

A DIVISÃO DA PENSÃO PREVIDENCIÁRIA POR MORTE NAS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS

THE DIVISION OF SOCIAL PENSION FOR DEATH IN SIMULTANEOUS FAMILIES

AURO HADANO TANAKA*

Universidade Estadual Paulista "Júlio Mesquita Ribeiro" - UNESP
Universidade Federal de São Paulo - UNIFESP

ARTHUR BRAGANÇA DE VASCONCELLOS WEINTRAUB*

Universidade Federal de São Paulo - UNIFESP

LEANDRO JORGE DE OLIVEIRA LINO*

Universidade Estadual Paulista "Júlio Mesquita Ribeiro" - UNESP

“Não há lei, nem de Deus nem dos homens,
que proíba o ser humano de buscar a
felicidade.” (Maria Berenice Dias)

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

PALAVRAS-CHAVE: famílias simultâneas; união estável; pensão previdenciária por morte; cidadania.

ABSTRACT: As society evolves and surpasses the dogmas of the limits of the families based on traditional heterosexual and monogamist unions, arise new legal facts that cannot be laid aside by Law. The simultaneous

* Graduação em Direito pela Universidade São Francisco, Bragança Paulista (1993). Mestre em Gestão de Políticas e Organizações Públicas da Escola Paulista de Política, Economia e Negócios – EPPEN da Universidade Federal de São Paulo – UNIFESP. Aluno de Ciências Contábeis da Escola Paulista de Política, Economia e Negócios – EPPEN da Universidade Federal de São Paulo – UNIFESP. Mestrando do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu (Mestrado) do Universidade Estadual Paulista – “Júlio de Mesquita Filho” UNESP - Faculdade de Ciências Humanas e Sociais. Advogado militante nas áreas do Direito Civil, Criminal e Trabalhista. Endereço do CV: <http://lattes.cnpq.br/6627782286532101>. E-mail: auroht@gmail.com. Instituições de ensino: 1) Universidade Estadual Paulista "Júlio Mesquita Ribeiro" – UNESP; 2) UNIFESP – Universidade Federal de São Paulo.

* Professor de Direito Atuarial e Previdenciário da UNIFESP. Contacto: arthurbvw@gmail.com.

* Advogado especializado em Direito Público com ênfase no Direito Tributário, com pós-graduação em Direito Tributário Material e Processual pela Escola Paulista de Direito. Presidente da Comissão de informática e membro da comissão de terceiro da 87.^a Subseção da OAB/SP em Bebedouro, no período de 2008/2009. Palestrante convidado na área de Direito do Consumidor da Comissão de Estudos OAB vai a Escola da 87.^a Subseção da OAB em Bebedouro. Docente na Escola Superior da Advocacia da OAB SP e OAB MG, no curso de "Processo Digital e Peticionamento eletrônico" Membro da Comissão Permanente do Processo Judicial Digital da OAB SP, representando a 87.^a Subseção de Bebedouro - SP Mestrando em Direito da Universidade Estadual Paulista "Júlio Mesquita Ribeiro". Endereço do CV: <http://lattes.cnpq.br/1905775314236119> E-mail: leandro@linoadvocacia.com.br. Instituição de ensino: Universidade Estadual Paulista "Júlio Mesquita Ribeiro" – UNESP.

Este trabajo fue recibido el 5 de septiembre de 2016 y aprobado el 5 de octubre de 2016.

families, seen before as concubinage, arise as one of the new legal and social family reference, spreading its effects beyond the limits of Family Law, influencing Social Security Law, mainly as to the division of the Pension by Death.

KEYWORDS: simultaneous families; stable union; social pension for death; citizenship.

INTRODUÇÃO:

O presente trabalho tem como objetivo uma análise sintética do novo conceito de famílias, principalmente no tocante as famílias simultâneas, baseando-se em um viés constitucional e doutrinário sobre tema e seus reflexos no Direito da Seguridade Social, em essencial na divisão da pensão por morte, como instrumento de garantia da cidadania.

O tema revela-se de grande importância nos dias atuais, vez que, hodiernamente o cientista e o aplicador do Direito, não podem ficar presos apenas a norma posta, faz-se necessário possuir uma visão transcendental de mundo. O Direito normatizado como fenômeno oriundo da sociedade deve estar em constante evolução para tentar abarcar em seus textos os novos fatos surgidos no mundo do ser, trazendo-os para dentro do mundo do dever-ser. A esta regra não se foge no campo do Direito das Famílias e no Direito da Seguridade Social, sendo certo que o Direito positivado não consegue acompanhar pari-passu as evoluções ocorridas na sociedade, mas não pode se omitir de buscar fazê-la.

Ensina Dias (2011, p. 29), afirmando que o legislador positivo não consegue acompanhar a evolução social ocorrida na sociedade, quanto mais “contemplar as inquietações da família contemporânea”. Continua a autora, trazendo a explicação do motivo que leva o legislador não conseguir acompanhar a evolução social, limitando-se a atualização da norma apenas formal, sem trazer para seu interior a real evolução existente.

“[...] A sociedade evolui, transforma-se, rompe com tradições e amarras, o que gera a necessidade de constante oxigenação das leis. A tendência é simplesmente proceder à atualização normativa, sem absorver o espírito das silenciosas mudanças alcançadas no seio social, o que fortalece a manutenção da conduta de apego à tradição legalista, moralista e opressora da lei. (grifos no original)” (DIAS, 2011: 29).

De acordo com o pensamento de Dias (2011), o legislador além de não conseguir captar todas as reais mudanças sociais ocorridas, se limita e fazer uma atualização apenas pró forma das leis, não se arvorando em avançar além do modelo jurídico tradicional positivista, baseado apenas nas leis em dissonância com a realidade social.

Nesta mesma esteira de pensamento temos o ensinamento de Hironaka (2013: 199): [...] E, como disse Jean Cruet, “nous voyons tous les jours la société refaire la loi, on n’a jamais vu la loi refaire la société”, isto é, “nós vemos, todos os dias, a sociedade refazer a lei; não se vê, jamais, a lei refazer a sociedade”¹. Bem assim.

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

Extraí-se do pensamento acima que a evolução social demanda o acompanhamento pelas normas, mas é fato que a lei não consegue acompanhar a rapidez da evolução social e

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

sua complexidade, especialmente no que se refere às diversas formas de família. Em arremate, conclui que não é a lei que faz a sociedade ser alterada, mas é a sociedade que promove a alteração legislativa, portanto, leis ultrapassadas não têm o condão de promover retroativamente qualquer espécie de evolução social.

Deste modo, ainda que a lei expressa, positivada, não esteja tão evoluída quanto a sociedade, não há como se objurgar o reconhecimento de direitos às novas entidades familiares, tão somente por amor ao positivismo exacerbado contrário ao atual estágio da sociedade.

Esta situação justifica uma análise que ultrapassa os textos das leis, baseando-nos em conceitos basilares contidos na Carta Magna, donde se torna possível versar sobre um novo conteúdo social, que é uma realidade em nossos dias, qual seja, um novo conceito de famílias, lastreado na afetividade e não na norma pura e literal.

