

**“ESTAVA ESCRITO NAS ESTRELAS” – ANÁLISE SOBRE A
POSSIBILIDADE DO DIREITO CONCUBINÁRIO À PENSÃO POR MORTE**

**“WAS WRITTEN IN THE STARS” – ANALYSIS ON THE
POSSIBILITY OF THE CONCUBINARY RIGHT TO THE PENSION FOR
DEATH**

**Andrine Oliveira Nunes
Jânio Pereira da Cunha**

Com efeito, à luz do Direito Constitucional brasileiro o que importa é a formação em si de um novo e duradouro núcleo doméstico. A concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. **Isto é família**, pouco importando se um dos parceiros mantém uma concomitante relação sentimental a-dois. [...] E me impressiona muito este caso. O *de cujus* se chamava “Waldemar do Amor Divino”, e a companheira se chamava “Joana da Paixão Luz”. Eles tinham que se encontrar, de se atrair. Estava escrito nas estrelas. (Trecho do Voto do Ministro Carlos Ayres Brito (STF), no Recurso Extraordinário 397.762-8, oriundo do Tribunal de Justiça da Bahia)

RESUMO: Ao compulsar a decisão do STF sobre o Recurso Extraordinário 397.762-8, oriundo do Tribunal de Justiça da Bahia, deteve-se a prospectiva sob a possibilidade do direito à pensão por morte da concubina que mantém relação não eventual, isto é, estável, pública e contínua, caracterizando a efetivação de uma família paralela. No intuito de uma análise sob a égide de formatos familiares mutantes, verificou-se a importância em averiguar o que pode ser considerado como fonte para a instituição ou realização do que se entende por família, sendo este o objeto do presente trabalho.

PALAVRAS CHAVES: Família; Concubinato; Pensão por morte.

ABSTRACT: When examine carefully the decision of the Brazilian Supreme Court on the Extraordinary Appeal 397,762-8, deriving of the Court of Justice of the Bahia, lingered the vision it under the possibility of the right to the pension for death of the concubine who keeps not eventual relation, that is, steady, public and continuous, characterizing the realization of a parallel family. In the intention of an analysis under focus of mutant familiar formats, importance in inquiring was verified it what it can be considered as source for the institution or accomplishment of what is understood for family, being this the object of the present work.

KEY WORDS: Family; Concubinage; Pension for death.

INTRODUÇÃO

Dentre os aspectos que fundamentam a família e verificando a concepção transpessoal, excluída do parâmetro hierarquizado que defende um modelo estigmatizado pela práxis onde se visualiza a dependência de figuras pré-estabelecidas, chega-se à teleologia que a família deve reger-se por seu fim, qual seja: ela mesma, ao contrário do estereótipo prefixado por um padrão arquétipo de seus integrantes.

Neste íterim, com base no voto do Ministro da Suprema Corte, Carlos Ayres Brito, e tendo como estigma o objeto de que a pessoa ao ser eivada pelo sistema protetivo da justiça – onde a tutela do núcleo familiar deve nortear-se pela sua representação fática e, não somente, por explicitações legalistas –, ganha espaço como ser dotado de sentimento, pode-se analisar a tutela efetiva do afeto. Daí decorrente o postulado aristotélico eudemonista de que a família só tem razão de ser se fulcrada no desenvolvimento relacional dos cônjuges.

Ao deparar-se com as relações de fato que evocam o auxílio jurídico, como o concubinato, instituto que evoca a possibilidade do paralelismo nas relações, é que se suscita a necessidade da pesquisa, muito principalmente, com parâmetros constitucionais, não apenas sob aspectos diretivos, mas, outrossim, sob aspectos indiretos, como a pensão por morte, objeto do Recurso Extraordinário decorrente do Tribunal de Justiça da Bahia, visto a efetivação do núcleo público, contínuo e estável estabelecido pelo *de cuius* e a postulante autoral.

QUANTO À VIOLAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: ASPECTOS ENUNCIADOS PELO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O Estado democrático de direito tem como um dos princípios elementares a igualdade, que impõe ao Poder Público a proibição de tratamento discriminatório e preconceituoso aos indivíduos. Vale dizer, o imperativo da igualdade consagra, no ensinamento de Ronald Dworkin, que “todas as pessoas devem ser tratadas pelo Estado com o mesmo respeito e consideração” (*apud* SARMENTO, 2010, p. 136.).

