser marginalizadas ou prejudicadas, haja vista os princípios constitucionais da igualdade e dignidade da pessoa humana.

Tem-se a família moderna como a comunidade formada pelo afeto de seus membros, parentes ou não, que reciprocamente se enxergam e se consideram como família. Essa forma de família é chamada de família eudemonista, como sendo aquela que tem por base a afetividade. É a mais inovadora e evoluída, pois busca através do envolvimento afetivo a felicidade individual e coletiva. Maria Berenice Dias (2006, p.45) disserta sobre o tema:

Surgiu um novo nome para essa nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo: família eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros.

A família eudemonista mostra-se como mais sensata e sensível a realidade, uma vez que o que realmente faz de um grupo família, é a forma como se relacionam.

Nos primórdios da civilização, nossos ancestrais não possuíam os valores morais que hoje temos, e dada a vida nômade que levavam, era comum não restringir seus relacionamentos a um único grupo. Somente com o desenvolvimento da agricultura foi que os indivíduos foram fixando-se num determinado local, e conseqüentemente restringindo seus relacionamentos aqueles ao seu redor.

Inicia-se então o que temos como a família patriarcal, onde o homem busca o sustento dos seus e cabe a mulher o dever de fidelidade e cuidado com a prole. Segundo Venosa (2007, p.03):

Foi nesse período que a monogamia desempenhou um papel de impulso social em benefício da prole, ensejando o poder paterno.

A partir de então, a família monogâmica passou a predominar como a forma mais aceitável e adequada de constituição de família, onde era exigido a fidelidade da mulher e tinha-se como líder a figura paterna.

No Direito Romano, aqueles relacionamentos sem o *affectio maritalis*, ainda que houvesse a coabitação, eram considerados como inferiores ao casamento e não produziam efeitos jurídicos. Os filhos advindos dessa união eram tidos como ilegítimos e ficavam vinculados a família materna. Vê-se a importância da família na sociedade romana, onde aquela considerada fora dos padrões estava também fora do direito.

O direito canônico chegou a admitir o concubinato, desde que esse não viesse a sobrepor o casamento, prejudicando a sua perpetuidade.

O CC de 1916 só reconhecia como família legítima aquela constituída através do casamento, a união estável não era reconhecida legalmente e não tinha, pois proteção do estado. Ainda que não houvesse impedimentos, a união era considerada como concubinato e considerada como ilegítima.

A CF de 1988 inovou em não delimitar as formas de família, abrangendo todas aquelas possíveis, adequando o ordenamento a realidade e dando o verdadeiro caráter social à família.

2.2 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana no Direito de Família

A Constituição Federal de 1988 trouxe importantes modificações acerca do direito privado brasileiro, no tocante ao direito de família, por exemplo, houve consideráveis avanços desde sua promulgação. A partir de então foi sendo mais relevantes os “princípios sociais”, aqueles que tornam valores como o afeto, solidariedade, lealdade, respeito e o amor como requisitos básicos para a constituição de uma entidade familiar, fazendo com que fosse dado um caráter mais humano ao direito pátrio.

Nesse contexto, o princípio da dignidade da pessoa humana se tornou princípio fundamental e então um norte para os demais princípios consagrados no artigo 5º da CF, acerca dos direitos fundamentais do cidadão. O Código

Civil de 2002 seguiu o a CF e também reconheceu a importância e a necessidade da consagração desses princípios.

A consagração princípio da dignidade da pessoa humana não é evento recente no cenário jurídico. Apesar de só recentemente ser de fato positivado, esta expressão já havia sido utilizada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, estabelecendo já em seu preâmbulo que reconhece a “dignidade inerente a todos os membros da família” e “seus direitos iguais e inalienáveis”, que ainda prevê em seu artigo 1º:

Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

Desde então as demais constituições democráticas seguiram esta linha e empregaram a expressão, tornando-se imprescindível para a noção de cidadania e indissociável de uma sociedade justa e democrática.

A Constituição Federal de 1988 traz a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, e a expressa em seu artigo 1º, inciso III:

Art.1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

[...]

III- a dignidade da pessoa humana;

[...]

Trazendo tal princípio como fundamento do Estado, fica claro que o mesmo é tido como princípio máximo e deve nortear as normas constitucionais e as infraconstitucionais também, assim como foi com o Código Civil.

Com base nesse princípio, temos que o tratamento as diferentes formas de família deve ser igualitário, não podendo haver qualquer tipo de

discriminação, especialmente por parte do estado. Nesse sentido, a Carta Magna, reconheceu em seu artigo 226, outros modelos de família:

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

[...]

§ 3º - Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

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

Com esse regramento, o texto constitucional rompe o modelo de família fundado unicamente no casamento, dispondo sobre outras formas de família, dando total liberdade do planejamento famílias aos indivíduos.

2.3 A Família e sua Proteção Pelo Estado

A família, assim como todo ente participante do estado merece atenção especial e políticas voltadas para a sua proteção. Essa proteção corresponde a toda espécie de assistência ou auxílio prestado às pessoas ou às coisas, a fim de resguardá-las contra possíveis males. Basicamente se traduz em certos favores, benefícios, regalias e privilégios, considerados fundamentais para o bem existir da mesma. Ao agir na proteção da família, o estado prima por um interesse ainda maior, que é o de conservação do núcleo familiar para o desenvolvimento da sociedade.

A proteção à família por parte do estado é assegurada por lei, se manifestando através de determinados princípios jurídicos expressos em nosso ordenamento. Na Constituição Federal os artigos 226 a 230 tratam do tema, bem como o 1.511 e seguintes do Código Civil, e na legislação especial, temos o Decreto-lei 3.200/41, a Lei 6.514/77 e a Lei 8.069/90 – ECA, e ainda na

legislação penal, os crimes contra a assistência familiar, previstos nos artigos 244 a 247 do Código Penal.

