

A UNIÃO ESTÁVEL NA REFORMA DA PREVIDÊNCIA: APLICAÇÃO DA TEORIA DE BOBBIO E O DEVER DE COERÊNCIA

Maxnara de Lima Soares Brito¹

Rosângela Maria Rodrigues Medeiros Mitchell de Moraes²

RESUMO

O presente artigo tem como objeto de estudo a alteração legislativa no instituto da pensão por morte, a qual tornou imprescindível a produção de prova material contemporânea ao óbito para comprovação da união estável. Tem-se como objetivo geral deste trabalho fazer uma análise acerca de tal mudança, e ainda, de maneira mais específica, pretende-se mostrar suas incompatibilidades com o ordenamento jurídico pátrio. Utiliza-se o método hipotético dedutivo, pois, parte-se da hipótese de que essa exigência não possui respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, o que foi devidamente observado no decorrer do artigo. Constatou-se que essa alteração normativa também não coaduna com o princípio da afetividade, responsável por guiar as relações familiares, notadamente, a união estável. Por fim, conclui-se que demandar prova material de um instituto amparado pela informalidade e afeto, nada mais é do que contraditar a essência do próprio instituto.

Palavras-chave: União estável. Pensão por morte. Afetividade. Prova.

ABSTRACT

THE UNION STABLE IN SECURITY REFORM: APPLICATION OF THE THEORY OF BOBBIO AND THE DUTY OF COHERENCE

The present article has as object of study the legislative change in the institute of the death pension, which made it essential to produce contemporary material proof

¹ Acadêmica do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: maxnaradelima@gmail.com.

² Docente do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: rosangela.mrm@hotmail.com.

to the death of the instituter to prove the stable union. The general objective of this work is to make an analysis about such a change, and yet, in a more specific way, it is intended to show its incompatibilities with the national legal system. The hypothetical deductive method is used, because it is based on the hypothesis that this requirement is not supported by the Brazilian legal system, which was duly observed during the article. It was found that this normative change also does not fit with the principle of affection, responsible for guiding family relationships, notably, stable union. Finally, it is concluded that to demand material proof from an institute based on informality and affection is nothing more than to contradict the essence of the institute itself.

Keywords: Stable union. Death pension. Affection. Proof.

1. INTRODUÇÃO

A vigência da Lei n.º 13.846 resultou em consequências não somente para o âmbito previdenciário, bem como para o civil, com especial enfoque, nos direitos dos companheiros. A propósito, para fins de pensão por morte, tornou-se indispensável a produção de prova material para comprovação da união estável.

Para além disso, exige-se de igual modo que a prova material seja contemporânea na forma da lei, isto é, produzida em período não superior a vinte e quatro meses, anteriores à data do óbito do instituidor.

A princípio, essa mudança legislativa aparenta não caminhar na mesma direção do ordenamento pátrio. Isso porque, com o avanço social e o advento da Constituição Federal de 1988, os companheiros estão - cada vez mais - obtendo a tutela jurídica de seus direitos. É o que se percebe, inclusive, pela tendência da jurisprudência que tem sido no sentido de conferir os mesmos direitos a cônjuges e companheiros.

Nesse sentido, o artigo tem como objetivo geral analisar os impactos dessa exigência normativa. Outrossim, de modo mais específico, indagar se há respaldo jurídico para a união estável, observar a exigência de ser comprovada unicamente por prova material. Para tanto, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, pois, parte-se do pressuposto de que essa exigência não está em harmonia com o ordenamento jurídico.

Desse modo, o trabalho está estruturado em três tópicos. O primeiro aborda os aspectos históricos sobre a união estável, os quais são cruciais para compreender a importância que possui o instituto, no ordenamento jurídico. Nesse primeiro momento, faz-se uma linha cronológica com os principais acontecimentos e transformações sob uma perspectiva social e jurídica da união estável. Assim, busca-se demonstrar o caminho percorrido pelos companheiros até o reconhecimento da união estável como entidade familiar.

O segundo tópico introduz o estudo da pensão por morte, partindo-se da seguridade, no Brasil. Nesse capítulo, trata-se de questões históricas e conceitos previdenciários essenciais para a análise da problemática. Além do mais, demonstra-se com clareza como a pensão por morte, está disciplinada no ordenamento, e ainda, sua relação principiológica com o Código Civil, designadamente, com a família.

Por fim, no terceiro tópico apresenta-se a problemática deste artigo. Inicialmente, contextualiza-se as mudanças normativas e, em seguida, dialoga-se com vertentes da Teoria do Ordenamento Jurídico de Norberto Bobbio.

Posto isso, tem-se como ponto de partida a coesão, unicidade e coerência, pressupostos que devem estar presentes no ordenamento jurídico. Concomitantemente, disserta-se acerca de uma possível antinomia do tipo total-parcial entre o Código Civil e a lei previdenciária, no tocante a união estável. Assim, nesse capítulo se analisa a mudança normativa não somente, perante julgados e princípios, mas, principalmente, a partir do dever de coerência, que deve ser inerente ao ordenamento jurídico.

Esse estudo é de extrema importância, uma vez que exigir a produção de prova material contemporânea ao óbito, à primeira vista, não parece ser compatível com o complexo de normas brasileiras, tampouco com o entendimento da jurisprudência. Por tais motivos, se justifica a análise minuciosa dessa alteração legislativa com o intuito de verificar se há juridicidade ou não nessa exigência.

2. UNIÃO ESTÁVEL

Antes de adentrar no mérito do presente artigo, é primordial uma análise histórica da família, pois, identificar suas primeiras manifestações e comportamentos

- até os dias atuais - é imprescindível para compreender o valor jurídico que há no reconhecimento da união estável como entidade familiar.

Não há dúvidas de que, desde os primórdios, o ser humano sempre esteve inserido em um agrupamento. Segundo o pesquisador Leclercq (1968), seja nas sociedades simples ou nas complexas, a família se desenvolve - naturalmente - com o simples surgimento da vida humana.

No entanto, a “família” tal qual conhecemos hoje, passou por um longo período de construção social e cultural. No Brasil, em especial, houve forte influência do direito canônico, por exemplo. A “família”, por assim dizer, só era reconhecida através do casamento católico (*in facie Ecclesiae*³). Essa condição era imposta em razão da forte influência que a Igreja Católica detinha. Sua interferência era tão significativa a ponto de criar as regras para caracterização da “família”. Tanto é verdade que, segundo Caio Mário da Silva (1997), houve um tempo, no Brasil, mais precisamente, no período Colonial e no Império, que era possível identificar três modalidades de casamento: o católico, o misto (católico com acatólico) e aquele entre pessoas de seitas distintas.

Chega-se à conclusão, assim, de que em toda a história sempre foi possível encontrar diversos arranjos familiares. Embora não seja o objetivo do presente artigo falar sobre cada um deles, é possível constatar algo comum a todos: a afetividade. Afirmar isso pode causar até mesmo estranheza. É que, de fato, afeto não se confunde com amor. Isto é, consoante Flávio Tartuce (2012), afeto significa a ligação entre pessoas capaz de gerar uma carga positiva ou outra negativa. É evidente que a consequência positiva do afeto é o amor, ao passo que a negativa é o ódio.

