

O concubinato e seus efeitos patrimoniais no direito brasileiro

Thamara de Oliveira Brum da Costa*
Bacharel em Direito.

Arthur Martins Ramos Rodrigues*
Advogado; Professor de História do Direito; Prática Jurídica II; Prática Jurídica IV, Uma Visão Constitucional do Direito Civil, da Universidade Iguazu – Campus V; Mestre em Direito na área de concentração em Direito Privado e Constituição pela Faculdade de Direito de Campos.

Kamila Aparecida Iwanami Rodrigues*
Advogada, Assessora Jurídica do Município de São José de Ubá, professora de Prática Jurídica III e IV, Advogada trabalhista do NPJ – Núcleo de Prática Jurídica da UNIG – Universidade Iguazu, Especialista em Direito e Processo do Trabalho, Especialista em Docência Superior, Doutoranda em Ciências Jurídicas pela UNLP – Universidad Nacional de La Plata (Província de Buenos Aires, República da Argentina).

Resumo

O atual ordenamento jurídico brasileiro, com base nas disposições da Constituição da República de 1988, reconhece outras entidades familiares além da família constituída pela solenidade do negócio jurídico do casamento como é previsto no Código Civil de 2002. Contudo, como o modelo da família brasileira é o monogâmico e o próprio Código Civil estabelece o dever jurídico de fidelidade, as chamadas relações concubinárias não têm tutela jurídica no Brasil. Assim, eventualmente os possíveis efeitos patrimoniais decorrentes do concubinato devem ser analisados com fundamento no direito das obrigações e não no direito de família ou de sucessões. Em relação às questões previdenciárias, apesar do entendimento do INSS acerca do rateio da pensão por morte entre cônjuge viúvo e concubino, o Supremo Tribunal Federal manifesta-se contrário à divisão, pois não se pode desconsiderar a proteção jurídica ao casamento legal.

Palavras-Chave: concubinato; direito de família; pensão por morte.

Abstract

The current Brazilian legal system, based on the provisions of the Constitution of 1988 recognizes other family entities beyond the family consisting of the legal business of the wedding ceremony as provided for in the Civil Code of 2002. However, as the family model Brazil is monogamous and the Civil Code itself establishes the legal duty of loyalty, calls concubinárias relations have no legal protection in Brazil. So eventually the possible property consequences of cohabitation must be analyzed on the basis of the law of obligations and not in family law or probate. Regarding social security, despite the INSS understanding of the apportionment of pension for death among widowed spouse and concubine, the Supreme Court manifests contrary to the division, since one can not disregard the legal protection of legal marriage.

Keywords: concubinage; family law; death pension.

1 Introdução

A Constituição de 1988 reconheceu como entidades familiares outras espécies de relacionamento além daquele constituído pela solenidade prescrita no Código Civil

para o casamento. O Direito de Família ainda reconhece como entidade familiar não apenas a união estável, mas também outros conjuntos de vivência afetiva como a chamada família monoparental, muito comum nos dias de hoje, considerada pela Constituição da República em seu art. 226, §4º, como uma comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Entretanto, não se pode esquecer que o ordenamento jurídico no Brasil protege o modelo de família monogâmico, bem como considera a fidelidade como um dever jurídico inerente ao estado civil de casado. Dessa maneira, as relações definidas como concubinato não podem ser reguladas pelo direito de família, tão pouco pelo direito das sucessões, pois não merecem tutela jurídica sob pena de se desprestigiar o negócio jurídico solene previsto no Código Civil para o casamento.

O presente trabalho buscará destacar a análise da relação jurídica advinda do chamado concubinato impuro, o proveniente de uma relação adulterina, hoje simplesmente denominado “concubinato” pelo Código Civil. Pois, após a Constituição da República de 1988, o anteriormente denominado concubinato puro passou a ser chamado de “companheirismo” ou, mais tecnicamente, de união estável.

Como se verá, com fundamento no entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal, apesar da possibilidade de haver algum reflexo econômico nas relações concubinárias, é inadmissível a mitigação de algum direito da família legalmente constituída pelo casamento para favorecer os sujeitos do concubinato.

2 O concubinato no direito brasileiro

2.1 Delineamento conceitual

Etimologicamente, o significado da palavra concubinato refere-se à comunhão de leito, dormir juntos, e no século XX os “tribunais passaram a reconhecer direitos aos concubinos na esfera obrigacional” (VENOSA, 2010, p. 213). A definição constitucional de união estável trata-se do que antes era denominado concubinato puro.

Quanto à nomenclatura do termo ressalta-se que a doutrina fazia uso de dois termos: o concubinato puro e o concubinato impuro, conforme explica o referido autor.

O concubinato puro é o relacionamento quando se apresenta em uma união firme, porém, sem o vínculo do casamento civil, entre pessoas livres e desimpedidas, ou seja, sem nenhum comprometimento de deveres ligados ao matrimônio ou por outro relacionamento concubinário. Por exemplo, as pessoas que podem viver no chamado

concubinato puro além dos solteiros, são as viúvas e viúvos, bem como aqueles que são separados judicialmente.

Em relação ao concubinato impuro, este se caracteriza quando um dos sujeitos ou mesmo os dois estão impedidos de se casar conforme a forma da lei, e classifica-se em concubinato adúltero ou concubinato incestuoso.

O concubinato adúltero se verifica quando pelo menos um dos sujeitos é casado legalmente, sendo o caso mais comum do homem que mantém ao mesmo tempo a família legitimamente nascida do casamento, e outra sem os vínculos legais. Já o concubinato incestuoso ocorre quando há parentesco próximo entre os pares, identificado pelas normas de impedimento do Código Civil.

Contudo, hoje não é mais adequada a utilização dessa antiga classificação. Os termos concubinato puro e concubinato impuro não são os ideais segundo o novo ordenamento constitucional brasileiro a partir de 1988. A explicação é simples, pois o antigo concubinato puro (relação entre pessoas desimpedidas para o casamento) hoje se refere ao instituto da união estável, conforme prevê a Constituição da República. A união estável é reconhecidamente uma entidade familiar no mundo contemporâneo, portanto não deve ser conceituada com o termo pejorativo de concubinato, ainda que “puro”.

Por outro lado, o adjetivo “impuro” dado ao concubinato que se referia à união de pessoas impedidas de se casarem também perdeu o sentido, pois não é mais necessário diferenciá-lo do “puro”, uma vez que este é hoje a união estável. Assim, o antigo concubinato “impuro” é hoje simplesmente o concubinato definido no art. 1.727 do Código Civil. Dessa forma, segundo o ordenamento legal de hoje, a diferença entre união estável e concubinato está no impedimento para se celebrar o casamento segundo as normas do Código Civil. Explica-se: na união estável os sujeitos podem se casar se quiserem, mas no concubinato não existe essa possibilidade devido aos impedimentos legais, geralmente porque um dos sujeitos já é casado.

Inicialmente, cumpre apontar que a Constituição de 1988 não abordou a formação da família com origem exclusiva no casamento segundo as normas do Direito Civil, conforme tradicionalmente considerou a maioria da sociedade brasileira. A atual Constituição do Brasil fundamentou-se no fenômeno do “constitucionalismo social”, como explica Carla Teresa Martins Romar (2013, p.30), “considerando-se que uma das principais funções do Estado é a promoção da justiça social, nada mais lógico do que a Constituição, como norma fundamental, prever os direitos e garantias básicas que levem

à realização deste objetivo”. A partir do século passado as Constituições passaram a se preocupar também com o homem social, e não mais apenas com o âmbito político em que atua o ser humano.