A Constituição acompanhou as mudanças da sociedade e primou por proteger o instituto família, não restringindo seu amparo as chamadas famílias tradicionais. O artigo 226 da carta magna traz a família como base da sociedade e estende a proteção a outras formas de família:

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

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito de proteção do estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

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

[...]

Observa-se que a Constituição Federal traz uma proteção especial à família, tida por ela como base da sociedade, eliminando também a diferenciação no tratamento entre as formas de famílias. Nesse sentido, Dias (2006, p. 37) pontifica:

O alargamento conceitual das relações interpessoais acabou deitando reflexos na conformação da família, que não mais possui um significado singular. A mudança da sociedade e a evolução dos costumes levaram a uma verdadeira reconfiguração, quer da conjugalidade, quer da parentalidade. Assim, expressões como ilegítima, espúria, adulterina, informal, impura estão banidas do vocabulário jurídico. Não podem ser utilizadas, nem como referência às relações afetivas, nem aos vínculos parentais. Seja em relação à família, seja no que diz respeito aos filhos, não se admite qualquer adjetivação.

Após a promulgação do texto constitucional, o direito de família foi alvo de grande transformação. Houve a partir daí uma constitucionalização das relações familiares com o reconhecimento como entidade familiar das relações

não fundadas no casamento, e garantidas a estas a proteção estatal na mesma forma das uniões matrimoniais.

Dias (2006, p. 39) observa que este novo modelo familiar justifica a sua proteção pelo Estado:

O novo modelo de família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo nova roupagem axiológica ao direito de família. Agora, a tônica reside no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar. A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado.

O Código Civil de 1916, fruto da influência de uma sociedade com valores morais voltados basicamente ao conservadorismo e a religião, concebia como família apenas a instituída no casamento e baseada no patriarcalismo. Até o advento da constituição, era única a forma de família e somente essa era protegida pelo estado. Após isso foram inseridos na seara do direito de família os princípios da igualdade, da não descriminalização e da neutralidade, além do reconhecimento da união estável e da família monoparental.

O Estado tem por finalidade precípua promover o bem de todos. Dessa forma, a Constituição buscou acertadamente assegurar àqueles que buscassem a felicidade na formação de família, que estes não tivessem obstáculos nem restrições e ainda a proteção para a consecução desse fim. Segundo Rodrigues (2004, p.272):

O fato importante que ressalta do texto constitucional é o reconhecimento de que a ligação, mais ou menos duradoura, entre pessoas de sexo diverso, com o propósito de fazerem vida em comum, adquiriu status de entidade familiar. Ou seja, o legislador de 1988 tirou a máscara hipócrita de seu colega de 1916, a quem a família ilegítima envergonhava, para proclamar não só a existência da família nascida fora do casamento, sua

condição de entidade familiar, como também para dizer que ela se encontra sob a proteção do estado.

O texto constitucional não poderia ir contra o que já era comum no cotidiano, dessa forma enlaçou o conceito de família ao sentimento, rompendo com o tradicionalismo e instituindo o apoio ao sentimento.

Ao reconhecer a união estável como família, o Estado trouxe para o direito uma realidade já existente, porém ignorada por o ordenamento. A partir de então o concubinato que antes não gerava efeitos jurídicos passou a gerar, especialmente no campo obrigacional.

A família se caracteriza como um fato natural e o casamento como uma convenção social. Dessa forma, seria injusto com os companheiros que estivessem a margem da proteção do estado, uma vez que tal qual a “família tradicional”, o affectio familiares está presente na união, muitas vezes até em grau maior.

O conceito de família sofreu diversas mutações ao passo do desenvolver da sociedade, felizmente o estado vem buscando se adequar as mudanças e acompanhá-las. Com o advento do Estado social, muito se evoluiu no amparo às famílias, o texto constitucional é exemplo disso.

3 A UNIÃO ESTÁVEL NO DIREITO BRASILEIRO

O Código Civil de 1916 só reconhecia a família então tida por “legítima” e desconsiderava para efeitos de proteção as formas “ilegítimas”. As raras menções ao concubinato, o legislador buscava sempre resguardar o patrimônio da família tradicional e excluir as demais de qualquer proteção.

Com o advento do estado social, o legislador passou a se voltar ao bem estar da sociedade ao invés de seguir paradigmas. O princípio da dignidade da pessoa humana foi tomando forma e norteando a forma como o Estado deveria se portar para com os seus.

A Constituição Federal de 1988 reconheceu a união estável como família e a igualou em tratamento a tida como tradicional. O jurista não podia mais ignorar a figura do concubinato, uma vez que essa forma de família se tornava cada vez mais presente na realidade, precisando assim de uma norma que o regulasse. Apesar do disposto na Constituição, a regularização de fato do instituto só se deu por meio da lei nº 8.971/94 e da lei nº 9.278/96.

3.1 O Conceito de União Estável e o Concubinato

Os relacionamentos extraconjugais sempre existiram, e embora a lei teimasse coibi-los, era uma realidade cada vez mais presente. No Código Civil anterior ficou claro o repúdio do legislador a esse tipo de união, para a proteção da família “tradicional”, estes relacionamentos ficaram a margem da proteção do ordenamento. Buscando resguardar o patrimônio da família matrimonial, o Código vedou as doações, instituições de seguro e a possibilidade da concubina figurar como beneficiária no testamento.

