

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A UNIÃO ESTÁVEL E O DIREITO À PENSÃO POR MORTE PREVIDENCIÁRIA EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO NOVO CÓDIGO CIVIL

Publicação na RTRF3R nº 63, págs. 13/27

OTÁVIO HENRIQUE MARTINS PORT

Juiz Federal Substituto da 7ª Vara de Execuções Fiscais em São Paulo. Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP. Especialista em Direito Público pela PUC/SP.

I. INTRODUÇÃO

O objeto do presente estudo é examinar e tentar estabelecer alguns parâmetros, em face de todo o arcabouço jurídico-normativo vigente, para a concessão da pensão por morte ao companheiro sobrevivente, no caso da existência de união estável, principalmente em face da nova disciplina dada à matéria pelo novel Código Civil.

Ressaltamos, primeiramente, que a análise a ser feita enfoca primordialmente a questão sob a óptica da legislação de regência, tentando despir-se de quaisquer conceitos predeterminados ou de considerações baseadas em questões atinentes ao campo moral. Sem querer desprezar o lado axiológico da questão, que certamente envolve diversos valores da sociedade, que por vezes podem entrar em conflito, por ora nos restringiremos ao enfoque sob o aspecto estritamente normativo.

II. A DISCIPLINA LEGAL DA UNIÃO ESTÁVEL

O art. 74, “caput”, da Lei 8.213/91, prevê que a pensão por morte será devida ao conjunto de dependentes do segurado falecido.

O art. 16, I, do mesmo Diploma Legal, por sua vez, dispõe que o companheiro ou a companheira são beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado, prevendo ainda, no parágrafo 4º, que a dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida, não necessitando, portanto, de comprovação.

Irrelevante, portanto, a prova da existência da dependência econômica, resta saber qual é o conceito de companheirismo adotado pelo sistema jurídico vigente.

A Constituição Federal, no seu art. 226, parágrafo 3º, enuncia 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.”

Trata-se do reconhecimento da união estável, aqui adotada como sinônimo do companheirismo, como entidade familiar, sem no entanto igualá-la ao vínculo matrimonial. A união estável é relação jurídica dotada de regramento próprio. Ainda que se lhe possa atribuir os mesmos efeitos do casamento, com este ela não se confunde.

No entanto, forçoso reconhecer que o conceito de união estável não nos é dado pela Carta Magna, que se limita apenas a lhe atribuir “status” de entidade familiar. O conceito deve então ser buscado na legislação infraconstitucional.

Na própria Legislação Previdenciária (art. 16, parágrafo 3º da Lei 8.213/91) temos um conceito de união estável, segundo o qual “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.”

Já o Decreto 3.048/99, que regulamentou a Lei 8.213/91, dispôs, em seu art. 16, parágrafo 6º, que se considera 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.

Há ainda o estabelecimento de uma vedação, esta consagrada na Lei e reiterada no Decreto, consubstanciada no estado civil dos companheiros ou companheiras, preconizando ser possível a união estável somente se forem pessoas solteiras, separadas judicialmente, divorciadas ou viúvas, ou que tenham prole em comum, enquanto não se separarem. A Lei frisa ainda que o companheiro que mantém a união estável com o segurado ou segurada não deve ser casado.

Em uma primeira leitura, poder-se-ia concluir pela impossibilidade de o segurado, apenas separado de fato, constituir união estável, eis que a Lei refere-se expressamente à condição de o companheiro ou a companheira não ser casado.

Todavia, a questão não é tão simples quanto possa parecer.

III. ANÁLISE DA QUESTÃO SOB O PRISMA CONSTITUCIONAL E EM RELAÇÃO AO NOVO CÓDIGO CIVIL

Voltemos então ao problema da conceituação de união estável, ao lume do novo Código Civil, para, munidos deste

conceito, examinar novamente essas hipóteses.

Importante ressaltar que o conceito de união estável já foi objeto da legislação extravagante, primeiramente pela Lei 8.971/94, que em seu art. 1º dispõe como requisitos para a sua configuração o fato do companheiro ser solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, e o prazo de convivência maior do que cinco anos.

