

PENSÃO POR MORTE E EXCLUSÃO DA CONCUBINA DO ROL DE DEPENDENTES

OSCAR VALENTE CARDOSO

JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO DO JEF CÍVEL DE CHAPECÓ/SC. MESTRE EM DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS PELA UFSC. ESPECIALISTA EM DIREITO PÚBLICO E EM DIREITO CONSTITUCIONAL. PÓS-GRADUANDO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL E EM COMÉRCIO INTERNACIONAL.

Resumo: Os dependentes previdenciários são divididos em três classes, em divisão que se assemelham à ordem civil de vocação hereditária, ou seja, a existência de dependente em uma classe afasta aqueles das classes mais remotas. Têm direito aos benefícios de pensão por morte e auxílio-reclusão, além dos serviços de reabilitação profissional e social. O artigo analisa aspectos da pensão por morte, e a inclusão – ou não – da concubina como dependente, com base no tratamento dispensado ao assunto pelos tribunais e pela doutrina especializada.

Abstract: In Brazilian social welfare, dependents are divided into three categories, and have the right to death pension benefit, a prison benefit, services of professional and social rehabilitation. This article examines the death pension benefit, and the inclusion – or not – of concubines as dependents.

Sumário: 1. Introdução – Aspectos Introdutórios da Pensão por Morte – 3. Concubinato e União Estável: Delimitação dos Conceitos – 4. Direito da Concubina à Pensão por Morte – 5. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

A 1ª Turma do STF, bem como diversas Turmas do STJ, recentemente decidiram questões envolvendo a delimitação dos beneficiários da pensão por morte, e a situação jurídica da concubina nessas situações.

Busca-se, neste artigo, após abordar algumas questões essenciais à compreensão do benefício, examinar a matéria, bem como os fundamentos da decisão do STF e do STJ, as posições dos TRF, de Turmas Recursais e da doutrina, para, ao final, acrescentar argumentos e contribuir para a discussão do tema.

2. Aspectos Introdutórios da Pensão por Morte

A pensão por morte está prevista nos arts. 74/79 da Lei nº 8.213/91, e regulamentada nos arts. 105/116 do Decreto nº 3.048/99, além de ter fundamento constitucional no art. 201, V, que assegura, em seu § 2º, o valor não inferior a um salário mínimo (com exceção da divisão em cotas, a ser mencionada adiante).

Possui três requisitos para a sua concessão: a) óbito do segurado; b) qualidade de segurado (não necessariamente na data do falecimento); c) e a qualidade de dependente do postulante do benefício.

Independentemente de estar exercendo atividades laborativas ou aposentado, o falecimento do segurado é suficiente para atender o primeiro requisito (*caput* do art. 74 da Lei nº 8.213/91). Não somente a morte biológica² gera direito ao benefício, mas também o óbito presumido, com ou sem declaração de ausência. O art. 6º do atual Código Civil dispõe que “a existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva”. Por sua vez, conforme o art. 7º:

“Art. 7º. Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência:

I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida;

II - se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até 2 (dois) anos após o término da guerra.

Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento”.

Verificam-se, assim, três situações de morte: biológica (art. 6º), presumida com declaração de ausência (art. 6º), e presumida sem decretação de ausência

² Há controvérsia no direito civil e na medicina legal acerca do termo adequado para designar o óbito que põe fim à personalidade: morte biológica, clínica, natural, cerebral, encefálica, etc. Por não se tratar de assunto com interesse para este artigo, opta-se por utilizar a primeira expressão, em contraposição à morte presumida.

(art. 7º). Fala-se ainda em morte civil para designar a exclusão dos indignos da sucessão, nos termos do art. 1.816 do Código Civil³, porém, tal situação não produz efeitos no direito previdenciário.

Por ser exigida somente a qualidade de segurado, a concessão da pensão por morte independe de carência (art. 26, I, da Lei nº 8.213/91, e art. 30, I, do Decreto nº 3.048/99), ou seja, basta que o segurado tenha recolhido uma contribuição, para que o benefício seja devido aos seus dependentes. Ainda, mesmo que não tenha recolhido contribuição no mês de sua morte, os dependentes terão direito ao benefício se estiver mantida a qualidade de segurado, conforme as regras do art. 15 da Lei nº 8.213/91⁴.

Além disso, entende-se que, caso o segurado preencha os requisitos e tenha o direito (em tese) ao recebimento de qualquer modalidade de aposentadoria (por invalidez, por tempo de serviço/contribuição, por idade e especial), seus dependentes têm direito à pensão por morte, ainda que ocorra a perda da qualidade de segurado na data do óbito⁵. Nesse sentido, o art. 102, § 2º, da Lei nº 8.213/91 prevê que “não será concedida pensão por morte

³ O citado dispositivo prevê que “são pessoais os efeitos da exclusão; os descendentes do herdeiro excluído sucedem, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão”. Na lição de Sílvio de Salvo Venosa: “Não temos também a denominada morte civil, embora haja resquício dela, como, por exemplo, no art. 157 do Código Comercial e no art. 1.599 do Código Civil de 1916 (novo, art. 1.816). Por esse dispositivo do Código Civil, os excluídos da herança por indignidade são considerados como se mortos fossem: seus descendentes herdam normalmente” (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: parte geral. 2. ed. v. 1. São Paulo: Atlas, 2002, p. 188).

⁴ Sobre o assunto: “(...) 1. A qualidade de segurado indica a existência de vínculo entre o trabalhador e a Previdência Social, cabendo ao art. 15 da Lei nº 8.213/91 estabelecer condições para que ele mantenha tal qualidade no chamado período de graça, no qual há a extensão da cobertura previdenciária, independentemente de contribuições. (...) 4. Ocorrendo o óbito durante o chamado ‘período de graça’, não há falar em perda da qualidade de segurado do de cujus, razão pela qual seus dependentes fazem jus à pensão por morte” (STJ, AgRgRD no REsp 439021/RJ, 6ª Turma. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 18/09/2008, DJe 06/10/2008). Da mesma forma: “(...) Apenas é possível a concessão de pensão por morte nos casos em que falecido possua, na data do óbito, qualidade de segurado ou direito adquirido a qualquer aposentadoria” (TNU, Incidente de Uniformização 200563060152932, rel. Juiz Federal Cláudio Roberto Canata, j. 29/10/2008, DJ 16/01/2009). Nesse sentido: 1ª Turma Recursal do Amazonas, Processo 200232007002245, rel. Juiz Federal Vallisney de Souza Oliveira, j. 02/09/2002, DJ 12/09/2002; 1ª Turma Recursal da Bahia, Processo 200433007246010, rel. Juíza Federal Cynthia de Araújo Lima Lopes, j. 24/09/2004; 1ª Turma Recursal de São Paulo, Processo 200261840024665, rel. Juiz Federal Aroldo José Washington, j. 25/05/2004; 2ª Turma Recursal de São Paulo, Processo 200361840067801, rel. Juiz Federal Ricardo de Castro Nascimento, j. 02/03/2004. Doutrinariamente: “(...) é necessário que na data do óbito esteja presente a qualidade de segurado, isto é, que o falecido não tenha perdido esta qualidade” (DUARTE, Marina Vasques. *Direito previdenciário*. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005, p. 210).