Ocorria ainda que até o ano de 1977 os casais só podiam separa-se mediante o desquite, onde a sociedade conjugal não se dissolvia e ambos continuavam impedidos de contrair novas núpcias. Era claro que o tratamento dado a essas uniões afetivas era injusto, ainda assim não foi possível coibi-las. Segundo Dias (2006, p.31):

A sociedade só aceitava a família constituída pelo matrimônio, por isso a lei regulava somente o casamento, as relações de filiação e o parentesco. O reconhecimento social dos vínculos afetivos formados sem o selo da oficialidade fez as relações extramatrimoniais ingressarem no mundo jurídico por obra da jurisprudência, o que levou a Constituição a albergar no conceito de entidade familiar o que chamou de união estável. Viu-se o legislador na contingência de regulamentar esse instituto e integrá-lo no livro do direito de família.

Até o advento da Constituição Federal, família era aquela formada através do matrimônio, e como não havia a dissolução do casamento, outras famílias foram se formando tendo como base somente o vínculo afetivo e nenhum amparo da lei, os chamados concubinatos. Após a promulgação da carta magna, passou a se adotar o termo união estável e a se igualar juridicamente a família matrimonial. Nesse sentido, Dias (2006, p.31) assevera:

Com a evolução dos costumes, as relações extramatrimoniais acabaram merecendo a aceitação da sociedade, levando a Constituição a dar nova dimensão a concepção de família e introduzir um termo generalizante: entidade familiar.

O texto constitucional veio regular uma realidade da sociedade que era até então desprezada por o ordenamento. Dessa forma houve uma maior equidade entre as formas de família, incluindo ainda a família monoparental, formada por um só dos genitores, na maioria mães solteiras.

A União estável está regulada no artigo 226, § 3º da Constituição Federal, que a reconhece como entidade familiar a união entre homem e mulher, e que deve ter sua conversão em casamento facilitada pela Lei. Importante ressaltar que em avanço recente na legislação também passou a se reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo, as chamadas de uniões homoafetivas.

O novo Código Civil, em sintonia com a carta magna, a reconhece convivência pública, contínua e duradoura entre homem e mulher e estabelecida com a finalidade de constituir família.

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

O conceito descrito no Código Civil baseia-se mais na questão sentimental do que na mera formalidade, favorecendo as relações baseadas no intuito de constituir família, ainda que não da forma tradicional.

O doutrinador Fiuza (2010, p.992-993) a define como:

A convivência pública, contínua e duradoura sob o mesmo teto ou não, entre homem e mulher não ligados entre si pelo casamento, com a intenção de constituir família.

Ele destaca ainda em seu pensamento que é acertado o posicionamento da Súmula 382 do STF em dispensar o *mos uxorius*, já que a convivência sob o mesmo teto não é o principal valor de uma família:

Súmula 382 do STF: A vida em comum sob o mesmo teto "more uxorio", não é indispensável à caracterização do concubinato.

Conforme demonstrado no posicionamento sumulado da corte suprema, não é necessária a coabitação, no entanto, é imprescindível o intuito de constituir família. Deve haver a cumplicidade, comunhão de vida, respeito, e tudo mais que se deve haver em uma família "tradicional".

Doutrina mais antiga propunha que a necessidade da convivência sob o mesmo teto era fundamental, bem como um tempo mínimo de duração da relação para a caracterização como união estável. Esse entendimento foi superado por um menos rígido e mais humano, levando mais em conta o sentimento em si que qualquer outro ponto, nascendo então o companheirismo.

A união estável é uma relação nascida fora do casamento que a partir do seu reconhecimento constitucional alçou o patamar de entidade familiar, também reconhecida pelo novo Código Civil. Nas palavras de Carvalho (2009, p. 247):

A união estável consiste numa união livre e estável de pessoas de sexo diferentes, que não estão ligadas entre si por casamento civil, que é a ausência de matrimônio para o casal que viva como marido e mulher, ou ainda, a união do homem e mulher, fora do matrimônio, de caráter estável, mais ou menos prolongada, para o fim de satisfação sexual, assistência mútua e dos filhos comuns e que implica uma presumida fidelidade da mulher ao homem.

O pensamento traz uma visão mais racional da união estável, mas deve ser levado em consideração por demonstrar que a relação não precisa ser idêntica ao matrimônio, possuindo as características necessárias, será tida como família tal qual o enlace.

É comum a todas as formas de família, o elo afetivo que une seus membros, devendo ser este o único elemento caracterizador do instituto família. As formas de família diferem basicamente quanto a liberdade que os companheiros desfrutam de descumprirem os deveres do matrimônio, a união estável, por exemplo, não tem termo inicial, surgindo a partir do nascimento do vínculo emocional entre os companheiros.

O legislador buscou diferenciar união estável de concubinato, sendo esta caracterizada pela união entre pessoas impedidas pela lei de casarem entre si. Até o advento da Constituição Federal quando surgiu a união estável, concubinato era toda união que não nascesse do matrimônio, passando este a ser utilizado para relações adúlteras.

Apesar de utilizar a expressão concubinato e concubina como gênero, a doutrina e a jurisprudência distinguiam, antes do atual Código Civil, o companheiro ou companheira, o concubino ou concubina e amante.

Com relação à Lei nº 8.971/94, sabe-se que alterou em parte o conceito de companheiro, ao incluir, em seu art. 1º, o separado judicialmente. Este, antes era concubino, diante da presença do impedimento para a celebração do

casamento. Já no que concerne à lei nº 9.278/96, destaca-se que se utilizou da expressão conviventes, além de não fazer nenhuma distinção entre companheira (ou convivente), concubina ou amante.

Pode-se identificar que as relações matrimoniais apresentavam algumas distinções. Na lei nº 8.971/94, que regula a prestação de alimentos e o direito a sucessão dos companheiros, o legislador se referia aqueles desimpedidos que convivem com solteiro, viúvo, divorciado ou desquitado. Já a expressão concubino se referia aqueles que convivem com pessoas casadas, porém separadas de fato, convivendo maritalmente como família que são. O amante por sua vez, é aquele que convive com indivíduo casado ao mesmo tempo em que o cônjuge do dito cujo, fazendo assim que o mesmo possua duas famílias paralelas.

