

A PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA NA UNIÃO ESTÁVEL E NO CONCUBINATO: O AFETO COMO PRINCIPAL ELEMENTO DE FORMAÇÃO DE VÍNCULOS

Cinara Cecília Mendonça Lopes*

RESUMO

O tema refere-se à atual condição da companheira e da concubina, no que tange à proteção previdenciária, abrangendo todas as peculiaridades da família previdenciária, assim denominada pela doutrina. A questão aponta a dificuldade encontrada por aquelas pessoas que mantêm união livre, fora da formalidade do casamento, quando da comprovação do vínculo afetivo, social, econômico e familiar. Trata-se de promover uma discussão acerca da relevância do vínculo originado pela união estável e pelo concubinato no âmbito previdenciário enquanto ramo do direito encarregado de conferir especial proteção à família do segurado que se vê desamparada diante de um risco social que impossibilita a manutenção do lar por seu provedor. Ademais, especificamente no tocante ao concubinato, cuja discussão ainda é espinhosa, há casos concretos que guardam particularidades merecedoras de análise mais detida pela sociedade e aplicadores do Direito. As relações humanas, por serem dotadas de subjetividade, não podem ser tuteladas por meio de regramentos engessados, insuscetíveis de reflexão caso a caso, sob pena de penalizar-se uma família inteira em face da infidelidade de outrem. No Direito Previdenciário, outros valores são realmente relevantes e o que importa para a Previdência é conferir proteção àquele que de fato necessita, sem restringir-se a exigências formais e conservadoras. Por essa razão se impõe uma reflexão profunda a fim de que as decisões proferidas guardem congruência com a realidade atual das relações afetivas, considerando as mais variadas formas de comportamento humano e das condições de miséria em que vivem muitas famílias.

Palavras – chave: União estável. Concubinato. Direito aos benefícios previdenciários. Dependência econômica. Afetividade.

INTRODUÇÃO

Nem sempre o vínculo afetivo foi o elemento mais importante e considerável para a formação e sustentação da família. No passado, existiam as famílias constituídas primordialmente para a produção, uma vez que tinham caráter extensivo e todos os membros dela deveriam exercer alguma atividade em grupo, na maioria dos casos, a agricultura. Assim, relevante era a capacidade produtiva do

* Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza. Advogada. Conciliadora voluntária na Justiça Federal
E-mail: cinaracecilia@yahoo.com.br

grupo familiar e este era visto apenas como um meio para a sobrevivência, na medida em que fosse numeroso, tendo, o matrimônio, a função de formar uma unidade de produção, portanto, com amplo incentivo à procriação.

Com o processo de industrialização e a busca por mão-de-obra, dentre outros motivos de ordem social, exigiu-se a entrada da mulher no mercado de trabalho, trazendo reflexos na estrutura familiar. A família tornou-se menor, restringindo-se a pai, mãe e filhos, os quais tiveram de se adaptar a um ambiente mais dinâmico e urbanizado. O vínculo afetivo passou a ser um importante elemento de convivência, uma vez que as relações ficaram mais restritas e aproximadas, gerando a necessidade dessa harmonia afetiva. Isso se tornou um marco importante, portanto a afetividade se tornou elemento principal de formação de vínculos, ficando em segundo plano as exigências formais da sociedade antiga.

Observando, portanto, toda a evolução constitucional e legislativa nesse âmbito do direito de família, importante se faz a análise do art. 226 da Constituição Federal de 1988, o qual trouxe inovações importantes no que tange à família. A mais importante delas pode ser observada no caput do dispositivo, ao estabelecer que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”

Dessa forma, ao mencionar que a família é a base da sociedade e merece especial proteção estatal, o legislador constituinte originário não restringiu essa família àquela constituída pelos laços matrimoniais, abrangendo toda e qualquer espécie de formação familiar. Sequer impôs critérios diferenciadores, os quais seriam claramente discriminatórios e incompatíveis com a essência humanista e igualitária de nossa atual Carta Magna.

No entanto, aquilo que, porventura, se distancie da estrutura familiar reconhecida como legítima, oriunda do casamento civil, passa a não mais merecer a devida atenção e proteção, sendo dificilmente considerada qualquer consequência advinda da união extramatrimonial.

Certo é que o Estado, por meio de seu poder legislativo, busca proteger o instituto familiar e afastá-lo dos eventuais acontecimentos da vida que possam vir a violar direitos decorrentes daquele. Os vínculos advindos dessas relações não deixam de existir simplesmente porque não são reconhecidos. Eles persistem e promovem efeitos igualmente aos outros advindos do casamento.

Além disso, as consequências patrimoniais decorrentes da relação entre duas pessoas são relevantes na medida em que convivem durante certo período de

tempo e, conseqüentemente, dividem despesas e constroem patrimônio juntas. Ainda assim, mantêm dependência econômica uma com a outra, razão pela qual requerem o direito ao benefício previdenciário, quando de sua morte ou prisão, tendo em vista esta condição de dependência ao longo da vida do casal. Essa questão também não merece a inércia do Estado, pois é sabido que uma relação afetiva tem diversas peculiaridades que a difere de uma sociedade de fato, equiparada por muito tempo, e até hoje por alguns tribunais, às relações extraconjugais.