1. DA TERMINOLOGIA

A terminologia é de suma importância para se reconhecer uma ciência que possui expressões e termos próprios, que devem ser usados em um trabalho científico, inclusive para dar maior crédito a ele. Além disso, faz-se necessário seu emprego correto, para não haver dúvidas e contradições.

Neste sentido é necessário neste momento tecer algumas considerações sobre as terminologias adotadas neste trabalho referindo-se à Direito das Famílias. Inicialmente parece mero preciosismo versar sobre a terminologia Direito das Famílias em contraposição ao tradicional Direito de Família, no entanto, é crucial tal diferenciação para o desenvolvimento deste trabalho.

Como dito anteriormente o Direito, como fenômeno oriundo da sociedade, tem que evoluir juntamente com aquela, e acompanhando tal evolução é fundamental a alteração terminológica com o fim de demonstrar claramente as marcas desta evolução e a subsunção na norma positivada. É o que ocorre como a terminologia Direito das Famílias confirmando a evolução social e jurídica do vetusto Direito de Família.

O Direito de Família como doutrina jurídica se lastreia no conceito ultrapassado de família, um conceito tradicional² consubstanciado na união heterossexual por meio do matrimônio formal, do casamento registrado em cartório. A família se resumia em Homem, Mulher e suas proles, constituída por meio dos “sagrados laços do casamento”.

Por sua vez, nos tempos atuais tem-se que versar sobre um conceito bem mais alargado de família ou, mais apropriadamente, de famílias, conforme se extrai do texto constitucional de 1988, em seu artigo 226³, motivo que leva a se utilizar a terminologia Direito das Famílias.

Outra justificativa muito importante para o emprego terminológico Direito das Famílias versa sobre a destituição de preconceitos ainda arraigados em nossa sociedade contemporânea. Ensina Dias (2011) sobre a importância do correto emprego da terminologia Direito das Famílias:

“Como a linguagem condiciona o pensamento, é mister subtrair qualquer adjetivação ao substantivo família e simplesmente falar em famílias. [...] Assim, a expressão direito das famílias melhor atende à necessidade de enlaçar, no seu âmbito de proteção, as famílias, todas elas, sem discriminação, sem preconceitos. (grifos no original)” (Dias, 2011: 28).

² O conceito tradicional de família origina-se do Código Civil de 1916.

³ O texto constitucional prevê expressamente as famílias: “tradicional”, monoparental e união estável.

Haja vista as novas modalidades de família constitucionalmente previstas expressamente, e outras que possuem seu substrato normativo também no texto constitucional, apesar de não estarem literalmente descritas⁴, e com o fim de eliminar qualquer caráter de preconceito, é que se propugna pela adoção da terminologia Direito das Famílias. Certo é que a expressão terminológica pode ser utilizada para a inclusão ou exclusão social, para se despir ou aumentar os preconceitos, principalmente, quando se fala em relações familiares, assim sendo, seguimos o pensamento de Dias para adotar a terminologia Direito das Famílias.

2. CONCEITO CONSTITUCIONAL DE FAMÍLIAS

A Magna Carta de 1988, veio ao encontro das evoluções sociais ocorridas durante o lapso temporal constituído entre a antiga Constituição Federal, o Código Civil de 1916 e a dita nova ordem constitucional. Assim sendo, trouxe plasmado em seu artigo 226, §3.º, o novo conceito de família, prevendo no mínimo três espécies.

Ministra Hironaka (2015), sob o novo conceito constitucional de famílias trazido pela Constituição Federal de 1988:

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

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

No mesmo sentido do alargamento constitucional do conceito de famílias, baseado nas relações fáticas existentes em nossa sociedade, e reconhecendo efeitos jurídicos a relações extra matrimônio, são as lições de Dias (2011):

“Procedeu o legislador constituinte ao alargamento do conceito constitucional de família, calcado na nova realidade que se impôs, emprestando juridicidade ao relacionamento existente fora do casamento. Afastou da ideia de família o pressuposto do casamento identificando como família também a união estável entre um homem e uma mulher. A família à margem do casamento passou a merecer tutela constitucional porque apresenta condições de sentimento, estabilidade e responsabilidade necessários ao desempenho das funções reconhecidamente familiares. Nesse redimensionamento, passaram a integrar o conceito de entidade familiar as relações monoparentais: um pai com os seus filhos. (grifos no original)” (Dias, 2011: 36-37).

Conclui seu pensamento ao afirmar que o novo conceito de famílias não traz mais o pensamento de família como a existência de um par com a finalidade de procriação: “Agora, para a configuração da família, deixou de ser exigir necessariamente a existência de um par, o que, conseqüentemente, subtraiu de seu conceito a finalidade procriativa.” (Dias, 2011:

⁴ A título de exemplo podemos citar as famílias: anaparentais, as simultâneas e união homoafetiva.

37).

Assim, para Dias, a Constituição Federal de 1988, ao alargar o conceito de família, reconhecendo juridicamente novos arranjos e eliminando do conceito a existência obrigatória de par de sexos opostos com o fim de procriação, “empresta juridicidade ao relacionamento existente fora do casamento (Dias, 2011: 37).

Considerando a existência de novos arranjos familiares possíveis e juridicamente tutelados, diversos do “matrimônio tradicional”⁵ em termos constitucionais, podemos afirmar, citando *ipsis litteris* a autora retro, que há a “estatização do afeto” (Dias, 2011: 9).

Destarte, a afetividade é pressuposto essencial da formação do ente familiar e, conseqüentemente, para seu reconhecimento jurídico, sob “uma visão pluralista da família, abrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar o elemento que permitir enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação” (Dias, 2011: 43) (grifos no original).

Hironaka (2013: 199), ao conceituar família como oriunda das relações interpessoais baseadas na afetividade: “[...] *família* é arranjo que dá espontaneamente no seio da sociedade, tendo por base e fundamento o afeto cultivado entre seus membros” (itálico no original) .

Nesta linha de raciocínio da afetividade como marco dos novos arranjos familiares para fins conceder efeitos de juridicidade a elas, são as palavras de Mologni (2010):

“Assim, pode-se afirmar que o elemento que identifica a família é o vínculo afetivo entre seus membros, principalmente pela cláusula de inclusão adotada em nossa Constituição Federal, com a utilização da expressão “também” ao incluir a família monoparental como entidade familiar, enfraquecendo a exigência da noção de casamento, sexo e procriação. A juridicidade da família é conferida pela presença de vínculo afetivo que unem as pessoas com mesmo projeto de vida, com compromissos mútuos, em busca da plena realização de suas personalidades e, sobretudo, almejando a busca da felicidade em sua convivência para cujo alcance não necessariamente exigem-se à diversidade de sexos e procriação.” (Mologni, 2010: 79-80).