É preciso salientar que apesar da Constituição de 1988 reconhecer tais entidades familiares que não sejam constituídas pelo casamento civil, não se pode olvidar o contexto polêmico dos relacionamentos que se formam concomitantes às uniões conjugais.

Dessa forma, mesmo considerando que o casamento não é o único modelo de família que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece e garante uma tutela jurídica, não se pode prejudicar a segurança jurídica das pessoas que se uniram pela solenidade legal do casamento como prescreve o Código Civil.

As regras e os institutos do Direito são formados de acordo com a consciência da sociedade a respeito de certos temas, inclusive morais. Assim, pode-se apontar que o Direito “é um fenômeno profundamente social, tornando-se necessário, portanto, para entendermos a fundo esse fenômeno, a análise da sociedade na qual ele se integra, o estudo dos seus valores primordiais” (CHEQUER, 2010, p. 01).

Pode-se deduzir que em todos os períodos históricos existiram casos de concubinato nos mais variados povos e civilizações. Porém, essas ocorrências repercutiam diferentemente na vida jurídica dos cidadãos envolvidos, seja do cônjuge considerado como traído, seja dos filhos envolvidos em ambos os lados, sejam dos próprios concubinos, tudo de acordo com cada cultura.

Caio Mário de Silva Pereira (2014, p. 643), ensina que o antigo Código Filipino referia-se ao concubinato para condená-lo, determinando que tanto os nobres quanto os camponeses deveriam ser severamente punidos pelas “barreganices” praticadas e levadas a conhecimento da Justiça.

Assim, levando-se em conta que a sociedade cristã ocidental adotou uniformemente a modalidade monogâmica de casamento, modelo em que a fidelidade conjugal não apenas se caracterizava como uma cláusula jurídica, mas sobretudo se impunha como uma obrigação moral e ética com fundamento religioso, as situações envolvendo o concubinato sempre foram caracterizadas pela polêmica e pelo escândalo.

No Brasil, o Código Civil de 1916 abordava o concubinato como situação de adultério, o que repercutia, inclusive, na legislação penal da época.

Contudo, apesar da importância do estudo dos institutos jurídicos na História, é preciso analisar o concubinato segundo as normas jurídicas em vigor, buscando caracterizá-lo de acordo com o ordenamento contemporâneo.

Segundo o que se encontra disposto no Código Civil de 2002 em seu art. 1.727, pode-se conceituar o concubinato como “as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”.

O Código Civil de 2002 aborda o dever de fidelidade conjugal no art. 1566, I. A respeito dessa valoração ética e comportamental, registra-se:

Em primeiro plano, assenta o Código o dever de fidelidade recíproca, como integrante da organização da mesma família. Assinala-se, nesta disposição, tríplice caráter: pedagógico, moral e determinante. Sendo a família ocidental monogâmica por tradição e por princípio, a lei enuncia o preceito com a finalidade originária de estabelecer a fidelidade como princípio ético. Mas não lhe falta o caráter de norma congente, porque na sua infração pode um cônjuge fundamentar contra o outro procedimento judicial de separação. A norma tem inequívoco caráter moral e educativo, ditando o procedimento do casal, e não permite os atos que induzam suspeita de violação do dever jurídico. Mas é também jurídica em todo o sentido, dotada de obrigatoriedade e revestida de sanção. (PEREIRA, 2014, p. 195).

Além da fidelidade recíproca, o Código Civil ainda determina como deveres dos cônjuges a vida comum, o domicílio conjugal, a mútua assistência, o sustento, guarda e educação dos filhos e o respeito e a consideração mútuos.

Nessa linha, é diante da solenidade jurídica do casamento civil que se devem analisar os institutos jurídicos da união estável e do concubinato no ordenamento brasileiro, pois não se pode atingir a garantia legal de proteção a um relacionamento que foi legalmente positivado.

Ao se falar em fidelidade conseqüentemente surge a abordagem da figura do adultério. Essa atitude não é mais punida no Brasil pelas normas criminais.

Houve uma alteração determinada pela Lei nº. 11.106/2005 que descriminalizou o adultério, mas a infidelidade ainda pode ser fundamento para o ingresso de uma ação de divórcio.

Hoje é muito comum ouvir o termo “infidelidade virtual”. É preciso dizer que a sociedade moderna é marcada pelo acesso à *Internet*, pelos perfis nas mais variadas redes sociais, o que facilita a comunicação entre pessoas e proporciona o início de novos relacionamentos, o que pode resultar como uma ferida ao dever de fidelidade:

Na infidelidade virtual, os laços eróticos e afetivos são mantidos diante da tela de um computador, sendo alimentado rotineiramente, por meio de uma fantasia que pode sair do espaço virtual e levar ao contato físico e às relações sexuais de adultério. São variáveis as causas motivadoras dos relacionamentos virtuais, alguns porque se aventuram na prática de conhecer outras pessoas,

enquanto outras buscam vencer o tédio e a solidão, e existem outros que buscam uma maior gratificação em seus relacionamentos pessoais, mas sempre representado uma inegável infidelidade. (PEREIRA, 2014, p. 196)

Por fim, cumpre destacar Whashington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares Silva elencam algumas das principais normas jurídicas que regulamentam as proibições relativas ao concubinato pelo Código Civil de 2002:

Em primeiro lugar mencione-se o art. 550 do Código Civil de 2002, correspondente ao art. 1.177 do Código Civil de 1916, que proíbe doações do cônjuge adúltero ao seu cúmplice. Essas doações podem ser anuladas a pedido do outro cônjuge, ou de seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal. Segundo o Código Civil de 2002, em seu art. 793, padece de nulidade a instituição de concubino como beneficiário do contrato de seguro de vida. Isso porque o referido artigo tem como válida a instituição do companheiro como beneficiário somente se ao tempo do contrato o segurado já fosse separado ou já se encontrasse separado de fato. Essa nulidade já era prevista no art. 1.474 do Código Civil de 1916, segundo o qual não se podia instituir beneficiário pessoa que for legalmente impedida de receber doação do segurado. (MONTEIRO; SILVA, 2010, p. 59)

2.2 O panorama jurídico brasileiro

Conforme os apontamentos já realizados, é possível concluir que as pessoas integrantes de uma união estável não estão impedidas para o casamento, pois somente se pode constituir uma união estável entre sujeitos que não estão impedidos de se casar. Dessa forma, o relacionamento amoroso classificado como concubinato adúltero é contemporaneamente chamado simplesmente de concubinato.

Viu-se que atualmente a palavra concubinato designa apenas o relacionamento afetivo entre pessoas casadas que desrespeitam o dever de fidelidade, pois com a promulgação da Carta Magna de 1988 reconheceu-se o chamado concubinato puro como uma entidade familiar: a união estável. Assim, de acordo com o atual ordenamento jurídico brasileiro, os mesmos requisitos elencados para a proibição de um casamento civil, ou seja, nas mesmas situações em que é proibida a realização do casamento é também proibida a constituição de união estável.