⁵ Nesse sentido entende o STJ: “(...) 1. É da jurisprudência da Terceira Seção que a pensão por morte é garantida aos dependentes do de cujus que tenha perdido a qualidade de segurado, desde que preenchidos os requisitos legais de qualquer aposentadoria antes da data do falecimento, o que, na hipótese, não ocorreu” (Ag no REsp 775352/SP, 6ª Turma, rel. Min. Nilson Naves, j. 30/10/2008, DJe 15/12/2008). Também: Ag no REsp 964594/SC, 5ª Turma, rel. Min. Jorge Mussi, j. 28/02/2008, DJe 31/03/2008; EREsp 263005/RS, 3ª Seção, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 24/10/2007, DJe 17/03/2008. Igual é o entendimento da TNU: “(...) Apenas é possível a concessão de pensão por morte nos casos em que falecido possua, na data do óbito, qualidade

aos dependentes do segurado que falecer após a perda desta qualidade, nos termos do art. 15 desta Lei, salvo se preenchidos os requisitos para obtenção da aposentadoria na forma do parágrafo anterior”⁶. Especificamente, caso se alegue que o falecido estava incapacitado e teria direito à aposentadoria por invalidez, deve-se demonstrar que a incapacidade teve início durante o período de manutenção da qualidade de segurado⁷.

A pensão por morte, ao lado do auxílio-reclusão, da pensão por morte e dos serviços de reabilitação profissional e social, é um benefício concedido aos dependentes do segurado do RGPS. Enquanto os segurados possuem vinculação direta com a Previdência Social, por exercerem uma atividade considerada de filiação obrigatória (ou espontânea e facultativamente efetuarem sua inscrição), os dependentes têm uma ligação indireta, derivada do vínculo que têm com o segurado.

Portanto, o benefício de pensão por morte é devido a quem tem uma ligação com o segurado, mas não qualquer espécie de vínculo. Dependentes, no rol do art. 16 da Lei nº 8.213/91 (e do art. 16 do Regulamento) são: a) cônjuge, companheiro(a) e filho(a) não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido (dependentes preferenciais); b) os pais; c) o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido. Essa divisão assemelha-se à ordem de vocação hereditária existente no direito civil (art. 1.829, CC), na qual a existência de dependente de uma das classes afasta os dependentes das classes seguintes (ou mais remotas) do direito ao benefício previdenciário (art. 16, § 1º, da Lei nº 8.213/91).

A renda mensal da pensão por morte corresponde a 100% do valor da aposentadoria que o segurado estiver percebendo no momento do óbito; caso não seja aposentado, o benefício será de 100% do valor da aposentadoria por invalidez que seria devida ao segurado na data de seu falecimento⁸.

de segurado ou direito adquirido a qualquer aposentadoria” (Incidente de Uniformização 200563060152932, rel. Juiz Federal Cláudio Roberto Canata, j. 29/10/2008, DJ 16/01/2009). Igualmente: Incidente de Uniformização 2002618400070558, rel. Juiz Federal Joel Ilan Paciornik, j. 10/10/2005, DJ 14/11/2005.

⁶ O § 1º do citado dispositivo prevê: “A perda da qualidade de segurado não prejudica o direito à aposentadoria para cuja concessão tenham sido preenchidos todos os requisitos, segundo a legislação em vigor à época em que estes requisitos foram atendidos”.

⁷ Sobre o assunto: “PREVIDENCIÁRIO. PEDIDO DE **PENSAO POR MORTE DE SEGURADO FACULTATIVO**. JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA. PERDA DA **QUALIDADE DE SEGURADO ANTERIOR À ECLOSÃO DO MAL QUE RESULTOU NA MORTE**. ADEQUADA APLICAÇÃO DO ART. 15, CAPUT E INCISO VI DA LEI Nº 8.213/1991. (...) A sentença de improcedência confirmada pela 1ª Turma Recursal do Paraná deu a solução jurídica adequada à realidade do caso. De fato, trata-se de pedido de **pensão por morte**, feito por dependente de **segurado facultativo** que perdeu a **qualidade de segurado** antes mesmo de contrair a doença que resultou em sua **morte**” (Turma Regional de Uniformização da 4ª Região, Incidente de Uniformização 200670950031700/PR, rel. Juíza Federal Maria Isabel Pezzi Klein, j. 13/03/2007, DE 26/03/2007).

⁸ Nos termos do art. 75 da Lei nº 8.213/91: “O valor mensal da pensão por morte será de cem por cento do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela a que teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data de seu falecimento, observado o disposto no art. 33 desta lei”. Igualmente dispõe o § 3º do art. 39 do regulamento: “O valor mensal da pensão por morte ou do auxílio-reclusão será de cem por cento do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela a que teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data de seu falecimento, observado o disposto no § 8º do art. 32”.

Havendo mais de um dependente, o benefício é dividido em cotas individuais iguais, ainda que sejam inferiores ao salário-mínimo (art. 77 da Lei nº 8.213/91, e art. 113 do Decreto nº 3.048/99).

O art. 74 da Lei nº 8.213/91 versa sobre o início do benefício: a) a data do óbito do segurado, se a pensão por morte for requerida até trinta dias após; b) a DER, caso o pedido seja formulado em prazo superior a trinta dias a partir da data do falecimento; c) da decisão judicial, nas hipóteses de declaração de morte presumida. Se o dependente for incapaz, o benefício será devido desde o óbito, mesmo que pleiteado em lapso temporal superior a 30 dias⁹.

A extinção da pensão ocorre com a cessação da qualidade de dependente, em quatro principais situações: a) o óbito do pensionista; b) pela emancipação¹⁰ do filho ou do irmão, ou quando completar os 21 anos de idade¹¹; c) a cessação da invalidez do dependente que recebia o benefício em virtude dessa condição, verificada por meio de perícia; d) e a adoção, por outrem, do filho que recebia o benefício de pai e/ou mãe biológicos (art. 77, § 2º, da Lei nº 8.213/91, e art. 114 do regulamento).

⁹ O revogado art. 105, I, 'b', do regulamento, preceituava expressamente que o benefício de pensão por morte seria devido desde o óbito ao dependente menor de 16 anos de idade, independentemente da DER, e também caso formulasse o requerimento em até 30 dias após completar essa idade. Sobre o assunto: "PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. CONJUGE E FILHAS DO de CUJUS. ESPOSO FALECIDO. DIB DATA DO ÓBITO. INTERESSE de MENOR ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. INOCORRÊNCIA de PRESCRIÇÃO OU DECADÊNCIA. NÃO APLICAÇÃO DO ART. 74 DA LEI 8.213/91. RECURSO PROVIDO. DIB FIXADA NA DATA DO ÓBITO COM EFEITOS FINANCEIROS DIFERENCIADOS" (1ª Turma Recursal do Mato Grosso, Processo 200836007002828, rel. Juiz Federal José Pires da Cunha, j. 06/02/2009, DE 19/02/2009). Ainda: "(...) Em se tratando de pensionista menor impúbere, a data de início do benefício de pensão por morte será sempre a data do óbito do instituidor, não incidindo a regra do art.74, II, da Lei 8.213/91, visto que contra o incapaz não corre prazo prescricional" (Turma Regional de Uniformização da 4ª Região, Incidente de Uniformização 200670950126565, rel. Juíza Federal Luísa Hickel Gamba, j. 22/08/2008, DE 10/09/2008).

¹⁰ O art. 114, II, do Decreto nº 3.048/99 excetua da emancipação a colação de grau científico em curso de ensino superior. Logo, nessa situação, o dependente continua a receber o benefício, até completar os 21 anos de idade, ou se emancipar por alguma das demais hipóteses previstas no parágrafo único do art. 5º do Código Civil (concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos; casamento; exercício de emprego público efetivo; e estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria).