Inclusive, foi com base nessa linha de ideias que o Código Civil de 2002 estabeleceu o afeto como elemento norteador das relações familiares. Dessarte, deixou no passado elementos arcaicos, tais quais a família patriarcal, a discriminação com os filhos havidos fora do casamento, o reconhecimento somente do vínculo biológico, a ilegitimidade do concubinato puro como entidade familiar entre outros.

Dentro desse contexto, interessante notar as considerações de Cristiano Chaves (2004) sobre o tema. O doutrinador aponta que a sociedade contemporânea rompeu com a concepção tradicional da “família” e adotou um novo modelo que além de democrático, igualitário e descentralizado. E, sobretudo, destaca o afeto como

³ Trata-se de termo em latim que significa “Em face da Igreja”.

“mola propulsora” desses novos arranjos familiares.

Agora, o afeto é considerado mais que um fundamento das relações familiares, trata-se de princípio, como bem diz Ricardo Lucas Calderon (2017). De outra maneira, pretende-se dizer que a afetividade é vista como princípio implícito, na Constituição de 1988, e, explícito no Código Civil. Sendo assim, “família” deixou de ser somente aquela constituída pelo matrimônio e pautada no vínculo biológico, para se tornar aquela constituída pelo vínculo afetivo.

Importante notar ainda, que tais mudanças só foram possíveis em razão da promulgação da Constituição de 1988. Assim sendo, conforme preceitua Cristiano Chaves (2004), a família deverá ser protegida pela Carta Magna, por meio de seus princípios gerais, como o da dignidade da pessoa humana. Seguindo esse raciocínio, a Constituição-cidadã trouxe proteção tanto para os arranjos familiares já previstos, bem como para os novos: a família monoparental e a união estável.

Com o advento da Constituição de 1988, a união estável foi elevada ao patamar de “entidade familiar”, com proteção civil e constitucional. Na verdade, o Poder Constituinte Originário transformou em norma uma situação fática, que já havia sido consagrada pela sociedade, embora fosse totalmente desprotegida pelo nosso ordenamento. Nessa senda, o Código Civil de 2002 passou a disciplinar a união estável, estabelecendo requisitos e regras.

Pois bem, esse é processo de criação da norma que encontra respaldo na teoria da tridimensionalidade do direito, mais bem explicado por Reale (2002). Em harmonia com essa tese, o fato é o fenômeno responsável por dar origem à norma, tendo em vista que, o Direito é construído a partir de vivências práticas. E se assim não fosse, teríamos um sistema fechado, abstrato e que não alcançaria a realidade social.

Diante disso, valendo-se de um fato de caráter social, qual seja, a união entre homem e mulher que não queriam atravessar as formalidades do casamento, deu-se o valor de família, e conseqüentemente, surgiu a necessidade de criar uma norma para fins de tutela jurídica.

Isso porque, o Código Civil de 1916 somente reconhecia o casamento como entidade familiar, de outro modo, “família legítima”. Nesse sentido, todas as outras formas, isto é, o concubinato puro e o impuro, eram considerados “ilegítimos”. Nesse ponto, vale a diferenciação do concubinato impuro do puro de Cristiano Chaves

(2019), porquanto o concubinato puro é composto por pessoas que poderiam se casar, mas preferiram não o fazer, ao passo que o concubinato impuro é formado por pessoas que não poderiam casar.

Segundo preceitua, Maria Berenice Dias (2010) a Constituição Federal ampliou o conceito de família e substituiu o que se entendia por “concubinato puro” para união estável. Em outros termos, o legislador reconheceu o concubinato puro, porém, deu-lhe outra terminologia. O que se quer dizer, então, é que uma nova entidade familiar havia sido acolhida. Salienta-se a imprescindibilidade de empregar novo termo tendo em vista que “concubinato” ficou marcado por forte carga preconceituosa na sociedade.

Posteriormente, foi editada a lei 8.971/94, a qual estabeleceu alguns pressupostos para configurar a união estável, tais quais: companheiros solteiros, divorciados ou viúvos, convivência mínima de 5 (cinco) anos ou existência de prole em comum. Sobre o assunto, Maria Berenice Dias (2010) aduz que os requisitos - em questão - foram alvos de crítica e não se sustentaram por muito tempo. Por óbvio, impor um requisito temporal faria com que o ordenamento incorresse no mesmo erro de antes: a omissão. Com isso, inúmeras famílias continuariam sem tutelajurídica.

Hodierno, a união estável, propositalmente, não é definida com certo rigorismo ou mesmo é dotada de requisitos restritivos como na Lei 8.971/94, consoante Patrícia Fontanella (2006).

Em verdade, a união estável sempre esteve presente em nossa sociedade, antes mesmo ser assim chamada, ou reconhecida. O que acontecia, era uma omissão do nosso ordenamento em relação à união entre duas pessoas que viviam como casadas fosse, mas, que nunca optaram pelas formalidades do casamento. Assim, a ausência de elementos formais está na essência da união estável, razão pela qual o legislador fez questão de não fixar balizas rígidas para que o juiz, ante seu livre convencimento, pudesse identificá-la caso a caso.

A partir do artigo 1.723⁴, depreende-se que o Código Civil de 2002 tratou de elencar alguns requisitos para caracterizar a união estável, especificamente: convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. E aqui, vale uma análise mais profunda desses pressupostos.

⁴ Art. 1.723, Lei n.º 10.406. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Inicialmente, verdade seja dita, são conceitos demasiadamente subjetivos, mas, para isso há uma razão de ser.

É que, não faria sentido o legislador criar uma norma com critérios objetivos, ou formais, se o fenômeno jurídico, em questão, a união estável, tem na sua natureza a ausência de formalidades. Apesar disso, não poderia, pois, ficar o instituto sem critérios para produzir efeitos.

De início, a união estável precisa ser dotada de publicidade. Significa que ela deve ser conhecida pela sociedade, não encontrando tutela jurídica as que forem munidas de clandestinidade ou segredo. É necessário também a continuidade da relação, não podendo existir interrupções capazes de comprometer a intenção de viver como casados fosse. Há, também, o ânimo de constituir uma família. O *intuito familiae* serve para diferenciar um namoro prolongado, ininterrupto e público, de uma união estável, por exemplo.

Por último, a relação deve ser duradoura. Esse pressuposto, porém, merece mais atenção. Ocorre que, não há - na legislação atual - prazo mínimo de convivência, como antes existia, para configuração da união estável. Dizer que a relação precisa ser duradoura, somente quer dizer que ela não pode ser efêmera. Fica, então, para o juiz, aos olhos do caso concreto, identificar se a união estável cumpriu tal requisito ou não, sem, porém, exigir tempo mínimo como *conditio sine qua non* para caracterizar da união estável.