Interessante destacar o pensamento de Soares (2013), a qual conclui que o conceito atual de família não se limita a formal decorrente da “escritura do registro de casamento”, mas coaduna-se com a aplicação do princípio do afeto, que se caracteriza com marco fundamental do novo Direito das Famílias:

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

Ao se considerar que as entidades familiares se formam com base na afetividade, não mais com fulcro na procriação e no matrimônio tradicional, abre-se vistas à existência de outras formas de famílias além da tradicional, monoparental e a união estável. A doutrina moderna traz uma classificação de famílias além das previstas no texto constitucional. Adota-se a classificação apresentada por Dias (2011: 40-54), sob título famílias plurais, existindo as

⁵ A expressão matrimônio tradicional é usado propositalmente, para diferenciar do casamento homossexual.

seguintes espécies de famílias: Matrimonial; Informal (decorrente de união estável); Homoafetiva; Monoparental; Parental; Pluriparental; Paralela (sucessiva); Eudemonista.

Na doutrina encontra-se mais duas espécies de famílias propostas como possíveis de existir: a) família unipessoal (Samy, 2005: 30); b) família afetiva (Lôbo, 2004: 3).

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

3. MONOGAMIA E POLIAMOR

Não há dúvidas que ao analisar a problemática da simultaneidade de famílias, especialmente, no tocante a coexistência de uniões (casamento, união estável, duas ou mais uniões estáveis) há que se enfrentar a questão relacionada a monogamia e o poliamor.

O tema da monogamia e o poliamor já desperta a atenção dos juristas há algum tempo, sendo considerado uma realidade social. Sobre o tema encontramos o artigo de Stolze (2008) intitulado “Direitos da(o) amante”, em cujo texto lança luzes sobre a possibilidade de reconhecimento de direitos a amante, como configuração de uma família simultânea, a despeito da monogamia, mas presando a afetividade, a realidade social e o poliamor.

Inicia Stolze (2008) sua análise trazendo uma provocação, ou questionamento: “Você seria capaz de amar duas pessoas ao mesmo tempo?”. A indagação proposital abre espaço ao início de sua explanação sobre a existência do poliamor, a “duplicidade afetiva”.

“Você seria capaz de amar duas pessoas ao mesmo tempo? Esta indagação, quando nos referimos ao amor que une os casais, costuma surpreender o interlocutor, o qual, por vezes, culmina por tentar buscar – ainda que em breve (e quase imperceptível) esforço de memória –, em sua história de vida, na infância ou na adolescência, algum fato caracterizador desta complexa “duplicidade de afeto”.”

Stolze (2008) traz sua definição de poliamor como sendo:

“O que dizer, nessa linha de pensamento, do casal que vive em poliamorismo? O poliamorismo ou poliamor, teoria psicológica que começa a descortinar-se para o Direito, admite a possibilidade de co-existirem duas ou mais relações afetivas paralelas, em que os seus partícipes conhecem e aceitam uns aos outros, em uma relação múltipla e aberta.”

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

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

“O concubinato chamado de adúltero, impuro, impróprio, espúrio, de má-fé e até de concubinação, é alvo repúdio social. Mas nem assim essas uniões deixam de existir, e em larga escala. Passaram agora a serem chamadas de poliamor.” (grifos nosso original) (Dias, 2011: 50).

De modo antagônico ao poliamorismo encontramos as teses que defendem a

permanência da monogamia como princípio do direito das famílias, norteador do conceito das famílias; com base nele é que se tem negado o reconhecimento de uniões dúplices como entidades familiares e, conseqüentemente, não estendendo valoração jurídica e direitos à companheira simultânea.

O sistema positivo jurídico brasileiro adota expressamente a monogamia no artigo 1.521, VI, do Código Civil, ao proibir núpcias a pessoa casada, proibindo, assim, a poligamia, a qual é, nos termos do artigo 1.548, II, do Código Civil, causa de nulidade absoluta do segundo casamento.

Na doutrina, encontramos duas posições quanto a monogamia: i - como princípio jurídico de direito de família; ii – como regra de orientação. Para Hironaka (2013), a teoria que considera a monogamia com princípio é a causadora de toda esta divergência doutrinária e jurisprudencial:

“O que, segundo o meu sentir, tem basicamente produzido esta divergência doutrinária e, por consequência, jurisprudencial, é o fato de se considerar a monogamia como *princípio*, ou como, *regra* de direito de família, bem como do fato de se utilizar, na hipótese de aplicação de princípios, da técnica da ponderação principiológica” (Hironaka, 2013: 202).

Pereira (2004), para demonstrar o entendimento doutrinário relativo à classificação da monogamia como princípio, afirma que ela é um princípio norteador das relações familiares:

“O princípio da monogamia, embora funcione também como um ponto-chave das conexões morais das relações amorosas e conjugais, não é simplesmente uma norma moral ou moralizante. Sua existência nos ordenamentos jurídicos que o adotam tem a função de um princípio jurídico ordenador. Ele é um princípio básico e organizador das relações jurídicas da família do mundo ocidental. Se fosse mera regra moral teríamos que admitir a imoralidade dos ordenamentos jurídicos do Oriente Médio, onde vários Estados não adotam a monogamia.” (Pereira, 2004: 76).

Dias (2011) defende a tese na qual a monogamia não é princípio, mas regra de orientação, tendo uma função ordenadora da família, vez que, apesar de existente no ordenamento jurídico civil como forma de proibir a poligamia, não tem previsão constitucional como princípio, desta forma, não há de ser considerada:

“Uma ressalva merece ser feita com relação a monogamia. Não se trata de um princípio do direito estatal de família, mas sim de uma regra restrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas, constituídas sob a chancela do Estado. Ainda que a lei recrimine de diversas formas quem descumpra o dever de fidelidade, não há como considerar a monogamia como princípio constitucional, até porque a Constituição não a contempla. Ao contrário, tanto tolera a traição, que não permite que os filhos se sujeitem a qualquer discriminação, mesmo quando se trata de prole nascidas de relações adulterinas ou incestuosas. O Estado tem interesse na manutenção da estrutura familiar, a ponto de proclamar que a família é a base da sociedade. Por isso, a monogamia é considerada função ordenadora da família. [...] Mas a uniconjugalidade não passa de um sistema de regras morais, de interesses antropológicos e psicológicos, embora disponha de valor jurídico.” (grifos no

original) (Dias, 2011: 60).

Defende, também, Ruzyk (2013), que a monogamia não pode ser considerada princípio jurídico de direito de família, mas sim uma regra que se restringe à proibição de múltiplas relações matrimoniais:

“Não se pode afirmar, pois, que a monogamia seja um princípio do direito estatal de família, mas, sim, uma regra restrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas – e, portanto, constituídas sob a chancela prévia do Estado. Não cabe ao Estado realizar um juízo prévio e geral de reprovabilidade contra formações conjugais plurais não constituídas sob sua égide, e que se constroem no âmbito dos fatos.

Assim, para além da multiplicidade de relações matrimonializadas, a monogamia somente é relevante para o direito de família quando seu avesso violar a dignidade da pessoa humana. Se assim não for, não cabe ao Estado ser o tutor da construção afetiva coexistencial, assumir o lugar do “não”. A negação ao desejo mútuo, correspectivo, nesse caso, já se apresenta por meio do juízo de reprovação social movido por uma moral média. A coerção estatal não encontra, aqui, o espaço em que legitimamente possa ser exercida” (Ruzyk, 2013: 6).