Assim é que o Estado brasileiro, ao intitular-se democrático, trouxe como um dos objetivos fundamentais da República “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º). E, para não restar dúvida acerca da opção isonômica do nosso Estado, o art. 5º, *caput*,

previu que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Ademais, estatuiu que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações” (art. 5º, D). Por fim, no preâmbulo, lê-se que os constituintes originários visaram, ao promulgar a Constituição de 1988, organizar uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito”.

E isso é assim porque “todos os indivíduos são dotados de igual valor e dignidade. O estado, portanto, deve agir de maneira impessoal, sem selecionar indevidamente a quem beneficiar ou prejudicar” (BARROSO, 2009, p. 191.). De fato, “A lei não deve dar tratamento diferenciado a pessoas e situações substancialmente iguais, sendo inconstitucionais as distinções caprichosas e injustificadas” (BARROSO, 2009, p. 192).

Nessa linha de orientação, aduz FACHIN (1996, p. 53):

Em momento algum pode o Direito fechar-se feito fortaleza para repudiar ou discriminar. O medievo jurídico deve sucumbir à visão mais abrangente da realidade, examinando e debatendo os diversos aspectos jurídicos que emergem das parcerias de convívio e de afeto. Esse é um ponto de partida para desatar alguns ‘nós’ que ignoram os fatos e desconhecem o sentido de refúgio qualificado prioritariamente pelo compromisso sócio-afetivo” (1996, p. 53).

Destarte, o julgando do STF, ao estabelecer que o concubinato não se iguala à união estável, e, com isto, negar à parte a possibilidade de beneficiar-se da pensão por morte deixada pelo companheiro, de *cujus*, despreza, à evidência, os valores maiores do Texto constitucional, em especial o da igualdade. É que se infraconstitucionalmente há diferença entre concubinato e a união estável, no plano constitucional não há que se sustentar essa linha de raciocínio. Ambas as relações se nutrem intrinsecamente dos mesmos elementos fáticos, a rigor: “afeto, solidariedade e cooperação” (FACHIN apud BARROSO, 2009, p. 203).

Tanto é assim que, nada obstante a Constituição falar em casamento e união estável, não se vislumbra tenha ela proibido inflexivelmente outras relações paralelas, posto que tal desiderato talvez representasse uma contradição performática contra a natureza das coisas. Uma vez que é sabido que relacionamentos afetivos paralelos que não necessariamente de base matrimonial ou de união estável é uma realidade insofismável e, historicamente falando, recorrente na vida social. Portanto, “negar a existência de uniões paralelas, quer um casamento e uma união estável, quer duas ou mais uniões estáveis, é simplesmente não ver a realidade” (Maria Berenice Dias apud NAUJORKS NETO, 2009, p. 393.).

Nessa ordem aduziu o Ministro Carlos Aires Brito, em seu voto vencido, que:

“sem essa palavra azeda, feia, discriminadora, preconceituosa, do concubinato. Estou a dizer: não há concubinos para a Lei Mais Alta do nosso País, porém casais em situação de companheirismo. Até porque o concubinato implicaria discriminar os eventuais filhos do casal, que passariam a ser rotulados de ‘filhos concubinários’. Designação pejorativa, essa, incontornavelmente agressora do enunciado constitucional de que ‘os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação’” (RE 397.762-8 – 1ª T., BA – STF)

E arremata o referido Ministro:

“(…) à luz do Direito Constitucional brasileiro o que importa é a formação em si de um novo e duradouro núcleo doméstico. A concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. Isto é família, pouco importando se um dos parceiros mantém uma concomitante relação sentimental a-dois”. (RE 397.762-8 – 1ª T., BA – STF)

Na mesma ordem de ideias, é a pertinente ponderação de Maria Berenice Dias (*apud* NAUJORKS NETO, 2009, p. 393.):

“O concubinato adúlterino importa, sim, para o Direito. São relações que repercutem no mundo jurídico, pois os companheiros convivem, às vezes têm filhos, e há construção patrimonial em comum. Destratar mencionada relação, não lhe outorgando qualquer efeito, atenta contra a dignidade da pessoa humana dos partícipes e filhos porventura existentes”.