1 DA SEGURIDADE SOCIAL

A seguridade social é o gênero que tem como espécies as áreas da saúde, da assistência social e da previdência social. Ela constitui um conceito amplo que abrange a proteção a todos, independentemente de contraprestações diretas ou da exigência de certas condições, a depender da área de atuação da previdência.

O conceito de previdência social relaciona-se com a vontade do homem, desde os tempos antigos, em prover seu futuro e de seus familiares, preocupando-se sempre em deixar condições mais confortáveis para os seus descendentes, bem como porque sabe que certos eventos como a velhice, as doenças e a morte são inevitáveis.

Por outro lado, a República Federativa do Brasil adota a Dignidade da Pessoa Humana como um de seus princípios basilares. Este postulado é importante fundamento para a atuação do Estado na garantia do mínimo existencial que assegure uma vida digna aos cidadãos, por meio dos direitos sociais prestados pela Assistência Social.

A Assistência Social, por sua vez, tem o condão de prover os mínimos sociais, evitando o estado de necessidade, em face do seu caráter meramente assistencial, portanto, não contributivo. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana é almejada, garantindo-se o mínimo existencial, suavizando-se a perspectiva desumana e miserável em que vivem milhares de pessoas diante das profundas desigualdades sociais existentes no país. O Estado, portanto, atua com o fito de resguardar os objetivos precípuos consignados em nossa Carta Magna no que concerne à sobrevivência digna.

Ingo Wolfgang Sarlet propôs uma conceituação jurídica para a dignidade da pessoa humana:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos. (SARLET, 2001, p. 60)

No que concerne à previdência social, área da seguridade social referente ao tema ora abordado, esta é a área mais complexa da seguridade social, uma vez que procura harmonizar seu caráter contraprestacional com o Princípio da Solidariedade e o Princípio da Proteção ao Hipossuficiente. Por essa razão é que ela é chamada de social, o que a particulariza diante dos demais tipos de previdência existentes no mundo.

Antes de ser um mero fundo arrecadatório para proteção do trabalhador contribuinte, a previdência se reveste de caráter social, humanístico e cidadão, visando a realização do bem-estar social. Isso fica claramente demonstrado quando se observam situações em que o segurado contribuirá mais do que irá receber a título de benefícios, e situações em que ocorrerá a situação inversa.

Os beneficiários da Previdência Social são aqueles que irão receber a proteção previdenciária, sejam seus benefícios, sejam seus serviços. Eles serão classificados como segurados ou dependentes, conforme declara o artigo 10 da Lei 8.213/91. Por sua vez, os segurados do Regime Geral da Previdência Social são divididos em obrigatórios e facultativos.

O segurado é a pessoa que, em regra, contribui para a Previdência Social, objetivando usufruir dos serviços e benefícios por ela ofertados. É também o sujeito passivo da obrigação tributária relativa ao pagamento das contribuições sociais, também denominado, nesse ínterim, de contribuinte. O termo segurado pode ser definido como:

É segurado da Previdência Social, nos termos do art. 9º e seus parágrafos do Decreto 3.048/99, de forma compulsória, a pessoa física que exerce atividade remunerada, efetiva ou eventual, de natureza urbana ou rural, com ou sem vínculo de emprego, a título precário ou não, bem como aquele que a lei define como tal, observadas, quando for o caso, as exceções previstas no texto legal, ou exerceu alguma atividade das mencionadas acima, no período imediatamente anterior ao chamado “período de graça”. Também é

segurado aquele que se filia facultativa e espontaneamente à Previdência Social, contribuindo para o custeio das prestações sem estar vinculado obrigatoriamente ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS ou a outro regime previdenciário qualquer. (CASTRO, 2008, p. 165)

Quanto aos dependentes, estes são definidos como aqueles que, embora não vertam contribuições à previdência social, farão jus, desde que mantida a qualidade de segurado, às seguintes prestações: auxílio-reclusão, pensão por morte, serviço social e reabilitação profissional. Isso decorre da relação de dependência existente entre segurado e dependente, que fica abalada em virtude de um risco social que atinge o segurado instituidor do benefício. Feijó Coimbra explica qual fundamento justifica a delimitação dos dependentes constantes no rol da lei previdenciária.

[...] em boa parte, os dependentes mencionados na lei previdenciária coincidem com aqueles que a lei civil reconhece credores de alimentos a serem prestados pelo segurado. E bem lógico que assim o seja, pois que a prestação previdenciária - conteúdo material da pretensão do dependente - é, acima de tudo, uma recomposição de renda perdida: aquela renda que o segurado proporcionaria, caso ao o atingisse um risco social. (COIMBRA, 1980, *apud* CASTRO, 2009, p. 213)

Assim, a lei de benefícios (lei 8.213/93), em seu artigo 16, enumera aqueles que serão considerados dependentes do segurado, por critério de dependência econômica. Tal dispositivo se presta inclusive a delimitar o grupo familiar para efeitos de concessão de benefício assistencial (lei 8.742/93), conforme explicado anteriormente. São eles o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; os pais; o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido.

Observe-se que a existência de um grupo exclui o direito dos demais, tratando-se de uma ordem preferencial. No que tange ao primeiro grupo, o legislador previdenciário, em observância integral à intenção de nossa Carta Magna, equiparou a união estável ao casamento, pois menciona as expressões cônjuge e companheiro na mesma linha de preferência e reconhece a existência de dependência presumida em ambos os casos, sem qualquer diferenciação ou necessidade de prova.