¹¹ Sobre o assunto, surgiu teoria defendendo a possibilidade de recebimento da pensão pelo dependente até os 24 anos de idade, desde que seja estudante de curso universitário. Todavia, esse entendimento não encontrou acolhida nos tribunais. A Súmula nº 74 do TRF preceitua que "extingue-se o direito à pensão previdenciária por morte do dependente que atinge 21 anos, ainda que estudante de curso superior". A Súmula nº 30 das Turmas Recursais do Espírito Santo prevê: "O fato do dependente do segurado falecido ser estudante universitário, não autoriza a prorrogação da pensão por morte até os 24 anos de idade, levando-se em conta que, após esta data, há a possibilidade de prosseguimento dos estudos concomitantemente ao desenvolvimento de atividades laborativas. Ademais, não se aplica na hipótese a regra prevista no art. 35, § 1º da Lei 9.250/95, tendo em vista que a norma se refere especificamente ao Imposto de Renda". Similar é o teor da Súmula nº 37 da 1ª Turma Recursal de Minas Gerais: "É incabível a extensão do pagamento da pensão por morte ao estudante universitário maior de vinte e um anos de idade".

3. Concubinato e União Estável: Delimitação dos Conceitos

O concubinato, no direito de família, sempre foi relacionado com a união entre homem e mulher, sem a formalização do casamento. Orlando Gomes salientava que a família podia derivar de três fontes (casamento, concubinato e adoção), e que o concubinato correspondia à união estável¹². Distinguiu-se, assim, o concubinato “puro” (não adúlterino) do “impuro” (ou adúlterino), que era aquele em que a pessoa vivia com o cônjuge e, ao mesmo tempo, mantinha relacionamento com concubino(a).

Todavia, esse não é o sentido atual do termo, segundo o art. 1.727 do novo Código Civil: “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”. Por isso, reconhecida a união estável como entidade familiar (art. 226, § 3º, da Constituição, e art. 1.723, CC), há quem adote só uma modalidade de concubinato, que era aquele designado de impuro ou adúlterino¹³. Porém, o concubinato não se limita a esse caso, e mesmo com a regulamentação do novo Código Civil abrange outras situações, sendo o casamento somente uma delas.

Com fundamento nos impedimentos listados pelo art. 1.521, CC, há concubinato caso a relação seja entre: a) ascendentes e descendentes, seja o parentesco natural (consanguíneo) ou civil (de outra origem, como, por exemplo, a adoção); b) os afins em linha reta¹⁴; c) o adotante com quem foi cônjuge do adotado, e o adotado com quem o foi do adotante; d) os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e os demais colaterais, até o terceiro grau, inclusive; e) o adotado com o filho do adotante; f) as pessoas casadas; g) e cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte. O § 2º do art. 1.723 esclarece ainda que as causas suspensivas do casamento¹⁵ não impedem a

¹² GOMES, Orlando. *Direito de família*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, pp. 33 e 42.

¹³ Nesse sentido é o entendimento de Carlos Roberto Gonçalves: “A expressão ‘concubinato’ é hoje utilizada para designar o relacionamento amoroso envolvendo pessoas casadas, que infringem o dever de fidelidade (adúlterino)” (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil: direito de família*. v. 2. 8. ed. São Paulo; Saraiva, 2002, pp. 155-156).

¹⁴ A afinidade consiste no vínculo de parentesco existente com os parentes do cônjuge ou companheiro. Nos termos do § 1º do art. 1.595 do CC, “o parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro”. Assim, considerando que o impedimento envolve os afins em linha reta, só abrange os ascendentes e descendentes, não sendo vedado o casamento ou união estável com irmão de ex-cônjuge ou companheiro.

¹⁵ O art. 1.523, CC, prevê que: “Não devem casar: I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros; II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal; III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal; IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas”. Nessas situações o casamento não é nulo ou anulável, mas apenas irregular, e tem obrigatoriamente o regime de separação de bens (art. 1.641, I, do CC). Busca-se, com isso, tutelar os interesses do ex-cônjuge, dos sucessores, de terceiros, de tutelados ou curatelados, e podem deixar de ser aplicados, quando se comprovar a inexistência de prejuízo para tais pessoas (parágrafo único do art. 1.523).

existência de união estável. Portanto, na configuração atual, o concubinato só será adúlterino (“impuro”) se for simultâneo ao casamento (item ‘f’), e não adúlterino nas demais hipóteses (nas letras ‘a’ a ‘e’ também se denomina o concubinato de incestuoso, por derivar o impedimento de relações de parentesco). No entanto, não resta dúvida que o concubinato não se confunde com a união estável, pois abrange relações entre pessoas impedidas de casar.

Dentre as limitações impostas pelo Código Civil, a concubina de testador casado não pode ser nomeada herdeira ou legatária, a menos que este, sem que haja culpa daquela, esteja separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos (art. 1.801, III). Porém, o testador pode arrolar como herdeiro ou legatário o filho de sua concubina, desde que também seja seu filho (art. 1.803).

Em síntese, o concubinato não gera direitos no direito de família¹⁶, podendo somente produzir efeitos nos direitos reais e das obrigações. Explica-se: por ser considerado uma sociedade de fato, mas não uma entidade familiar, a concubina não pode ser equiparada à esposa ou companheira, mas pode pleitear seus direitos reais ou decorrentes de obrigação, principalmente a constituição de patrimônio comum. Nesse sentido, a Súmula 380 do STF preceitua que “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”.

No direito previdenciário, o § 3º do art. 16 da Lei nº 8.213/91 dispõe 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”.

Por sua vez, o art. 226, § 3º, da Constituição preceitua 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”. No mesmo sentido, o art. 1.723, do Código Civil prevê que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Do texto constitucional, destaca-se que a união estável pressupõe a possibilidade de conversão em casamento, logo, *a contrario sensu*, não se pode reconhecê-la quando existir impedimento para o matrimônio. Portanto, a legislação previdenciária expressamente segue o preceito

¹⁶ Excepcionalmente, alguns institutos vinculados ao direito de família podem ser aplicados ao concubinato, como a separação de corpos: “CONCUBINA. SEPARAÇÃO DE CORPOS. MANDADO DE SEGURANÇA. A CONCUBINA TEM O DIREITO LIQUIDO E CERTO DE VER APRECIADO SEU PEDIDO DE SEPARAÇÃO DE CORPOS, CUJO PROCESSO NÃO PODE SER EXTINTO SOB A ALEGAÇÃO DE QUE TAL PROVIDENCIA SOMENTE CABE AOS CASADOS, ESTANDO ELA LIVRE PARA SEGUIR O SEU CAMINHO, ABANDONANDO LAR E FILHOS” (STJ, ROMS5422/SP, 4ª Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 24/04/1995, DJ 29/05/1995, p. 15517).

constitucional (e não poderia ser diferente), portanto, não se pode reconhecer a dependência de pessoa impedida de casar com o segurado, tampouco conferir proteção à situação ilegal de concubinato.

Recentemente, o Decreto nº 6.384/2008 alterou a redação do § 6º do art. 16 do Decreto nº 3.048/99: em sua redação originária previa que “considera-se união estável aquela verificada entre o homem e a mulher como entidade familiar, quando forem solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, ou tenham prole em comum, enquanto não se separarem”; em seu texto atual: “Considera-se união estável aquela configurada na convivência pública, contínua e duradoura entre o homem e a mulher, estabelecida com intenção de constituição de família, observado o § 1º do art. 1.723 do Código Civil, instituído pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002”. Apesar de retirar a locução “quando forem solteiros, separados judicialmente, separados ou viúvos” como requisito para o reconhecimento da união estável, não se pode dizer que o INSS deverá reconhecer a união estável entre concubinos, mesmo que o segurado ainda conviva com seu cônjuge. A interpretação do regulamento, em compatibilidade com a lei regulamentada, permite afirmar somente que o Decreto nº 6.384/2008 passou a admitir o reconhecimento da união estável entre concubinos a partir do momento em que o segurado estiver separado de fato (o que não era aceito pela redação anterior, que exigia a separação judicial, mas já era permitido pela redação genérica do § 3º do art. 16 da Lei nº 8.213/91, em uma interpretação conforme a Constituição e a regulamentação do assunto no Código Civil).