Posteriormente, este dispositivo foi revogado pelo art. 1º da Lei 9.278/96, que tratou da matéria nos seguintes termos:

“Art. 1º. É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.”

O novo Código Civil (Lei 10.406, de 10/01/2002), em seu art. 1.723 e parágrafos, definiu união estável como sendo a configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família, *ressalvando que a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521, não se aplicando o inciso VI do referido artigo no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.* (grifo nosso)

O art. 1.521, por sua vez, trata dos impedimentos para o casamento, elencando uma série de pessoas que são impedidas de casar, geralmente pela existência de relação de parentesco entre elas. O inciso VI, supracitado, dispõe que são impedidas de casar as pessoas casadas. Trata-se de disposição coerente com o restante do sistema, já que a prática de bigamia constitui inclusive ilícito penal.

Portanto, analisando conjuntamente os dois dispositivos, temos que, de acordo com o novo Código Civil, à união estável aplicam-se os mesmos impedimentos incidentes sobre o casamento, vale dizer, não podem manter união estável aqueles impedidos de contrair matrimônio. Entretanto, em relação às pessoas casadas, há uma ressalva expressa no caso de a pessoa encontrar-se separada de fato ou judicialmente, podendo então os indivíduos nessa situação manter união estável.

O art. 1.727 traz ainda importante distinção, estabelecendo que “as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.”

Portanto, pelo novo Código Civil, há uma clara diferenciação entre união estável e concubinato: a primeira diz respeito à convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, à qual aplicam-se os mesmos impedimentos do casamento, exceto, no caso de pessoas casadas, na hipótese de indivíduos separados de fato ou judicialmente; já o concubinato refere-se à existência de relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar.

É de se frisar que no concubinato pode haver, assim como na união estável, o “animus” de uma ou de ambas as partes envolvidas em constituir família, bem como a convivência pública e contínua. O ponto nodal da distinção é justamente o fato dos concubinos serem pessoas sobre as quais incide qualquer um dos impedimentos para casar, a não ser que, se casados forem, já houver a separação de fato ou judicial.

O novo “Codex” permite expressamente a existência da união estável quando os conviventes forem casados, desde que sejam separados de fato ou judicialmente. E o faz por diversas razões.

Álvaro Villaça Azevedo, ao analisar o Projeto do novo Código Civil, de nº 118, que não continha essa ressalva, conclui de forma percutiente:

“Desse modo, quem estivesse separado judicialmente, por exemplo, e não quisesse divorciar-se, teria de viver em concubinato, sem os benefícios da união estável. No Brasil, é situação notória, admitida, atualmente, pela própria sociedade, a existência de novas uniões familiares por pessoas separadas de fato, que, certamente, estariam desprotegidas, se fosse editado esse texto projetado. Com isso, estaríamos retrocedendo na história e fazendo voltar as injustiças do passado, principalmente contra a mulher brasileira, em agressão ao próprio Direito Natural. Não se pode legislar contra a realidade social.

Estaria ferido, com isso, o texto constitucional, constante do *caput* do art. 226, que eliminou todas as discriminações contra a família, que é a única destinatária da proteção da Lei Maior. Sim, porque quem convive familiarmente, embora separado de fato ou de direito, de seu cônjuge, não agride outra forma de constituição de família, porque seu casamento já está rompido.

A própria Lei do Divórcio, nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, já atestava, no § 1º de seu art. 5º, a possibilidade de ruptura da sociedade conjugal, pela separação de fato do casal prolongada por mais de cinco anos consecutivos, com impossibilidade de sua reconstituição. Esse prazo de cinco foi reduzido para um ano, pela Lei nº 8.408, de 13 de fevereiro de 1992.

Ao seu turno, a Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 possibilita, pelo § 6º de seu art. 226, a dissolução do casamento civil, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou após comprovada separação de fato por mais de dois anos (divórcio direto).