É de se acrescentar que, no caso em foco, “há duas situações de fato absolutamente idênticas, duas entidades familiares mantidas ao mesmo tempo, que obrigatoriamente devem ser tratadas da mesma maneira” (NAUJORKS NETO, 2009, p. 389), em nome do respeito ao princípio hermenêutico de que onde há a mesma ordem fática deve ser aplicado o mesmo direito. Ademais, conforme adverte o jurista Robert Alexy, “se não há nenhuma razão suficiente para a permissão de um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento igual” (*apud* SARMENTO, 2010, p. 140.)

QUANTO À VIOLAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: ASPECTOS ENUNCIADOS PELO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade humana, tal qual a liberdade, é expressão de difícil definição, mas não há ninguém que não a compreenda concretamente.¹ Na verdade, a doutrina vem de

¹ Cecília Meireles:
“...Liberdade, essa palavra
que o sonho humano alimenta
que não há ninguém que explique
e ninguém que não entenda” (Romanceiro da Inconfidência).

há muito se esforçando para trazer luzes na explicação do que seja dignidade. E, é bem de ver, quem deu a melhor contribuição nesse sentido foi o filósofo Immanuel Kant, ao observar que:

“O Homem, e duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas acções, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim” (TAVARES, 2008, pp. 538-539.).

E continua:

“No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade” (BARROSO, 2009, p. 199, rodapé nº. 68.).

Destarte, o valor da dignidade humana pode ser fixado, à luz do pensamento de Kant, nestes termos: “as coisas têm preço; as pessoas, dignidade” (Maria Celina Bodin de Moraes *apud* BARROSO, 2009, p. 199, rodapé nº. 68.). Particularmente, no tocante ao julgado em apreço, pode dizer-se, na linha da Professora Ana Carla Harmatiuk Matos (2004, p. 148), que:

“O conteúdo abarcado pelo valor da pessoa humana informa poder cada pessoa exercer livremente sua personalidade, segundo seus desejos de foro íntimo. A sexualidade está dentro do campo da subjetividade, representando uma fundamental perspectiva do livre desenvolvimento da personalidade, e partilhar a contidianeidade da vida em parcerias estáveis e duradoura parece ser um aspecto primordial da experiência humana”.

Assim, tem-se que o posicionamento do STF em análise incorreu em vilipêndio a personalidade da “concubina” do de *cujus*, na medida em que o tratamento diferenciado entre ela e a esposa dele para fins de benefício previdenciário malferiu um dos elementos inerentes ao conceito de dignidade: o reconhecimento de que todos são “dignos de igual respeito e consideração” (BARROSO, 2009, p. 200).

Na verdade, se a dignidade implica, na interpretação kantiana feita por Gláucia Correa Rematozo Barcelos Alves (*apud* FARIAS, 2006, p. 46, rodapé nº. 75), em que “nenhum homem pode ser, para o outro, apenas meio; cada homem é um fim em si mesmo”, logo, ao excluir a “concubina” da partilha de benefício previdenciário do falecido (pensão por morte), o Supremo Tribunal recepciona talvez a idéia de que os companheiros da relação concubinária se relacionaram única e exclusivamente para satisfação de suas lascívia e desejos sexuais mais remotos. Com efeito, nessa visão, tomam-se os conviventes como um mero meio, objeto, instrumento de satisfação privada. Por conseguinte, tem-se uma verdadeira reificação dos concubinos, já que não

são reconhecidos como pessoas dignas de respeito, admiração, afetividade e consideração recíproca.

Não se olvide que o não reconhecimento pelo Judiciário da relação extramatrimonial de concubinato como união estável, além de corroborar o preconceito e discriminação nas relações fora do casamento, implica na rejeição pública do Estado em face da concubina² e, com isso, o Poder público acaba por impor a pecha de que a relação concubinária caracteriza-se como perversa e abominável juridicamente. E isso é inadmissível num regime de direitos e liberdades, no qual o repúdio a qualquer forma de discriminação é elemento indispensável à proteção da pessoa humana.