A mais pura verdade é que, nas palavras de Maria Berenice Dias (2010), a união estável nasce de um vínculo afetivo e passa a ser constituída quando se torna pública, ou seja, conhecida socialmente. Disso, podemos concluir então que, o Código Civil de 2002 traduziu o afeto em conceitos amplamente subjetivos. Pois, desarrazoado seria, impor requisitos objetivos a algo que se comprova somente com o afeto.

Definir a família somente pela presença do vínculo afetivo simbolizou também - para os casais homoafetivos - uma grande conquista. Pois que, inicialmente, o nosso ordenamento não alcançou as relações homoafetivas, restringindo o reconhecimento da união estável somente entre homem e mulher.

Desse modo, o requisito do art.1.723 de “união entre homem e mulher” passou a ser estendido, já que não se justificaria, mais uma vez, a omissão, e, sobretudo, uma nítida desconformidade com a Constituição de 1988, a qual se propôs a ser garantista,

humanista, igualitária e um meio de promover as liberdades individuais.

Nessa lógica, em 05 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal, por meio da ADIn 4277/DF, tratou de dar nova interpretação ao referido artigo e as uniões homoafetivas passaram a produzir efeitos tais quais aqueles produzidos por uma união heteroafetiva, já que ambas são constituídas a partir do afeto, como entende Maria Berenice Dias (2010).

A Constituição Federal de 1988 alçou a união estável tal qual o casamento, no que se refere à entidade familiar. Por tais razões, nada mais justo seria aplicar os mesmos impedimentos do casamento à união estável. O Código Civil, então, em seu artigo 1.521⁵ estipulou alguns impedimentos. Nesse cenário, a exceção se encontra no inciso VI do referido artigo, de outro modo, as pessoas casadas que comprovarem separação de fato, ou que forem separadas judicialmente, terão direito de constituir união estável. Assim caminha a jurisprudência pátria, notadamente a do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁶, que reitera o exposto.

Por esse ângulo, há que se fala ainda do art. 1.523 do Código Civil de 2002⁷, responsável por elencar hipóteses nas quais não poderá haver casamento, senão aquele amparado pelo regime de separação obrigatória de bens. Tais situações, ao contrário, não se aplicam a união estável.

⁵ Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante; VI -

as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

⁶ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM.

REQUISITOS. ÔNUS DA PROVA. TERMO INICIAL DA CONVIVÊNCIA. SEPARAÇÃO DE

FATO DO DE CUJUS. "(...) Além disso, atentando para o princípio da monogamia, importa observar que o casamento civil não é impedimento para o reconhecimento da união estável, desde que comprovada a separação de fato do convivente formalmente casado.". (TJ/RS, Sétima Câmara Cível, Apelação Cível Nº 70080419922, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 24/04/2019. Disponível em: < https://www.tjrs.jus.br/novo/jurisprudencia-e-legislacao/jurisprudencia/>. Acesso em 16 set 2020)

⁷ Art. 1.523. Não devem casar:

I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;

II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;

III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;

IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo.

3. PENSÃO POR MORTE

Não há como falar da pensão por morte, no Brasil, sem falar do seu surgimento junto à seguridade social. Porém, não sendo a finalidade deste artigo se aprofundar em aspectos históricos, o assunto será brevemente debatido.

Estima-se que sua origem se deu com as Santas Casas de Misericórdia, em 1543. Perpassou pelos planos mutualistas, as legislações esparsas que tratavam sobre benefícios, para se chegar, vagarosamente, às funções previdenciárias do Estado, como esclarece Fábio Vinícius Maia (2020). A consequência disso foi a criação, em 1793, do Plano de Benefícios dos órfãos e viúvas dos oficiais da marinha, assim como, em 1835, o Montepio geral dos servidores do Estado (MONGERAL).

Tempos depois, a Constituição Republicana de 1891, tratou de forma inédita sobre “aposentadoria”. No caso, o proveito que era custeado pelo Estado só abrangia servidores públicos e deixava de lado todos aqueles que não integravam a administração pública, evidenciando-se o nítido caráter segregatório.

Posteriormente, em 1919, com o Decreto n. 3.724, os acidentes de trabalho sofridos pelos empregados passaram a ser custeados pelos empregadores. Tratava-se de indenização, e não de um benefício previdenciário. Entretanto, a norma é dotada de certa importância nessa seara, uma vez que, pela primeira vez, houve preocupação em assistir a família em caso de morte, como assim entende Heloisa Hernandez Derzi (2004).

Fábio Vinícius Maia (2020) relata que a doutrina majoritária estabelece o marco inicial da Previdência Social, no Brasil, com a Lei Eloy Chaves, o Decreto-legislativo n. 4.682, de 1923. A partir dele, se iniciou o pagamento de pensão por morte aos dependentes do empregado falecido de morte comum ou acidentária. Eram considerados dependentes a viúva, ou viúvo inválido, filhos, pais e irmãs solteiras. Para isso, era necessário ter laborado 10 (dez) anos na empresa, salvo se fosse caso de acidente de trabalho.

Finalmente, a Constituição Federal de 1988, outra vez merece destaque por ter instituído uma nova página para o regime previdenciário no Brasil. No que tange aos direitos sociais, a Lei Maior promoveu significativas mudanças ao criar um sistema integrado de Seguridade Social que abarca a saúde, a assistência social e a previdência. Com a Constituição-cidadã, o instituto em análise, segundo Carlos André de Castro

Guerra (2009) foi elevado a direito fundamental.

Nos dias que correm, a pensão por morte está disciplinada na Lei. 8.213/1991 e prevista na Constituição em seu artigo 201, inciso V. Nesse âmbito, Frederico Amado (2020) conceitua a pensão por morte como benefício previdenciário que é devido aos dependentes dos segurados, assim consideradas as pessoas listadas no artigo 16, da Lei 8.213/91. Acrescenta ainda que é um benefício concedido, independente de carência, desde que se comprove a qualidade de dependente à época do óbito, o que será mais bem explanado no próximo capítulo.

Em síntese, a pensão por morte vai além de mais um benefício previdenciário, mais que isso, representa preocupação e proteção à família ao compensar, financeiramente, os familiares do falecido.

O princípio da solidariedade familiar é o responsável por embasar o recebimento da pensão por morte. É nele que se assenta a corresponsabilidade de afeto, respeito e, principalmente, assistência. Acerca da temática Paulo Lôbo (2011) expõe que a assistência é mútua e engloba aspectos morais e materiais. Para além disso, todos institutos de direito de família devem contemplar o princípio da solidariedade, pois, sua natureza está fortemente ligada a família atual.

No mesmo passo, no âmbito previdenciário, Fábio Zambitte Ibrahim (2019) compreende o princípio da solidariedade como o aquele que melhor representa a conversão de pequenas contribuições individuais em recursos financeiros capazes de gerar a proteção social.