Ainda é comum nos dias de hoje que casais deixem de conviver maritalmente e a relação perdure para o direito. A falta de conhecimento técnico, o mau relacionamento entre os cônjuges, entre outras coisas, estão entre os motivos que contribuem para que os casais não busquem o divórcio, acabando por ficarem os cônjuges unidos por o direito, mas separados de fato, em regime de companheirismo.

Com o advento do novo Código Civil, houve uma diferenciação das relações fora do casamento, especialmente no concubinato, existindo duas espécies deste. O concubinato puro se apresenta como a relação duradoura, sem casamento civil, caracterizando uma família de fato, sem, porém que haja detrimento da família legítima. O concubinato impuro por sua vez se apresenta como a relação adúltera, incestuosa ou desleal, contrária ao disposto em lei, ou seja uma relação proibida pelo direito, mas bastante comum na realidade.

Nesse sentido, o posicionamento de Carvalho (2009, p.251-252), é em sintonia com o supracitado:

União estável ou concubinato puro – são os relacionamentos estáveis havidos entre pessoas livres, não comprometidas com deveres matrimoniais ou outra relação concubinária, ou se casados, estejam separados de fato (art. 1.723, CC), com atributos de entidade familiar;

Concubinato impuro – são os demais, onde existe vínculo afetivo do casamento com outra pessoa ou várias relações

concubinárias (RT458/224 e art. 1.723, § 1º, CC), incluindo entre estes, os incestuosos e os demais impedidos de casarem, posto que não pode ser convertido em casamento, exceto o separado de fato, e que são excluídos da proteção legal (art. 1.727, CC).

Restou claro que a união estável foi diferenciada do concubinato, pois esta foi tida como um relacionamento meramente carnal e moralmente reprovável, a exemplo do incesto e o adultério. O concubinato é gênero do qual a união estável é espécie. Ao vedar o reconhecimento da união estável quando existissem os impedimentos para o casamento, o legislador quis coibir a prática do concubinato.

Ainda acerca das espécies de concubinato, Diniz (2007, p.368) preleciona:

[...] será puro (CC, arts. 1.723 e 1.726) se se apresentar como uma união duradoura, sem casamento civil, entre homem e mulher livres e desimpedidos, isto é, não comprometidos por deveres matrimoniais ou por outra ligação concubinária. Assim, vivem em união estável ou concubinato puro: solteiros, viúvos, separados judicialmente ou de fato (em contrário, RJ, 725:322, 745:336 e 198:136, por haver óbice ao casamento) e divorciados (RT, 409:352).

Ainda sobre o tema, a autora complementa:

Ter-se-á concubinato impuro ou simplesmente concubinato, nas relações não eventuais em que um dos amantes ou ambos estão comprometidos ou impedidos legalmente de se casar. No concubinato há um panorama de clandestinidade que lhe retira o caráter de entidade familiar (CC, art. 1.727), visto não poder ser convertido em casamento. Apresenta-se como: a) adúlterino, se se fundar no estado de cônjuge de um ou ambos os concubinos, p. ex., se homem casado, não separado de fato, mantém, ao lado da família matrimonial, uma outra; e b) incestuoso, se houver parentesco entre os amantes. (DINIZ, 2007, p. 369-370).

Entretanto, as expressões de concubinato puro e impuro deixaram de ser usuais, uma vez que desde a promulgação do texto constitucional, o

primeiro passou a se denominar união estável, e o segundo apenas concubinato. Diante disso, a doutrina passou a adotar os termos concubinos e companheiros. A distinção reside basicamente no fato do ser o concubino o amante, mantido na clandestinidade pelo indivíduo casado, ou que mantém relação incestuosa; companheiro, no entanto, corresponde ao parceiro com quem o indivíduo solteiro ou casado, que se encontra separado de fato, mantém relação estável, sem que haja impedimentos legais. A jurisprudência seguiu essa modificação e também optou por essa nova utilização.

A doutrina majoritária classifica o concubinato em três tipos diversos: o incestuoso, o adúltero e o desleal. O primeiro deles decorre da união entre parentes próximos, como pai e filha ou entre irmãos. Já o adúltero é fruto de uma união onde embora um, ou ambos, sejam casados, optam por manter um relacionamento paralelo ao casamento. O desleal por sua vez se representa na união onde o indivíduo mantém concubinato com alguém, paralelamente ao seu lar, outro de fato.

A mudança no entendimento do ordenamento quanto ao concubinato refletiu logicamente nas decisões dos tribunais, que tem reconhecido o companheirismo como diverso e o tratado de forma também díspar. O que antes era tido como toda relação que não fosse instituída através do casamento, passou a ser aquela união não fundada no matrimônio, por possuir impedimentos para tal ato, diferindo também da união estável que não encontra óbice para o enlace.

3.2 União Estável: Elementos Caracterizadores

Somente com a promulgação da Constituição Federal em 1988 surgiu o instituto da união estável, que anteriormente era englobado por o concubinato. O texto constitucional ofereceu relativo avanço ao tratamento e no respeito às formas de famílias ao diferenciá-las. A doutrina e a jurisprudência se encarregam de caracterizar a relação como união estável ou não.

Fardin (1995, p.69), sobre elementos que caracterizam a união estável, diz que “a partir de várias definições da união estável (concubinato puro,

qualificado, lícito), podem-se estabelecer requisitos que variam de autor para autor. Entretanto, alguns destes elementos são fundamentais e apontados por todos eles.”.