De fato, a negação do reconhecimento da condição de união estável para os companheiros impedidos de contrair matrimônio representar um desvalor e desrespeito estatal para aqueles que vivem relações não matrimonializadas.

É certo que, “como ser social, que vive inserido numa cultura, em relação permanente com outros indivíduos, a pessoa humana necessita do reconhecimento do seu valor para que possa desenvolver livremente a sua personalidade”. É que, sem este reconhecimento, ela tende a perder a auto-estima (...) e pode sofrer abalos na sua estrutura psíquica” (SARMENTO, 2010, p. 146).

E arremata SARMENTO (2010, p. 146):

“O reconhecimento social envolve a valorização das identidades individuais e coletivas. E a desvalorização social das características típicas e do modo de vida dos integrantes de determinados grupos (...), tende a gerar nos seus membros conflitos psíquicos sérios, infligindo dor, angústia e crise na sua própria identidade”.

Não se olvide que o sistema jurídico pode formatar um regime de exclusão, com o estabelecimento de privilégios para alguns, de um lado, e excludente de direitos para determinadas pessoas, de outro lado. E particularmente no tocante à exclusão, ela se manifesta (FACHIN, 1996, p. 48):

“em reação a pessoas ou situações às quais as portas de entrada na moldura das titularidades de direitos e deveres é negada. Tal negativa, emergente da força preconceituosa e estigmatizante dos valores culturais dominante em cada época, alicerça-se num juízo depreciativo, historicamente atrasado e equivocado”.³

² Ana Carla Harmatiuk Matos adverte que o termo concubino ostenta uma conotação pejorativa e negativa, mas ainda o vocábulo concubina, “dirigida mais fortemente à parceira mulher da família não matrimonializada” (MATOS, 2000, pp. 36 e 42). A mesma autora acrescenta que “Em um ordenamento jurídico valorizador do matrimônio e depreciativo da condição feminina, como era o nosso, a concubina vai padecer de discriminação dupla: por não ter contraído matrimônio e por ser mulher” (MATOS, 2000, p. 45).

³ O autor citado traz dois exemplos para melhor visualização da problemática aludida: “(...) bastar lembrar dos séculos que o sistema jurídico embalou com formas diferentes de redução da mulher a objeto ou a um ser menor, incapaz. O traço de exclusão da condição feminina marcou o patriarcado e fundou um padrão familiar, sob a lei da desigualdade. Do mesmo modo, os filhos tidos fora do casamento foram

Frise-se, igualmente, que o comportamento do Órgão de cúpula do Judiciário brasileiro se caracterizou, no caso, com extremamente intolerante, principalmente quando se tem que “as democracias vivem a partir da domesticação da intolerância, pois democracia significa inclusão, regras comuns, reconhecimento do outro” (ADEODATO, 2010, p. 116).

Destaque-se, a propósito, que o vocábulo tolerância não deve ser entendido no sentido de tolerar ou suportar o diferente/desigual/oposto/opositor. “Significa, ao revés, a aceitação e o apoio recíproco a pessoas, opiniões e atitudes oriundas de visões de mundo diferentes e não redutíveis umas às outras” (ADEODATO, 2010, p. 118), porquanto o “simples ‘tolerar (*dulden*) traz uma carga pejorativa, uma concessão de quem tolera por ser superior” (ADEODATO, 2009, p. 140).

Adite-se que a tolerância significa “o reconhecimento recíproco de direitos subjetivos, isto é, são necessárias leis outras formas de regras genéricas de direito objetivo que garantam a cada pessoa ser vista e tratada como um sujeito de direitos de igual importância” (ADEODATO, 2010, pp. 133-134).

Entretanto, registre-se que “Diversos sujeitos são propositadamente colocados à margem do sistema jurídico, inseridos no elenco daqueles que não portam convites ao ingresso das titularidades de direitos e obrigações” (FACHIN, 1996, p. 49).