Logo, o que se entende é que a solidariedade se expressa em um plano externo e outro interno, sendo ambos responsáveis por dar sentido a pensão por morte. No que tange a esfera interna, está a responsabilidade dos integrantes da família prestarem assistência entre si, ainda que seja depois do evento morte. Enquanto no plano externo, pode-se falar de solidariedade social, calcada na ideia de o Poder Público, junto da sociedade, promoverem o amparo financeiro à família também depois do falecimento do instituidor⁸.

Para melhor entender como o princípio da solidariedade é aplicado ao benefício previdenciário da pensão por morte, é necessário elucidar as definições de carência, qualidade de dependente e qualidade de segurado, bem como suas implicações.

⁸ Termo previdenciário utilizado para se referir àquele que deu início a pensão, ou seja, o falecido.

Nessa linha de pensamento, identificam-se três requisitos para pensão por morte produzir efeitos. Antes de qualquer coisa, é necessário ter havido óbito ou a morte presumida do segurado, a qualidade de segurado do falecido à época do óbito e a existência dependente.

Por sua vez, a qualidade de segurado não se confunde com carência. Dizer que a pensão por morte é devida - independente de carência - não implica dispensar a qualidade de segurado do pretense instituidor.

Considera-se segurado aquele que está diretamente vinculado com a Previdência Social. Assim, possuir qualidade de segurado seria afirmar que na data do seu óbito, o falecido estava realizando, mensalmente, suas contribuições à Previdência. Logo, conclui-se que não fará jus ao benefício aquele que regularizar as contribuições do instituidor, após seu óbito, porque diferente da assistência social e da saúde, a previdência social está pautada na contributividade.

No que lhe concerne, de acordo com Lei de Benefícios da Previdência Social, carência nada mais é do que o número mínimo de contribuições mensais que se deveter realizado para ter direito ao benefício previdenciário pretendido. O que não se aplica para a espécie de benefício em análise.

De acordo com Feijó Coimbra (1999), figura como dependente aquele que vivia, efetivamente ou presumidamente sob o sustento do falecido. Por conseguinte, salvo os dependentes de primeira classe, para os demais, não basta se enquadrar nas espécies de dependentes trazidas em lei, devendo comprovar, na prática, sua condição de dependente. Isto é, demonstrar elementos probatórios capazes de provar significativa dependência econômica.

É nesse momento que se prestigia o princípio da solidariedade familiar. Partindo-se da premissa que o instituidor era o responsável financeiro do dependente, isto é, havia estava presente a qualidade de dependente, tal responsabilidade não pode acabar no momento da sua morte e deverá continuar por meio do benefício em foco.

A princípio, consideram-se hoje dependentes de primeira classe: o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, com menos de 21 (vinte e um) anos, ou inválido, ou que tenha deficiência mental ou intelectual que o torne absolutamente incapaz, assim declarado pelo juiz. Estes possuem presunção de dependência econômica. Há, ainda, os dependentes de segunda classe, ou seja, os pais do falecido, bem como de terceira classe, na qual figuram os

irmãos do segurado.

O cônjuge, como já mencionado, é considerado dependente de primeira classe. No entanto, antes da Constituição de 1988 o cônjuge varão⁹ só tinha direito ao benefício se estivesse inválido para o trabalho, fosse menor de 18 (dezoito) anos ou maior de 60 (sessenta), sendo esses requisitos alternativos, bastando a satisfação de um deles.

Tal exclusão se justificava pois, durante muito tempo, vigorou a regra de que o homem era o arrimo da família, ou melhor, provedor do lar. Por este motivo, não se vislumbrava a necessidade de ele ser contemplado com a pensão por morte. Diversamente, como a mulher não estava inserida no mercado de trabalho, com a morte do seu esposo ela ficava financeiramente desamparada, motivo pelo qual havia necessidade de receber o benefício previdenciário.

Desse modo, com o advento da Constituição-cidadã, por intermédio do tratamento igualitário conferido ao homem e a mulher, o direito a pensão por morte foi estendido para o cônjuge varão, extinguindo, por sua vez, o tratamento excludente que outrora vigorava, pondo fim aos requisitos supracitados.

No âmbito previdenciário, com todas as transformações percorridas em capítulos anteriores, o companheiro e companheira passaram a ter o mesmo tratamento dado aos cônjuges e se tornaram dependentes de primeira classe. É o que se entende do artigo 16, inciso I da Lei 8.213¹⁰.

Nesse ponto de vista, é digno salientar o princípio da universalidade de cobertura e de atendimento e sua forte influência na ampliação do rol de dependentes. Previamente, trata-se de princípio presente na Constituição Federal, no artigo 194, parágrafo único, I. De logo, tem-se a imediata interpretação que qualquer pessoa teria acesso a seguridade social. A respeito disso, tal “universalidade” merece ressalvas. Veja-se, não se pretende criticar a norma constitucional, mas sim analisar a abrangência da “universalidade” que aduz o princípio. Corroborar com esse entendimento Fábio Zambitte Ibrahim (2019), quando aponta que a Previdência Social é pautada no sistema contributivo, restringindo-se àqueles que fazem mensalmente sua contribuição, e não à sociedade em sua totalidade.

⁹ Termo histórico que faz referência ao cônjuge do sexo masculino.

¹⁰ Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

Melhor seria relacionar o princípio - anteriormente citado - com o novo conceito de família, o qual já foi elucidado em outro momento. Dentro dessa conjuntura, com os novos arranjos familiares e a conseqüente mutação do “conceito de família” causado pela dinâmica social, foi possível ampliar o rol de dependentes da pensão por morte, consagrando, desse modo, o princípio da universalidade.

Dito isso, o entendimento atual acerca dos casais homoafetivos e a possibilidade do deferimento do benefício em tela a esses companheiros, nada mais é do que um exemplo prático da ampliação do rol de dependentes. Em que pese haver nítida omissão do legislador em enquadrar os homossexuais como dependentes, não merece subsistir vedações ao recebimento do benefício por estes. Ora, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu como fundamento a Dignidade da Pessoa Humana, bem como positivou a busca incessante pela igualdade. Nesse sentido, qualquer posicionamento de viés discriminatório a esses casais não possui o mínimo respaldo constitucional. Assim entende o Supremo Tribunal Federal¹¹.

Portanto, não se sustenta mais a restrição que antes havia no recebimento da pensão, seja aquele que impedia o cônjuge varão receber, seja o que impedia o companheiro homoafetivo receber. Nos dias de hoje, o companheiro e a companheira, inclusive os homoafetivos, fazem jus ao benefício previdenciário da pensão por morte desde que comprovada a existência da união estável.

4. CONSIDERAÇÕES AO ARTIGO 16, § 5º DA LEI 8.213

O objeto de discussão deste artigo reside na alteração do art.16 da Lei 8.213¹².