Excepcionalmente, em relação à pessoa casada, afasta-se o concubinato, logo, pode ser configurada a união estável, se estiver separada de fato ou judicialmente (§ 1º do art. 1.723)¹⁷. Portanto, apenas nessa hipótese o concubinato pode ser convertido em união estável: quando o segurado, impedido de manter união estável por ser casado, estiver separado (de fato ou judicialmente); esclarece-se que a separação judicial é causa de término da sociedade conjugal, mas somente o divórcio e o óbito de um dos cônjuges são causas de dissolução do casamento, nos termos do art. 1.571, *caput* e § 1º, do novo Código Civil. Por outro lado, relações afetivas (ainda que não eventuais) entre ascendentes, descendentes, afins em linha reta, irmãos, e as demais previstas no art. 1.521, do Código Civil, não podem caracterizar a união estável, mesmo que as duas pessoas não sejam casadas.

Flávio Tartuce sustenta que “(...) o reconhecimento da separação de fato dos cônjuges, pelo desaparecimento do amor e do afeto, os amantes podem ser

¹⁷ Flávio Tartuce sustenta que a separação extrajudicial prevista no art. 1.124-A do CPC também está abrangida por esse dispositivo do CC (TARTUCE, Flávio. Separados pelo casamento. Um ensaio sobre o concubinato, a separação de fato e a união estável. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2119, 20 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12653>>. Acesso em: 21 abr. 2009).

alçados à condição de companheiros, surgindo uma entidade familiar nos termos do art. 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988”¹⁸.

Em outras palavras, com a mera separação de fato da pessoa impedida de casar, os concubinos podem ter direito ao reconhecimento da união estável¹⁹; caso contrário, os institutos não se confundem.

4. Direito da Concubina à Pensão por Morte

A possibilidade – ou não – da pessoa que vive em concubinato ter direito à pensão por morte do segurado falecido constitui questão controversa nas turmas recursais e tribunais brasileiros de segunda instância, contudo, está pacificada nos tribunais superiores.

A 1ª Turma do STF possui precedentes sobre o assunto, abrangendo o RGPS e o regime estatutário, negando o direito à concubina, e distinguindo o concubinato da união estável:

“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” (RE 397762/BA, 1ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio, j. 03/06/2008, DJ e 11/09/2008).

Por outro lado, a 2ª Turma do STF, no julgamento do RE 135780/SP, entendeu-se que a separação de fato do de cujus por período superior a 20 anos, a ausência civil de sua esposa, e a convivência em concubinato durante esse intervalo posterior, motivam o direito da concubina à pensão por morte (o que não contraria a decisão anterior, tendo em vista que a separação de fato permite o reconhecimento da união estável):

¹⁸ TARTUCE, Flávio. Separados pelo casamento. Um ensaio sobre o concubinato, a separação de fato e a união estável. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2119, 20 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12653>>. Acesso em: 21 abr. 2009.

¹⁹ “CIVIL. UNIÃO ESTÁVEL. ALIMENTOS. COMPANHEIRO CASADO. No caso de pessoa casada a caracterização da união estável está condicionada à prova da separação de fato. Agravo regimental não provido” (STJ, AgRg no Ag 670502/RJ, 3ª Turma, rel. Min. Ari Pargendler, j. 19/06/2008, DJe 15/08/2008).

“PRINCÍPIO DA LEGALIDADE - VIOLÊNCIA - CONFIGURAÇÃO - PENSÃO - EX-CONTRIBUINTE CASADO - DIREITO DA CONCUBINA - LEI COMPLEMENTAR N. 500/87-SP. Não é crível que órgão investido do ofício judicante admita a existência de diploma legal dispendo em determinado sentido e decida de forma diametralmente oposta. Os provimentos judiciais são formalizados a partir de interpretação da lei regedora da espécie. Isto ocorre quando o acórdão proferido revela a análise de situação concreta em que ex-contribuinte estava separado de fato e vivendo em concubinato há mais de vinte anos, resultando no reconhecimento, com base em legislação local - Lei Complementar n. 500/87-SP, do direito da concubina a pensão, posto que contemplada como beneficiária obrigatória de contribuinte solteiro, viúvo, separado judicialmente ou divorciado. A referencia ao terceiro ‘status’ encontra justificativa socialmente aceitável não em simples apego a forma, mas na necessidade de serem afastadas situações ambíguas, o que não se configura quando a convivência decorrente do casamento haja cessado há duas décadas, momento em que teve início o concubinato” (RE 135780/SP, 2ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio, j. 04/02/1994, DJ 24/06/1994, p. 16637).

Em decisão não unânime mais recente, com ementa similar ao citado RE 397762/BA, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal manteve o entendimento de que a concubina não tem direito ao benefício de pensão por morte. No RE 590779/ES, também relatado pelo Min. Marco Aurélio, concluiu-se que a concubina não tem direito sequer à cota de pensão por morte de segurado que era casado e ainda convivia com sua esposa na data do óbito. Por quatro votos contra um, o STF reformou decisão da Turma Recursal do Espírito Santo, e ratificou o seu entendimento sobre o assunto. No caso concreto, a autora do processo originário pretendia o recebimento de cota da pensão por morte, sob a alegação de que conviveu durante mais de 30 anos com o segurado falecido, paralelamente ao período em que esteve casado, e com ele teve uma filha. No acórdão recorrido se reconheceu a existência de união estável, o que foi afastado pelo STF. O relator, em seu voto, destacou que o concubinato é costumeiramente “(...) ligado à união estável, instituto por vezes, em visão distorcida, potencializado a ponto de suplantar o próprio casamento e os vínculos deste decorrentes”²⁰. Afirmou ainda que a união estável protegida pelo art. 226, § 3º, da Constituição, não

²⁰ RE 590779/ES, 1ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/02/2009, DJe 26/03/2009.

abrange relação de concubinato, a qual não pode prevalecer sobre a proteção conferida ao casamento²¹. Em suas palavras, “o concubinato não se iguala à união estável referida no texto constitucional, no que esta acaba fazendo as vezes, em termos de consequências, do casamento. Gera, quando muito, a denominada sociedade de fato”.

Acompanhando o relator, o Min. Menezes Direito ressaltou que a manutenção contínua pelo segurado de dois relacionamentos, com a esposa e a concubina, impede o reconhecimento de união estável em relação à segunda: “Não há união estável quando existe duplicidade”. No mesmo sentido foram os votos do Min. Ricardo Lewandowski e da Min. Cármen Lúcia, a qual afirmou que “(...) se há outra mulher, não há como estabilizar a relação. Outra mulher é sempre um fator de instabilidade”.

Por outro lado, o Min. Carlos Britto, que proferiu o voto vencido, asseverou que “(...) se há um núcleo doméstico estabilizado no tempo, é dever do Estado ampará-lo como se entidade familiar fosse, como real entidade familiar (...)”.

Em situações semelhantes, envolvendo – ou não – segurados do RGPS, as 3^a, 4^a e 5^a Turmas do Superior Tribunal de Justiça seguiram o entendimento do STF:

“(...) - A união estável pressupõe a ausência de impedimentos para o casamento, ou, pelo menos, que esteja o companheiro(a) separado de fato, enquanto que a figura do concubinato repousa sobre pessoas impedidas de casar.

- Se os elementos probatórios atestam a simultaneidade das relações conjugal e de concubinato, impõe-se a prevalência dos interesses da mulher casada, cujo matrimônio não foi dissolvido, aos alegados direitos subjetivos pretendidos pela concubina, pois não há, sob o prisma do Direito de Família, prerrogativa desta à partilha dos bens deixados pelo concubino.