O artigo 1.723 do CC elenca as características da união estável, como sendo a convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com a finalidade de constituir família. No entanto, não se pode definir essa relação objetivamente, apesar do disposto em lei, o essencial a família deve ser o vínculo de afetividade, ou seja, o desejo de constituir família. O afeto, ainda que não tenha fundamentação jurídica, é elemento caracterizador dessa relação.

Não há lapso temporal mínimo para a caracterização da união estável, ficando claro que esta não deve ser efêmera e sim prolongada no tempo, ou seja, contínua e duradoura como descrito no artigo. Ao tempo da vigência da Lei nº 8.971/94 era exigido um lapso temporal mínimo de cinco anos de convivência ou prole comum para configurar o concubinato puro. Posteriormente com a publicação da Lei nº 9.278/96 e o art. 1.723 do Novo Código, passou a não ser exigível prazo mínimo, deixando a questão temporal na subjetividade e na interpretação da letra da lei.

Quanto à publicidade da relação, essa deve ser entendida como notoriedade, ainda que discreta. Conforme preleciona Venosa (2007, p.41):

Ganha realce, portanto, a notoriedade da união. A união de fato que gozará de proteção é aquela na qual o casal se apresenta como se marido e mulher fossem perante a sociedade, situação que se avizinha da posse de estado de casado. A relação clandestina, velada à socapa, não merece a proteção da lei.

A publicidade implica na notoriedade da relação no meio social frequentado por os companheiros, a fim de afastar do conceito de entidade familiar aquelas relações menos compromissadas, e mantidas na clandestinidade.

Quanto à notoriedade de afeições recíprocas, Carvalho (2009, p.353) preleciona:

A convivência não pode ser em segredo, às escondidas. A doutrina, porém, não exige ampla publicidade, basta que seja notória entre os círculos de amizade, relacionamentos, vizinhança e familiares, admitindo-se um meio termo entre a publicidade ampla como no casamento (publicação de editais) e a discrição do casal.

Há ainda o requisito da estabilidade da união. A relação para se caracterizar como união estável não deve ser um relacionamento fugaz e transitório de simples relações sexuais ainda que reiteradas. Acerca do tema, Venosa (2007, p.39), adota uma posição mais rígida:

O legislador deseja proteger as uniões que se apresentam com os elementos norteadores do casamento, tanto que a dicção constitucional determina que o legislador ordinário facilite sua conversão em casamento.

A união estável inicia-se de um vínculo afetivo e o envolvimento mútuo começa a identificar as duas pessoas no meio social como sendo um par, transformando o relacionamento em uma unidade. A visibilidade desse vínculo a torna merecedora de tutela jurídica como entidade familiar. O relacionamento passa então a produzir efeitos jurídicos, em especial os de ordem patrimonial e obrigacional.

Ainda sobre a caracterização da união estável, Diniz (2007, p.361) preleciona:

Resumindo, estará caracterizado o relacionamento afetivo denominado de união estável ainda que: a) um de seus membros ainda seja casado, desde que antes de iniciar o companheirismo estivesse já separado de fato ou judicialmente do cônjuge; b) haja causa suspensiva, pois esta apenas tem por escopo evitar a realização de núpcias antes da solução de problemas relativos à paternidade ou a patrimônio familiar, visto que em nada influenciaram na constituição da relação convivencial.

Outros elementos essenciais à configuração da união estável são a honradez, respeito, lealdade, consideração mútua, além da assistência moral e material recíproca, e a criação e educação da prole, conforme disposto no artigo 1.724 do CC.

A coabitação também é necessária para a caracterização da relação como união estável. A jurisprudência tem entendido que não é exigível que os companheiros vivam sob o mesmo teto, admitindo que residam em locais diferentes. A Súmula 382 do STF dispõe acerca do tema:

A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorius*, não é indispensável à caracterização do concubinato.

O entendimento sumulado da corte máxima é o mais moderno, e deixa claro que pode haver união estável sem que haja coabitação e vida idêntica ao casamento, sendo sempre exigível a intenção de constituir família.

3.3 Efeitos Patrimoniais da União Estável

Durante muito tempo a única forma de família conhecida era o matrimônio, sendo esta também a única reconhecida e protegida pelo direito. Desse modo, aqueles que optavam por viver em outra forma de família eram privados de obterem direitos, como por exemplo, o de figurar como dependente do companheiro na previdência social.

Nos dias de hoje, a união estável é um fato jurídico gerando obrigações entre os companheiros, com a prole e até mesmo com terceiros, como o caso da previdência. Os efeitos patrimoniais da relação decorrem da sua dissolução, seja ela por morte ou mesmo separação. Era comum que ao findar da relação, os bens adquiridos na constância por um migrassem ao seu patrimônio pessoal, ou de seus herdeiros “legítimos”, ficando a companheira desamparada.

Ao equiparar a união estável ao matrimônio em direitos, o legislador buscava coibir essas injustiças que, no entanto continuaram a ocorrer. A jurisprudência passou a atribuir crescentes efeitos patrimoniais às uniões concubinárias no momento da dissolução, corrigindo essa aberração que teimava em perdurar.

A lei nº 8.971/94 foi à primeira tentativa de regulamentação do preceito constitucional e de especificar os efeitos resultantes da união estável. Esta lei veio prever aos conviventes desimpedidos direitos sucessórios e alimentares ao companheiro e à companheira. A lei nº 9.278/96 por sua vez tratou dos efeitos patrimoniais dos companheiros, dos alimentos da conversão em casamento e do juízo competente para julgar as ações provenientes da união estável.

Importante inovação dos tribunais se deu no reconhecimento ao direito dos companheiros em figurar como dependentes dos segurados a previdência social. O reconhecimento dos direitos dos unidos estavelmente, porém, acabou por criar outra celeuma: Cônjuges e companheiros disputando administrativa e judicialmente o direito à pensão, especificamente quando se fala em pensão por morte.