Como visto, a separação de fato prolongada, pelos aludidos transcurso de tempo, pode ocasionar a ruptura da sociedade conjugal ou, até mesmo, a dissolução do casamento civil, produzindo efeitos que estariam sendo ilididos pelo texto do Projeto sob comentário.”¹

Pouco temos a acrescentar às lições do mestre civilista. Nem ao legislador, nem tampouco ao aplicador da lei, é dado olvidar da realidade social existente e das práticas costumeiras de relacionamento interpessoal. Se, por um lado, entendo que o costume, nesse caso, não pode ser encarado como fonte produtora de direito novo, os legisladores, ao elaborarem nova codificação, de forma acertada, não ignoraram a existência de inúmeras relações de convivência nas quais é evidente o “animus” de constituição de nova família e de desconstituição da família anterior, ainda que de maneira não formal. Nesse sentido, o convívio público e duradouro do separado de fato com outra pessoa demonstra sua inequívoca intenção de constituir novo núcleo

familiar, ao qual a Constituição, em seu art. 226, “caput”, atribui “status” de base da sociedade, devendo merecer especial proteção do Estado, e, de conseguinte, a devida tutela legal.

Ademais, se a separação de fato é meio hábil à dissolução do vínculo matrimonial, conforme disposições constitucionais e legais, não há porque não se reconhecer a extinção do vínculo originário, quando isso ocorrer por demonstração irretorquível da vontade dos conviventes, de forma contínua e duradoura, e dotada de publicidade.

Chega-se, então, ao ponto fulcral da questão que ora abordamos: em face do conceito de união estável dado pelo novo Código Civil, cabe dizer que esse conceito aplica-se no âmbito previdenciário? Para fins de concessão de pensão por morte, pode pleitear o benefício o companheiro ou a companheira sobrevivente que mantinha relação com segurado ou segurada separada de fato ou judicialmente? E no caso de relação de concubinato, nos termos do art. 1.727 do novo Código? É possível a concessão do benefício, desde que presentes os requisitos da convivência pública, duradoura e contínua?

Poder-se-ia argumentar que se cuida de norma especial (a previdenciária) em face de norma geral (novo Código), não podendo pois a primeira ser derogada pela segunda. Não nos parece, no entanto, ser essa a melhor solução para o problema sob comento.

Analisando o plexo de normas como um sistema jurídico, ou seja, como um todo unitário composto de diversos elementos integrados de forma harmônica entre si, há que se reconhecer a necessidade da existência de coerência intrínseca, no que tange às regras. Se, por um lado, é perfeitamente possível a existência de princípios conflitantes entre si, conflito este a ser solucionado pela ponderação dos bens jurídicos tutelados em cada princípio, não se pode admitir, doutra parte, a existência de antinomia de regras. Nesse caso, o conflito entre regras resolve-se no âmbito da validade, vale dizer, uma regra deve prevalecer em relação a outra, declarando-se a invalidade da segunda.

Nesse sentido, tenho que a norma do novo Código Civil, ao reconhecer a plausibilidade da existência da união estável quando se tratar o companheiro ou a companheira de separado de fato, guarda perfeita consonância com a norma constitucional que atribui a essa relação fática (a separação) o condão de dissolver a sociedade conjugal.

Afigura-se, ademais, incoerente, dentro de uma visão sistêmica do direito, a distinção entre os dois institutos jurídicos, cujo “nomen juris” é o mesmo: união estável. Vale dizer: a união estável disciplinada pelo novo Código Civil inclui como companheiro o separado de fato que preencha os requisitos legais, enquanto a união estável prevista na legislação previdenciária exclui essa hipótese.

Portanto, existente uma aparente antinomia entre os citados dispositivos, deve prevalecer a norma que preserva a harmonia do sistema jurídico, encimado pela Constituição Federal, constante do novo Código Civil, em detrimento da norma previdenciária.

Cumpre salientar que a inconstitucionalidade da norma previdenciária que vedava a união estável do companheiro separado de fato já era preexistente em relação ao advento do novo Código Civil, pela dissonância em face da disciplina dada à matéria pela Carta Maior, apenas vindo a ser reforçada pelo advento da nova codificação, que cuidou do tema de forma a espantar qualquer sombra de dúvida que porventura ainda restasse. Se assim não fosse, reconhecer-se-ia a possibilidade de mutação constitucional por obra da legislação infraconstitucional (novo Código Civil), o que seria inconcebível, em razão da supremacia da Constituição como norma maior do sistema jurídico.