¹¹ “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. BENEFÍCIO DE PENSÃO PORMORTE. UNIÃO HOMOAFETIVA. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO COMO ENTIDADE FAMILIAR. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DAS REGRAS E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS VÁLIDAS PARA A UNIÃO ESTÁVEL HETEROAFETIVA. DESPROVIMENTO DO RECURSO. (...) “3. O direito do companheiro, na união estável homoafetiva, à percepção do benefício da pensão por morte de seu parceiro restou decidida. No julgamento do RE nº 477.554/AgR, da Relatoria do Ministro Celso de Mello, DJe de 26/08/2011, a Segunda Turma desta Corte, enfatizou que “ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual.” (STF, Primeira Turma, RE 687432 MG, Relator(a): LUIZ FUX, Julgado em 02 set 2012. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>> Acesso em 18 set 2020).

¹² Art. 16, Lei 8.213.

(...)

§ 5º As provas de união estável e de dependência econômica exigem início de prova material contemporânea dos fatos, produzido em período não superior a 24 (vinte e quatro) meses anterior à data do óbito ou do recolhimento à prisão do segurado, não admitida a prova exclusivamente testemunhal, exceto na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no regulamento. (Incluído pela Lei nº 13.846, de 2019)

§ 6º Na hipótese da alínea c do inciso V do § 2º do art. 77 desta Lei, a par da exigência do § 5º deste artigo, deverá ser apresentado, ainda, início de prova material que comprove união estável por pelo menos 2 (dois) anos antes do óbito

Ao artigo 16 foram inclusos alguns parágrafos pela Lei nº 13.846, de 2019, a exemplo do parágrafo 5º que será tratado neste artigo.

Em uma primeira leitura do parágrafo 5º do artigo 16 da Lei 8.213, entende-se que, para comprovar a união estável, é preciso produzir provas materiais e contemporâneas. Mais que isso, a lei ainda definiu o que seria “contemporânea” aos fatos quando delimitou que as provas fossem produzidas, em período não superior a vinte e quatro meses anteriores ao óbito do instituidor. Não obstante, deixou expressamente previsto que não basta a prova - exclusivamente testemunhal - para comprovação da união estável, ressalvados os casos de força maior ou caso fortuito.

O parágrafo 6º do artigo 16, por sua vez, estende a comprovação da união estável, por meio de provas materiais ao caso do art.77¹³, parágrafo 2º, inciso V, c, da mesma Lei. O referido parágrafo lista algumas situações em que o benefício da pensão por morte será cessado. No caso específico do companheiro(a), o benefício cessará em conformidade com alguns prazos e circunstâncias também previstas. Para exemplificar, se o companheiro (a) estiver com menos de vinte e um anos de idade na data do óbito do instituidor, o benefício previdenciário cessará em três anos.

O que se pretende demonstrar, na verdade, é que mais uma vez a lei previdenciária exige a comprovação da união estável através de prova material contemporânea ao óbito. Veja bem, o artigo 77 da Lei 8.213 exige a comprovação não só de que o instituidor tenha vertido 18 (dezoito) contribuições mensais, mas também tenha tido no mínimo 2 (dois) anos de união estável ou casamento, sendo que agora, há outros parâmetros legais para comprovação da união estável que não os previstos no Código Civil.

Ora, se é o Código Civil que define, por excelência, a família e a união estável, o

do segurado. (Incluído pela Lei nº 13.846, de 2019)

¹³ Art. 77, Lei 8.213. A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em parte iguais.

(...)

§ 2º O direito à percepção da cota individual cessará:

(...)

V - para cônjuge ou companheiro: (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)(...)

c) transcorridos os seguintes períodos, estabelecidos de acordo com a idade do beneficiário na data de óbito do segurado, se o óbito ocorrer depois de vertidas 18 (dezoito) contribuições mensais e pelo menos 2 (dois) anos após o início do casamento ou da união estável: (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

- 1) 3 (três) anos, com menos de 21 (vinte e um) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)
- 2) 6 (seis) anos, entre 21 (vinte e um) e 26 (vinte e seis) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)
- 3) 10 (dez) anos, entre 27 (vinte e sete) e 29 (vinte e nove) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)
- 4) 15 (quinze) anos, entre 30 (trinta) e 40 (quarenta) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)
- 5) 20 (vinte) anos, entre 41 (quarenta e um) e 43 (quarenta e três) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)
- 6) vitalícia, com 44 (quarenta e quatro) ou mais anos de idade. (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

questionamento a ser feito é, se estaria a lei previdenciária restringindo os meios para provar os requisitos da união estável, e assim sendo, indagar se há juridicidade nas mudanças ocasionadas pela Lei n.º 13.846.

Calha que, antes da Medida Provisória n.º 871¹⁴, de 2019, posteriormente, convertida na Lei n. 13.846 de 2019, o STJ e a TNU consolidaram o entendimento de que não era necessário início de prova material para provar a união estável, sendo suficiente a prova testemunhal. Isso se justificava porque não havia lei que exigisse o contrário. Assim, a TNU no julgamento do PEDILEF 00102435320064036311¹⁵ entendeu pela possibilidade de comprovar a união estável por meio de prova exclusivamente testemunhal, o que depois veio a ser o posicionamento do STJ no REsp 1804381 SP¹⁶.

Por outra forma, com a Lei n.º 13.846, para fins previdenciários, os companheiros terão que comprovar a convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família por meio de provas materiais, as quais devem ser produzidas em um período não superior a vinte e quatro meses à data do óbito.

Dito isso, resta saber quais as provas materiais a que o parágrafo 5º se refere. Para tanto, o decreto n.º 3.048, responsável por regulamentar a Previdência Social, em seu artigo 22, parágrafo 3º¹⁷, listou alguns exemplos de provas materiais capazes de

¹⁴ Trata-se de Medida Provisória convertida na Lei n. 13.846/2019, responsável por significativas mudanças no âmbito previdenciário.

¹⁵ "PEDIDO NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. PREVIDENCIÁRIO. UNIÃO ESTÁVEL. **COMPROVAÇÃO POR PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL. POSSIBILIDADE PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS.** PRESCINDIBILIDADE DO INÍCIO DE PROVA MATERIAL. SÚMULA N.º 063 DESTA COLEGIADO. QUESTÃO DE ORDEM N.º 020 DESTA TNU. INCIDENTE PROVIDO. (...)

4. (...) **Esta TNU possui Enunciado no sentido de que a comprovação de união estável para efeito de concessão de pensão por morte prescinde de início de prova material** (Súmula n.º 063 desta TNU). (...) (TNU, PEDILEF 00102435320064036311, Relator: Juiz Federal Daniel Machado da Rocha, Julgado em 11/12/2015, Disponível: <https://www.cjf.jus.br/jurisprudencia/tnu/>).

¹⁶ "PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. **DESNECESSIDADE DE INÍCIO DE PROVA MATERIAL.**

1. Em nenhum momento a legislação previdenciária impôs restrições à comprovação da união estável entre o homem e a mulher mediante início de prova material; pelo contrário, deixou ao **arbítrio do julgador a análise de todas as provas legais que pudessem formar a sua convicção** acerca da existência da vida em comum entre os companheiros.