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

4. FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS

Como ressaltado anteriormente, o novo conceito de famílias traz em seu âmago uma pluralidade de entidades familiares e, não estando limitado aos *numerus clausus* previstos no artigo 226, da Constituição Federal: a) família matrimonial; b) família monoparental; c) união estável.

Em verdade o conceito de famílias vigente no atual do Direito das Famílias, vai muito além dos *numerus clausus* da previsão constitucional, não mais se limitando ao matrimônio e à diversidade de sexos para ser reconhecido como família. Hodiernamente, temos um conceito plural de famílias, donde podemos encontrar, por exemplo, as famílias: a) anaparentais; b) as uniões homoafetivas; c) família unipessoal; d) famílias simultâneas (paralelas); e) famílias pluraparentais (mosaico), dentro outras.

Ruzyk (2013), nos traz o conceito de entidade familiar simultânea:

“A simultaneidade familiar diz respeito à circunstância de alguém se colocar concomitantemente como componente de duas ou mais entidades familiares diversas entre si. Trata-se de uma pluralidade sincrônica de núcleos diversos que possuem, entretanto, um membro em comum.

São inúmeras as possibilidades concretas de verificação de famílias simultâneas: desde a bigamia típica até a pluralidade pública e estável de conjugalidades; desde a situação que envolva filhos de pais separados, que mantêm os vínculos de afeto e convivência com ambos os pais, até a situação

de pessoas divorciadas ou separadas que constituem novas famílias nucleares por um novo casamento ou união estável, mantendo o vínculo com a prole resultante da primeira união; ou, ainda, netos que convivem entre o núcleo formado com seus pais e vínculos de convivência contínua com seus avós, para citar apenas algumas configurações possíveis.” (Ruzyk, 2013: 1).

A análise deste trabalho é feita a partir da conjugalidade, por meio do elemento comum das entidades familiares, seu elo de ligação, o qual historicamente é o homem (poligamia), no entanto, não há impedimento jurídico que as mesmas regras se aplique à mulher (poliandria).

Conceitualmente, as famílias simultâneas aqui versadas não correspondem à coexistência do matrimônio ou união estável com a filhos oriundos de outro relacionamento, os quais constituem a chamada família pluriparental ou mosaico. Famílias simultâneas, na finalidade deste trabalho, versam sobre a existência simultânea de uma família matrimonial com união estável, ou de duas ou mais uniões estáveis.

Dias (2011: 51), nos traz o retrato das famílias simultâneas, que busca-se analisar neste trabalho, como sendo o casamento e uma união estável ou duas ou mais uniões estáveis: “*Negar a existência de famílias paralelas –quer um casamento e a uma união estável, quer duas ou mais uniões estáveis –é simplesmente não ver a realidade.*”

Uma vez firmado o conceito de famílias simultâneas, faz-se necessário analisar o seu reconhecimento jurídico e extensão de direitos à companheira simultânea, de modo que a simples existência de simultaneidade familiar não pode ser motivo para a negativa de direitos, ainda mais quando presente o nítido caráter familiar, evidenciado pelo *affectio maritalis*.

Ruzyk (2013), ressalta que o Estado-juiz não pode negar a existência das famílias simultâneas tão somente pela ausência de reconhecimento em lei positivada:

“Conforme explicitado ao longo deste trabalho, evidenciada a configuração da simultaneidade familiar, não é possível, de antemão, reputá-la como irrelevante para o direito. Não apenas as situações de simultaneidade se apresentam como passíveis de apreensão jurídica, como, também, são aptas a gerar efeitos jurídicos – com os balizamentos já apontados. Se é certo que uma dada espécie de simultaneidade familiar se apresenta, desde logo, no interior do sistema – no caso, a bigamia, situada no lugar do ilícito, mas nem por isso totalmente ineficaz – a maior parte das hipóteses em que podem ser identificadas famílias simultâneas parte da exterioridade do sistema, de um “não-direito”, como situações de fato.

Sendo, porém, de natureza familiar – sob o viés sociológico -, essas situações ingressam pela abertura do sistema jurídico, encetando a ponderação acerca da possibilidade ou não de se lhe atribuir eficácia jurídica. Por conseguinte, sejam as famílias simultâneas constituídas sob a perspectiva da filiação ou da conjugalidade, serão passíveis de apreensão pelo direito: a questão fundamental passa a residir nos limite de sua eficácia” (Ruzyk, 2013: 27).

Pela ausência de previsão legal expressa reconhecendo as famílias simultâneas, muitas vezes são elas tratadas como relações espúrias, ilegais, verdadeiro concubinato impuro, de tal forma que lhes negam a condição de entidades familiares e os direitos da companheira simultânea. Aludido entendimento se consubstancia na aplicação literal do artigo 1.727 do CC/2002, de tal sorte que todas relações simultâneas, ainda que presente o *affectio maritalis*, são taxadas de concubinato impuro, salvo quando a companheira simultânea desconhecer a existência dessa simultaneidade.

Todavia, deve-se fazer a análise do tema através do viés constitucional da dignidade da pessoa humana, dos direitos da cidadania e do novo conceito de famílias, não podendo o cientista jurídico e o Poder Judiciário, negar a existência de direitos à família simultânea, pois se assim o fizer estará premiando o infiel, que se eximirá de qualquer responsabilidade.

Dias (2011) leciona sobre a “premiação” do infiel ao se negar o reconhecimento de efeitos jurídicos à família simultânea por ele constituída, que em última análise vem incentivar a infidelidade e o adultério.

“Pelo jeito, infringir o dogma da monogamia assegura privilégios. A manutenção de duplo relacionamento geral total irresponsabilidade. Uniões que persistem por toda uma existência, muitas vezes com extensa prole e reconhecimento social, são simplesmente expulsas da tutela jurídica. A essa “amante” somente se reconhecem direitos se ela alegar que não sabia da infidelidade do parceiro. [...] É condenada por cumplicidade, “punida” pelo adultério que não é dela, enquanto o responsável é “absolvido. Quem mantém um relacionamento concomitante com duas pessoas sai premiado. [...] A conclusão é uma só: a justiça está favorecendo e incentivando a infidelidade e o adultério!” (Dias, 2011: 51).

Com a razão pode-se dizer que se encontra Dias, pois a ausência de reconhecimento jurídico às famílias simultâneas, por “amor” à monogamia e à positividade, considerando-as como concubinatos adulterinos e não dignas de direitos, causa efeito reverso, gerando incentivo maior ao não respeito à monogamia.

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

4.1 UNIÃO ESTÁVEL

Historicamente o legislador sempre teve um repúdio às uniões extraconjugais, buscando legislar com o fim de “vedar” a existência vínculos afetivos fora do casamento. Apesar de toda “punição” legal trazida pelo Código Civil de 1916 à união estável, naquele momento denominada concubinato, essa espécie de união foi se desenvolvendo (ou sendo mais divulgada) na sociedade, demandando sua análise e regulamentação.

Nos primórdios do reconhecimento dos efeitos jurídicos a esta relação extramatrimonial, apregoava-se que a mulher, por ser submissa ao homem e manter sua vida dedicada aos afazeres domésticos, portanto, sem qualquer fonte de renda, os tribunais lhe concediam uma indenização por serviços domésticos, ou seja, “concediam alimentos de forma camuflada” (Dias, 2011: 167).