Isso é o que ocorre com os regimes não matrimonializados, como, por exemplo, a relação concubinária. Aliás, “os concubinos chamados de adúltero, impuro, impróprio, espúrio, de má-fé, concubinação etc., são alvo do repúdio social.⁴ Nem por isso deixam de existir em larga escala”. Entretanto, “A repulsa aos vínculos afetivos concomitantes não os faz desaparecer, e a invisibilidade a que são considerados pela Justiça só privilegia o bigamo. Situações de fato existem que justificam considerar que alguém possua duas famílias constituídas”. É que “São relações de afeto, apesar de consideradas adúlteras, e podem gerar consequências jurídicas” (Maria Berenice Dias *apud* NAUJORKS NETO, 2009, pp. 391-392). Enfim, não há negar a existência da bigamia como um fato social e cultural da vida real, a não ser por mero preconceito e moralismo inconseqüente.

excluídos da cidadania jurídica, pois embora filhos eram, no sentido natural, direito algum tinham em homenagem à ‘paz e a honra’ das famílias matrimonializadas. Segredos conservavam uma decência aparente da família e instituíam a ‘mentira jurídica” (FACHIN, 1996, p. 48).

⁴ “(...) caráter discriminatório presente na expressão concubinato que, quase sempre, é utilizada como sinônimo de amante, amásia” (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 443.).

Vê-se, daí, que o acórdão em apreciação, a pretexto de defender a Constituição no “varejo”, isto é, o § 3º do art. 226, acabou por violá-la na globalidade, já que a interpretação do STF desprezou vigas mestras do Estado brasileiro, tais como a igualdade e dignidade humana. Vale dizer, a exclusão do regime concubinário da partilha dos benefícios previdenciários opera “inaceitável discriminação que marginaliza o afeto no relacionamento humano” (JORGE JUNIOR, 2008, p. 93).

Não é demais observar, a propósito, que “a exegese das normas setoriais da Constituição – como o nosso § 3º do art. 226 – deve buscar a inclusão e não a exclusão dos estigmatizados; a emancipação dos grupos vulneráveis e não a perenização do preconceito e da desigualdade” (SARMENTO, 2010, p. 152).

De mais a mais, alguns doutrinadores vêm salientando que o art. 226 não elenca um rol taxativo de entidades familiares, “sob pena de desproteger inúmeros agrupamentos familiares não previstos ali, até mesmo por absoluta impossibilidade” (FARIAS; ROSENVALD; 2010, p. 40). Esses mesmos autores aduzem (2010, p. 41):

“A não admissibilidade de qualquer comunidade afetivas (denominadas por alguns entidades para-familiares) como núcleos familiares, afastando-as da incidência protetiva do Direito de Família, sob o frágil argumento de não estarem explicitamente previstas no art. 226, colide, em linhas gerais, com os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade substancial, por ser descabida discriminação de qualquer espécie à opção afetiva de cada cidadão.

Tem-se, portanto, como inadmissível um sistema familiar fechado, eis que a um só tempo, atentaria contra a dignidade humana, assegurada constitucionalmente, contra a realidade social viva e presente da vida e, igualmente, contra os avanços da contemporaneidade, que restariam tolhidos, emoldurados numa ambientação previamente delimitada. Por isso, estão admitidas no Direito de Família todas as entidades fundadas no afeto, na ética e na solidariedade recíproca, mencionadas, ou não, expressamente pelo comando do art. 226 da Carta Maior”.

Corroborando o acolhimento de “toda e qualquer entidade familiar, fundada no afeto, esteja, ou não, contemplada expressamente na dicção legal [art. 226, CF/88]” (FARIAS; ROSENVALD; 2010, p. 42), a diversidade e a heterogeneidade das relações não casamentárias presente na vida contemporânea. A Constituição Federal de 1988 não ficou alheia a essa realidade, eis que elencou como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil o princípio do pluralismo político. Nessa esteira de argumentação é que assinala Maria Cláudia Crespo Brauner (*apud* BARROSO, 2004, p. 204, rodapé mº. 77):

“O desafio lançado consiste em aceitar o princípio democrático do pluralismo na formação de entidades familiares e, respeitando as diferenças intrínsecas de cada uma delas, efetivar a proteção e prover os meios para resguardar os interesses das partes, conciliando o respeito à dignidade humana, o direito à intimidade e à liberdade com os interesses sociais e, somente quando indispensável, recorrer à intervenção estatal para coibir abusos”.