Ao citar o companheiro ou companheira, a lei faz menção à união estável. Assim, embora o legislador previdenciário tenha presumido a sua dependência econômica, ou seja, a princípio não há porque o companheiro ou companheira comprovar seu vínculo econômico com o segurado, há a necessidade da prova da

existência de união estável, dentro dos requisitos impostos pela Constituição e pela Lei Civil.

No entanto, interpretar-se o dispositivo se forma limitada em face de nossa sociedade atual e a dinâmica dos vínculos afetivos configurar-se-ia uma situação de injustiça. Ora, sabe-se que não apenas a dependência econômica é requisito para a caracterização do dependente. Nesse sentido, Carlos Alberto Pereira de Castro, pontua a importância de outros requisitos, além da dependência econômica, nem sempre indispensável.

Discordamos, contudo, da presente conceituação, visto haver situações em lei nas quais não há necessariamente dependência econômica: por exemplo, mesmo que ambos os cônjuges exerçam atividade remunerada, um é considerado dependente do outro para fins previdenciários, fazendo jus a benefícios, mesmo que auferam ganhos decorrentes de atividade laborativa. É que os critérios para a fixação do quadro de dependentes são vários, e não somente o da dependência puramente econômica. São os vínculos familiares, dos quais decorre a solidariedade civil e o direito dos necessitados à provisão da subsistência pelos mais afortunados (CF, art.229), a nosso ver, o principal critério norteador da fixação da dependência no campo previdenciária. Este critério, em alguns casos, será conjugado com o da necessidade econômica, vale dizer, quando se estende a dependência a pessoas que estão fora da célula familiar básica – cônjuge e filhos. (CASTRO, 2008, p. 201)

A despeito dessa restrição relativa ao companheiro ou companheira de segurado casado, o INSS tem concedido a divisão da pensão previdenciária entre a mulher legítima e a concubina, embora a questão seja bastante controversa na jurisprudência. A seguridade social se presta a resguardar a dignidade da pessoa humana, na garantia do mínimo existencial, não sendo razoável sua atuação com base em limites formais, impostos pela sociedade. Essa discussão valorativa não é relevante frente à iminente necessidade e fragilidade daquele que se viu desamparado por seu companheiro ou concubino.

2 DA UNIÃO ESTÁVEL E DO CONCUBINATO

Atualmente, observamos que não subsistem apenas as relações oriundas do matrimônio, pois este não acoberta situações como as uniões homoafetivas e as decorrentes de adultério ou outros impedimentos, cada vez mais comuns, não se

podendo impedir a formação e a perpetuação delas, inclusive com suas consequências afetivas, patrimoniais e sociais.

Nesse sentido, no que se refere à formação de vínculos fora do casamento, têm-se o concubinato e a união estável, dois institutos com características próprias e distintas. No entanto, antes da Constituição Federal de 1988, época em que a união estável não era reconhecida constitucionalmente e equiparada ao casamento, era a mesma considerada uma modalidade de concubinato. O concubinato, portanto, era qualquer união fora das exigências formais do casamento, o qual se dividia entre concubinato puro e impuro ou adúltero.

No entanto, em duas situações a jurisprudência vem entendendo diversamente, a depender das condições práticas em se consubstanciaram essas uniões. A primeira se deve ao fato de que, em muitos casos, o cônjuge traído tem conhecimento da existência de uma união concubinária, não se opondo a ela, pelo contrário, até tolera. Nesse caso, há a publicidade da relação, o que a aproxima da união estável, pois, embora haja o impedimento matrimonial, a união é do conhecimento de todos, inclusive do cônjuge legítimo, em muitos casos, perpetuando-se por vários anos.

Outra situação peculiar é a esta oposta, ou seja, quando nenhuma das duas famílias toma conhecimento uma da outra, e são levadas a permanecer naquela união pela boa-fé. Assim, a mulher que convive com ele, supondo estar em uma união estável, pois desconhece a existência de uma mulher legítima em outro lugar, não deve arcar com o ônus de ser equiparada a concubina, desmerecendo proteção estatal. Permanecia na união, pois estava de boa-fé, e nesse caso, justificável, haja vista a dificuldade de conhecer a real situação do companheiro.

Nesse contexto, percebe-se que o tema relativo à união estável e ao concubinato, atualmente, possui diversas questões controvertidas a serem discutidas, em face da evolução dos laços afetivos e da modificação de parâmetros morais e culturais em que se fundam a sociedade moderna. Há uma tendência a considerar o longo tempo de convivência e a dependência econômica que envolve muitos casos de concubinato adúltero para a caracterização da união estável, embora um dos conviventes ainda mantenha um casamento.

2.1 Da união estável

Constitui união estável a convivência duradoura, pública, contínua e estável entre homem e mulher, ausentes os impedimentos para o casamento, com o objetivo de constituição de família.

Foi nesses termos que o legislador civil definiu união estável, no artigo 1.723 e seus parágrafos. Conforme essa definição, pode-se extrair os requisitos para a caracterização da união estável, sendo indispensável o reconhecimento de tal situação no caso concreto, para conferir direitos aos companheiros que vivam em união estável.

Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 549) divide os requisitos para caracterização da união estável em pressupostos de ordem subjetiva e objetiva. Os pressupostos de ordem subjetiva são, conforme o citado autor, a convivência more uxório e o objetivo de constituir família. A diversidade de sexos, a notoriedade, a estabilidade, a continuidade, a inexistência de impedimentos matrimoniais e relação monogâmica seriam os requisitos objetivos.

No que se refere ao requisito da inexistência de impedimentos matrimoniais, determinou o legislador civil que, a semelhança do casamento, também não existirá união estável se presente um dos impedimentos matrimoniais, constantes no art. 1.521 do Código Civil.

Em decorrência da ausência de impedimentos, tem-se outro requisito objetivo importante ao tema, a relação monogâmica. Logicamente, a convivência com mais de uma pessoa, bigamia ou poligamia, representa impedimento de que trata o inciso VI do art. 1.521, vedando-se a formação de união estável por pessoa casada, o denominado concubinato adúltero.

Importante a ressalva feita por alguns doutrinadores a respeito da boa-fé do convivente que desconhecia o impedimento, conforme anteriormente demonstrado. Restando comprovado que o outro convivente não sabia ou até mesmo não tinha como saber que mantinha uma união adúltera, sendo movido pela boa-fé, pois desconhecia o impedimento do outro, vislumbra-se a figura da união estável putativa, devendo ser conferida toda a proteção legal dedicada aos que vivem em união estável.

É a análise do caso concreto que deverá orientar o julgador na sua decisão, a fim de que não seja cometida nenhuma injustiça grave em desfavor de uma família mantida pela boa-fé de um dos conviventes, que foi levado a erro por desconhecer a situação real em que vivia. Obviamente, deve ser ponderado pelo julgador se as condições em que vivia o casal autorizava esse estado permanente de ignorância e boa-fé.

2.2 Do concubinato

O diploma civil trouxe, com clareza e objetividade, o conceito de concubinato, no artigo 1.727, ao declarar que as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato. Com isso, a caracterização do concubinato se resume à presença de pelo menos um dos impedimentos matrimoniais elencados no art. 1.521.

Sobre o assunto, Maria Berenice Dias se manifesta acerca das possíveis razões que proporcionaram e incentivaram o concubinato:

A manutenção de uniões extramatrimoniais, até há pouco tempo, não gerava quaisquer ônus ou encargos. E ter 'outra' ainda é motivo de orgulho e da inveja dos amigos. Em contrapartida as mulheres sempre foram punidas. A infidelidade feminina autorizava o homem a 'lavar a honra da família', livrando-se da cadeia muitos maridos traídos sob a excludente de legítima defesa da honra que sequer está na lei. A resistência em reconhecer o concubinato no âmbito do direito das famílias fez legiões de mulheres famintas, pois não lhes era assegurado nem o direito a alimentos e nem direitos sucessórios. Como 'sociedades de fato', dividiam-se lucros e não os frutos de uma sociedade de afeto. (DIAS, 2008, p. 86)

Ressalte-se a latente diferenciação entre homens e mulheres no que diz respeito à fidelidade no relacionamento, sendo certo que a submissão da mulher ao homem a colocava em situação de inferioridade e discriminação, não possuindo instrumentos hábeis a protegê-la, quando da dissolução da relação afetiva, com a consequente geração de frutos merecedores de tutela pelo Estado.

A resolução apresentada nesses casos pela maioria da jurisprudência é no sentido de considerar existente apenas uma sociedade de fato, sem o direito a alimentos, direito sucessório e outros que poderia ser conferidos, ainda que minimamente, a depender do caso concreto, tendo em vista que a relação concubinária não deixa de existir e produzir efeitos pelo simples fato de ser proibida.

É nesse contexto que a aludida autora defende a proteção dessas relações, embora se tenha conhecimento do estado de concomitância de ambas as famílias:

Descabe realizar um juízo prévio e geral de reprovabilidade contra formações conjugais plurais. A lógica desse raciocínio privilegia o infiel. Aquele que opta por se relacionar com alguém impedido de casar, em razão de já ser casado, deve responsabilizar-se por suas escolhas e respectivas conseqüências. Principalmente quando a pluralidade é pública e ostensiva, e mesmo assim ambas as famílias se mantêm íntegras, a simultaneidade não é desleal. Ainda que confesse a mulher que tinha conhecimento da existência e outro vínculo, não reconhecer qualquer efeito atenta contra a dignidade dos partícipes e filhos porventura existentes. Verificadas duas comunidades familiares que tenham entre si um membro em comum, é preciso operar a apreensão jurídica dessas duas realidades. (DIAS, 2008, p. 87)

O teor da súmula 380 do Supremo Tribunal Federal praticamente consolidou a ideia de que a ocorrência de concubinato somente ensejaria a partilha dos bens adquiridos pelo esforço comum dos concubinos, para se evitar o enriquecimento ilícito do cônjuge, que não participou da construção do patrimônio.

Não havendo patrimônio a repartir, fato este mais condizente com a realidade do país, desamparado se encontrava o outro companheiro, sem direito a alimentos, reconhecimento da paternidade, pensão por morte, desconsiderando os tantos elementos existentes naquela união e os resultados dali provenientes.