Analisando-se as disposições legais do Código Civil, influenciadas pelas atuais normas constitucionais, observa-se que a distinção estabelecida entre o concubinato e a união estável, destaca a tutela jurídica em relação à lealdade conjugal e à monogamia no Brasil. Assim, claramente não se admite no ordenamento jurídico brasileiro o concubinato adúltero ou incestuoso como uma das espécies de entidade familiar.

No Brasil, constata-se que a história do concubinato teve delineamentos controvertidos ao longo dos anos. Segundo os estudos de Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti (2014), durante muito tempo, o termo concubinato foi aplicado

para as relações entre quaisquer das pessoas que eram impedidas para o casamento e que, segundo as normas jurídicas da época, não poderiam constituir família, pois apenas a relação constituída pelo casamento legal era considerada como entidade familiar.

Mas houve uma mutação no que diz respeito à evolução do termo. Posteriormente tanto a doutrina quanto a jurisprudência passaram a utilizar a palavra concubinato para se referirem às mais diversas situações em que o relacionamento que não possuía o vínculo matrimonial. Explica-se, diante disso, a razão porque a noção de concubinato envolvia também as relações de pessoas que não eram impedidas para o casamento, mas que simplesmente decidiam constituir uma união afetiva sem a solenidade prescrita para o casamento legal.

Ressaltou-se que o atual conceito legal de concubinato encontra-se no art. 1.727 do Código Civil. Tal conceito refere-se à relação impedida, e que segundo a Constituição vigente não pode ser caracterizada como entidade familiar.

Na verdade, a definição de concubinato é de simples entendimento: conforme a norma legal verifica-se sua ocorrência quando há uma relação não eventual entre duas pessoas impedidas de casar.

Mas destaca-se, entretanto, que não se inclui na noção de concubinato o relacionamento de pessoas separadas de fato e separadas judicialmente que, mesmo sendo impedidas para novo casamento, não são proibidas de constituírem uma união estável. Esse regramento é expressamente determinado no Código Civil no artigo 1.723, §1º, e no artigo 1.521, §2º.

Nessa linha, cumpre dizer que o novo Código Civil regula a união estável (art. 1723 a 1727) em um título especial. Desse modo, o direito brasileiro além de reconhecer, segundo a própria Constituição Federal de 1988, a relação não matrimonial entre duas pessoas, literalmente “entre homem e mulher”, de caráter público, verificadas a continuidade e a durabilidade, com o objetivo de constituir família, também determina critérios para modulação e configuração de efeitos, com o objetivo, inclusive, de diferenciar o concubinato da união estável.

No texto constitucional a união estável encontra-se prevista no §3º do art. 226: “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”. Entretanto, também o art. 1.723 do Novo Código Civil ao reconhecer a união estável como entidade familiar, embora tenha fixado elementos mínimos para sua caracterização como a convivência pública, contínua, duradoura, com o objetivo de

constituir família, e o controvertido requisito “entre homem e mulher”, deixou de estabelecer o prazo mínimo para a sua configuração.

A Lei nº. 9.278 do ano de 1996 veio regular o referido §3º do art. 226 da Constituição de 1988. Ela contém grande teor normativo a propósito da regulamentação patrimonial dos bens constituídos na união estável, apesar de sua brevidade.

Assim, entende-se que o conceito de concubinato estabelecido pelo art. 1.727 do Código Civil de 2002, tem o escopo de distingui-lo da união estável, pois salienta a presença do impedimento para o casamento daqueles que habitualmente mantém um relacionamento afetivo.

É importante, contudo, observar que apesar da intenção de enfatizar o impedimento ao casamento pelo legislador, cumpre ressaltar a exceção constante no próprio Código Civil, porém não citada no art. 1.727. Mais especificamente, ao conceituar o concubinato como a “união entre pessoas impedidas pelo casamento”, a Lei deveria referir-se claramente ao disposto no art. 1.723, § 1º que trouxe autorização para os separados de fato e os separados judicialmente poderem, mesmo impedidos de se casarem, constituir união estável.

Apesar da disposição legal não trazer uma proteção mais específica para os concubinos, existem casos concretos que merecem uma especial atenção do magistrado. Não é possível o legislador se ater às particularidades de cada relação jurídica baseando-se apenas na literalidade da lei, esperando abarcar todos os possíveis acontecimentos.

Nesse sentido, seleciona-se um importante julgamento envolvendo a condição de concubinato, em que o Tribunal reconheceu direitos familiares à relação existente:

DIREITO DAS FAMÍLIAS. UNIÃO ESTÁVEL CONTEMPORÂNEA A CASAMENTO. UNIÃO DÚPLICE. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO FACE ÀS PECULIARIDADES DO CASO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Ao longo de vinte e cinco anos, a apelante e o apelado mantiveram um relacionamento afetivo, que possibilitou o nascimento de três filhos. Nesse período de convivência afetiva - pública, contínua e duradoura - um cuidou do outro, amorosamente, emocionalmente, materialmente, fisicamente e sexualmente. Durante esses anos, amaram, sofreram, brigaram, reconciliaram, choraram, riram, cresceram, evoluíram, criaram os filhos e cuidaram dos netos. Tais fatos comprovam a concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. Isso é família. O que no caso é polêmico é o fato de o apelado, à época dos fatos, estar casado civilmente. Há, ainda, dificuldade de o Poder Judiciário lidar com a existência de uniões dúplices. Há muito moralismo, conservadorismo e preconceito em matéria de Direito de Família. No caso dos autos, a apelada, além de compartilhar o leito com o apelado, também compartilhou a vida em todos os seus aspectos. Ela não é concubina - palavra preconceituosa - mas companheira. Por tal razão, possui direito a reclamar pelo fim da união estável. Entender o contrário é estabelecer um retrocesso em relação a lentas e sofridas conquistas da mulher para ser tratada como sujeito de igualdade jurídica e de igualdade social. [...] (Tribunal de Justiça de Minas Gerais,

julgado em 20/11/2008 e publicado em 10/12/2008 em Apelação Cível nº 1.0017.05.016882-6/003. Relatora: Desembargadora Maria Elza)

Nota-se que o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais entendeu que negar a ocorrência de união estável, pela única alegação de que um dos sujeitos do relacionamento é casado, coloca-se como fácil solução para uma questão demasiadamente complexa. Baseando-se apenas nesse pressuposto, pode-se manter ao desamparo da Justiça, escondido, o que por vezes prefere-se esconder.

Considerou-se que manter na clandestinidade tal situação não é a melhor opção para o sistema. Para o referido Tribunal, a solução mais adequada para a relação de concubinato está em reconhecer os efeitos jurídicos gerados, pois não é admissível que se permita o enriquecimento ilícito de um companheiro em desfavor do outro.

Quanto às situações jurídicas extramatrimoniais dos relacionamentos caracterizados como concubinato, registre-se, ocasionalmente tem-se o costume de considerá-los como sociedade de fato, aplicando em eventuais demandas o direito das obrigações.

Em relação aos casos envolvendo possíveis direitos previdenciários existe séria discussão como se verá em capítulo seguinte. As questões previdenciárias ainda são discutidas, não obstante o posicionamento firme do Supremo Tribunal Federal no sentido de não reconhecer direito previdenciário aos concubinos.