Portanto, se os direitos humanos existem em razão e a favor do ser humano, não há porque corroborar com entendimentos que veiculem práticas dissociadas do estipulado constitucionalmente, ou seja, tratamento isonômico e digno principalmente em referência aos assuntos familiares, tendo em vista a carga de afetividade e humanidade a estes associada. Conforme Sarmiento (2000, p. 71) “o Estado não tem apenas o dever de se abster de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, como também, o de promover esta dignidade através de condutas ativas atendendo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território”.

Assim, não aplicar o princípio da igualdade ou o princípio da dignidade da pessoa humana nas decisões judiciais nada mais é do que ferir de morte o núcleo axiológico constitucional face o caráter sistêmico e de unidade que estes representam para a democracia e sua consolidação.

QUANTO À VIOLAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: ASPECTOS ENUNCIADOS PELO PRINCÍPIO DA LIBERDADE PESSOAL

Veja-se que, apesar de a Constituição de 1988 consagrar textualmente duas formas de entidade familiar, quais sejam, o casamento civil e a união estável, não se visualiza nela a proibição para o surgimento de novas modalidades de relacionamento amoroso e afetivo. E tal é assim pelo fato de que a realidade social a cada momento formata modos de convivência familiar diferente do padrão considerado “normal” e talvez moralmente aceito pela maioria da sociedade.

Nada anormal e ajurídico nisto.

De fato, em sociedades complexas e heterogêneas como as pós-modernas, “o casamento deixou de ser considerado único legitimador da família, e a sociedade conjugal tende a ser vislumbrada como estrutura de amor e de respeito, independentemente do sexo biológico e da orientação afetiva dos que a integram” (Enézio de Deus Silva Júnior *apud* BARROSO, 2009, p. 204, rodapé nº. 77.). Em suma, “O casamento não é mais a base dessa entidade, questionando-se a idéia da família restritamente matrimonial” (MATOS, 2008, p. 558.). É que a multiplicidade de entidades familiares hoje existentes é superior quantitativamente ao número daquelas reconhecidas na Constituição Federal, quais sejam, o matrimônio, a união estável e a família monoparental, “pois se repetiria uma exclusão em virtude de ausência de previsão normativa expressa” (MATOS, 2008, p. 560)

E não poderia ser diferente.

É que a liberdade é um dos valores basilares do Estado democrático de direito, que, no caso brasileiro, foi plasmada expressamente no texto constitucional, de modo que o que não estiver proibido, encontra-se permitido. Com efeito, é certo que os indivíduos possuem o direito de escolher livremente os seus relacionamentos afetivos, sem que tenha o Poder Público a faculdade de intervir em âmbito tão íntimo e subjetivo, sob pena de comprometer os valores liberais da autonomia, privacidade e intimidade dos eventuais envolvidos, a menos que direitos e liberdades de terceiros sejam prejudicados pelo exercício da liberdade relacional dos indivíduos.

Na verdade, proibir, direta ou indiretamente, pessoas livres e responsáveis de escolher relações afetivas no plano da sexualidade e afetividade, ainda que em relações paralelas, compromete a esfera de autonomia privada de cada pessoa.

Assim, com a razão Ana Carla Harmatiuk (2004, p. 148.), quando assevera que:

“O conteúdo abarcado pelo valor da pessoa humana informa poder cada pessoa exercer livremente sua personalidade, segundo seus desejos de foro íntimo. A sexualidade está dentro do campo da subjetividade, representando uma fundamental perspectiva do livre desenvolvimento da personalidade, e partilhar a cotidianidade da vida em parcerias estáveis e duradouras parece ser um aspecto primordial da experiência humana”.

Não é outra a lição de Daniel Sarmento (2010, p. 148), quando aduz que:

“Um dos mais importantes fundamentos do Estado Democrático de Direito é o reconhecimento e proteção da liberdade individual. A premissa filosófica de que se parte é a de que a cada pessoa humana deve ser garantida a possibilidade de se autodeterminar, realizando as suas escolhas existenciais básicas e perseguindo os seus próprios projeto de vida, desde que isso não implique em violação de direitos de terceiros”.