4 A CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE SEPARADO FATO COM O COMPANHEIRO DO CONSORTE NO DIREITO A PENSÃO POR MORTE

Inicialmente o direito de família só regulava os interesses daqueles unidos através do matrimônio, de forma que os companheiros ficavam desamparados quanto aos direitos sucessórios, alimentares e previdenciários. Somente com o reconhecimento da união estável como entidade familiar pela Constituição Federal de 1988, que pôs os companheiros sob a proteção do estado, é que foram surgindo garantias aos companheiros.

Mesmo após a promulgação do texto constitucional, ainda restava falhas no ordenamento quanto ao direito dos companheiros. O regulamento da previdência social, por exemplo, só considerava como união estável a união entre homem e mulher quando estes fossem solteiros, separados judicialmente, divorciados, viúvos ou que tivessem filhos em comum enquanto não se separarem.

O decreto 6.384/08 alterou o regulamento da previdência de forma a seguir o que dispunha o código civil, passando os companheiros das pessoas separadas de fato ter direito a figurar como dependentes destes.

4.1 O Direito dos Companheiros ao Recebimento da Pensão Por Morte

Quando falece um segurado da previdência social, estando este aposentado ou não, surge para seus dependentes o direito ao recebimento da pensão por morte. Na previdência social, a relação jurídica de dependência é baseada na situação econômica onde um ente, ou um conjunto deles, encontram-se sujeitados economicamente a outro. O legislador não exigiu carência para a concessão do benefício, por função da imprevisibilidade da morte, é este um direito imediato.

A qualidade de dependente do segurado é predefinida pela legislação previdenciária, sendo vedado ao segurado que a livre indicação de seus

dependentes. O artigo 16 da Lei 8.213/91 elenca quem pode figurar como dependente do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;

§ 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.

§ 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.

Os companheiros foram equiparados ao cônjuge quanto à classe de segurados, devendo concorrer com estes em igualdade. Ivan Kertzman (2011, p.329), sedimenta que os companheiros encontram-se na primeira classe de segurados: “A companheira e o companheiro, que, embora não casados oficialmente, vivam juntos com a intenção de constituir família, tendo os mesmo direitos dos cônjuges [...]”.

A legislação previdenciária até pouco tempo, somente considerava como união estável aquela relação entre homem e mulher com o intuito de constituir família, em que ambos estivessem solteiros, divorciados, viúvos, separados judicialmente ou com filhos em comum. Graças ao Decreto 6.384/08, que alterou a redação do artigo 16, §6º, do Regulamento da Previdência Social, foi sanada a obscuridade quanto ao companheirismo onde um dos cônjuges ainda fosse casado de direito. O referido decreto trouxe a definição de união estável:

Considera-se união estável aquela configurada na convivência pública, contínua e duradoura entre o homem e a mulher, estabelecendo com intenção de constituição de família, observando o §1º do art. 1.723 do Código Civil, instituído pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002”.

A nova definição entrou em consonância com o disposto no Código Civil, sendo possível a inclusão na classe dos companheiros daqueles que mantinham união estável com pessoa casada, porém separada de fato. Sobre o tema, Kertzman (2011, p.337) preleciona:

Assim, a grande mudança trazida pela atual redação do decreto foi o reconhecimento da possibilidade de constituição de união estável pela pessoa casada, que esteja separada de fato, independentemente de terem filhos em comum (como exigia o texto anterior). Note-se que o texto não exige um tempo determinado para a caracterização da separação de fato.

Dessa forma, ao concorrer com os demais dependentes de primeira classe, ao companheiro será atribuído o equivalente ao que for conferido aos demais. Ou seja, em havendo companheiro, cônjuge, filho não emancipado ou incapaz, todos concorrerão em igualdade ao direito a pensão do falecido. Está assim disposto no art. 16, §1º do Decreto nº 4.032, de 2001: “Os dependentes de uma mesma classe concorrem em igualdade de condições.”.

É também desnecessário que o companheiro supérstite comprove a dependência econômica do cônjuge falecido, pois esta é presumida. Basta, portanto, estar munido de decisão transitada em julgado homologando a união estável entre ambos. Há jurisprudência no sentido de que desde que comprovada a constância da união, é desnecessária a comprovação da dependência econômica. A 3ª Vara Federal de Sergipe determinou que o INSS pagasse a pensão por morte à companheira do falecido, após o indeferimento administrativo por a não comprovação da qualidade de dependente, proferindo o seguinte acórdão:

Processo no 2006.85.00.0041-9- Classe 29 - 3a Vara
Ação: Ação Ordinária
Autor: TEREZA CRISTINA FONTES CORREIA DE VASCONCELOS
Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL-INSS CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. Pensão por morte. Companheira. Sociedade de Fato. União Estável certificada por sentença transitada em julgado. Dependência Econômica. Presunção. Antecipação de tutela deferida.

Resta demonstrado que a obstrução administrativa por parte do INSS deve ser superada, de forma a reconhecer como presumida a dependência econômica e facilitar a concessão.

4.2 A Concorrência entre Cônjuge e Companheiro no Direito a Pensão por morte

Com o reconhecimento dos direitos dos companheiros na seguridade social, passou a surgir disputas administrativas e judiciais entres os ex-cônjuges e os companheiros quanto à legitimidade para figurar como dependente do segurado, especialmente, nos casos em que o benefício envolvido é o de pensão por morte. Ponto controverso, por exemplo, se dá quando o ex-cônjuge não percebia alimentos do de cujus. O artigo 76, § 2º, da Lei nº 8.213/91 aduz que:

O cônjuge divorciado ou separado judicialmente ou de fato que recebia pensão de alimentos concorrerá em igualdade de condições com os dependentes referidos no inciso I, do artigo 16 desta Lei.