O direito atual não deve se preocupar em tutelar a forma como os casais irão compor suas famílias, invadindo a vida íntima das pessoas. A tendência moderna é fazer da autonomia da vontade o elemento que pode construir ou desfazer laços afetivos e não a imposição de forma predeterminada para que seja reconhecida uma família perante o Estado.

3 DA PENSÃO POR MORTE E DO AUXÍLIO-RECLUSÃO E A CONCUBINA NO ÂMBITO DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL – RGPS

Especificamente, adentrando na seara previdenciária, cabe a discussão acerca da concessão de benefícios à pessoa que viveu em união estável ou em regime de concubinato. Em muitos casos o que se observa é que o direito previdenciário se restringe a proteger aquele que se viu diante de uma casualidade infeliz da vida, que acarretou uma situação de desequilíbrio financeiro e social.

Marcus Orione Gonçalves Correia explica essa autonomia do Direito Previdenciário perante as questões civis, principalmente no que tange ao direito da concubina, no caso de comprovada dependência econômica:

Assim, a despeito da redação dada ao art. 16, §4º, da Lei n. 8.213/91, há que se considerar a situação à luz do princípio norteador da seguridade social conhecido como princípio da solidariedade. Existindo o concubinato, há que se prestigiar a situação jurídica da companheira, ainda que a sua relação com o segurado fosse estabelecida sem a ruptura do vínculo conjugal. Aliás, em se tratando de se ramo autônomo, o direito previdenciário deve ser lido à luz dos seus princípios, não se possibilitando que o direito civil ou penal, por exemplo, imponham as suas regras no âmbito do primeiro – que é dotado de instituto e princípios que lhe são inerentes e que devem nortear a sua interpretação, como no caso presente. (CORREIA, 2008, p. 294)

No geral, para o deferimento dessa necessária proteção, apenas se averigua se há qualidade de segurado, período de carência, para os benefícios que o exigem, e a ocorrência da contingência social, além dos requisitos específicos de cada benefício. Descabe a discussão severa e conservadora acerca da honradez das relações familiares. Pode-se dizer que essa área de atuação do Direito tem avançado no sentido de ampliar seu âmbito de proteção, desprendendo-se das exigências conservadoras do Direito Civil, tendo em vista a situação de maior necessidade, sensibilidade e miserabilidade em que ficam muitas famílias em virtude de um acontecimento indesejado.

Especificamente, tais considerações dizem respeito aos dois únicos benefícios concedidos aos dependentes, pois nesses casos a Previdência deverá pagar as prestações aos familiares do segurado que dependiam economicamente e conviviam diretamente com ele, impondo uma ordem preferencial.

3.1 Da pensão por morte: requisitos

A pensão por morte é um dos dois únicos benefícios concedidos aos dependentes do segurado, que além dos aludidos benefícios, fazem jus também ao serviço social e à reabilitação profissional. A contingência social que ocasiona a percepção do benefício é a morte, pois se sabe que quando aquele que mantém o lar vem a falecer, a família toda é acometida por uma situação de extrema

dificuldade econômica. Além disso, não se pode desconsiderar a situação de tristeza e abalo sentimental que sensibiliza aqueles que perdem um ente próximo e querido.

Será concedida em razão dos dependentes constantes no rol do artigo 16 da Lei de Benefícios, os quais estão divididos por classes, enumeradas em ordem preferencial, ou seja, somente com a inexistência de membros da primeira classe é que será concedido aos da segunda e assim por diante. A depender da classe em que figure o segurado, este deverá comprovar ou não a dependência econômica. Acerca dos dependentes, o tema será abordado em tópico específico.

Outro requisito é a qualidade de segurado que deve ostentar o falecido na data do óbito, pois nesse momento se adquire o direito a pensão por morte. Caso o segurado, por ocasião de sua morte, tenha reunido todos os requisitos para a concessão de aposentadoria por invalidez, com a comprovação de que já estava permanentemente inválido e, portanto, com direito a um benefício por invalidez, mantêm-se a qualidade de segurado, conforme previsão expressa do art. 15, inciso I da Lei 8.213/91.

Não se exige carência para a pensão por morte, sendo necessário apenas que tenha havido o pagamento de pelo menos uma contribuição previdenciária para que o benefício seja devido, desde que mantida a qualidade de segurado.

A cessação do benefício é disciplinada no parágrafo 2º do art. 77 da Lei de Benefícios, cabendo a observação de que a pensão por morte se extingue com a morte do dependente, não passando aos seus dependentes, ou seja, a pensão por morte não gera pensão por morte. A renda mensal inicial prevista para esse benefício é a corresponde a 100% (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.

O que se pretende tutelar quando da concessão do benefício de pensão por morte, assim como todos os benefícios da previdência, é a proteção do indivíduo contra as diversas contingências sociais. A morte, nesse caso, é a contingência que acarreta o desamparo daqueles que estão sob a dependência econômica do segurado que vem a falecer. Quando este membro falece, o padrão de vida dos familiares despenca, acarretando uma situação de desigualdade social e elevada dificuldade financeira.