Em linha similar, pondera Enézio de Deus Silva Júnior (apud BARROSO, 2009, p. 204, rodapé nº 78.)

“(…) rompem-se conceitos e reformulam-se posturas doutrinárias, na seara jurídico-familiar, substituindo a ideologia tradicional e estatal da família, por outra, mais coerente com a realidade sustentada pelo afeto. Neste diapasão, o casamento deixou de ser considerado único legitimador da família, e a sociedade conjugal tende a ser vislumbrada como estrutura de amor e de respeito, independentemente do sexo biológico e da orientação afetiva dos que a integram”.

Registra-se, por último, a preciosa observação de Silva Maria Carbonara (apud MATOS, 2008, p. 560.) sobre a impossibilidade do direito interferir na liberdade individual para impor a forma e o modo que as pessoas poderão envolver-se amorosa e afetivamente. Para a autora, “não cabe ao Direito decidir de que forma se deve dar a constituição da família ou quais os motivos relevantes para tanto”. Uma vez que “Em se

tratando de relações familiares, o campo de atuação do direito deve limitar-se ao controle das observações dos princípios orientadores, deixando para que as pessoas decidam a forma e o modo de conduta de suas relações”.

QUANTO À VIOLAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: ASPECTOS ENUNCIADOS PELO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Segundo o magistério de Luis Roberto Barroso (2009, p. 201), “O princípio da segurança jurídica envolve a tutela de valores como a previsibilidade das condutas, a estabilidade das relações jurídicas e a proteção da confiança”.

Com efeito, não se olvide que a ausência de reconhecimento da relação concubinária implica ofensa, outrossim, ao princípio constitucional implícito da segurança jurídica. Uma vez que, tal qual ocorria com os parceiros homoafetivos antes da equiparação perpetrada pelo Supremo Tribunal Federal⁵, os concubinos são privados de “uma série de direitos importantes, que são atribuídos aos companheiros na união estável e aos cônjuges no matrimônio: direito a alimentos, direitos sucessórios, direitos previdenciários, direitos no campo contratual, direitos na esfera tributárias etc” (SARMENTO, 2010, p. 145.).

Nessa ordem de coisas, pode-se comprometer a garantia humanitária do mínimo existencial do(a) companheiro(a) da relação dúplice, na medida em que o indispensável para assegurar as condições básicas de vida dele(a) talvez não seja garantido (SARMENTO, 2010, p. 145).

Apesar de direcionada para os parceiros homoafetivos, a lição de BARROSO (2009) aplica-se à linha argumentativa aqui trabalhada para o regime concubinário. Veja-se que na vida real é importante evitar surpresas extremamente desagradáveis e comprometedoras das condições mínimas de existência material, de tal sorte que, para o referido autor, é natural que os companheiros de um relacionamento “queiram ter previsibilidade em temas envolvendo herança, partilha de bens, deveres de assistência recíproca dentre outros” (p. 202), pois “O desenvolvimento de um projeto de vida comum tende a produzir reflexos existenciais e patrimoniais” (p. 202).

Aliás, a certeza jurídica é elemento indispensável da vida atual. É que tradicionalmente se trata de proteção assegurada a um indivíduo, a seus bens e a seus

⁵ O STF considerou a união homoafetiva como entidade familiar, equiparando, assim, a união de casais do mesmo sexo com a união heteroafetiva, para todos os fins. Ver., ADI 4277 e ADPF 132-RJ.

direitos, de molde a garantir que sua situação não será alterada (WOLKMER, 2017, p. 37.).