²¹ Extrai-se de seu voto: “Sob o ângulo da busca a qualquer preço da almejada justiça, considerado enfoque estritamente leigo, não merece crítica o raciocínio desenvolvido. Entrementes, a atuação do Judiciário é vinculada ao Direito posto. Surgem óbices à manutenção do que decidido a partir da Carta Federal. Para ter-se como configurada a união estável, protegida pela Constituição, torna-se necessária prática harmônica com o ordenamento jurídico em vigor. Tanto é assim que, no artigo 226 da Lei Fundamental, tem-se como objetivo maior da proteção o casamento. Confirmam com o próprio preceito que serviu de base à decisão da Turma Recursal. O reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar pressupõe possibilidade de conversão em casamento. A manutenção da relação com a autora se fez à margem e, diria mesmo, mediante discrepância do casamento existente e da ordem jurídico-constitucional. À época, em vigor se encontrava, inclusive, o artigo 240 do Código Penal, que tipificava o adultério. A tipologia restou expungida pela Lei nº 11.106/05. (...) Abandonem a tentação de implementar o que poderia ser tida como uma justiça salomônica, porquanto a segurança jurídica pressupõe o respeito às balizas legais, à obediência irrestrita às balizas constitucionais. No caso, vislumbrou-se união estável quando, na verdade, verificado simples concubinato, conforme pedagogicamente previsto no artigo 1.727 do Código Civil (...)”.

- Não há, portanto, como ser conferido status de união estável a relação concubinária concomitante a casamento válido” (REsp 931155/RS, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 07/08/2007, DJ 20/08/2007, p. 281)²².

“CIVIL - FAMÍLIA - RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL ENTRE MULHER E HOMEM CASADO, MAS NÃO SEPARADO DE FATO - IMPOSSIBILIDADE - OFENSA AO ARTIGO 226, § 3º, DA MAGNA CARTA - MATÉRIA AFETA AO STF - ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO ÀS LEIS 8.971/94 E 9.278/96 - SÚMULA 284/STF - INFRINGÊNCIA ÀS DISPOSITIVOS DA LEI 10.406/02 - FATOS OCORRIDOS NA VIGÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ANTERIOR - INCIDÊNCIA DESTA - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL - COMPROVAÇÃO” (REsp 684407/RS, 4ª Turma, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 03/05/2005, DJ 27/06/2005, p. 411)²³.

“RECURSO ESPECIAL. MILITAR. PENSÃO POR MORTE. RATEIO ENTRE CONCUBINA E VIÚVA. IMPOSSIBILIDADE.

I - Ao erigir à condição de entidade familiar a união estável, inclusive facilitando a sua conversão em casamento, por certo que a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional não contemplaram o concubinato, que resulta de união entre homem e mulher impedidos legalmente de se casar. Na espécie, o acórdão recorrido atesta que o militar convivia com sua legítima esposa.

II - O direito à pensão militar por morte, prevista na Lei nº 5.774/71, vigente à época do óbito do instituidor, só deve ser deferida à esposa, ou a companheira, e não à concubina.

Recurso especial provido” (REsp 813175/RJ, 5ª Turma, rel. Min. Felix Fischer, j. 23/08/2007, DJ 29/10/2007, p. 299)²⁴.

²² No mesmo sentido: “(...) Há distinção doutrinária entre ‘companheira’ e ‘concubina’. Companheira é a mulher que vive, em união estável, com homem desimpedido para o casamento ou, pelo menos, separado judicialmente, ou de fato, há mais de dois anos, apresentando-se à sociedade como se com ele casada fosse. Concubina é a mulher que se une, clandestinamente ou não, a homem comprometido, legalmente impedido de se casar. Na condição de concubina, não pode a mulher ser designada como segurada pelo cônjuge adúltero, na inteligência dos artigos 1.177 e 1.474 do Cód. Civil de 1916. Precedentes” (REsp 532549/RS, 3ª Turma, rel. Min. Castro Filho, j. 02/06/2005, DJ 20/06/2005, p. 269).

²³ Do mesmo órgão julgador: “PREVIDENCIÁRIO. CONCUBINATO. PENSÃO. 1. AS PESSOAS TEM MANEIRAS INFUNDAS DE VIVER SE AMANDO; O CONCUBINATO, NÃO OBSTANTE A PALAVRA QUE E FEIA, E APENAS UMA DELAS. EMBORA A CONFIGURAÇÃO, PARA FINS LEGAIS, DESSE ESTADO DE EMOÇÕES DISPENSE ENDEREÇOS, (SUMULA 382, STF), HA NO CASO DESTES AUTOS EVIDENTE TENTATIVA AO REEXAME DE PROVAS, O QUE NÃO SE ADMITE EM RECURSO ESPECIAL, (SUMULA 7, STJ). 2. RECURSO CONHECIDO MAS IMPROVIDO” (REsp 27592/SP, 5ª Turma, rel. Min. Edson Vidigal, j. 08/06/1994, DJ 19/12/1994, p. 35324).

²⁴ Igualmente: “(...) A concubina se distingue da companheira, pois esta última tem com o homem união estável, em caráter duradouro, convivendo com o mesmo como se casados fossem. A proibição inserta no artigo 1.719, III do Código Civil não se estende à companheira de homem casado, mas separado de fato” (REsp 192976/RJ, 4ª Turma, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 26/09/2000, DJ 20/11/2000, p. 299).

Recentemente, a 5ª Turma ratificou sua posição:

“PROCESSO CIVIL. ANÁLISE DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. NÃO CABIMENTO. TEMA NOVO EM AGRAVO REGIMENTAL. PRECLUSÃO. DECISÃO MONOCRÁTICA EM RECURSO ESPECIAL. POSSIBILIDADE. ARTIGO 557 DO CPC.

1. A ofensa a princípios ou dispositivos constitucionais haveria de ser suscitada em sede de recurso extraordinário, nos termos do art. 102, III, da Constituição Federal.

2. Inviável, em sede de regimental, a apresentação de argumento que, sequer, foi ventilado nas contra-razões ao recurso especial.

3. Pacífica a possibilidade de o relator decidir monocraticamente o mérito do recurso, amparado em súmula ou jurisprudência dominante deste Tribunal Superior ou do Supremo Tribunal Federal.

PREVIDENCIÁRIO. CONCUBINATO ADULTERINO. RELAÇÃO CONCORRENTE COM O CASAMENTO. EMBARAÇO À CONSTITUIÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL APLICAÇÃO. IMPEDIMENTO.

1. A jurisprudência desta Corte prestigia o entendimento de que a existência de impedimento para o matrimônio, por parte de um dos componentes do casal, embaraça a constituição da união estável.

2. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1016574/SC, 5ª Turma, rel. Min. Jorge Mussi, j. 03/03/2009, DJe 30/03/2009).

Nesse julgamento, com base em precedentes do próprio STJ e do STF, o relator aplicou o art. 557, § 1º-A do CPC²⁵, e monocraticamente decidiu os recursos interpostos por ambas as partes, dando provimento ao recurso especial interposto pelo INSS e julgando improcedente o pedido inicial²⁶. Em consequência, a autora interpôs agravo regimental, que foi julgado pelo órgão colegiado, o qual, por quatro votos contra um, manteve a decisão do relator e negou provimento ao recurso. Na decisão, a 5ª Turma manteve o entendimento de que o concubinato não pode ser equiparado à união estável, tendo em vista que há o impedimento para o casamento de um dos conviventes (casamento, sem separação judicial

²⁵ “§ 1º-A. Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso”.