3.2 Do auxílio-reclusão: requisitos

O auxílio-reclusão tem por finalidade proteger os dependentes do segurado preso sob regime fechado ou semi-aberto. Por esse motivo, a contingência social que proporciona a concessão desse benefício é a prisão, a privação da liberdade. É concedido nos mesmos termos que a pensão por morte, se assemelhando a esta em vários aspectos, pois são os dois únicos benefícios pagos aos dependentes, bem como possuem como causa a exclusão do segurado do seu convívio social, seja pela morte ou pela prisão.

O recolhimento à prisão do membro da família que mantém os demais acarreta uma situação de extrema dificuldade e privação econômica para seus dependentes, de forma a causar um impacto financeiro no orçamento familiar. Para tanto, o auxílio-reclusão será pago aos dependentes do segurado que tenha sido recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço.

Essa previsão da Lei de Benefícios indica que o objetivo da previdência é proteger aqueles que dependem financeiramente do segurado que tenha deixado de auferir seus ganhos em virtude da prisão, sendo relevante apenas o fato de estar ou não o segurado recebendo seus proventos. Tanto que a lei expressamente diz que em caso de fuga o benefício será suspenso, pois no entender da previdência o segurado tem, em tese, condições de desempenhar atividade laborativa, ainda que por meio de atividade informal, pode prover o sustento seu e de seus familiares, pois está livre, embora foragido da Justiça, ou ainda que, afastado do lar durante muito tempo, não seja mais o responsável pelo sustento de sua família. Mozart Victor Russomano discorda deste entendimento:

Isso nos parece suma injustiça. Como acentuamos o auxílio-reclusão não visa proteger a tranquilidade do réu detido ou recluso. Sua finalidade resume-se à necessidade de garantir o sustento de sua família. Dir-se-á que o réu foragido obsta a ação da Justiça e, por isso não se pode considerar a situação anômala do fugitivo, para dela extrair vantagens aos seus dependentes. Nada mais errôneo. Os dependentes do réu foragido, se preencherem os requisitos para a concessão do auxílio pecuniário reservados aos casos de detenção ou reclusão, deveriam ter o mesmo direito, pois não são eles responsáveis – nem moral, nem juridicamente – pelo ato delituoso praticado pelo réu, nem pelo fato de estar ele foragido da Justiça. (RUSSOMANO 1979 apud DIAS, 2008, p. 327)

Outro requisito exigido para a concessão do referido benefício e também criticado pelos doutrinadores consta no artigo 116 do Decreto 3.048/99. Exige-se que o segurado seja baixa renda, pois se estabelece valor máximo para o último salário-de-benefício como condição para o deferimento do auxílio-reclusão. Diferentemente da pensão por morte, há, ainda, que se comprovar a desfavorável situação econômica do segurado, sendo aqui relevante seu padrão social de vida. Igualmente, tal requisito é questionado pela doutrina, pois alguns autores argumentam que fere o princípio da isonomia a exclusão de tal direito ao segurado que auferir renda mais alta, defendendo o estabelecimento de um teto máximo também para os segurados de maior renda. Wladimir Novaes Martinez defende posicionamento no mesmo sentido:

Altera-se significativamente o auxílio-reclusão, passando a ser direito do mesmo trabalhador que faz jus ao salário-família: segurado de baixa-renda. A modificação do benefício, para pior, é incompreensível e discriminatória, convindo suscitar a impropriedade em face de outros postulados fundamentais da Lei Maior. (Martinez, 2005 *apud* CASTRO, 2009, p. 643)

Para a comprovação do requisito principal do benefício, a reclusão ou detenção, o pedido administrativo deve ser instruído com certidão de efetivo recolhimento à prisão, sendo obrigatória, para a manutenção do benefício, a apresentação de declaração de permanência na condição de presidiário, a cada três meses, conforme determina a legislação previdenciária.

Outrossim, o auxílio-reclusão também não exige carência, e a renda mensal inicial e a cessação do benefício se dão de forma semelhante à pensão por morte, tendo em vista seus aspectos em comum.

Por fim, vale ressaltar que o benefício de auxílio-reclusão, assim como a pensão por morte, visa a amparar os dependentes do segurado, independentemente do crime cometido por ele, pois no âmbito previdenciário o que se almeja é a proteção daqueles que se veem em situação de penúria em razão dessa contingência social. É em respeito ao Princípio da Solidariedade que a previdência não pode se basear nas circunstâncias que levaram a prática do delito para conceder a proteção, sob pena de permitir desigualdades sociais extremas e enormes injustiças para com aqueles que não podem ser penalizados pelo erro de um familiar.

3.3 A concubina e a legislação previdenciária

A princípio, a Constituição Federal de 1988, no que tange à concessão do benefício de pensão por morte, assim preceituou:

Art. 201 A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:
V – Pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o imposto no § 2º.(BRASIL, 1988)

O mencionado dispositivo não chega a definir o que seja companheira para efeitos de deferimento de benefício previdenciário, equiparando o cônjuge ao companheiro. Em suma, a o capítulo dispensado a Previdência Social não diferencia a companheira da concubina, podendo, a depender do caso, afirmar-se que implicitamente a concubina estaria incluída nesse dispositivo, por não haver qualquer disposição contrária.