Posteriormente, o Judiciário começou a reconhecer a existência de uma sociedade fato que dependia de comprovação da efetiva contribuição financeira da companheira na constituição do patrimônio comum, para fins de divisão deste; entendimento este que foi sumulado pelo STF, no verbete de n.º 380⁶.

A Constituição Federal de 1988, ampliando o conceito de famílias, passou a adotar a expressão ampla: entidade familiar, reconhecendo a existência de outras espécies de famílias ao lado da matrimonial. Como ensina Dias (2011: 168), “emprestou juridicidade aos enlaces

⁶ Súmula 380: Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

extramatrimoniais até então marginalizados pela lei. Assim o concubinato foi colocado sob o regime de absoluta legalidade.”

A partir de Constituição Federal de 1988, as uniões de fato, concubinato “puro”, passaram a ser denominadas como união estável, tendo previsão expressa em seu artigo 226, §3º.

Apesar de previsão constitucional da união estável, por muito tempo os tribunais ainda aplicavam o entendimento consagrado na súmula n.º 380 do STF, considerando-a como mera “sociedade” entre pessoas, ou seja, de fato, não registrada e não formalmente constituída.

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 226, § 3º, nos traz o que costumeiramente nominamos como conceito constitucional de união estável, ou seja, a união de fato entre homem e mulher, com a finalidade de constituir matrimônio.

A lei civil não traz o conceito de união estável como família, tarefa destinada aos juristas, mas traz os requisitos que entende estar presentes para que produza efeitos jurídicos. Nos termos do artigo 1.723 do CC/2002 seriam: a união entre homem e mulher, configurada pela convivência pública, contínua e duradoura, com a finalidade constituir família.

Outro requisito trazido pela lei civil corresponde à ausência de impedimentos à conversão da união estável em casamento; tais impedimentos estão descritos no artigo 1.521, no qual se destaca a proibição de casamento às pessoas casadas (proíbe a bigamia). E finalmente, há quem defenda ainda a necessidade de coabitação⁷ como requisito ao reconhecimento da união estável.

Uma vez ausentes os requisitos legais à caracterização da união estável, a doutrina tradicional rotula tal união como concubinato impuro ou adúlterino, de modo a negar-lhe qualquer reconhecimento jurídico. A atual problemática enfrentada pelos estudiosos do Direito das Famílias, no tocante à união estável, relaciona-se a sua simultaneamente ao casamento, e seus efeitos jurídicos.

4.2 UNIÃO ESTÁVEL SIMULTÂNEA AO CASAMENTO

A doutrina tradicional, analisando a questão, traz um enfoque puramente legalista, de modo que só se reconhece a existência de união estável paralela ao casamento se este não for mais vigente, ou seja, se os cônjuges anteriores estiverem separados de fato ou judicial, baseando-se na conjugação do artigo 1.723 c/c artigo 1521, ambos do CC/2002.

Mas admite esta doutrina uma exceção: a decorrente de boa-fé da companheira simultânea, de modo que ela deve demonstrar que não tinha conhecimento da existência da infidelidade de seu companheiro, sob pena de ser considerada sua relação como concubinária “impura”.

Pereira (2004), traz a diferença entre tradicional entre a união estável e concubinato:

“A atual noção de concubinato e união estável é fruto de um processo evolutivo do Direito, e em cujo eixo gravitacional está a monogamia. Inicialmente, não se fazia distinção entre concubinato como uma relação paralela ao casamento e concubinato não-adúlterino como mais uma forma de constituir família, sem o selo da oficialidade do casamento. Essa diferenciação foi viabilizada com a Constituição de 1988, que substituiu a expressão concubinato por união estável. A partir daí, a doutrina e a jurisprudência

⁷Ao que se refere a coabitação como requisito à validade jurídica da união estável, o STJ e o STF já manifestaram sobre o tema entendendo que não é necessária sua presença para se reconhecer a existência de união estável, inclusive sendo objeto de súmula pelo STF de verbete n.º 382 “A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato.”

começaram a designar o concubinato de puro e impuro. Estes adjetivos, sem dúvida, retratam uma estigmatização, com a qual não concordamos. Entretanto, é necessário para manter coerência com o princípio da monogamia, fazer uma diferenciação entre concubinato adúltero e não-adúltero. São relações que têm pesos e consequências patrimoniais diferentes.

O concubinato não-adúltero, ou seja, a união estável, é aquela relação sem casamento oficial mas que constitui uma família e cujas consequências patrimoniais, caso não haja contrato firmado entre as partes, são as mesmas de um casamento pelo regime da comunhão parcial de bens, de acordo com o art. 1.723 e segs. do Código Civil de 2002. Da mesma forma constitui uma união estável se uma das partes é casada, mas aquele casamento é mera reminiscência cartorial, seja porque já há uma separação de fato, ou mesmo não tendo uma separação de fato o casamento é uma mera aparência. É que o direito deve proteger a essência muito mais que a forma ou a formalidade das relações.

O concubinato adúltero, ou simplesmente concubinato, como estabelece o art. 1.727 do Código Civil de 2002 é aquela relação que originou uma família, fazendo com que existam duas famílias ao mesmo tempo, seja paralela ao casamento ou a uma união estável” (Pereira, 2004: 87).

Em que pese a mudança do nome pela Constituição Federal, a doutrina tradicional ainda permanece utilizando a expressão concubinato puro e impuro, de maneira que a união estável propriamente dita é denominada concubinato puro e a relação simultânea com impedimentos matrimoniais denomina-se concubinato impuro ou adúltero.

De outro lado, temos a doutrina de Dias (2010) no artigo “Adulterio, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade”, onde faz uma severa crítica ao texto legal à classificação da companheira simultânea como concubina:

“O art. 1.727 do Código Civil, em muito reforçou a postura da exclusão, pois ressuscitou o concubinato com o só intuito de dizer que não gera qualquer efeito. Pelo que está dito, a ausência de juridicidade é total. As uniões não são albergadas nem no âmbito do Direito de Família e nem em qualquer outro ramo do direito. Pelo jeito, simplesmente não existem!” (Dias, 2010: 2).

Entende Dias que o Estado pode trazer impedimentos ao casamento, que depende de uma chancela estatal, de um ato cartorário, impondo limitações, restrições, de modo impedir a sua realização, mas de outro lado, não há como isto fazer à união estável, a qual não dispõe de qualquer condição pré-estabelecida para sua constituição, se constituindo através de um vínculo afetivo, e concretizada por uma relação duradoura, ostensiva e aceita socialmente.

“Olvida-se o legislador, no entanto, que é possível impedir o casamento, pois sua celebração depende da chancela do Estado. O ato é levado a efeito por um agente estatal, sendo inscrito em registros cartorários públicos que dispõem de eficácia constitutiva. Assim, pode a lei impor limitações, restrições e impedimentos. Inadimplidas as exigências legais, simplesmente o casamento não acontece. A união estável, porém, não dispõe de qualquer condicionante. Nasce do vínculo afetivo e se tem por constituída a partir do momento em que a relação se torna ostensiva, passando a ser reconhecida e aceita socialmente. Não há qualquer interferência estatal para sua formação, sendo inócuo tentar impor restrições ou impedimentos. Tanto é assim que as provas da existência

da união estável são circunstanciais, dependem de testemunhas que saibam do relacionamento ou de documentos que tragam indícios de sua vigência” (Dias, 2010: 1).