Destaque-se que, no plano dos benefícios previdenciários (pensão por morte ou auxílio reclusão), se um indivíduo filiado ao sistema previdenciário, “se engaja em relações homoafetivas ou concubinárias, não é papel do Estado, como gestor do sistema, impor, indiretamente sanções pelas condutas que escapam à moral dominante, como negando um benefício a dependente econômico do segurado” (IBRAHIN, 2010, p. 1047.). Noutras palavras, ainda que fosse possível visualizar no dispositivo do § 3 do art. 226 da Constituição Federal a exclusão de regime tradicional de companheirismo (casamento, união estável e família monoparental) para o concubino(a), isso não obstaria, “ao menos, para fins estritamente previdenciário, que se reconheça o direito ao pensionamento para as relações homoafetivas ou concubinárias” (IBRAHIN, 2010, p. 1047).

E a razão disso, explica IBRAHIN (2010, p. 1048), é que:

“Na seara protetiva, uma companheira ou companheiro é pessoa que possui animus de convivência com o segurado, dividindo vida em comum e buscando uma sociedade conjugal, por afinidade de espírito e busca da plena realização. Se são impedidos, por lei, de contrair núpcias, é tema de total desimportância no meio previdenciário”.

E conclui o referido autor (2010, p. 1049):

“Para fins estritamente previdenciário, pouco importa se a união estável visa ao casamento e o concubinato não; irrelevante para o sistema se a pessoa agiu de boa ou má fé na nova união, mas, sim, o singelo fato de que uma nova sociedade familiar foi formada, ainda que oficiosamente, e não pode a lei pretender desconstituir os fatos, sob pena de ineficácia social”(p. 1049).

Com isto, parece-nos não resta dúvida em termos de que a previsibilidade de permanência das condições de vida do(a) companheiro(a) do segurado, durante e após a relação concubinária, é garantia de segurança e certezas jurídicas para os envolvidos, de tal maneira que “excluir prestações previdenciárias a tais situações [relações poligâmicas], é injusto e mesmo inconstitucional” (IBRAHIN, 2010, p. 1048).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao compulsar a decisão do STF sobre o Recurso Extraordinário 397.762-8, oriundo do Tribunal de Justiça da Bahia, deteve-se a prospectiva sob a possibilidade do direito à pensão por morte da concubina que mantém relação não eventual, isto é, estável, pública e contínua, caracterizando a efetivação de uma família paralela.

No intuito de uma análise sob a égide de formatos familiares mutantes, verificou-se a importância em averiguar o que pode ser considerado como fonte para a instituição ou realização do que se entende por família, isto é, a confluência não apenas de figuras estipuladas, mas membros que constroem a confluência do amor, transcendendo a determinação preconcebida de grupo contratual de afeto, ou seja, a continuidade da construção não estigmatizada do indivíduo relacional.

Portanto, a transcendência do individualismo determinante nos contratos abre espaço para a personalidade, evada de importância e sentido sob o aspecto conjugal, isto é, o mérito da construção real, fática da família de caráter afetivo, e não simplesmente legalista ou convencional como modelo de felicidade e estabilidade emocional, pois o que mantém as relações não é a força da lei, mas a vontade e disposição das partes para fazer acontecer a construção comum.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**: sobre a tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2019.

FACHIN, Luiz Edson. **Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo**. Revista dos Tribunais, a. 85, vol. 732, out., 1996.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **A separação judicial à luz do garantismo constitucional**: a afirmação da dignidade humana como um réquiem para a culpa na dissolução do casamento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

IBRAHIN, Fábio Zambitte. **O concubinato na previdência social**. In. **Revista de previdência social**. São Paulo: LTr, a. XXXIV, nº. 361, dez., 2010.

JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. **União estável e concubinato**. In. Revista IOB de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, a. IX, nº. 45, dez./jan., 2008.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **“Novas” entidades familiares e seus efeitos jurídicos.** In. Revista Forense, a. 104, vol. 396, mar./abril., 2008.

_____. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

NAUJORKS NETO, Adolfo Theodoro. Ação declaratória de união estável *post mortem*. Concurso de entidades familiares. Relacionamento dúplice com a esposa com quem era legalmente caso e a autora. Concubinato impuro. Reconhecimento para fins de divisão patrimonial amealhado pelos três durante a relação dúplice. In. **Ciência Jurídica.** Belo Horizonte (MG): Edições Ciência Jurídica, a. XXIII, vol. 145, jan./fev., 2009.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

_____. **Por um constitucionalismo inclusivo:** história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 6 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.