Contudo, entendo não ser a mera e simples declaração de invalidade da norma, com sua expurgação do sistema, a melhor solução. Ao contrário, pelo princípio da presunção de constitucionalidade das leis, se à determinada norma puder ser dada uma interpretação condizente com a Constituição Federal, sem alteração do seu texto, deve ser então buscada uma interpretação que seja com ela compatível, sem declaração de nulidade absoluta da norma. Pode-se, então, proceder à declaração da nulidade parcial da norma, sem a alteração ou redução do texto original.

De acordo com Gilmar Ferreira Mendes:

“A doutrina e a jurisprudência brasileiras admitem plenamente a teoria da divisibilidade da lei, de modo que, tal como assente, o Tribunal somente deve proferir a inconstitucionalidade daquelas normas viciadas, não devendo estender o juízo de censura às outras partes da lei, salvo se elas não puderem subsistir de forma autônoma. Faz-se mister, portanto, verificar se estão presentes as condições objetivas da divisibilidade. Para isso, impõe-se aferir o grau de dependência entre os dispositivos, isto é, examinar se as disposições estão em uma relação de vinculação que impediria a sua divisibilidade. Não se afigura suficiente, todavia, a existência dessas condições objetivas de divisibilidade. Impõe-se verificar, igualmente, se a norma que há de subsistir após a declaração de nulidade parcial corresponderia à vontade do legislador. Portanto, devem ser investigadas não só a existência de uma relação de dependência (unilateral ou recíproca), mas também a possibilidade de intervenção no âmbito da vontade do legislador.

No exame sobre a vontade do legislador assume peculiar relevo a dimensão e o significado da intervenção que resultará da declaração de nulidade. Se a declaração de nulidade tiver como consequência a criação de uma nova lei, que não corresponda às concepções que inspiraram o legislador, afigura-se inevitável a declaração de inconstitucionalidade de toda a lei.”²

Voltando-se, então, ao texto examinado (art. 16, parágrafo 3º, da Lei 8.213/91), temos a seguinte redação:

“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.”

Primeiramente, verifica-se que o termo “sem ser casada” guarda independência em relação ao restante do dispositivo, sendo portanto perfeitamente destacável e divisível em relação às outras partes da lei. Resta então saber se é possível a declaração de sua invalidade, sem macular a vontade do legislador.

Investigando-se as razões que inspiraram o legislador quando da elaboração da redação legal, pode-se concluir que a situação que ele procurou distinguir, estabelecendo uma ressalva expressa, é aquela em que há a manutenção da convivência pública, duradoura e contínua concomitante ao vínculo matrimonial. Em outras palavras: a “mens legis” é evitar que de uma relação de origem ilícita, fundada numa relação adulterina, sejam criados direitos de cunho previdenciário para as partes envolvidas. Trata-se da hipótese prevista no art. 1.727 do novo Código Civil, e por ele denominada de concubinato.

Ocorre que o estado de fato da convivência pública e duradoura, ainda que de forma contínua, não se pode sobrepor à vedação legal, que se aplica, aí sim, ao caso do segurado casado que mantenha a união estável concomitante ao casamento.

Embora a Constituição reconheça a união estável como entidade familiar, tenho que não se pode dizer que, de acordo com a dicção constitucional, a união estável seja igual ao casamento, possuindo portanto o mesmo “status” constitucional. Ainda que assim se entenda, não há como concluir que a companheira ou o companheiro possuem mais direitos e menos obrigações do que a esposa ou o esposo legítimos. “A fortiori”, se os cônjuges têm o dever de fidelidade recíproca, inclusive sendo ilícitos penais a bigamia e o adultério, não pode o companheiro ou a companheira arrogar para si direitos advindos de uma relação considerada como ilícito penal.