Pelo pensamento supracitado, tido como moderno, a existência de afetividade, convivência pública, duradoura e ostensiva, ainda que haja impedimentos legais para a conversão em casamento, independente de perquirir a existência ou não de boa-fé da companheira simultânea, deve ser considerada união estável e, portanto, capaz de gerar efeitos jurídicos.

4.3 UNIÕES ESTÁVEIS SIMULTÂNEAS

De semelhante maneira, aplica-se o entendimento já esboçado anteriormente quanto à união estável em simultaneidade ao casamento, às uniões estáveis simultâneas, de tal sorte que a doutrina tradicional reconhece validade jurídica apenas a uma delas, sendo a outra considerada concubinato impuro, adulterino, sem eficácia jurídica.

As considerações já lançadas anteriormente no tocante à configuração da união estável decorrente de existência de impedimentos matrimoniais, se aplicam ao tema agora posto em análise, com algumas adaptações.

Quando versamos sobre dupla união estável, temos que considerar que, ao realizar a análise sob ótica legal, não haveria possibilidade de sua coexistência, haja vista que a finalidade desta entidade familiar é converter-se em casamento civil e, como há impedimento legal da existência da bigamia, no sentido de duplo matrimônio simultâneo, uma das uniões será tida como concubinato “impuro” e insuscetível de gerar efeitos jurídicos à companheira simultânea.

Exceção se reconhece à ocorrência da boa-fé da companheira simultânea, a qual deve comprovar que não tinha o menor conhecimento da existência da união estável anterior e simultânea a que vive, deveria provar a má-fé do companheiro, sendo considerada vítima do enganador, do infiel.

Afirma Dias (2011) que os relacionamentos simultâneos recebem denominações depreciativas, e são condenados a “invisibilidade”, salvo se comprovar a boa-fé da companheira (concubina) simultânea.

“Os relacionamentos paralelos, além de receberem denominações pejorativas, são condenados à invisibilidade. Simplesmente a tendência é não reconhecer sequer sua existência. Somente na hipótese de a mulher alegar desconhecimento da duplicidade de vidas do varão é que tais vínculos são alocados no direito obrigacional e lá tratado como sociedade de fato.” (Dias, 2011: 50).

Sob o ponto de vista da moderna doutrina do Direito das Famílias, e da pluralidade conceitual de famílias, não há como se negar direitos às famílias simultâneas formadas por duas ou mais uniões estáveis que coexistam no tempo, sob pena de afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana dos membros dos núcleos familiares.

Há que se verificar a existência dos requisitos mínimos essenciais à configuração da união estável, ou seja, *affectio maritalis*, a conjugalidade, união duradoura e pública. Uma vez presentes tais requisitos, não pode o Direito negar-lhe a existência sob argumento de afronta a monogamia e a moral tradicional; certo é que a sua existência fática gera efeitos e repercute no mundo jurídico, que não pode fechar os olhos a esta realidade.

Mais uma vez recorremos às palavras de Dias (2011):

“[...] Verificadas duas comunidades familiares que tenham entre si um membro comum, é preciso operar a apreensão jurídica dessas duas realidades. São relações que repercutem no mundo jurídico, pois os companheiros convivem, muitas vezes, têm filhos, e há construção patrimonial em comum. Não ver esta relação, não lhe outorgar qualquer efeito, atenta contra a dignidade dos partícipes e filhos porventura existentes” (Dias, 2011: 50).

Com base na conjugação do novo conceito de famílias – novo Direito das Famílias, na dignidade da pessoa humana e nos direitos da cidadania, a realidade social existente de simultaneidade das famílias constituídas por duas ou mais uniões estáveis, não pode ser negada pelos juristas e aplicadores do Direito, portanto, há a atual compreensão que ambas possuem reconhecimento jurídico de direitos, inclusive previdenciários.

Neste momento, devemos passar a análise dos efeitos jurídicos na seara previdenciária da existência das famílias simultâneas, porque não cabe ao Direito negar-lhes guarida por simples ausência de previsão literal, algo extremamente comum em nosso ordenamento, pois a lei não consegue regular todas as atividades sociais.

Entretanto, devido ao recorte proposto, nos limitaremos a lançar olhares às famílias simultâneas sob o prisma do Direito da Seguridade Social, mais especificamente quanto à divisão da pensão por morte entre a esposa e a companheira simultânea, ou entre ambas as companheiras simultâneas.

5. O DIREITO A PENSÃO POR MORTE

Antes de analisarmos propriamente a questão da divisão pensão por morte nas famílias simultâneas, é mister analisar um pouco os aspectos previdenciários, que envolve o tema, sob a ótica do Direito Previdenciário.

Ao versar sobre o Direito Previdenciário, a primeira coisa que é necessário fazer é buscar um conceito do que seja tal ramo do Direito, atualmente denominado de Direito da Seguridade Social. Segundo Martins (2015, p. 21) “*a finalidade da seguridade social é dar aos indivíduos e as suas famílias segurança e tranquilidade, mediante a cobertura de contingências decorrentes da doença, invalidez, velhice, desemprego, morte e proteção à maternidade, mediante contribuição e a concessão de benefícios.*”

A Seguridade Social tem a finalidade de assegurar uma proteção ao indivíduo e à sua família em caso de ocorrência de alguma contingência na vida que o impossibilite de exercer sua atividade remunerada, de maneira que não fiquem totalmente desamparados pelo Estado. O conceito trazido para o Direito da Seguridade Social por Martins (2015) é que se trata de um conjunto formado por princípios, normas e de instituições destinados a exercer o mister protetivo do Estado frente a ocorrência das contingências:

“Direito da Seguridade Social é o conjunto de princípios, de regras e de instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção social aos indivíduos contra contingências que os impeçam de prover as suas necessidades pessoais básicas e de suas famílias, integrado por ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, visando assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” (Martins, 2015: 21).

Como divisão do gênero seguridade social, encontramos as espécies previdência social, a assistência social e saúde. Dentro da previdência social há a proteção às contingências decorrente de doença, invalidez, velhice, desemprego, morte e proteção à

maternidade, mediante contribuição, concedendo aposentadorias e pensões.

Para uma melhor análise do benefício previdenciário da pensão por morte e da possibilidade de sua divisão há que se levar em consideração a existência de regras, normas e princípios próprios da Previdência Social, mas que não podem estar dissociados da realidade social e das mudanças ocorridas nesta.

5.1 DEPENDENTES PREVIDENCIÁRIOS

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

Para a previdência, segundo o disposto no artigo 16, da Lei n.º 8.213/1991, como dependentes têm-se duas categorias divididas em três classes: a) preferenciais: cônjuge e companheiro(a), o filho não emancipado, menor de 21 (vinte e um anos) inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente⁸; b) não preferenciais: os pais e o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente.