Porém, o conceito de união estável pode ser encontrado no capítulo que dispõe acerca da família, da criança, do adolescente e do idoso, especificamente no art. 226, parágrafo 3º:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (BRASIL, 1988)

Ainda assim, não é encontrada qualquer vedação expressa no aludido dispositivo acerca do concubinato, que muitas vezes se aproxima bastante de uma união estável. Os autores mais tradicionais argumentam que, ao determinar a facilitação da conversão da união estável em casamento, estaria o legislador constituinte, implicitamente, exigindo a presença dos mesmos elementos necessários para a celebração de casamento válido na união estável, excluindo da proteção estatal o concubinato.

Corroborando esse entendimento, o Código Civil, embora recente, trouxe inúmeros dispositivos retrógrados, assim considerados pela doutrina moderna, em face das restrições impostas à concessão de direitos à concubina.

Apesar disso, conforme analisado, pode-se perceber que a legislação previdenciária procura se desmembrar da seara do direito civil, uma vez que tutelam

interesses e valores diferenciados. Por essa razão é que se diz que os maiores avanços relativos ao concubinato se deram através de decisões de natureza previdenciária.

Isso decorre do caráter universal e protetivo da seguridade social, que se desprende as amarras formais da sociedade, e prima pela assistência e proteção daqueles que necessitam dela para manter um mínimo existencial digno.

Ademais, a doutrina fundamenta-se na solidariedade em que se funda a previdência e em seu caráter protetivo, que busca conferir condições mínimas de sobrevivência digna aqueles que dependiam economicamente do segurado que vem a falecer ou ser preso. Sobre o assunto, Fabio Zambitte Ibrahim argumenta:

Deste modo, não há impedimento legal expresso a concessão de benefício à cônjuge e companheira(o) do segurado(a). embora tal situação, pela lei civil, seja de mero concubinato (art. 1.727, CC), a normatização previdenciária, específica em matéria protetiva, admite a possibilidade, sem escapar a seu sentido literal possível. (IBRAHIM, 2007, p.457)

Outro fator que pode ser apontado diz respeito à legislação previdenciária, a qual deixa lacunas quando não distingue com clareza a relação de companheirismo da relação concubinária. Outrora, confunde as duas expressões, conferindo os mesmos direitos a ambas, como se depreende da leitura do parágrafo 3º do art. 16 da Lei de Benefícios, que não exige o estado civil de solteiro para o segurado falecido, pelo menos não expressamente, admitindo interpretações diversas, senão vejamos: “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.” (BRASIL, Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991)

Outro dispositivo que deixa abertura para discussões acerca do tema é o parágrafo 4º da Instrução Normativa nº. 27/2008 do INSS, que dispõe acerca da possibilidade de esposa e companheira concorrer em igualdade de condições, muito embora tenha sofrido modificações em sua redação original:

Poderá ser concedida pensão por morte, apesar do instituidor ou dependente (ou ambos) serem casados com outrem, desde que comprovada a separação de fato ou judicial em observância ao disposto no art. 1.723 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o Código Civil e a vida em comum observado o rol exemplificativo de documentos elencados no § 5º do art. 52 desta Instrução Normativa ou no §3º do art. 22 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99. (INSS, Instrução Normativa nº. 27, de 30 de abril de 2008)

Ao comentar a respeito, Eduardo Rocha Dias explica o motivo pelo qual a legislação previdenciária deve ser interpretada de forma flexível e favorável ao dependente carente, independentemente da origem de seu laço afetivo:

Correta a posição do Instituto Nacional do Seguro Social. A previdência social não tem preocupação voltada para a proteção da família legítima (esta não é a preocupação específica da previdência social), mas para a proteção da pessoa em estado de necessidade. Se o(a) segurado(a) casado(a) mantinha uma companheira ou um companheiro que dele(a) dependia economicamente, tal pessoa deverá receber a proteção previdenciária quando esse(a) segurado(a) faltar, pois, caso contrário, o estado de necessidade se estabelecerá. Ademais, a Lei 8.213/91 colocou lado a lado, como dependentes do segurado, o cônjuge e o companheiro ou companheira, não fazendo qualquer menção de preferência de um em relação ao outro. (DIAS, 2008, p.183)

No entanto, quando clarividente a situação de concomitância das relações, embora haja interpretações favoráveis, a legislação sempre condiciona o reconhecimento da relação à existência dos requisitos da união estável. Por isso a situação do concubinato ainda é nebulosa, prescindindo de comprovação uníssona acerca da dependência econômica e da situação de injustiça que se originaria de uma decisão desarrazoada.

Por sua vez, o decreto que regulamenta a Previdência Social, nos parágrafos 5º e 6º do art. 16, dispôs no mesmo sentido que a Lei de Benefícios, ou seja, ficou silente a respeito do estado civil do segurado falecido, apenas mencionando a situação do companheiro(a), deixando para a Lei Civil o encargo de explicitar os impedimentos para a constituição da união estável:

§ 5º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que mantenha união estável com o segurado ou segurada. § 6º 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. (BRASIL, Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991)

Conclui-se que a interpretação a ser dada aos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais concernentes à matéria deve ser sistemática e valorativa, sobressaltando a atuação solidária e o papel social da previdência. Embora a legislação civil seja taxativa quanto ao concubinato e a legislação previdenciária se apoie nela para suprir as suas lacunas, é imprescindível a forma como se interpretarão as determinações legais, devendo o julgador sempre objetivar o cumprimento do fim social a que se destina o direito previdenciário.