O que se pode afirmar, seguramente, é que o concubinato de hoje não tem fundamento legal para ser considerado como entidade familiar, apesar do pluralismo constitucional. Não é admissível que as ações judiciais possam apresentar suas razões com base no regramento do direito de família ou sucessório. Conforme entendimento mais adequado, os concubinos que se considerarem lesados em seus direitos, deverão valer-se das regras do direito das obrigações, uma vez que tal relação é considerada como uma sociedade de fato entre pessoas. Evidentemente, poderão também fundamentar suas demandas nos princípios constitucionais que versam sobre a dignidade da pessoa humana.

3. Os direitos do concubino na relação patrimonial

3.1 O fundamento no Direito das Obrigações

Uma vez que a relação patrimonial dos concubinos é analisada pela jurisprudência com base nas regras do Direito das Obrigações, é conveniente abordar, ainda que resumidamente, algumas noções gerais do direito obrigacional para melhor compreensão do tema.

Esse ramo do Direito regula a relação jurídica pessoal, obrigacional, existente entre dois sujeitos. Geralmente há um sujeito ativo, que é o credor e do outro lado, o sujeito passivo, que é o devedor. Pode-se dizer que é uma relação horizontal entre pessoas. Afirma-se que toda a vida jurídica “se desenvolve sob a influência do direito das obrigações, porquanto retrata a estrutura econômica da sociedade, voltada para a constituição de patrimônios” (LEITE, 2014).

Assim, hipoteticamente pode-se considerar que os concubinos são credores e devedores mútuos, isto é, dividem compromissos econômicos como se fossem sócios em alguma atividade, e que esta dívida obrigacional deve ser compensada no fim do relacionamento sob pena de se privilegiar um dos concubinos em relação ao outro.

Por exemplo, o concubino por vezes mantém a casa onde reside a concubina, mas esta, por sua vez, lava suas roupas, prepara as refeições e até o auxilia nos trabalhos e negócios que mantém. Dessa forma, existe um vínculo obrigacional entre as partes do concubinato que não interfere no patrimônio que o concubino casado construiu com a família nascida do casamento. Desse vínculo obrigacional, também considerado como uma sociedade de fato, é que se poderá valer o sujeito do concubinato para defesa de seus direitos, sem interferência no direito de família ou sucessório.

Analisando os aspectos doutrinários, convém ressaltar que o chamado direito real é diferente do direito obrigacional porque disciplina uma relação jurídica vertical, vinculando o sujeito e uma coisa, por isso não pode ser confundida com a obrigacional. Mais especificamente, o direito real, também chamado direito das coisas, “regula o poder dos homens sobre os bens e os modos de sua utilização econômica” (GOMES, 2009, p. 07).

Ocorre que a relação jurídica real tem características próprias, como por exemplo a tipicidade. A relação real é típica. A relação obrigacional não é típica, não é elencada pela lei, o que faz com que a diversidade de relações jurídicas existentes encontrem enquadramento nessa modalidade, como o concubinato. Assim, a relação jurídica real pressupõe previsão em lei, como a propriedade, usufruto, superfície, servidão, e outros institutos. Contudo, apesar de algumas relações obrigacionais serem previstas na lei, como as diversas espécies de contrato, existem relações obrigacionais que não estão elencadas legalmente, porque não exigem a tipicidade, pois é impossível prever positivamente o grande número de relações em que as pessoas se envolvem e possuem algum vínculo jurídico. No concubinato, apesar de não se reconhecer pela Lei o vínculo familiar, analisa-se a situação econômica obrigacional que não deve ser

esquecida, como em um vínculo contratual. A relação jurídico-obrigacional vincula pessoas, sujeito ativo, credor e passivo, devedor. Ao passo que a relação real é vertical, entre sujeito e coisa, além de ser típica, prevista em lei.

Nos estudos do direito obrigacional, aponta-se que existe ainda uma obrigação de natureza híbrida, que vincula pessoas e se justapõe a uma coisa. É a chamada obrigação *propter rem*. Nesse sentido:

A pessoa torna-se devedora, na obrigação *propter rem*, pela circunstância de ser titular de algum direito sobre o bem, ou seja, a obrigação *propter rem* é aquela que é própria da coisa, pois a acompanha, pouco importado a mudança da titularidade do bem. Desta forma, estaríamos perante uma obrigação mista (AQUINO, 2014).

Pode-se citar como exemplo de uma obrigação *propter rem* a obrigação de pagar taxa condominial, pois vincula pessoas, credor e devedor e se liga à coisa, não importando quem seja o dono, ele terá que arcar com a dívida condominial.

Assim entende o Superior Tribunal de Justiça:

AÇÃO DE COBRANÇA. COTAS DE CONDOMÍNIO. LEGITIMIDADE PASSIVA. PROPRIETÁRIO DO IMÓVEL, PROMISSÁRIO COMPRADOR OU POSSUIDOR. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. OBRIGAÇÃO PROPTER REM. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. RECURSO NÃO CONHECIDO. 1. As cotas condominiais, porque decorrentes da conservação da coisa, situam-se como obrigações *propter rem*, ou seja, obrigações reais, que passam a pesar sobre quem é o titular da coisa; se o direito real que a origina é transmitido, as obrigações o seguem, de modo que nada obsta que se volte a ação de cobrança dos encargos condominiais contra os proprietários. 2. Em virtude das despesas condominiais incidentes sobre o imóvel, pode vir ele a ser penhorado, ainda que gravado como bem de família. 3. O dissídio jurisprudencial não restou demonstrado, ante a ausência de similitude fática entre os acórdãos confrontados. 4. Recurso especial não conhecido. (STJ - REsp: 846187 SP 2006/0096197-4, Relator: Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, Data de Julgamento: 13/03/2007, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 09.04.2007 p. 255)

Assim, o proprietário nunca poderá alegar que a obrigação não é dele, valendo-se do argumento de que o contrato de locação que firmou previa que o locatário assumiria a obrigação de pagar as taxas de condomínio. Para o condomínio, isso é irrelevante porque quem tem obrigação de recolher taxa condominial é o proprietário. Diante de tal previsão contratual, é necessário que ele depois ingresse com a ação regressiva caso o locatário não cumpra com o pagamento.

Segundo o autor acima citado (AQUINO, 2014), não se pode confundir a obrigação *propter rem* com obrigação de eficácia real. A relação obrigacional produz efeitos *inter partes* enquanto a relação real produz efeito *erga omnes*.

Chama-se, portanto, de obrigação com eficácia real aquela obrigação comum levada a registro e que passa a ter efeitos *erga omnes* como se fosse um direito real.

Pode-se citar como exemplo de obrigação com eficácia real o caso de venda de um apartamento que ainda esteja alugado. O adquirente pode, perfeitamente, pedir a desocupação do locatário. Salvo, se o contrato de locação tivesse conferido a essa obrigação locatícia uma eficácia real, com o registro do contrato de locação no Cartório de Imóveis. Ocorrendo a averbação do contrato de locação ao lado da matrícula de imóvel, essa obrigação locatícia passa a ter eficácia real, de forma que o novo dono vai ter que respeitar o período de locação.

Nesse sentido regula a Lei nº. 8.245/91:

Art. 8º Se o imóvel for alienado durante a locação, o adquirente poderá denunciar o contrato, com o prazo de noventa dias para a desocupação, salvo se a locação for por tempo determinado e o contrato contiver cláusula de vigência em caso de alienação e estiver averbado junto à matrícula do imóvel.