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

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

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

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

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

⁸ Saliente-se que houve a promulgação da Lei n.º 13.146/2015, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), cuja vigência se deu em 08 jan. 2016, alterando os incisos I, e III do artigo 16, da Lei n.º 8.213/1991. O artigo passou a ter a seguinte redação: “Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave (Redação dada pela Lei n.º 13.146/2015); II - os pais; III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; (Redação dada pela Lei n.º 13.146/2015)” (grifos nossos)

considerado dependente para a previdência.

Dentro das classes de dependentes, segundo a lei de benefícios do RGPS a dependência econômica é presumida para os preferenciais (presunção absoluta)⁹; para os não preferenciais não há presunção, sendo que a dependência de ser comprovada.

Considerando que o critério para ser considerado dependente para a previdência social é o econômico—ser mantido pelo segurado, mas devido a influência da legislação civil na área previdenciária, tormentosa é a questão do enquadramento da companheira simultânea como dependente, vez que, pela lei civil não é considerada companheira, no sentido literal da união estável, situação esta que se passa a analisar.

5.2 A CONCUBINA COMO DEPENDENTE PREVIDENCIÁRIA

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

A lei de benefícios, além de trazer um rol taxativo de dependentes, fez menção clara a sua interpretação “literal” do conceito de companheira(o)¹⁰, limitando-o àquele correspondente a união estável descrita na literalidade do artigo 226, §3.º da CF. Desta forma, companheiro(a) para fins previdenciários limita-se ao que se encontra no conceito de união estável legal, donde por interpretação legalista, excluiria automaticamente a concubina.

Este é o mesmo pensamento de Lopes, Ferreira (2014):

“Pela análise específica do dispositivo normativo do art.16, §3º da Lei 8.213/91, estabelece: “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”, há como concluir que o legislador privilegiou a visão estrita da união estável, adotada pelo Constituinte, que apesar de conservadora, é prevista na Carta Magna. O aludido dispositivo prega que “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.” Então havendo impedimento ao casamento, contrario sensu, não haveria união estável. Diante disso, essa é a interpretação dada pela Lei 8.213/91. E justamente por essa previsão constitucional, o tema é alvo de grande discussão no meio previdenciário, gerando dúvidas de todo tipo quanto à possibilidade de concubinas terem direito a pensão por morte.” (Lopes, Ferreira, 2014: 61)

A majoritária doutrina propugna por uma autonomia do Direito da Seguridade Social, ante suas especificidades, todavia a hermenêutica jurídica comumente feita não limita as normas postas específicas deste ramo do direito, mas leva em consideração o Direito como um todo, de forma que se torna inevitável as influências dos outros ramos do Direito na previdência, o que deve ser o objeto de análise com cuidado pelo cientista jurídico e pelo operador. Na seara previdenciária não se pode buscar fazer uma interpretação dissociada da realidade social posta, como v.g. as famílias simultâneas.

⁹ Cf. Lei n.º 8.213/1991, Art. 16. [...] § 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

¹⁰ Cf. Lei n.º 8.213/1991- Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: [...]§ 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

Observe-se nesta linha de pensamento as palavras de Ibrahim (2011):

“É certo que a divisão do direito em ramos, no passado, serviu de pretexto para defender-se toda sorte de diferenciação de um determinado segmento jurídico frente aos demais, sob o manto de aparentes especificidades em sua aplicação, o que não existia na maioria dos casos. [...] No entanto, não se pode, agora, incorrer no erro oposto, que é ignorar um dos postulados hermenêuticos mais elementares – o direito cria suas próprias realidades. Não se desvinculando do mundo real, sob pena de ineficácia social, mas justamente para a ele adequar-se, buscando melhor instrumento de justiça e, por consequência, de pacificação social.”

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

“O problema atual do direito previdenciário é, basicamente, de interpretação. Suas regras legais são, quase sempre, aplicadas e interpretadas mediante conjugação e, mesmo, submissão a outros ramos do direito, como se o ramo jurídico da proteção social fosse mero apêndice normativo.” (Ibrahim, 2011)

Continua Ibrahim, o desenvolvimento de seu pensamento, ao analisar os aspectos teológico-pragmático do Direito da Seguridade Social relacionando-o ao conceito das famílias, considerando o teleológico como escopo de proteção social dos segurados e seus dependentes econômicos, independente de convenções morais sobre tal conceito; o pragmático, baseado na concessão de benefícios previdenciários, deve levar em consideração a efetiva existência de conjugalidade, *affectio maritalis*, e dependência econômica, pouco importando, se esta relação foi chancelada pelas instrumentos jurídicos ou religiosos dispostos na sociedade.

“O direito previdenciário possui, como componente elementar na aplicação de suas normas, o aspecto que denomino teleológico-pragmático. Teleológico, pois o fim visado pelo seguro social é a proteção de segurados e dependentes, o que quer dizer que as contribuições vertidas ao sistema, assim como um seguro, visam tutelar, além do próprio segurado, pessoas que dele dependiam economicamente, independente de convenções morais sobre como deve ser uma família.

É certo que a lei pode restringir tal rol, visando o equilíbrio financeiro e atuarial, mas não impor determinada visão dominante de como a vida deve ser vivida. Se a pessoa filiada ao regime previdenciário se engaja em relações homoafetivas ou concubinárias, não é papel do Estado, como mero gestor do sistema, impor, indiretamente, sanções pelas condutas que escapam à moral dominante, como negando um benefício a um dependente econômico do segurado.

Pragmático, já que, para a concessão da prestação, pouco importa se o liame afetivo foi validado pelos instrumentos jurídicos ou religiosos à disposição da sociedade. O que basta é a comprovação da vida em comum, o animus em formar uma sociedade conjugal. A previdência social visa assegurar benefícios que, além de bem-estar mínimo, garantem a própria vida, e tal salvaguarda não

deve subsumir-se a formalidades jurídicas, especialmente no Brasil, em que pessoas mais humildes nem sempre atendem a tais questões”. (Ibrahim, 2011)

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

É neste sentido o pensamento Ibrahim:

“Na seara protetiva, uma companheira ou companheiro é pessoa que possui animus de convivência com o segurado, dividindo vida em comum e buscando uma sociedade conjugal, por afinidade de espírito e busca da plena realização. Se são impedidos, por lei, de contrair núpcias, é tema de total desimportância no meio previdenciário. Nunca é demais lembrar da possibilidade de criar da lei conceitos próprios para fins previdenciários – como a figura do equiparado a filho – ou mesmo adaptar alguns já existentes, como o(a) de companheiro(a).” (Ibrahim, 2011)

Razão assiste à doutrina que defende a extensão à concubina o direito ao benefício previdenciário da pensão por morte, ao mesmo tempo que a esposa, ou a(s) outra (s) companheiras, por dois motivos: i – a previsão legal civilista das famílias, limitada ao casamento, a monoparental e a união estável sem impedimentos, não pode ser aplicada ao Direito da Seguridade Social, por possuir regras e princípios próprios; ii – o fundamental princípio da previdência é a proteção social dos segurados e seus dependentes econômicos, o que vem de encontro à uma interpretação puramente normativista literal, do conceito dependente para a seguridade social.