A este respeito, Rodrigo da Cunha Pereira assinala:

“Mesmo que a relação com a ‘outra’ se assemelhe ao concubinato e constitua, em alguns casos, uma sociedade de fato, passível de partilhamento dos bens adquiridos pelo esforço comum, não se pode identificá-la com o concubinato no moderno sentido da expressão, ou seja, com a união estável. Em outras palavras, o Direito, através das Leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96 e do Novo Código Civil, não protege o concubinato adulterino. A amante, amásia – ou qualquer nomeação que se dê à pessoa que, paralelamente ao vínculo do casamento, mantém uma outra relação, uma segunda ou terceira... –, será sempre a outra, ou o outro, que não tem lugar oficial em uma sociedade monogâmica. Alguns autores preferem nomear essas relações como ‘concubinato impuro’, em oposição a ‘concubinato puro’ ou ‘honesto’, que é quando não há impedimento legal para o estabelecimento da relação. É um paradoxo para o Direito proteger as duas situações concomitantemente. Isto poderia destruir toda a lógica do nosso ordenamento jurídico, que gira em torno da monogamia. Isto não significa uma defesa moralista da fidelidade conjugal. Trata-se de invocar um princípio jurídico ordenador, sob pena de se desinstalar a monogamia. Em síntese, a proteção jurídica às relações concubinárias como entidades familiares, é somente aplicável àquelas não-adulterinas.”³

No mesmo sentido, Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti traz as seguintes considerações:

“Assim, a posição dominante na nossa jurisprudência foi sempre no sentido de que, quando concomitante ao casamento, a união entre homem e mulher de forma paralela e desleal não sofrerá a aplicação de regras relativas ao direito de família, exceto quanto aos filhos advindos dessa união, que serão considerados filhos tanto quanto aqueles nascidos de entidade familiar constituída, como prevê a Constituição Federal, sendo possível tão-somente, aplicar a este relacionamento paralelo as regras presentes no direito das obrigações, por meio do reconhecimento de uma sociedade de fato.

Esse nos parece ser o melhor posicionamento quanto aos possíveis efeitos de uma união adulterina concomitante ao casamento civil válido, sob pena de estarmos simplesmente afastando o princípio da monogamia, que ainda é princípio basilar do direito de família brasileiro moderno. E o novo Código Civil brilhantemente tratou dessa questão, desconsiderando essas relações paralelas como união estável, designando para elas a terminologia concubinato, fazendo nitidamente a diferença de valores e efeitos entre as duas figuras.”⁴

Situação diferente, conforme já exposto, é a do separado de fato que mantém união estável. Trata-se de relação de origem lícita, amparada por todo o sistema jurídico, albergada pela Constituição Federal, tendo em vista que a separação de fato pelo prazo de dois anos é causa hábil à ruptura do vínculo conjugal, e tutelada de forma expressa pela novel Codificação Civil.

Cabe ainda examinar a hipótese da união estável putativa.

Quando se tratar de união estável putativa, assim entendida como aquela em que as partes envolvidas, ou ao menos uma delas, não possui conhecimento da origem ilícita da relação, no tocante ao companheiro de boa-fé deve produzir a relação efeitos válidos. Assim, deve-se perguntar se a companheira ou companheiro sabia ou não da condição de casado do convivente. Em caso de ele estar de boa-fé, é possível a percepção do benefício, adotando-se a sistemática aplicável ao casamento putativo, por analogia, e em homenagem ao princípio da proteção da boa-fé, que deve reger todas as relações jurídicas. Trata-se de questão a ser provada no caso concreto, incumbindo à companheira ou ao companheiro de boa-fé o ônus de provar a sua ignorância a respeito do estado civil do convivente.

A este respeito, Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti assinala que:

“Nitidamente, quando a pessoa não sabe do matrimônio ou do relacionamento estável anterior da outra pessoa e com ela se une, pensando estar constituindo verdadeiramente uma família, comete um erro de fato, pois ignora sua situação familiar real.