²⁶ REsp 1016574/SC, decisão monocrática, rel. Min. Jorge Mussi, j. 28/10/2008, DJe 04/11/2008.

ou de fato). Em seu voto, o Min. Jorge Mussi destacou que “não há como prevalecer a argumentação da agravante, de ser possível aproveitar à concubina os direitos decorrentes da união estável. Na hipótese, ficou claro que a alegada união concorreu com o casamento”. De outro lado, em seu voto vencido, o Min. Napoleão Nunes Maia Filho salientou que a união estável independe do estado civil dos conviventes.

De outro lado, há um precedente da 5ª Turma do STJ aparentemente reconhecendo a divisão da pensão por morte entre a esposa e a concubina:

“RECURSO ESPECIAL. PENSÃO PREVIDENCIÁRIA. PARTILHA DA PENSÃO ENTRE A VIÚVA E A CONCUBINA. COEXISTÊNCIA DE VÍNCULO CONJUGAL E A NÃO SEPARAÇÃO DE FATO DA ESPOSA. CONCUBINATO IMPURO DE LONGA DURAÇÃO.

‘Circunstâncias especiais reconhecidas em juízo’.

Possibilidade de geração de direitos e obrigações, máxime, no plano da assistência social

Acórdão recorrido não deliberou à luz dos preceitos legais invocados.

Recurso especial não conhecido” (REsp 742685/RJ, 5ª Turma, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 04/08/2005, DJ 05/09/2005, p. 484).

Nesse caso concreto, todavia, houve reconhecimento da união estável entre a concubina e o segurado falecido pelo próprio INSS, o que motivou o julgado do juízo *a quo*. Porém, no STJ, o relator sequer conheceu o recurso especial, por ausência de prequestionamento, logo, o mérito da controvérsia não foi apreciado.

O TRF da 1ª Região tem precedentes no sentido de não ser possível o direito da concubina à pensão por morte, tampouco a equiparação do concubinato à união estável:

“CONSTITUCIONAL. DIREITO DE FAMÍLIA. PENSÃO POR MORTE. VIÚVA. MATRIMÔNIO NÃO FOI DISSOLVIDO ATÉ O ÓBITO DO CÔNJUGE. CONCUBINA. INEXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL. IMPOSSIBILIDADE.

1 - O art. 1.727 do Código Civil prevê que relações não eventuais entre o homem e a mulher - impedidos de casar, constituem concubinato, ao qual não se iguala a união estável, por não estar coberto pela garantia dada pela Constituição Federal.

2 - O concubinato não pode ser caracterizado como união estável, uma vez que o matrimônio não foi dissolvido, óbice do art. 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988" (AC 199901000281162/MG, 2ª Turma, rel. Juíza Federal Adverci Rates Mendes de Abreu, j. 17/12/2008, DJ09/03/2009, p.132)²⁷.

Por outro lado, o mesmo tribunal tem decisões reconhecendo o direito à pensão da concubina, mas confundindo o concubinato com a união estável:

"PREVIDENCIÁRIO. SEPARAÇÃO DE FATO. COMPANHEIRA QUE DEMONSTRA A EXISTÊNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL. DIREITO DA ESPOSA E DA CONCUBINA AO RATEIO DA PENSÃO POR MORTE. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. ART. 13, LEI Nº 3.807/60.

1. Demonstrada, pela Apelada, a existência da união estável por cerca de nove anos.

2. A dependência econômica da esposa e da companheira é presumida, a teor do art. 13 da Lei nº 3.807/60.

3. É legítima a divisão da pensão previdenciária entre a esposa e a companheira, atendidos os requisitos exigidos (Súmula 159 do extinto Tribunal Federal de Recursos). Precedentes (TRF 1ª Região, 1ª Turma, AC 2000.01.00.068288-4/BA, Rel. Convocado Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista DJ de 03/09/2007, p.10)" (AC 199701000287754/MG, 2ª Turma, rel. Des. Federal Francisco de Assis Betti, j. 02/04/2008, DJ 14/08/2008, p. 10)²⁸.

²⁷ No mesmo sentido: "CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - PENSÃO POR MORTE - QUALIDADE DE DEPENDENTE - AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL A JUSTIFICAR O LITISCONSÓRCIO ENTRE VIÚVA/MEEIRA E CONCUBINA - LEI Nº 8.112/90. 1. 'Companheira é a mulher que vive, em união estável, com homem desimpedido para o casamento ou, pelo menos, separado judicialmente, ou de fato, há mais de dois anos, apresentando-se à sociedade como se com ele casada fosse. Concubina é a mulher que se une, clandestinamente ou não, a homem comprometido, legalmente impedido de se casar' (STJ, REsp 532.549/RS, Rel. Min Castro Filho, DJ de 20/6/2005). 2. Prevalecem os interesses da viúva, cujo matrimônio não foi dissolvido até o óbito do cônjuge, aos alegados direitos subjetivos pretendidos pela concubina, pois não há, sob o prisma do Direito de Família, prerrogativa da segunda à pensão por morte instituída pelo de cujus" (AC 200001000500524/MA, 2ª Turma, rel. Juíza Federal Kátia Balbino de Carvalho Ferreira, j. 29/10/2007, DJ 13/12/2007, p. 91).

²⁸ Nesse sentido: AC 200138000362530/MG, 1ª Turma, rel. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista, j. 19/05/2008, DJ 02/09/2008, p. 18; AC 200201990308342/MG, 2ª Turma, rel. Juiz Federal Iran Velasco Nascimento, j. 17/10/2007, DJ 22/11/2007, p. 26. Ainda: "(...) 3. O estado civil de casado do falecido não constitui óbice à concessão do benefício à apelante, em conjunto com a viúva, desde que as provas produzidas não deixem dúvidas acerca da existência de um relacionamento estável e duradouro, o que ocorreu no caso dos autos. Com efeito, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, confere ao Estado o dever de oferecer proteção especial à família, sendo certo que negar o direito à apelante tão-somente por esse fato é desconhecer por completo uma realidade fática que concretamente existiu" (AC 199841000031765/RO, 1ª Turma, rel. Juíza Federal Sônia Diniz Viana, j. 02/07/2008, DJ 29/07/2008, p. 35).

No TRF da 2ª Região também se encontram diversos julgados não diferenciando o concubinato da união estável²⁹. De outro lado, examinando adequadamente a questão:

“(…) I - Sendo separado judicialmente o instituidor do benefício, e mantendo convivência duradoura também com outra mulher, caracterizada está a situação de estabilidade do relacionamento. II - Havendo prova de que o de cujus convivia de forma estável com a concubina, e que esta fosse sua dependente econômica, não obstante fosse separado judicialmente e prestasse alimentos à sua ex-esposa, faz jus a companheira ao pensionamento a ser partilhado com os demais dependentes” (REO 199751010038379/RJ, 1ª Turma, rel. Des. Federal Abel Gomes, j. 09/12/2003, DJ 21/01/2004, p. 50)³⁰.

O mesmo ocorre no TRF3, que possui decisões não distinguindo os institutos³¹, e outras aplicando-os corretamente³². No TRF4 encontram-se precedentes diferenciando a união estável do concubinato, mas entendendo ser cabível a concessão da pensão por morte para quem vive em ambas as condições:

²⁹ “(...) I – Comprovada a vida em comum, ainda que não exclusiva, faz jus a concubina à pensão estatutária decorrente da morte do seu instituidor, porque a manutença de duas famílias pelo instituidor, na ocasião de seu falecimento, não constitui óbice ao pagamento do benefício” (AC 200051010325369/RJ, 6ª Turma, rel. Des. Federal André Fontes, j. 12/11/2003, DJ 16/09/2004, p. 122). Também: AGTAC 200402010082853/RJ, 2ª Turma Especializada, rel. Des. Federal Sandra Chalu Barbosa, j. 20/02/2008, DJ 26/02/2008, p. 942; AMS 200102010206012/RJ, 8ª Turma Especializada, rel. Des. Federal Raldênio Bonifácio Costa, j. 13/05/2008, DJ 27/05/2008, p. 335.