Dessa forma, o ex-cônjuge se iguala a todos os demais dependentes, entre eles os companheiros, apenas na hipótese de receber pensão alimentícia. O benefício previdenciário fica vinculado à prestação alimentar, de forma que há a equiparação, sendo lícita a concorrência, entre o casamento e

a união estável. O STJ ao julgar um recurso especial, trouxe o entendimento que a concorrência deve ser resolvida pela divisão igualitária do benefício entre os que concorrem em igualdade.

ADMINISTRATIVO. MILITAR. PENSÃO POR MORTE. UNIÃO ESTÁVEL CARACTERIZADA. INVERSÃO DO JULGADO. SÚMULA 7/STJ. DIVISÃO DO BENEFÍCIO ENTRE EX-ESPOSA, COMPANHEIRA E FILHO MENOR. 1. Com base nas provas carreadas aos autos, o Tribunal a quo decidiu estar configurada a união estável entre o de cujus e a companheira, segunda beneficiária. Infirmar tal posicionamento implicaria, necessariamente, o revolvimento do acervo fático-probatório, o que é inviável em recurso especial, a teor do enunciado da Súmula nº 7 desta Corte. 2. O Tribunal de origem decidiu em consonância com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, assente no sentido de que, com o advento da Constituição Federal de 1988, que reconheceu como entidade familiar a união estável (art. 226, § 3º), a companheira passou a ter o mesmo direito que a ex-esposa, para fins de recebimento da pensão por morte. 3. Considerando a existência de filho menor de idade, que faz jus a 50% da pensão por morte, e por não haver ordem de preferência entre a ex-esposa e a companheira, a outra metade do benefício deverá ser dividida entre elas. Portanto, correto o rateio na proporção definida pela Administração militar. Precedentes. 4. Recurso especial conhecido em parte e não provido.

(STJ - REsp: 1206475 RS 2010/0148426-0, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 05/04/2011, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/04/2011).

Restando claro que o entendimento da suprema corte é o de seguir a letra da lei. O STJ decidiu em consonância com o disposto na Constituição Federal de 1988, que reconhecendo a união estável como também sendo entidade familiar, concedeu a companheira, os mesmos direitos pertinentes a ex-esposa, inclusive o direito ao recebimento da pensão por morte. O que a Suprema Corte esquece de analisar, é que ao tempo da morte, o *de cujus* não mantinha mais nenhum relacionamento com a ex-cônjuge, e que somente a companheira era suportadora de todos os encargos da relação.

Importante ressaltar que no mesmo julgado, companheira e ex-cônjuge tiveram direito a 25% do benefício, uma vez que havia filho menor de idade, e o mesmo tem direito a 50% do benefício.

Este também é o entendimento do Tribunal Regional Federal da 5ª região que ao julgar uma apelação cível, reconheceu a união estável *post mortem*, concedeu o direito ao recebimento da pensão à companheira, e ordenou a divisão com a ex-esposa.

Previdenciário. Pensão por morte de servidor público federal. Ação promovida pela companheira para ver reconhecida a união estável vivida com o servidor e, conseqüentemente, receber a pensão por morte dele. Prova de que a ex-esposa do servidor era dele separada, de fato, com recebimento de pensão alimentícia, conforme registrado no contra-cheque do servidor. Legítima a divisão do benefício entre a companheira e a ex-esposa, com base no parágrafo 1º do art. 218 da Lei 8.112/90. Precedente desta eg 3ª Turma: AC 360.390-RN, rel. des. Élio Siqueira, ju (convocado) Igado em 20 de outubro de 2005, DJU-II de 18 de novembro de 2005. Remessa oficial provida, em parte, apenas para limitar o cálculo dos honorários advocatícios, nos termos da Súmula 111 - STJ. Apelação improvida.

(TRF-5 - AC: 371783 CE 2001.81.00.014802-7, Relator: Desembargador Federal Vladimir Carvalho, Data de Julgamento: 19/06/2008, Terceira Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 30/09/2008 - Página: 650 - Nº: 189 - Ano: 2008)

A seguridade social protege o desamparo daqueles que dependiam inequivocamente do segurado, sem distinções. Com a morte do segurado, surge o direito daqueles que dele dependiam, dessa forma a justiça deve se posicionar a amparar os dependentes e não segregá-los. Ao tempo da morte do segurado, todo o ônus do relacionamento recaía sobre a companheira, não sendo justo que esta tenha seu direito restringido por uma relação que dissolvida em vida, foi resolvida, já que o *de cujus* buscou seguir em diante.

Acertado seria que o legislador previsse que em casos onde não mais houvesse dependência econômica entre segurado e ex-cônjuge, não houvesse concorrência, e o bônus recaísse sobre quem mantinha dependência e suportava o ônus da relação.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mediante a abordagem realizada no trabalho, verificou-se a evolução no direito dos companheiros, que acompanhou as mudanças morais da sociedade juntamente com as transformações do instituto da família, tornando-se mais justo, e amparando os que antes eram marginalizados por o ordenamento.

Ao passo que o direito começou a reconhecer as relações que há tempos ocorriam, foi se abrindo caminho para sua inserção no amparo estatal. Os textos constitucionais foram de fundamental importância para essa evolução, ao passo que traziam em sua redação dispositivos reconhecendo essas uniões como legítimas, forçavam o legislador a seguir o mesmo nas leis infraconstitucionais.

A Constituição Republicana de 1891 afastou-se o controle da Igreja no país, e reconheceu-se apenas o casamento civil, embora permitisse o casamento religioso, os demais textos constitucionais continuaram a seguir essa premissa.