Assim, no caso em tela, a obrigação locatícia passa a ter eficácia real e o comprador terá que respeitar o prazo final do contrato.

Cumpra lembrar também duas expressões muito usadas nos estudos do direito das obrigações, as palavras alemãs *schuld* e *haftung*, dada a influência do direito germânico no Brasil. *Schuld* remete à ideia de dever enquanto *haftung* remete à ideia de responsabilidade (GONÇALVES, 2011, p. 54).

Dessa maneira numa relação obrigacional o devedor é quem tem *schuld* e *haftung*. Mas em algumas relações pode acontecer que o devedor tenha *schuld* (dever) e um terceiro tenha *haftung*, quando ocorre, por exemplo, a prestação de fiança. O fiador passa a ter uma responsabilidade mas o dever primário não é dele.

É importante também que se faça a análise sobre a origem das obrigações. O fato jurídico que constitui a relação obrigacional é considerado uma fonte obrigacional.

A tradição romana considerava como fontes clássicas das obrigações o contrato, o quase-contrato, o delito e o quase-delito. O contrato é a fonte principal das obrigações, é um acordo bilateral de vontades. O quase-contrato é expressão usada para determinados atos jurídicos parecidos com contrato, como a promessa de recompensa. O delito é ato ilícito doloso, o quase delito é ato ilícito culposo.

Já segundo a classificação moderna consideram-se como fontes das obrigações os atos negociais, como o contrato, a promessa de recompensa e o testamento; alguns atos não-negociais, como os decorrentes do direito de vizinhança; e os atos ilícitos.

Nessa linha, pode-se entender perfeitamente o concubinato como um contrato de vínculo econômico entre os sujeitos, ainda que não seja reconhecido como entidade familiar. Aliás, segundo o ordenamento jurídico atual e as disposições da Constituição de 1988, nem se pode considera-lo de tal maneira, sob pena de se causar prejuízo à segurança jurídica daqueles que se uniram pelo casamento.

Assim, reconhecido o vínculo contratual dos concubinos com a constituição de uma sociedade de fato, a renda econômica auferida pelos sujeitos durante o concubinato deve ser devidamente dividida por ocasião do fim do relacionamento, sem atingir o patrimônio da família nascida do casamento, com base simplesmente no direito das obrigações.

Prosseguindo na análise doutrinária do vínculo obrigacional, Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 75) aponta que o chamado elemento objetivo da obrigação é a prestação. Ela é considerada a atividade do devedor satisfativa do interesse do credor. É a atividade do devedor que visa a satisfazer o interesse do credor. Ressalte-se que a prestação deverá ser lícita, possível e determinada ou, ao menos, determinável.

A prestação é geralmente classificada em prestação de dar, prestação de fazer e prestação de não fazer. E de acordo com o Código Civil, há uma classificação básica dividindo as obrigações em obrigação positiva, que inclui a obrigação de dar coisa certa ou coisa incerta e a obrigação de fazer, e em obrigação negativa, incluindo a obrigação de não fazer.

Cumprir dizer que, regra geral, a valoração econômica está presente na relação obrigacional. No entanto, pode-se reconhecer que há situações especiais em que essa economicidade não existe, como na obrigação imposta ao herdeiro de enterrar o morto segundo a sua vontade. Assim, excepcionalmente a doutrina admite que pode não haver o caráter econômico na obrigação imposta ao devedor.

É preciso destacar, ainda, que existe uma tendência de se considerar no direito das obrigações a ocorrência de uma função social e ética. Explica-se porque hoje se abordam as questões do direito civil sob o aspecto constitucional. Nesse sentido é que se analisa a divisão do patrimônio formado pelos concubinos independentemente do patrimônio da família constituída pelo casamento. Afirma-se que o direito civil passou por uma reconstrução, buscando tirar o patrimônio do foco das relações jurídicas dando ao ser humano uma tutela de maior dignidade.

3.2 A questão previdenciária

No que se refere aos serviços e benefícios da Previdência, eles têm o objetivo de auxiliar o contribuinte a manter as suas necessidades básicas quando estiver impossibilitado de trabalhar. Importante dizer que se deve compreender a expressão “trabalho” como “toda atividade desenvolvida pelo homem para prover o seu sustento e para produzir riquezas” (ROMAR, 2013, p. 26).

Entende-se que os benefícios da seguridade social são espécies de prestações garantidas pelo órgão previdenciário aos beneficiários, segurados e dependentes, para atender suas necessidades básicas.

Assim, o Regime Geral de Previdência Social contempla os seguintes benefícios para os segurados: aposentadoria por invalidez; aposentadoria por idade; aposentadoria por tempo de contribuição; aposentadoria especial; auxílio-doença; salário-família; salário maternidade; auxílio acidente.

Já para os dependentes assegura-se o recebimento da pensão por morte e do auxílio-reclusão.

Cumprir dizer, que além dos benefícios, segundo a Lei nº. 8.213/91, a Previdência ainda oferece aos segurados e dependentes dois serviços: o serviço social e a reabilitação profissional.

O serviço social trata-se de “uma atividade auxiliar do seguro social e visa a prestar, aos beneficiários, orientação e apoio no tocante à solução dos problemas pessoais e familiares e à melhoria de sua interrelação com a Previdência” (AGOSTINHO; SALVADOR, 2013, p. 87).

Também é assegurado aos dependentes do segurado falecido o benefício da pensão por morte, que possui, inclusive, previsão em fundamento constitucional. Além do disposto no art. 201 da Constituição da República, a pensão por morte é também disciplinada nos artigos 74 a 79 da Lei nº. 8.213/91 que traz o regramento sobre os benefícios da Previdência Social.

Convém dar um destaque às novas normas trazidas pela Medida Provisória nº. 664 do ano de 2014. Com as modificações, só terá direito ao benefício da pensão por morte o dependente que tiver pelo menos dois anos de casamento ou união estável. Antes dessa alteração não havia um prazo mínimo para o relacionamento.

As mudanças estabelecidas pela MP nº. 664/2014 fazem parte de uma série de medidas provisórias anunciadas pelo Governo Federal que tornarão mais difícil o acesso dos cidadãos a vários benefícios previdenciários. Contudo, as mudanças não afetam os dependentes que já recebem tal benefício.

Apesar de já ser um entendimento da jurisprudência, as novas alterações também estabelecem que deixa de ter direito à pensão o dependente condenado pela prática de crime que tenha resultado na morte do segurado.

Assim, passa-se a exigir um prazo de carência de 24 meses de contribuição do segurado para que o seu dependente tenha direito à percepção do benefício.

Também causou muita polêmica o novo cálculo que reduzirá o valor da pensão por morte, antes no patamar de 100% do salário de benefício. Agora, reduz-se para 50% mais 10% por dependente até o limite de 100% e com o fim da reversão da cota individual de 10%.

Destaca-se ainda que a mudança mais importante foi o que diz respeito à vitaliciedade do benefício da pensão por morte. Assim, os dependentes jovens não receberão mais pensão por toda a vida. Segundo as novas regras do Governo, o valor será vitalício apenas para os dependentes com até trinta e cinco anos de expectativa de vida, seguindo após isso uma média calculada pela expectativa de sobrevivência. Assim, o dependente do falecido que tiver entre 39 e 43 anos receberá pensão por quinze anos. Aquele que tiver idade entre 33 e 38 anos receberá o benefício por doze anos. O dependente com 28 a 32 anos terá o direito à pensão por nove anos, aqueles entre 22 e 27 anos receberão por seis anos. Por fim, o beneficiário com 21 anos ou menos receberá a pensão por morte durante apenas três anos.