³⁰ Iguualmente: “(...) 1 – No presente caso, a esposa do finado servidor público foi obrigada a ratear a pensão por morte com suposta companheira dele (ou ‘convivente’, como estabelece a Lei nº 9.278/96). Trata-se do chamado concubinato adúltero. 2 – Dispõe o artigo 226, parágrafo 3º, da vigente Constituição da República que ‘para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento’. 3 – Permitir que suposta amásia de servidor receba pensão pela sua morte, em detrimento da esposa legítima seria permitir o absurdo. A norma constitucional prevê que a lei deverá facilitar a conversão da união estável em casamento, o que, obviamente, é impossível se um dos conviventes for casado.” (AC 200102010142708/RJ, 2ª Turma, rel. Des. Federal Antonio Cruz Netto, j. 29/05/2002, DJ 11/07/2002).

³¹ “(...) I - O direito ao benefício de pensão por morte de servidor público federal civil, ainda que o óbito tenha-se dado na vigência da Lei 1.711/52, passou a ser devido, a partir do advento da Constituição Federal de 1988, a quem ostente a condição de concubina, companheira ou convivente, conforme o caso” (Al 200103000374327/SP, 2ª Turma, rel. Juíza Federal Cecília Mello, j. 03/03/2009, DJ 19/03/2009, p. 596). Ainda: “(...) 1. Nos termos da legislação em vigor, só se defere a pensão por morte à concubina quando não paire dúvida acerca da existência da ‘união estável’” (AC 200103990426491/SP, 2ª Turma, rel. Juíza Federal Marisa Santos, j. 25/02/2003, DJ 02/04/2003, p. 504).

³² “PENSÃO POR MORTE - ESPOSA E FILHOS FRUTO DE CASAMENTO E DE CONCUBINATO BENEFICIÁRIOS - CONCUBINA NÃO BENEFICIÁRIA FACE À AUSÊNCIA DE REQUISITO LEGAL - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A fruição da pensão por morte tem como requisito a implementação de todos os pressupostos legais. 2. A Autora - concubina do falecido segurado - não faz jus à pensão por morte do de cujus consoante artigo 10, §3º do Decreto nº 89.312/84, vigente na data do óbito. Os filhos menores, frutos do concubinato com o de cujus, são beneficiários na qualidade de dependentes” (AC 90030338779/SP, 5ª Turma, rel. Juíza Federal Leide Cardoso, j. 14/10/2002, DJ 17/01/2003, p. 1285).

“PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. ESPOSA E CONCUBINA. RATEIO. POSSIBILIDADE.

1. Para a concessão do benefício de pensão por morte, no caso de companheira, há necessidade de comprovação de união estável.

2. Na hipótese, ainda que verificada a ocorrência do concubinato impuro, não se pode ignorar a realidade fática, concretizada pela longa duração da união do falecido com a concubina, ainda que existindo simultaneamente dois relacionamentos, razão pela qual é de ser deferida à autora o benefício de pensão por morte na quota-parte que lhe cabe, a contar do ajuizamento da ação” (AC 200072040009150/SC, 5ª Turma, rel. Des. Federal Rômulo Pizzolatti, j. 12/08/2008, DE 15/09/2008)³³.

Por outro lado, também há neste tribunal julgados confundindo-os³⁴. Já o TRF da 5ª Região equipara a concubina à companheira, expressamente presumindo sua dependência econômica em relação ao segurado³⁵.

A Súmula 159 do extinto TFR prevê que “é legítima a divisão da pensão previdenciária entre a esposa e a companheira, atendidos os requisitos exigidos”. Porém, não pode ser aplicada a situações de concubinato, tendo em vista que os requisitos referidos no enunciado são aqueles previstos no art. 11 do Decreto nº 89.312/84, que demanda a vida em comum, entre outras exigências (designação da companheira como dependente e convívio por no mínimo 5 anos, ou filho em comum, etc.).

A Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, seguindo a orientação do STF, decidiu recentemente que a concubina não tem direito à pensão por morte, considerando que a relação que o segurado mantinha era paralela ao seu casamento (Processo 200640007098359, rel. Juíza Federal Jacqueline Bilhalva, j. 24/04/2009).

³³ Nesse sentido: AC 200072050037475/SC, Turma Suplementar, rel. Des. Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira, j. 14/03/2007, DE 03/04/2007; AC 200370000003363/PR, 3ª Turma, rel. Juíza Federal Vânia Hack de Almeida, j. 10/04/2006, DJ 02/08/2006, p. 367; APELREEX 200571000100884/SC, 6ª Turma, rel. Juiz Federal Alcides Vettorazzi, j. 29/10/2008, DE 06/11/2008. Por outro lado, a 5ª Turma entendeu ser devida a restituição de valores pagos à concubina a título de pensão por morte, em situação na qual esta induziu em erro o INSS, ao se qualificar como companheira do segurado falecido: AC 200271080037873/RS, 5ª Turma, rel. Des. Federal Rômulo Pizzolatti, j. 29/07/2008, DE 25/08/2008.

³⁴ AC 200372080116834/SC, 3ª Turma, rel. Juíza Federal Vânia Hack de Almeida, j. 13/03/2007, DE 11/04/2007; AC 200271000143018/RS, 4ª Turma, rel. Juiz Federal Márcio Antônio Rocha, j. 05/03/2008, DE 24/03/2008.

³⁵ Concedendo a pensão, sem diferenciar o concubinato da união estável: AR 200505000045913/CE, Pleno, rel. Des. Federal Marcelo Navarro, j. 03/09/2008, DJ 29/09/2008, p. 188; AC 200383000212302/PE, 1ª Turma, rel. Des. Federal José Maria Lucena, j. 06/03/2008, DJ 13/06/2008, p. 112; AC 200481000209170/PB, 3ª Turma, rel. Des. Federal Geraldo Apoliano, j. 31/05/2007, DJ 29/08/2007, p. 855; AC 200282010046660/PB, 4ª Turma, rel. Des. Federal Marcelo Navarro, j. 29/07/2008, DJ 18/08/2008, p. 1035.

Entre as Turmas Recursais também há controvérsia, com entendimentos antagônicos sobre a possibilidade – ou não – de a concubina ter direito à pensão por morte. A 2ª Turma Recursal de Santa Catarina acolheu tal pedido:

“PENSÃO POR MORTE. CONCUBINATO IMPURO OU ADULTERINO. EFEITOS PREVIDENCIÁRIOS. POSSIBILIDADE. RATEIO DO BENEFÍCIO ENTRE ESPOSA E COMPANHEIRA. TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O benefício da pensão visa, precipuamente, à proteção da família. O conceito de entidade familiar alargou-se substancialmente com o passar dos anos, seja pela inserção de novos, por assim dizer, tipos familiares, no texto Constitucional (união estável e núcleos monoparentais); seja pela própria realidade sociológica, a nos apresentar situações não-abrangidas pelo ordenamento e que, nem por isso, devam ficar à margem da tutela jurisdicional. As ‘famílias’ decorrentes do chamado concubinato impuro é caso típico.

2. Pouco importa se o relacionamento existente entre recorrente e segurado ocorrerá simultaneamente à vigência e constância do casamento deste com a esposa. O que importa é que foi mais que um flerte; um namoro; uma relação episódica e efêmera. Esta convivência, pública e notória, é hábil a gerar efeitos previdenciários” (Processo 200772950096314, rel. Juiz Federal Marcelo Cardozo da Silva, j. 19/11/2008).