Nesse sentido, se é a ignorância que determina a putatividade, podemos considerar que esse benefício pode ser utilizado, portanto, também em casos de união estável.”⁵

Volvendo então à redação do parágrafo 3º do art. 16 da Lei 8.213/91, observa-se que a expressão “sem ser casada” não é absolutamente inconstitucional. A intenção do legislador foi justamente evitar o reconhecimento da união estável simultânea ao casamento, e neste caso o dispositivo é, “a priori”, válido. Só deverá ser declarada sua invalidade na hipótese do companheiro separado de fato. Trata-se, então, de declaração de nulidade parcial da expressão “sem ser casada”, sem redução do texto, excluindo-se a interpretação ou a hipótese de aplicação que lhe acarretaria a inconstitucionalidade. Interpretando-se a norma conforme a Constituição Federal, afasta-se a exegese que inclua, no âmbito de compreensão da expressão, a impossibilidade da concessão do benefício previdenciário no caso de união estável devidamente constituída e comprovada, composta por separado ou separada de fato, ou ainda no caso de união estável putativa.

IV. O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

Colacionamos ainda alguns acórdãos que tratam da possibilidade do reconhecimento da união estável em caso de separação de fato e impossibilidade no caso de concomitância com o casamento:

“Concubinato entre pessoas casadas, mas separadas de fato – Não concomitância com o casamento – Reconhecimento cabível da união estável.

- A separação de fato de pessoas casadas civilmente não impede o reconhecimento de união estável ‘more uxorio’, para os fins legais contemplados no parágrafo 3º do art. 226 da CF, desde que dela tenha resultado filho ou que a separação de fato tenha ocorrido há mais de dois anos, tornando o concubinato ‘honesto’ e possibilitando a dissolução do casamento civil pelo divórcio, autorizado pelo § 6º do mesmo artigo constitucional.

- O que a lei e a Constituição não contemplam é o concubinato adulterino concomitante ao casamento mantido, resultando bigamia defesa (ApCív. nº 133.065/3, Comarca de Belo Horizonte, rel. Des. Orlando Carvalho, 1ª Câmara Cível do TJMG, DJMG 30/3/1999).” (cf. Rodrigo da Cunha Pereira, *op. cit.*, p. 65)

“Concubinato adulterino – Direito à meação inexistente. O concubinato adulterino jamais poderá ser equiparado à união estável, tampouco produzir efeitos semelhantes aos do casamento ou união estável, eis que inexistentes alguns dos requisitos presentes nestes últimos, como a fidelidade, a notoriedade e a continuidade. Mantido o casamento e o concubinato pelo ‘de cujus’ concomitantemente, a relação não será estável, mas sim um mero desvio do preceito legal. (TJRS, AC nº 595.011.339, julgado em 2/3/95, Rel. Des. Eliseu Gomes Torres).” (cf. Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti, *op. cit.*, p. 164)

“Concubinato – Concomitância com o casamento.

A lei não contempla o concubinato adulterino, isto é, aquele mantido concomitantemente com o casamento. A tal relação não se aplica o art. 5º da LICC que determina que, na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. O dispositivo só deve ser aplicado quando a situação de fato assim o reclamar, isto é, desde que existente uma separação de fato entre os cônjuges, a tornar o concubinato honesto, como o reconhece a nova Constituição (3ª CCTJ, Ap. nº 116.255-1, m. v. em 17/10/1989, rel. Des. Mattos Faria, RT 649/52).” (cf. Rodrigo da Cunha Pereira, *op. cit.*, p. 64)

“União estável inócurrenente – Homem casado em convivência com a legítima esposa. Pretensão da concubina em receber parcela da pensão previdenciária. Descabimento. A lei não protege a relação de concubinato adulterino. Tendo, a autora, mantido relação concubinária adulterina por determinado período sem que o concubino abandonasse sua legítima esposa, circunstância da qual ciente era, não tem ela direito à tutela jurídica assegurada à união estável, caracterizada por inexistência de empecilhos que possam levar ao casamento. Ação de participação de pensão previdenciária proposta por concubina adulterina julgada improcedente em instância inicial. Improvimento do apelo da autora. (TJRGS, AC nº 3.845/96).” (cf. Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti, *op. cit.*, p. 165)

V. CONCLUSÕES

1. Utilizando-se de uma interpretação sistemática e teleológica do instituto da união estável e das diversas disposições constitucionais e legais que o regem, bem como em face de disposição expressa do novo Código Civil, pode-se concluir que é perfeitamente possível o reconhecimento da união estável em se tratando de companheiro separado de fato.