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

CONSIDERAÇÕES FINAIS

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

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

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

A incontestável evolução do Direito das Famílias, consagrando uma visão pluralista das

entidades familiares não é pacífica, havendo ainda, autorizadas vozes que discordam totalmente deste pressuposto, em principal, quando se faz a análise do conceito de união estável como entidade familiar.

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

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

A discussão trazida para o Direito das Famílias, tem grande importância para as demais áreas do direito, em especial para o Direito da Seguridade Social na análise da divisão da pensão previdenciária por morte. Mais uma vez a dicotomia doutrinária é presente, pois há a corrente que, pregando a autonomia do Direito da Seguridade Social (Previdenciário), reconhece à companheira simultânea o direito à divisão da pensão por morte.

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

Opostamente a outra corrente defende que a “concubina impura ou adúltera”, assim considerada a companheira simultânea, não lhe assiste os direitos previdenciários destinados a esposa e a companheira (união estável), vez que, sua relação com o segurado é espúria, adúltera, e fazendo uma interpretação literal da Constituição Federal e do Código Civil, não pode ser considerada como companheira. Trata-se de uma análise técnica, e não moral ou religiosa de uma questão concreta da sociedade. E em nada fere o equilíbrio financeiro e atuarial da Previdência Social, pois se encontra o tema dentro da esfera de divisão da pensão por morte e outras consequências previdenciais. O Direito Atuarial, nova área do Direito, resguarda os elementos de administração de riscos e aspectos de isonomia, dentro de uma ideia rawlsiana de previdência.

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

Certamente ainda demandará muito estudo, muito debate, e um reflexo jurídico de uma situação de fato, para que se deixe de trazer para o Direito moderno o reconhecimento da existência das famílias simultâneas, sejam na esfera civil como na previdenciária, com especial aplicação à divisão da pensão por morte, entre a esposa e a companheira simultânea, ou entre companheiras simultâneas, dando plena efetividade aos direitos de cidadania aos membros dessa classe de família, garantindo-lhes direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

REFERÊNCIAS

- CRUET, Jean, (1908). A vida do direito e a inutilidade das leis. Lisboa: Antiga Casa Bertrand-José Bastos e Cia, Livraria Editora. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000061.pdf>. Acesso em: 1 jul.2016.
- DIAS, Maria Berenice, (2011). Manual do direito das famílias. São Paulo: RT. 8ª ed.

- DIAS, Maria Berenice, (2010). Adultério, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade. 2010. Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/4_-_adult%2C_bigamia_e_uni%3o_est%1vel_-_realidade_e_responsabilidade.pdf>. Acesso em: 29 out. 2015.
- DIAS, Maria Berenice, (2010). A União Estável. 2010. Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/3_-_a_uni%3o_est%1vel.pdf>. Acesso em: 29 out. 2015.
- GLANZ, Semy, (2005). A família mutante – sociologia e direito comparado: inclusive o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Famílias paralelas. R. Fac. Dir. Univ. São Paulo, v. 108, p. 199 – 219 jan./dez, 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67983/70840>>. Acesso em: 2 set. 2015.
- KRAPF, Alessandra Heineck (2013). Família simultâneas: reflexos jurídicos a partir de uma perspectiva constitucional e jurisprudencial. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2013_1/alesandra_krapf.pdf>. Acesso em: 2 set. 2015.
- IBRAHIM, Fabio Zambitte, (2012). Curso de direito previdenciário. Ed.17. Rio de Janeiro: Impetus.
- IBRAHIM, Fabio Zambitte, (2011). O concubinato na previdência social. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 90. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9792>. Acesso em 04 nov. 2015.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto, (2004). Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *Numerus Clausus*. In: FARIAS, Cristiano Chaves (Coord.). Temas atuais de direito e processo de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- LOPES, Herbert Emílio Araújo, FERREIRA, Rildo Mourão (2014). A proteção e os direitos previdenciários no concubinato. Revista Jurídica UniEVANGÉLICA, Anápolis/GO, Ano XIV, n. 22, v1, Jan. – jun.,. Disponível em: <<http://revistas.unievangelica.edu.br/index.php/revistajuridica/article/download/1044/1000>> . Acesso em 02 Set. 2015.
- MARTINS, Sérgio Pinto, (2015). Direito da seguridade social. São Paulo: Atlas. 35ª ed.
- MOLOGNI, Celina Kazuko Fujika, (2010). Pensão por morte do cônjuge: união simultânea de casamento e de concubinato adúltero. UNOPAR CIENT., CIÊNC. JURID. EMPRES., Londrina, v. 11, n. 2, p. 77-86, Set. Disponível em: <<http://www.pgsskroton.com.br/seer/index.php/juridicas/article/viewFile/958/920>>. Acesso em: 2 set. 2015.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha, (2004). Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família. 157 f. Tese (Doutorado) - Curso de Faculdade de Direito, Pós-graduação, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004. Disponível em: <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr._Rodrigo_da_Cunha.pdf?sequence=1>. Acesso em: 01 jul. 2016.
- IX CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 9., 2013, Araxá. Família simultâneas e Monogamia. Araxá: Ibdfam, 2013. 28 p. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/9.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2016.
- RAWLS, John, (1993). Uma teoria da justiça. Lisboa : Presença.
- RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski (2005). Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar.

- RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias Simultâneas e Monogamia (2013). X CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 9., 2013, Araxá. Família simultâneas e Monogamia. Araxá: Ibdfam, 2013. 28 p. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/9.pdf>. Acesso em: 01 jul.2016.
- SILVA, Marcos Alves da (2012). A superação da monogamia como princípio estruturante do estatuto jurídico da família. 279 folhas. Tese (Doutorado). UERJ: Rio de Janeiro, 2002.
- SOARES, Lara Rafaelle Pinho (2013). Pensão por morte e união estável paralela consentida. Revista Jus Navigandi. Teresina, ano 18, n. 3484. Disponível em: <<http://jus.com.br/imprimir/23454/a-im-possibilidade-da-concessao-da-pensao-por-morte-para-o-companheiro-da-uniao-estavel-paralela-consentida>>. Acesso em: 02 set. 2015.
- STOLZE, Pablo (2008). Direitos da(o) amante.. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1841. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11500>>. Acesso em: 29 out. 2015.
- VERAS, Érica Verícia Canuto de Oliveira (2013). Famílias simultâneas um diálogo sócio-jurídico. FIDES: Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade, ISSN-e 2177-1383, v. 4, n. 2, p. 70-98 . Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4731874.pdf>>. Acesso em: 3 set. 2015.
- BRASIL. Código civil (1916). Código Civil dos Estados Unidos do Brasil: revogado pela Lei nº 10.406, de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 2 set. 2015.
- ___ . Código civil (2002). Código Civil: versão atualizada até a Lei nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 02 set. 2015.
- ___ . Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: versão atualizada até a Emenda Constitucional n. 90/2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 02 set. 2015.
- ___ . Congresso. Senado. Lei nº 8213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm>. Acesso em: 20 out. 2015.
- ___ . Congresso. Senado. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). vigência a partir de 07 jan. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm#art127>. Acesso em: 20 out. 2015.