Ainda ao tempo da vigência do Código Civil de 1916, verifica-se uma inflexibilidade do legislador em reconhecer direitos às uniões informais, procedendo em relação a elas de maneira bastante preconceituosa. Atitude que não cabia mais e se mostrava incoerente com a realidade do país, já que sempre foram bastante numerosas, e a despeito disso, não paravam de crescer.

A primeira lei federal que se propôs à regular especificamente sobre a união estável, tratando também dos seus direitos sucessórios foi a lei nº 8.971/94. Posteriormente, foi garantido definitivamente a licitude das relações não-matrimoniais, passando a consistir numa entidade familiar, merecedora de proteção especial do Estado, pelo artigo 226 da Constituição Federal de 1988, e tendo sua conversão facilitada em casamento, o que não quer dizer que seja hierarquicamente inferior ao matrimônio.

Observa-se uma nova maneira de identificar a família, que passou a ser considerada de uma forma plural ao ter seu conceito amplamente alargado. Além disso, o instituto da família passou a valorizar o afeto como principal fundamento, procedendo a uma repersonalização e uma despatrimonialização do direito de família, que não mais objetivava como mero instrumento a finalidade procriativa.

Observa-se, que a lei nº 9.278/96 veio a regular o § 3º do art. 226 da Constituição Federal de 1988 e não revogou expressamente a lei nº 8.971/94, dispondo sobre outras matérias ainda não contempladas pela última lei. Reconheceu

O modelo familiar reconhecido pela legislação era apenas o que se fundava no casamento religioso, excluindo as diversas outras formas de família existentes na sociedade. Entretanto, conforme os textos constitucionais iam acatando outras formas de uniões, e reconhecendo seus direitos, a legislação se viu obrigada a acompanhá-la.

Grande avanço se deu quanto ao direito dos companheiros na esfera previdenciária. Antes excluídos da legislação, passaram a figurar como possuidores dos direitos iguais aos unidos formalmente.

Com o advento da Lei 8.213/91, os companheiros passaram a figurar como possuidores dos mesmos direitos dos cônjuges “formais”. A referida lei traz em seu artigo 16 que companheiros e cônjuges encontram-se na mesma classe de

dependentes e devem concorrer igualmente. Dessa forma, ambos passaram a concorrer no direito ao recebimento da pensão por morte, dentre outros benefícios.

Com isso, verifica-se que o legislador previu, imprudentemente, a possibilidade de uma pessoa deixar cônjuge separado de fato e companheiro como sucessores concorrentes, deixando para o magistrado a decisão final. A subjetividade nesse caso é bastante prejudicial, uma vez que o entendimento do juiz pode por a perder toda a evolução

A jurisprudência tem decidido pela divisão da parte correspondente do benefício igualmente entre ambas. Esperava-se uma maior clareza do legislador quanto ao tema, para que os direitos dos companheiros, assegurados constitucionalmente, ficassem a depender do entendimento dos juízes. Ainda que alguns venham concedendo acertadamente a parcela dos companheiros na divisão, outros ainda teimam em julgar de forma conservadora, não reconhecendo o valor dessa forma de família.

Conclui-se que nesta situação, a melhor solução, visando à proteção da família é, inegavelmente, conferir os direitos sucessórios à companheira, tendo em vista que é com ela que o autor da herança estava constituindo família ao tempo de sua morte, e que, ao admitir essa união estável, automaticamente se extingue a possibilidade de reconhecimento da relação familiar anterior a ela.

Por fim, no que se refere à dependência dos segurados, conclui-se que este regramento representa equívoco, ao desprestigiar e desrespeitar a importância do companheiro valoriza uma relação ultrapassada, e uma família inexistente.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Código civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. Constituição (1988). Lex: Legislação Federal. Brasília: Gráfica do Senado Federal, 2010.
- BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código civil. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- CASTRO, Carlos Alberto Pereira de e LAZZARI João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 13ª Ed. São Paulo: LTR. 2011
- KERTZMAN, Ivan. Curso prático de Direito Previdenciário. 8ª edição. Ed. Juspodivm. 2011
- LAZZARI João Batista; Carlos Alberto de Castro; Kravchychyn, Gisele Lemos. Prática processual Previdenciária – Administrativa e Judicial. 1ª Ed. São Paulo: Conceito Editorial. 2010
- CARVALHO, Dimas Messias de. Direito de família. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de família e o novo Código Civil. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito de família. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FARDIN, Noemia Alves. Concubinato: aspectos sócios jurídicos da união. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- FIUZA, César. Direito civil: curso completo. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito das sucessões. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- NOVELINO, Marcelo. Direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.
- ONU. Declaração Universal dos direitos do homem. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em 26 de dez. 2013.
- RODRIGUES, Silvio. Direito civil: direito de família. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- SOARES, Orlando. União estável. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: direito de família. 7. ed. São Paulo, Atlas, 2007.
- ARACAJU. 3ª Vara Federal de Sergipe. Ação Ordinária n. 2006.85.00.0041-9-Classe 29 - 3a Vara Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA DE OLIVEIRA LUCENA. Data: 20/08/2009. Disponível em: <

<http://www.trf5.jus.br/processo/0000041-89.2006.4.05.8500/01>> Acesso em: 06/03/2014.

BRASÍLIA. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp n. 1206475 RS 2010/0148426-0, Relator: Ministro CASTRO MEIRA Data: 05/04/2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19126422/recurso-especial-resp-1206475-rs-2010-0148426-0> > Acesso em :06/03/2014

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO - AC: 371783 CE 2001.81.00.014802-7. Relator: Desembargador Federal VLADIMIR CARVALHO. Data: 19/06/2008. Terceira Turma. Disponível em: < <http://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/854746/apelacao-civel-ac-371783-ce-20018100014802-7>> Acesso em :06/03/2014