Simplificadamente, pode-se apontar a pensão por morte como uma verba paga pelo Instituto Nacional do Seguro Social aos dependentes do segurado que padecer em óbito, com o objetivo de substituir a renda antes proveniente de seu trabalho.

Juscelino Soares da Silva (2014) ensina que “a função deste benefício é possibilitar ao dependente um meio para que este possa suprir sua existência, visto que antes possuía meio de executar sua subsistência, pois contava com a renda mensal do segurado”. Entretanto, após a morte do segurado, coloca-se em situação de necessidade e de socorro, e às vezes até de indigência.

É indicado no *caput* do art. 74, que a pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, mesmo não sendo aposentado, contando-se o prazo do início do direito ao recebimento da data do óbito ou da decisão judicial nos casos de morte presumida, constatada de acordo com as regras do Código Civil e do art. 78 da Lei nº. 8.213/91.

Dessa forma pode-se enumerar dois requisitos necessários para a concessão do benefício da pensão por morte, além do novo período de carência exigido, ou seja, a

condição de segurado do *de cuius* e a existência de beneficiários na condição de dependentes do falecido.

Quanto aos dependentes, cumpre ressaltar que estes não precisam estar vinculados ao sistema de Previdência Social para receberem os benefícios que a Lei lhes garante. A exigência é que apenas se constate a condição de dependente do segurado, conforme o art. 16 da Lei nº 8.213/91.

Conforme o referido dispositivo legal, existem três classes de dependentes do segurado, sendo que a primeira delas envolve pessoas de dependência já presumida como o cônjuge, a companheira ou companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido. As outras duas classes precisam comprovar sua dependência econômica para receberem o benefício, e integram esses dois grupos os pais e o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido.

Tratando-se do valor do provento da pensão por morte, ressalta-se que “a renda recebida pelos dependentes não poderá ser inferior a um salário mínimo, pois este benefício possui natureza remuneratória por ter pretensão de substituir a renda laboral do segurado; em caso de existir mais de um dependente, o valor aferido será rateado entre os mesmos” (SILVA, 2014).

Muitas vezes, a pensão por morte deve ser partilhada entre os dependentes da mesma classe segundo a ordem elencada no referido do art. 16. Dessa maneira, para a divisão do pensionamento, em primeiro lugar obedece-se a regra de que a existência de dependente na classe anterior excluirá os dependentes da classe posterior. Entretanto, na ocorrência de dependentes da mesma classe, concorrerão de forma igual na divisão do referido benefício.

O cônjuge é o primeiro dependente definido pela Lei, sendo considerado aquele que mantém em uma relação conjugal com o segurado nascida da celebração do casamento. É importante dizer que de acordo com as regras estabelecidas para fins previdenciários, o cônjuge separado ou divorciado, que estiver recebendo pensão de alimentos, não perderá a condição de dependente nos casos decorrentes de separação judicial ou divórcio. Assim, o cônjuge separado de fato, desde que mantenha a dependência econômica, será considerado dependente para fins previdenciários, segundo as regras dos parágrafos primeiro e segundo do art. 76 da Lei nº. 8.213/90.

Destaca-se, contudo, a disposição contida na Súmula nº. 336 do Superior Tribunal de Justiça: “A mulher que renunciou aos alimentos na separação judicial tem

direito à pensão previdenciária por morte do ex-marido, comprovada a necessidade econômica superveniente”.

As expressões “companheiro e companheira” usadas na legislação referem-se àqueles que mantêm união estável com o segurado ou a segurada. A entidade familiar reconhecida como união estável é citada no §3º do art. 226 da Constituição Federal nos seguintes termos: “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”.

Conforme entendimento da jurisprudência na interpretação do regramento legal, a comprovação de dependência econômica do companheiro não precisa ser exclusiva, é permitida a possibilidade de qualquer um dos sujeitos que compõem a união estável apresentar a percepção de renda complementar:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. ART. 74 E SEGUINTE DA LEI 8.213/91. ÓBITO, CONDIÇÃO DE SEGURADO E DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVADAS. 1. As provas colhidas nos autos indicam que o "de cujus" era segurado da Previdência Oficial ao tempo de seu óbito, embora laborasse sem o devido registro do contrato de trabalho, o que resta provado por início de prova documental, ao teor da Súmula nº 149, do E.STJ. 2. Tratando-se de segurado empregado, as contribuições previdenciárias devem ser cobradas do empregador, que é responsável tributário pelos seus descontos e recolhimentos, não sendo possível exigi-las de quem reclama pensão por morte, já que a obrigação cabia a outra pessoa. 3. As disposições do art. 24, § único, da Lei 8.213/91, são inaplicáveis à pensão por morte, tendo em vista que esse benefício independe de carência, ao teor do art. 26, I, da mesma lei. 4. Pelo que consta dos autos, verifica-se que a parte-requerente e o "de cujus" viviam maritalmente, em coabitação e formando uma unidade familiar, na qual verificava-se dependência econômica mútua, do que resulta união estável para fins do art. 226, § 3º, da Constituição Federal e da lei previdenciária. 5. Conforme o art. 16, I, e § 4º, da Lei 8.213/91, presume-se dependência econômica da companheira em relação ao segurado falecido, mesmo que essa dependência não seja exclusiva, pois a mesma persiste ainda que os dependentes tenham meios de complementação de renda. Súmula 229, do extinto E.TFR. Também é possível acumular pensão e aposentadoria, ante à inexistência de vedação na Lei 8.213/91, proibindo-se apenas o pagamento de mais de uma pensão a um único beneficiário. 6. Esse benefício é devido ao conjunto de dependentes do "de cujus" que reúnam as condições previstas nos art. 77 da Lei 8.213/91, não obstante o pagamento a constatação de ausência de filho ou cônjuge, assegurado o direito à eventual habilitação posterior. 7. A pensão deve ser calculada segundo a legislação vigente ao tempo do óbito (independentemente da data de seu requerimento ou de seu termo inicial), incidindo reajustes na forma das normas previdenciárias, rateando-se o montante igualmente entre todos os dependentes, revertendo em favor dos demais a parte daquele cujo direito à pensão cessar na forma do § 2º do art. 77 da Lei 8.213/91. É também devido o abono anual. 8. Tendo o óbito ocorrido antes da vigência da MP 1.596-14, de 10.11.97, que resultou na Lei 9.528 (DOU de 11.12.97), há que se emprestar interpretação conforme a constituição à nova redação dada ao art. 74 da Lei 8.213/91, para assegurar direito adquirido à concessão da pensão desde a data do óbito, sendo os valores em atraso acrescidos de correção monetária (na forma do art. 1º, II, da Portaria DFSJ/SP nº 92, de 23.10.2001 - DOE de 1º.11.2001, Caderno 1 - Parte II, pág. 02/04, e da Súmula 08 desta Corte), e juros 0,5% (meio) ao mês a partir da citação válida (calculados de forma global sobre o valor atualizado

de cada prestação vencida anterior à citação, e decrescente após a citação, observada a Súmula 204 do E.STJ). [...]10. Apelação da parte-requerente à qual se dá provimento. (TRF3 - 3ª T AC 199903990611819, Rel. JUIZ CARLOS FRANCISCO, DJU DATA: 18/11/2002 p. 653).