CONCLUSÃO

A evolução histórica mostrou que à companheira foram concebidos direitos jamais pensados em tempos remotos, pois, durante muito tempo, a convivência marital, ainda que sem impedimentos e com a intenção de constituir família, foi expurgada da sociedade, sendo desmerecedora de qualquer respeito e proteção estatal.

No entanto, consoante à legislação constitucional e infraconstitucional em vigor, a união estável foi elevada à condição de entidade familiar, sendo devida à proteção estatal, desde que presentes seus requisitos. Desse modo, no que concerne à companheira, muito já se avançou, embora a doutrina critique o Novo Diploma Civil, com base em seus vários dispositivos que limitam e impõem restrições desarrazoadas à concessão de direitos a companheira.

Muito embora a companheira conste no rol de dependentes do segurado na legislação previdenciária, na maioria dos casos a comprovação da união estável é árdua, culminando no indeferimento administrativo do benefício, obrigando a mesma a se socorrer do Judiciário, como única forma possível de tentativa de comprovação de sua união com o segurado.

Em relação à concubina, clarividente é sua situação de desprestígio frente à legislação e jurisprudência majoritária. Além disso, os doutrinadores expõem os casos de concubinato putativo e concubinato consentido como forma de conferir direitos à mulher que vivia em regime de concubinato acreditando estar em união estável, pois desconhecia o impedimento do companheiro. Há ainda o concubinato consentido, hipóteses em que o homem mantém duas famílias que sabem da existência uma da outra e assim mesmo toleram a situação.

São pontos delicados que, em virtude da subjetividade das relações humanas, devem encontrar soluções razoáveis e equilibradas. Para tanto, o julgador deve se posicionar de forma flexível quando da aplicação do Direito num caso concreto que apresente peculiaridades importantes. A formulação de uma regra padrão, objetiva e imutável não consonância com a proteção a que se deve prestar um Estado de Democrático de Direito, que prestigia Princípios como a Dignidade da Pessoa Humana, Isonomia e Solidariedade.

A reflexão sobre o tema, portanto, deve se dá no sentido de tornar as decisões mais maleáveis e sensíveis a fatores outros que não são e nem podem ser previstos pela lei. Há circunstâncias particulares que variam de caso a caso, impossibilitando a adoção de regramento padrão e invariável. Não deve ser esse o espírito da previdência como área da Seguridade Social, tampouco dos demais ramos do Direito que veem com maior cepticismo essa postura.

Em suma, a família a ser protegida pelo Direito Previdenciário não é aquela presa aos ditames da legislação civil e dos costumes socialmente aceitos. Pouco importa a presença de impedimentos numa relação que gerou inúmeras consequências de cunho jurídico, moral, social e econômico, havendo uma identidade de propósitos afetiva e econômica duradoura, será merecedora da atenção do Estado, em favor dos princípios constitucionais atualmente vigentes no ordenamento jurídico.

ABSTRACT

The theme refers to the current condition of the companion and the concubine in regard to social security protection, covering all the peculiarities of family pension, the so-called doctrine. The question points to the difficulty encountered by those people who keeps cohabitation outside of the formality of the wedding, when the proof of bonding, social, economic and family. This is to promote a discussion on the relevance of the bond generated by the stable and concubinage under the social security law as a branch in charge of giving special protection to the family of the insured who is powerless before a social risk that precludes the maintenance provider by the person's home. Moreover, specifically with regard to concubinage, whose discussion is still thorny, there cases that keep peculiarities worthy of more detailed analysis by society and the law enforcers Human relationships, being endowed with subjectivity can not be tutored by-laws casts , insusceptible of reflection in each case, under penalty of up penalizing an entire family in the face of infidelity of others. On Social Security Law, other values are really relevant and what matters to Social Security is to provide protection to the one who actually needs without restricting itself to formal requirements and conservative. For this reason it requires a deep reflection so that judgments keep consistency with the current reality of relationships, considering the various forms of human behavior and the conditions of many families living in poverty.

Keywords: Stable. Concubinagem. Right to social security benefits. economic dependence. affectivity.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

_____. Código Civil. **Código Civil Brasileiro** (Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002), Brasília: Senado, 2002.

_____. Congresso Nacional. **Lei 8.742 de 07 de dezembro de 1993**. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L8742.htm>>. Acesso em: 28 maio 2010.

_____. Congresso Nacional. **Lei 8.213 de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 19 maio 2010.

_____. Congresso Nacional. **Lei 8.212 de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8212cons.htm>. Acesso em: 28 maio 2010.

_____. Congresso Nacional. **Decreto n. 3.048, de 06 de maio de 1999**. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto/D3048.htm>>. Acesso em: 19 maio 2010.

_____. INSS, **Instrução Normativa nº. 27**, de 30 de abril de 2008. Disponível em: <http://www.mpas.gov.br/arquivos/office/3_081014-103743-629.pdf>. Acesso em: 5 dez 2012.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista . **Manual de Direito Previdenciário**. 9. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

CORREIA, Marcos Orione Gonçalves; Érica Paula Barcha. **Curso de Direito da Seguridade Social**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. **Curso de Direito Previdenciário**. São Paulo: Método, 2008.

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

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 5. ed. rev. São Paulo:Saraiva, 2008.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

SARLET, Ingo. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.