2. **O STJ entende pela não exigência de início de prova material para comprovação da união estável**, para fins de obtenção do benefício de pensão por morte, uma vez que não cabe ao julgador restringir quando a legislação assim não o fez. Nesse sentido: REsp 778.384/GO, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJ 18/9/2006; AgRg no REsp 1184839/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 31/5/2010.

3. Recurso Especial provido."(STJ, Segunda Turma, REsp n.º 1804381 SP, Relator: Min. Herman Benjamin, Julgado em 11/06/2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>).

¹⁷ Art. 22, decreto n.º 3.048

(...)

§ 3º Para **comprovação do vínculo e da dependência econômica**, conforme o caso, deverão ser apresentados, no mínimo, dois documentos, observado o disposto nos § 6º-A e § 8º do art. 16, e poderão ser aceitos, dentre outros:

comprovar o vínculo e a relação de dependência econômica do companheiro. Destaca-se que, a nova redação do parágrafo 3º dada pelo Decreto n.º 10.410, de 2020 passou a exigir no mínimo 2 (dois) documentos. Desse modo, os companheiros deverão comprovar sua união estável e a dependência, a partir de provas materiais tais quais aquelas previstas no artigo 22 do Decreto n.º 3.048.

Isto posto, uma vez enfrentadas questões normativas essenciais para este artigo, é crucial percorrer um caminho mais teórico e um tanto abstrato, a fim de auferir o peso dessas modificações para o ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse diapasão, Bobbio (1995) trouxe considerações importantíssimas sobre o ordenamento jurídico. Antes de qualquer coisa, para ele, o ordenamento além de uno, deve ser coeso. Por este motivo, é fundamental uma norma única, da qual as demais devem se derivar, tanto diretamente, quanto indiretamente.

Entende-se a Constituição como a “norma única” a qual Norberto Bobbio (1995) se refere, pois, é dela que as outras normas têm origem. Outrossim, somente com uma norma que é referência para todas as outras, é possível chegar à coerência e harmonia entre as normas do ordenamento jurídico.

Vale salientar, essa coerência deve ser não somente em si mesma, mas também com o todo, o que não se verifica no aludido parágrafo, objeto desta discussão. Isso pois, como já dito em momento anterior e conforme o parágrafo 4º do artigo 16¹⁸, a

(Redação dada pelo Decreto nº 10.410, de 2020).

I - certidão de nascimento de filho havido em comum;

II - certidão de casamento religioso;

III - declaração do imposto de renda do segurado, em que conste o interessado como seu dependente; IV - disposições testamentárias;

V - anotação constante na Carteira Profissional e/ou na Carteira de Trabalho e Previdência Social, feita pelo órgão competente; (Revogado pelo Decreto nº 5.699, de 2006)

VI - declaração especial feita perante tabelião;

VII - prova de mesmo domicílio;

VIII - prova de encargos domésticos evidentes e existência de sociedade ou comunhão nos atos de vida civil;

IX - procuração ou fiança reciprocamente outorgada;

X - conta bancária conjunta;

XI - registro em associação de qualquer natureza, onde conste o interessado como dependente do segurado;

XII - anotação constante de ficha ou livro de registro de empregados;

XIII - apólice de seguro da qual conste o segurado como instituidor do seguro e a pessoa interessada como sua beneficiária;

XIV - ficha de tratamento em instituição de assistência médica, da qual conste o segurado como responsável;

XV - escritura de compra e venda de imóvel pelo segurado em nome de dependente; XVI -

declaração de não emancipação do dependente menor de vinte e um anos; ou XVII - quaisquer outros que possam levar à convicção do fato a comprovar.

¹⁸ Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

(...)

§ 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

dependência econômica do companheiro (a) é presumida. Entretanto, contrariamente a isso, o parágrafo 5º do mesmo artigo estabelece - expressamente - que a união estável e a dependência econômica exigem início de prova material contemporânea aos fatos.

O que se percebe é uma nítida incoerência entre os dispositivos, uma vez que o parágrafo 4º presume a dependência econômica do companheiro (a) e o parágrafo 5º não só exige a comprovação da dependência, como também especifica o tipo de prova que deve ser produzida, dentro de um certo lapso temporal objetivamente definido.

De fato, a lei previdenciária não deixou claro se a presunção é relativa ou absoluta. No entanto, ainda que seja relativa, exigir provas para convencer o juiz é ferir a natureza do conceito de presunção relativa, segundo Daniel Neves (2018). Além disso, o doutrinador também aduz que a presunção relativa por si só já deve ser o suficiente para convencer o juiz, a não ser que exista provas contrárias a tal presunção. Ou seja, as provas não serão dispensadas, porém, haverá uma inversão no ônus probatório, razão pela qual a parte contrária - e não aquela que alega ser dependente - deverá comprovar que não existe a dependência.

Melhor dizendo, o cônjuge não precisa comprovar sua dependência econômica, pois, ao apresentar a certidão de casamento, isso já se deduz. O que não ocorre para o companheiro, pois que embora o companheiro figure como dependente de primeira classe, tal qual o cônjuge, é possível identificar um tratamento diferenciado quanto à comprovação de dependência econômica.

No sentido inverso está a tendência jurisprudencial, porque - cada vez mais - se busca a equiparação entre cônjuges e companheiros. À vista disso, os julgados Apelação Cível n.º 10724231520198260053¹⁹ do Tribunal de Justiça de São Paulo e Apelação Cível n. 70083866319²⁰ do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Por

¹⁹ “APELAÇÃO CÍVEL – ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO – PENSIONISTA DE MILITAR NA CONDIÇÃO DE FILHA SOLTEIRA – CESSAÇÃO DO PAGAMENTO DO BENEFÍCIO EM RAZÃO DA OMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL – DOCUMENTOS JUNTADOS AOS AUTOS DEMONSTRAM QUE A AUTORA CONVIVIA EM UNIÃO ESTÁVEL E TEVE UM FILHO DESSE RELACIONAMENTO, FATOS OMITIDOS PARA PERMANECER RECEBENDO PENSÃO EM DECORRÊNCIA DA MORTE DO GENITOR MILITAR - **EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL AO CASAMENTO A FIM DE CONFERIR AOS COMPANHEIROS OS MESMOS DIREITOS E DEVERES ESTABELECIDOS AOS CÔNJUGES** - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO” (TJ/SP, Sétima Câmara de Direito, Apelação Cível N.º 10724231520198260053, Relator: Eduardo Gouvêa, Julgado em 21/10/2020. Disponível em: (...)https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=65AA9C3A25EC6BDBD9B2EE87105_F6CC9.cjsg3).

²⁰ “APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDÊNCIA PÚBLICA. PENSÃO POR MORTE. HABILITAÇÃO DE COMPANHEIRA COMO DEPENDENTE PREVIDENCIÁRIA. COMPROVAÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. EXIGÊNCIA DE LAPSO TEMPORAL. DESNECESSIDADE. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TETO DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO QUE

sinal, mais uma vez o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul faz considerações ricas ao assunto. No julgado em questão, fica evidente que não cabe à seara previdenciária fazer distinções entre o cônjuge e o companheiro tanto por não ser de sua alçada, como também porque a própria Constituição de 1988 não o faz. Por esses motivos, é totalmente descabida a exigência de prova de dependência econômica.