Quanto aos filhos, não há nenhuma regra especial a se apontar, uma vez que existe a proibição constitucional de preconceito quanto à condição de origem, podendo se apresentar como beneficiários para a pensão por morte os filhos provenientes das relações do casamento, união estável ou mesmo adoção.

Existe ainda a figura dos “equiparados a filhos” trazida pelo §2º do art. 16 da Lei nº. 8.213/91. São eles os enteados e os tutelados. Enteadado é o filho do cônjuge ou do companheiro com outra pessoa que convive com o segurado da Previdência. Já o tutelado é aquele que não possui meios para manter a sua subsistência, além de outras peculiaridades do Direito Civil, assim considerado por meio de declaração judicial.

Aparece, assim, a eventual relação da concubina, que não é amparada pela literalidade da legislação brasileira. Assim, com o objetivo de também receber o benefício da pensão por morte, a parte interessada deverá fundamentar-se em princípios norteadores da regulação da vida civil, especialmente das regras obrigacionais, para que talvez consiga a tutela requerida, conforme o caso concreto.

Convém ressaltar que os Tribunais têm manifestado o entendimento de não ser possível a concessão de pensão por morte à concubina ou ao concubino, uma vez que a literalidade da Lei dispõe apenas sobre “cônjuge” ou “companheiros”. As sentenças proferidas em primeiro grau de jurisdição que denegam o pedido dos concubinos geralmente são mantidas pelos Tribunais. Em regra, determina-se o cancelamento definitivo do benefício de pensão por morte concedido à concubina pelo INSS. Fundamenta-se pela disposição da própria Lei nº. 8.213/91, que determina ser indispensável ao reconhecimento do direito à pensão por morte a qualidade de cônjuge ou companheira do ex-segurado.

Há uma tendência do INSS em efetuar a divisão da pensão por morte entre a concubina e a esposa ou companheira. A Previdência Social entende ser possível assegurar à concubina o rateio do valor referente à pensão por morte, sob o fundamento de existir uma sociedade de fato, entretanto, não reconhece a existência de união estável.

Com o rateio concedido pelo INSS, é comum a esposa do segurado falecido ou até mesmo a sua companheira valer-se do Poder Judiciário solicitando o cancelamento da pensão por morte à concubina. O argumento da esposa baseia-se no fato de não ter

sido reconhecida a existência de união estável entre o segurado falecido e a ré, fazendo com que a concubina não tenha direito de se colocar como beneficiária de parte da pensão deixada.

Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti (2014) em artigo eletronicamente publicado cita o julgamento de 03 de junho de 2008 do Supremo Tribunal Federal. O entendimento do STF, decidido por maioria dos votos, foi no sentido que a concubina não tem direito à divisão de pensão por morte, conforme comenta a autora:

A decisão foi tomada levando-se em conta o artigo 226 § 3º da Constituição Federal, entendendo os Ministros Marco Aurélio, Menezes Direito, Ricardo Lewandowski e a Ministra Carmem Lucia que a Constituição Federal brasileira não autoriza o reconhecimento de famílias paralelas, afirmando os Ministros citados que o conceito de união estável não engloba a situação de relacionamentos impedidos e concomitantes. Foi vencido o Ministro Carlos Ayres Britto que defendeu a tese de que não existe concubinato, a Constituição Federal só fala em união estável, não trata de concubinato, para a Constituição Federal de 1988 só existe o companheirismo, independentemente de ser concomitante à outra relação ou não, no núcleo doméstico estabilizado no tempo o que vale é o sentimento e é dever do Estado amparar as relações familiares (CAVALCANTI, 2014).

Para melhor compreensão do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, ressalta-se a ementa da referida decisão:

COMPANHEIRA E CONCUBINA - DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. UNIÃO ESTÁVEL - PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. PENSÃO - SERVIDOR PÚBLICO - MULHER - CONCUBINA - DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina. (Recurso Especial n. 397762, Bahia - BA, Primeira Turma do STF, Relator: Min. Marco Aurélio, julgamento em 03/06/08, publicação em 12/09/08)

Referindo-se ainda à posição do Supremo Tribunal Federal, convém ressaltar que em período posterior, no mês de fevereiro do ano de 2009, a Suprema Corte ainda confirmou o seu entendimento de que a concubina não tem o direito de ratear a pensão do falecido com a viúva.

No artigo acadêmico supra referido Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti (2014) cita o julgamento do Recurso Extraordinário 590779 interposto pela viúva contra decisão da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Vitória, no Estado do Espírito Santo. A referida Turma reconheceu os pedidos processuais sustentados pela concubina, deferindo a divisão da pensão. E nessa ocasião, mais uma vez, o Supremo Tribunal Federal, também por maioria dos votos, sustentou que é impossível a

configuração da união estável quando um dos seus componentes já é casado e vive com o cônjuge em situação familiar, como se verificou no caso em concreto.

Não se pode esquecer que a legislação do Brasil não reconhece entidades familiares dúplices ou múltiplas, apesar da ocorrência de fato desses relacionamentos. Pode-se afirmar, ainda, que dificilmente o concubinato gera o enriquecimento ilícito de um dos sujeitos da relação, pois, nessas hipóteses, é possível a aplicação das regras do direito obrigacional, reconhecendo-se as relações de concubinato como geradoras de efeito simplesmente econômico, mas não como entidade familiar.

Ademais, é esse também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, manifestado em julgamento de Recurso Especial:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. COMPARTILHAMENTO DA PENSÃO ENTRE A VIÚVA E CONCUBINA. IMPOSSIBILIDADE. CONCOMITÂNCIA ENTRE CASAMENTO E CONCUBINATO ADULTERINO IMPEDE A CONSTITUIÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL, PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Para fins previdenciários, há união estável na hipótese em que a relação seja constituída entre pessoas solteiras, ou separadas de fato ou judicialmente, ou viúvas, e que convivam como entidade familiar, ainda que não sob o mesmo teto. 2. As situações de concomitância, isto é, em que há simultânea relação matrimonial e de concubinato, por não se amoldarem ao modelo estabelecido pela legislação previdenciária, não são capazes de ensejar união estável, razão pela qual apenas a viúva tem direito à pensão por morte. 3. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 1104316 RS 2008/0238547-7, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 28/04/2009, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/05/2009)

Importante ressaltar, inclusive como já se referiu em comentários anteriores, que, mesmo com as disposições do Código Civil e da Constituição de 1988 que reconhecem a união estável como entidade familiar, ela não ocorre quando se configura algum impedimento para o casamento. Assim, sabe-se que o estado civil de casado apenas deixa de ser um obstáculo quando comprovada a separação de fato do casal, isto é, quando não houver mais a convivência entre os cônjuges.

Desse modo, “no caso da presença do impedimento matrimonial, que não seja a separação de fato ou separação judicial, a relação deve ser configurada como concubinato (CC, art. 1.727) e não de união estável” (CAVALCANTI, 2014).