Nesse sentido há precedentes da 1ª Turma Recursal do Distrito Federal³⁶ e da 1ª Turma Recursal do Espírito Santo³⁷. A 1ª Turma Recursal da Bahia³⁸ e a 2ª Turma Recursal de São Paulo³⁹ têm julgados confundindo o concubinato com a união estável e, conseqüentemente, admitindo o direito da concubina à pensão.

Seguindo o entendimento contrário existem decisões da 1ª Turma Recursal de Goiás⁴⁰ e da 1ª Turma Recursal de Rondônia, sendo que nesta o

³⁶ “(...) Demonstrado o concubinato e, bem assim, a dependência econômica, é de se reconhecer em favor da Recorrida o direito à percepção da pensão vitalícia, observada a divisão com outra beneficiária” (Processo 200234007059870, rel. Juiz Federal Marcus Vinícius Reis Bastos, j. 27/11/2002, DJ 27/11/2002). Ainda: Processo 200234007059230, rel. Juiz Federal Marcus Vinícius Reis Bastos, j. 06/11/2002, DJ 26/08/2003.

³⁷ Processo 200350500046149/01, rel. Juíza Federal Cristiane Conde Chmatalik.

³⁸ “(...) 1. A convivência longa e contínua entre um homem e uma mulher em regime de concubinato, sem qualquer obstáculo para o matrimônio caracteriza a união estável, objeto de especial proteção da lei e da Constituição Federal” (Processo 200433007230677, rel. Juiz Federal Carlos D’Avila Teixeira, j. 24/09/2004, DJ 03/10/2004).

³⁹ Processo 200261840010100, rel. Juiz Federal Ricardo de Castro Nascimento, j. 02/03/2004.

⁴⁰ Processo 200735007138095, rel. Juíza Federal Maria Divina Vitória, j. 04/09/2008, DJ 25/09/2008.

relator destaca que “(...) se não é possível se outorgar validade jurídica a dois casamentos, também não é admissível fazê-lo em relação a ‘duas uniões estáveis’ eventualmente configuradas” (Processo 200741007001570, rel. Juiz Federal Elcio Arruda, j. 28/08/2007, DJ 12/09/2007).

Doutrinariamente, o assunto também gera divisão. Para Marcelo Leonardo Tavares, apesar do impedimento legal, pode ser reconhecida a união estável mesmo que uma das pessoas seja casada⁴¹. Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior sustentam que o conceito de companheiro e companheira é mais amplo do que a união estável, e o art. 201, V, da Constituição, assegura a pensão por morte aos companheiros, independentemente de viverem – ou não – em união estável⁴². Para Marina Vasques Duarte, “mesmo quando se trata de concubinato impuro a jurisprudência tem aceito a divisão do benefício com a esposa legítima, ainda que a norma civil refute o concubinato impuro”⁴³ (porém, como visto, o tema não constitui unanimidade, e é afastado pelos tribunais superiores).

Por outro lado, Simone Barbisan Fortes e Leandro Paulsen afirmam que a união estável só pode ser reconhecida se o segurado estiver, ao menos, separado de fato, devendo ainda o dependente comprovar a união estável⁴⁴. Ivan Kertzman⁴⁵, Lamartino Fraca de Oliveira⁴⁶, Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari⁴⁷, Ítalo Romano Eduardo, Jeane Eduardo e Amauri Teixeira⁴⁸ seguem esse entendimento.

⁴¹ TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito previdenciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 71-77.

⁴² “A Constituição, bem se vê, não restringiu o direito à pensão apenas aos companheiros que vivam em união estável, mas se ao referido dispositivo for aplicada uma interpretação que o considere constitucional, v.g., no caso de o segurado ser casado e possuir uma companheira que dele dependa, esta não poderia ser beneficiária para efeito de pensão previdenciária, pois a vigência do casamento dele impede o reconhecimento da união estável, tornando-se inclusive mais restrita que a situação anterior, pois a jurisprudência já havia se consolidado, pelo menos desde a Súmula 159 do extinto TFR, admitindo o amparo previdenciário da companheira do segurado casado” (ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 83).

⁴³ DUARTE, Marina Vasques. *Direito previdenciário*. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005, p. 59.

⁴⁴ “Portanto, não fica vedada ao segurado formalmente casado, mas separado de fato, a constituição de relação de companheirismo ou união estável, com produção de efeitos previdenciários, em especial o enquadramento do companheiro(a) na condição de dependente preferencial, para fins de gozo de benefícios. Porém, ao contrário do que ocorre no usual dos casos de dependência preferencial, em tais condições o companheiro(a) deverá comprovar a dependência econômica” (FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Direito da seguridade social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 79).

⁴⁵ KERTZMAN, Ivan. *Curso prático de direito previdenciário*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2006, p. 248.

⁴⁶ “Todavia, se o segurado que for casado tiver uma companheira, enquanto vivo não poderá realizar inscrição desta, senão teríamos a legalização indireta da bigamia” (OLIVEIRA, Lamartino França de. *Direito previdenciário*. São Paulo: RT, 2005, p. 216).

⁴⁷ “É considerada união estável aquela verificada entre homem e mulher como entidade familiar, quando forem solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, ou tenham prole em comum, enquanto não se separarem” (CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 186).

⁴⁸ EDUARDO, Ítalo Romano. EDUARDO, Jeane Tavares Aragão; TEIXEIRA, Amauri Santos. *Curso de direito previdenciário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 261.

5. Conclusões

Viu-se que há imprecisão em grande parte dos tribunais regionais federais e das turmas recursais no tratamento dos conceitos de concubinato e união estável, utilizados como se fossem sinônimos.

Contudo, salientou-se que o art. 1.727 do novo Código Civil, superando a anterior classificação que também confundia os termos, designou o concubinato como as relações entre o homem e a mulher impedidos de casar. Os impedimentos estão listados no art. 1.521, CC, e são doutrinariamente divididos em concubinato adúltero e incestuoso (além de outra hipótese isolada, do cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio, consumado ou tentado, contra o seu consorte), sendo uma dessas situações a da pessoa casada.

Ademais, o art. 226, § 3º, da Constituição, que reconhece a união estável como entidade familiar, ressalta na parte final que a legislação infraconstitucional deve facilitar sua conversão em casamento. Assim, como coadunar o dispositivo constitucional com o concubinato, que impede o casamento?

Logo, não resta dúvida que o concubinato não se confunde com a união estável, pois abrange relações entre pessoas impedidas de casar. Se a união estável pressupõe a possibilidade de conversão em casamento, *a contrario sensu*, não se pode reconhecê-la quando existir impedimento para o matrimônio.

Do mesmo modo, a legislação previdenciária segue o preceito constitucional (§ 3º do art. 16 da Lei nº 8.213/91), não reconhecendo a dependência de pessoa impedida de casar com o segurado, tampouco tutelando a situação ilegal de concubinato.

Em uma situação, todavia, o concubinato pode se converter em união estável: quando a pessoa casada se separar de fato ou judicialmente, o que afasta o impedimento previsto no art. 1.521, VI, do Código Civil. Não há como se reconhecer a união estável se uma das pessoas for casada e não estiver, no mínimo, separada de fato; caso contrário, há concubinato. Como afirmado pelo Min. Menezes Direito em seu voto no RE 590779/ES, julgado pela 2ª Turma do STF, “não há união estável quando existe duplicidade”.

Apesar de entendimento diverso em TRF's e Turmas Recursais, prevalece no STF e no STJ a tese de que o concubinato não produz direitos no direito de família (com algumas exceções), tampouco no direito previdenciário, mas sim nos direitos reais e das obrigações. Trata-se de uma sociedade de fato, e não uma entidade familiar, motivo pelo qual a concubina não tem direito à pensão por morte.