2. Nessa situação, presentes os requisitos da constituição da união estável, pode-se conceder a pensão por morte previdenciária à companheira ou ao companheiro dependente do segurado falecido, nos termos do art. 16, I, da Lei 8.213/91.

3. Ao contrário, se a relação for concomitante ao casamento, não se lhe pode atribuir o “status” de união estável, por cuidar-se de relação de origem ilícita. Isso poderia destruir toda a lógica do nosso ordenamento jurídico, que gira em torno da

monogamia, princípio jurídico ordenador das relações familiares. Assim, a proteção jurídica às uniões estáveis como entidades familiares é somente aplicável àquelas não-adulterinas.

4. Quando se tratar de união estável putativa, assim entendida como aquela em que as partes envolvidas, ou ao menos uma delas, não possui conhecimento da origem ilícita da relação, no que toca ao companheiro de boa-fé deve produzir a relação efeitos válidos. Assim, deve-se perguntar se a companheira ou o companheiro sabia ou não da condição de casado do convivente. Em caso de ele estar de boa-fé, é possível o reconhecimento da união estável, adotando-se a sistemática aplicável ao casamento putativo, por analogia, e em homenagem ao princípio da proteção da boa-fé, que deve reger todas as relações jurídicas.

5. Pelo princípio da presunção de constitucionalidade das leis, se à determinada norma puder ser dada uma interpretação condizente com a Constituição Federal, sem alteração do seu texto, deve ser então buscada uma interpretação que seja com ela compatível, sem declaração de nulidade absoluta da norma. Pode-se, então, proceder à declaração da nulidade parcial da norma, sem a alteração ou redução do texto original.

6. Analisando-se então a redação do parágrafo 3º do art. 16, observa-se que a expressão “sem ser casada” não é absolutamente inconstitucional. A intenção do legislador foi justamente evitar o reconhecimento da união estável simultânea ao casamento, e neste caso o dispositivo é, “a priori”, válido. Só deverá ser declarada sua invalidade em se tratando da hipótese do separado de fato. Trata-se, então, de declaração de nulidade parcial da expressão “sem ser casada”, sem redução do texto, excluindo-se a interpretação ou a hipótese de aplicação que lhe acarretaria a inconstitucionalidade. Interpretando-se a norma conforme a Constituição Federal, afasta-se a exegese que inclua, no âmbito de compreensão da expressão, a impossibilidade da concessão do benefício previdenciário no caso de união estável devidamente constituída e comprovada, composta por separado ou separada de fato, ou ainda no caso de união estável putativa.

VI. BIBLIOGRAFIA

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*. 2. ed. São Paulo : Ed. Atlas, 2002.

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. *Casamento e união estável: requisitos e efeitos pessoais*. São Paulo : Ed. Manole.

MACHADO DA ROCHA, Daniel; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. 2. ed. Porto Alegre : Ed. Livraria do Advogado, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo : Ed. Saraiva, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 6. ed. São Paulo : Ed. Atlas, 1999.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável, de acordo com o novo código civil*. 6. ed. rev., atual. e ampl., Belo Horizonte : Ed. Del Rey, 2001.

¹ Álvaro Villaça Azevedo, *Estatuto da Família de Fato*, 2ª edição, Ed. Atlas, 2002, pp. 389/390.

² Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional*, Ed. Saraiva, 1996, pp. 264/265.

³ Rodrigo da Cunha Pereira, *Concubinato e União Estável, de acordo com o novo Código Civil*, Ed. Del Rey, 6ª edição rev. atual. e ampl., Belo Horizonte, pp. 63/64.

⁴ Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti, *Casamento e União Estável: requisitos e efeitos pessoais*, Ed. Manole, pp. 166/167.

⁵ *Idem, ibidem*, pp. 168/169.