Já em relação ao entendimento dos Tribunais Regionais Federais, geralmente as decisões costumam versar sob os mesmos argumentos:

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE. RATEIO ENTRE CONCUBINA E ESPOSA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. 1. No caso concreto, restou comprovado que o segurado falecido manteve um longo relacionamento amoroso com a autora que, pela farta prova produzida nos autos, pode ser classificado como concubinato adúltero diante da concomitância de casamento com a viúva pensionista até a data do falecimento. 2. O concubinato adúltero não gera direitos

previdenciários, uma vez que não é possível o agasalhamento de tal relação pelo direito previdenciário pátrio, que protege somente a união estável. Precedentes do STJ e do STF. 3. Deve ser mantida a sentença que negou direito ao rateio da pensão por morte decorrente da aposentadoria do segurado falecido. 4. Apelação não provida. (TRF-1 - AC: 311632720004013300 BA 0031163-27.2000.4.01.3300, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL ÂNGELA CATÃO, Data de Julgamento: 11/12/2013, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.17 de 26/03/2014)

Entretanto, apesar do posicionamento contrário do Supremo Tribunal Federal, alguns dos Tribunais Regionais Federais insistem em reconhecer, em alguns casos, a relação afetiva concomitante, ou seja, ao mesmo tempo do casamento, reconhecendo o vínculo familiar e consequente concessão de benefício previdenciário.

Em sentido contrário ao Supremo Tribunal Federal, por exemplo, nesse sentido decidiu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região em julgamento da Apelação Cível nº. 2000.04.01.0376495 com publicação no DJU em 25 de setembro de 2002:

Diante das novas orientações constitucionais, que fazem emergir a isonomia entre o casamento e a união estável, é de se reconhecer os efeitos que gera o concubinato, mesmo o impuro, no âmbito previdenciário. Concorrendo ao benefício a esposa e a concubina, a solução admitida de forma uníssona pela jurisprudência é a divisão da pensão.

Nessa linha, é importante ressaltar que alguns autores como Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari também sustentam a possibilidade de rateio:

Nos casos em que o cônjuge falecido mantinha, ao mesmo tempo, a(o) esposa(o) e a(o) concubina(o), deve ser avaliado o conjunto probatório para verificar se a(o) requerente viveu e dependeu do(a) segurado(a) até o falecimento deste(a). Restando demonstrada a situação de concubinato, a mesma deve ser reconhecida para fins previdenciários, não sendo impedimento para tanto a existência simultânea de esposa(o)(CASTRO; LAZZARI, 2010, p. 661).

É inegável que esses entendimentos divergentes nos tribunais causam insegurança jurídica e demonstram uma divisão no pensamento do Poder Judiciário brasileiro.

Dessa maneira, diante dos posicionamentos contrários, Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti (2014) defende “a importância de unificação do entendimento sobre o assunto no judiciário, para que pessoas envolvidas em casos semelhantes não tenham soluções conflitantes, por causa da interpretação da lei”. A autora alega que é dever do Poder Judiciário zelar para que as decisões judiciais tenham uniformidade e que o princípio da igualdade seja respeitado. Não se pode admitir que uma família de determinada localidade receba da Justiça um tratamento diverso daquele que é conferido a uma família que vive em outro, quando postularem no Judiciário ações envolvendo as

mesmas situações e as mesmas disposições legais a serem aplicadas, com a modificação apenas dos sujeitos envolvidos.

Espera-se que o entendimento do Supremo Tribunal Federal que assegura a proteção à sociedade marital constituída com as exigências do Código Civil seja pacificamente aplicado pelos outros órgãos do Poder Judiciário.

4 Conclusão

Tendo como foco a relação concubinária, buscou-se explicar as delineações do tema com fundamento atualizado na legislação brasileira contemporânea.

Apontou-se que, como deveres de ambos os cônjuges, além da vida comum no domicílio conjugal, da mútua assistência, do sustento, guarda e educação dos filhos e do respeito e a consideração mútuos, o Código Civil ainda estabelece o dever de fidelidade recíproca. Assim, diante da solenidade jurídica do casamento civil é que se analisou os institutos jurídicos da união estável e do concubinato no ordenamento brasileiro, sob pena de mitigar a garantia da segurança legalmente positivada.

Levando-se em conta o estudo da doutrina nesse contexto, demonstrou-se que atualmente a palavra concubinato designa apenas o relacionamento afetivo entre pessoas casadas que desrespeitam o dever de fidelidade. Ressaltou-se que a Constituição de 1988 reconheceu o que anteriormente era chamado concubinato puro como uma entidade familiar, isto é, a união estável.

Viu-se, dessa forma, que os mesmos requisitos estabelecidos para o casamento civil, ou seja, nas mesmas situações em que é proibida a realização do casamento é também proibida a constituição de união estável, segundo a norma constitucionalmente vigente no Brasil.

Conclui-se, pelos estudos apontados, que a relação da concubina com o cônjuge infiel não é amparada pela da legislação brasileira. Portanto, desejando se beneficiar de algum efeito patrimonial da relação concubinária, como o benefício da pensão por morte, a parte interessada não poderá fundamentar seus pedidos no direito de família ou no direito das sucessões.

Para efetivação da tutela requerida o concubino deverá se valer apenas dos princípios norteadores da regulação da vida civil, especialmente das regras obrigacionais, pois a jurisprudência do Brasil, em geral, não tem aceitado a concessão da pensão por morte aos concubinos, apesar da concordância do INSS em alguns casos.

Entretanto, demonstrou-se que mesmo com a posição do Supremo Tribunal Federal que sustenta a impossibilidade do rateio da pensão por morte, alguns Tribunais Regionais Federais ainda reconhecem, em algumas demandas, a relação concomitante, ou seja, ao mesmo tempo do casamento, para fins de reconhecimento de vínculo familiar e consequente concessão de benefício previdenciário.

Por fim, destacou-se que é necessária uma uniformização da jurisprudência com base no entendimento do Supremo Tribunal Federal, para garantia da segurança jurídica dos jurisdicionados. Apesar da exigência constitucional dos casos em concretos serem analisados sob o foco do princípio da dignidade da pessoa humana, verificou-se que não é possível desconsiderar a solenidade do negócio jurídico do casamento sob pena de desprezar as normas do sistema legal e jurídico vigente no Brasil.

REFERÊNCIAS

AGOSTINHO, Theodoro Vicente; SALVADOR, Sérgio Henrique. **Direito Previdenciário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

AQUINO, Leonardo Gomes de. **Ônus reais. Figuras híbridas ou intermediárias: obrigações propter rem. Obrigações com eficácia real. Sub-rogação real**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7150>. Acesso em: 13 de abr. 2015.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 12. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. **O conceito de união estável e concubinato nos os tribunais nacionais**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5910>. Acesso em: 30 de mar. 2015.

CHEQUER, Cláudio. **O Ministério Público e a promoção dos Direitos Fundamentais nas relações privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro 2 – Teoria Geral das Obrigações**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEITE, Gisele Pereira Jorge. **Direito das Obrigações: versão contemporânea**. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13486&revista_caderno=7>. Acesso em: 13 de abr. 2015.

MONTEIRO, Whashington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Curso de Direito Civil**. vol. 2. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. vol. V. 22. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do Trabalho Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, Juscelino Soares da. **O benefício da pensão por morte no RGPS**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12602>. Acesso em: 31 de mar. 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. vol. VI. 10. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.