Além dessa inconsistência do parágrafo 5º com o parágrafo 4º, ambos pertencentes ao artigo 16, há outra ainda mais importante para se averiguar - referente ao parágrafo 5º - da Lei 8.213 em relação ao artigo 1.723, do código civilista.

Mais uma vez, valendo-se da teoria de Bobbio (1995), para se detectar uma antinomia, as normas devem pertencer ao mesmo ordenamento, bem como devem ter o mesmo âmbito de validade. No caso em questão, verifica-se que o âmbito temporal, espacial, pessoal e material são os mesmos para o parágrafo 5º, da Lei 8.213 e o artigo 1.723, da Lei 10. 406, mas com uma restrição, vislumbrando-se, desse modo, uma antinomia do tipo total-parcial. É que, embora tenham o mesmo âmbito de validade, uma norma é mais restrita que a outra.

Isso se justifica porque enquanto a Lei n. 10. 406 estabelece os requisitos de convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família para atestar a união estável, a Lei n. 8.213 especifica um meio para comprová-los. Isto é, exigir a produção de provas materiais contemporâneas nada mais é do que impor que os requisitos previstos no Código Civil sejam comprovados por um único meio: prova material produzida, em período não superior a vinte e quatro meses à data do óbito.

Essa exigência também não encontra respaldo no Código de Processo Civil,

NÃO ALCANÇA O LIMITE. ISENÇÃO DA TAXA ÚNICA DE SERVIÇOS JUDICIAIS. PREQUESTIONAMENTO.

1. (...) Condição de companheira evidenciada, o que enseja a concessão da pensão previdenciária pormorte de servidor público estadual, **descabendo à seara previdenciária realizar distinções entre os modelos familiares**. O art. 201, inciso V, da Constituição Federal deve ser atendido em interpretação sistemática com a Lei n. 9.278/1996, que arrola, entre os direitos dos conviventes em entidade familiar, a recíproca assistência moral e material, de modo que o direito ao recebimento de pensão por morte em face dos anos de contribuição do parceiro falecido - não pode sofrer restrição da espécie. **A dependência entre cônjuges e companheiros é presumida** e as condições financeiras de cada família apresentam relação direta com a contribuição que o segurado falecido prestou ao longo da vida aos cofres da previdência, justamente visando ao amparo de seus entes quando da morte. **Evidente que a exigência de dependência econômica ou tempo de duração de cinco anos de união estável não mais se sustentam, principalmente com a equiparação constitucional que alcança atualmente mesmo as relações entre pessoas do mesmo sexo**. Assim, uma vez reconhecida a existência da união estável enquanto entidade familiar, automática há de ser sua recepção em todo o ordenamento no que dirigir regras às relações de família. **E no direito previdenciário, principalmente, não pode ser diferente, eis que o ponto de partida, a pedra de toque do sentido da palavra dependência é extraída das situações que imitam a vida**, como por exemplo: ocorrentes entre marido e mulher; pai e filhos; guardiões e menores ou companheiros. **Despicienda, pois, a exigência de lapso temporal de cinco anos ou de prova de dependência econômica**. (...)” (TJ/RS, Segunda Câmara Cível, Apelação N.º 70083866319, Relator: Laura Louzada, Julgado em: 06/05/2020. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa).

sequer na Constituição Federal de 1988. Posto que, a Constituição em seu artigo 5º, XXXV²¹ garante a todos o direito a prestação jurisdicional efetiva, bem como o Código de Processo Civil no artigo 369²² permite empregar todos os meios legais e os moralmente legítimos para provar a verdade dos fatos. Portanto, ao invocar o Poder Judiciário, as partes têm o direito fundamental de produzir as provas que desejar, sendo a única limitação que sejam provas lícitas e moralmente aceitas.

Acentua-se que, embora haja resquícios do sistema legal ou tarifário das provas, prepondera, hoje, no Brasil, o sistema do livre convencimento motivado. No primeiro sistema, a própria lei diz o valor que a prova tem e a atividade do juiz, nesse caso, fica limitada, não sendo possível fazer sua valoração pessoal da prova. Ao mesmo tempo que no segundo, não há hierarquia entre as espécies de provas, justamente porque não é a lei que diz o valor de cada uma, mas sim o juiz, valendo-se do seu livre convencimento motivado.

Disso, pode-se concluir que a lei previdenciária seguiu o sistema legal de provas, ao tariffar a prova material como meio exclusivo para provar a união estável e a dependência econômica. O juiz, então, fica restrito e só poderá, em tese, reconhecer a união estável, quando produzidas, no mínimo duas provas documentais, em período não superior a vinte e quatro meses à data do óbito, não sendo possível mais, apresentar prova exclusivamente testemunhal.

Dessarte, o parágrafo 5º, da Lei 8.213 além de antinômico com o artigo 1.723, da Lei 10.406, é incompatível com o Código de Processo Civil e, principalmente, com a Constituição Federal de 1988.

A propósito, essa antinomia pode ser facilmente resolvida pelos critérios citados por Bobbio (1995), tais quais: o hierárquico, a especialidade e o cronológico. Posto isso, ao tratar de pensão por morte cujo ponto controvertido é a existência de união estável, a lei mais específica prevaleceria, qual seja, a lei previdenciária, isto é, reconhece-se a união estável, desde que respeitados os parâmetros do parágrafo 5º da Lei 8.213. De igual modo, quando o assunto for somente o reconhecimento da união estável, no âmbito civil, usa-se os pressupostos do 1.723, da Lei 10.406, dispensada as exigências previstas naquela.

²¹ Constituição Federal, Art. 5º.XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

²² Código de Processo Civil, art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Embora não tenha sido difícil encontrar uma solução para essa antinomia, ela não é razoável. Fazer isso, é dar dois parâmetros distintos para se reconhecer a união estável dentro do mesmo ordenamento jurídico. Ou seja, na prática, para os companheiros que sempre tiveram dificuldades em comprovar algo que nasceu da informalidade e está pautado no afeto, agora, ficou mais difícil.

Logo, essa alteração legislativa figura como uma afronta ao princípio do não retrocesso. Em outras palavras, o legislador suprimiu de forma arbitrária direitos arduamente conquistados pelos companheiros, o que, como consequência tornou mais difícil provar a união estável no âmbito previdenciário. Desse modo, além de inoportuno e incongruente com o ordenamento jurídico pátrio, o retrocesso presente no dispositivo previdenciário, é, sobretudo, uma ofensa aos direitos adquiridos pelos companheiros, de ordem constitucional e infraconstitucional.

O posicionamento dos tribunais, por seu turno, tem sido no sentido de ser possível o reconhecimento da união estável por prova exclusivamente testemunhal, dispensando assim, a obrigação de produção de prova material que alude o parágrafo 5º da Lei 8. 213.

Portanto, corroboram com essa tese o Tribunal Regional Federal da 3.ª Região por meio da Apelação Cível MS n.º 0001137-60.2016.4.03.6006²³ e o Tribunal Regional da 4ª Região no Recurso Inominado n.º 5008501-13.2018.4.04.7004²⁴. Assim, observa-se que o próprio Poder Judiciário, pautado no bom-senso e na razoabilidade vem dispensando a tarifação probatória veiculada notadamente, no parágrafo 5º da Lei 8.213.

Ante o exposto, sob a ótica dos julgados retro, além de inconsistente e desconforme com o ordenamento jurídico, a alteração se revela um retrocesso para os direitos dos companheiros. É que, como demonstrado desde o início deste artigo, a união estável tem na sua essência a informalidade e o afeto. Ela é a saída para aqueles

²³ “PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. UNIÃO CONJUGAL. COMPROVAÇÃO. DEPENDÊNCIA PRESUMIDA. TERMO INICIAL DOCUMENTO NÃO ESSENCIAL PARA A COMPROVAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL. **PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL.** CONSECTÁRIOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APELAÇÃO IMPROVIDA. (...) Por outro lado, **a comprovação da união estável pode ser feita por prova exclusivamente testemunhal.**(...)” (JFMS, Nona Turma, Apelação Cível n.º 0001137-60.2016.4.03.6006, Relator: João Batista Gonçalves, Julgado em: 01/10/2020. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1>).

²⁴ “A 3ª Turma Recursal do Paraná decidiu, por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, nos termos do voto do (a) Relator (a). (...) Além disso, e inobstante as alterações promovidas pela Lei n. 13.846/19, não aplicáveis ao caso, é entendimento consolidado pela jurisprudência que a comprovação de união estável sequer necessita de prova material, bastando a prova testemunhal, unicamente (...)” (JFPR, Terceira Turma, Recurso Inominado n.º 5008501-13.2018.4.04.7004, Relator: José Antônio Savaris, Julgado 16/12/2019. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/795148440/recurso-civil-50085011320184047004-pr-5008501-1320184047004/inteiro-teor-795148490?ref=juris-tabs>).

que decidiram não atravessar as formalidades do casamento, mas viver como se casados fossem. Então, exigir a produção de provas materiais é mais que uma incoerência com as demais normas, é uma nítida incompatibilidade com a natureza e essência da união estável.

5. CONCLUSÃO

Este trabalho tratou da mudança ocasionada pela vigência da Lei n.º 13.846, responsável por exigir a produção de prova material contemporânea ao óbito para comprovação da união estável no pleito de pensão por morte.

Dentro desse contexto, partiu-se do pressuposto que essa exigência seria incompatível com o ordenamento jurídico, o que foi devidamente comprovado no decorrer do estudo.

Restou demonstrado, inicialmente, que essa mudança viola preceitos de ordem constitucional e infraconstitucional, notadamente do Código Civil, com implicações ainda no do Código de Processo Civil. É que o dispositivo em questão é o único no ordenamento brasileiro que exige a comprovação da união estável por meio exclusivamente de provas materiais.

Observa-se ainda que, essa exigência figura como uma tarifação probatória. Por este motivo, deixa o juiz limitado à lei e impedido de apreciar o conjunto probatório, a fim de valorar as provas, e, julgar a partir de seu livre convencimento motivado. No entanto, esse não é o sistema de apreciação probatória adotado como regra no Brasil, pois, não se enxerga o direito como um sistema fechado e abstrato incapaz de alcançar a realidade social. Ao contrário, a norma deve atender a dinamicidade da sociedade, bem assim da união estável, fenômeno social integralmente pautado na informalidade e afeto.

Constatou-se, portanto, que não se pode exigir a comprovação da união estável unicamente por meio de prova material, tal qual ocorre para o casamento. Acontece que, a união estável surge na sociedade como uma alternativa ao casamento. Logo, exigir provas robustas é, além de tudo, totalmente incompatível com a realidade dos companheiros, pois, a prova material denota formalidade que não está presente no ato de constituição da união estável.

Percebe-se que, não produzir provas materiais faz parte da razão de ser da

união estável. Sendo assim, é razoável concluir que alguns companheiros irão optar por não produzir essas provas e viver somente na informalidade. Ao passo que, outros optarão por deixar o relacionamento documentado. De todo modo, independente da escolha, o direito deve amparar ambos os casos, sob pena de deixar à margem os companheiros que decidirem não documentar a relação.

Ante o exposto, vislumbra-se que a mudança legislativa, de fato, está em desarmonia com o ordenamento jurídico, não à toa, o entendimento da jurisprudência tem sido no sentido de ser prescindível a prova material para a comprovação da união estável, no âmbito previdenciário, julgando suficiente, por exemplo, a prova exclusivamente testemunhal.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 12. ed. Salvador: Juspodvim, 2020.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm > Acesso em: 21 out. 2020.

_____. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm > Acesso em: 28 out. 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 28 out. 2020.

_____. **Decreto n.º 3.048**. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm > Acesso em: 21 out. 2020.

_____. Justiça Federal do Mato Grosso do Sul. **Apelação Cível n.º 0001137-60.2016.4.03.6006**. Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Apelado: Ivanilda Coutinho. Relator: Batista Gonçalves, 01 de outubro de 2020. Disponível em: <
<http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1> >. Acesso em 28 out 2020.

_____. Justiça Federal do Paraná. **Recurso Inominado n.º 5008501-13.2018.4.04.7004**. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. recorrido:

Maria Aparecida Moreira. Relator: José Antônio Savaris, 16 de dezembro de 2019. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/795148440/recurso-civil-50085011320184047004-pr-5008501-1320184047004/inteiro-teor-795148490?ref=juris-tabs>>. Acesso em 28 out 2020.

_____. **Lei 8.213**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm> Acesso em: 21 out. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n.º 1804381**. Recorrentes: Mayara Daniele dos Santos de Oliveira e Patrícia Daniele dos Santos. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social. relator(a): Herman Benjamin. Brasília, 11 de junho de 2019. disponível em <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>> Acesso em 21 out 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE n.º 687432 AgR**. Agravante: Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil. Agravado: Eugênio Cláudio Dias de Assis. Relator(a): LUIZ FUX. Minas Gerais, 02 de setembro de 2012. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>> Acesso em 18 set 2020.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação cível n.º 10724231520198260053**. Apelante: Walquíria Bitencourt Ramos. Apelado: São Paulo Previdência – SPPREV. Relator: EDUARDO GOUVÊA, 21 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=CF812AE9EBE4A4DF35237FB00EEB1ADF.cjsg3>> Acesso em 21 de set de 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n.º 70083866319**. Apelante: Instituto de previdência do estado do Rio Grande do Sul. apelado: Karine Klein pereira. Relator: Laura Louzada Jaccottet, 06 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa>. Acesso em 26 out 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n.º 70080419922**. Apelante: Marlos P. dos S. Apelado: Zelinda Valdira R. T. Relator: Sandra Brisolará Medeiros, 24 de setembro de 2019. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/novo/jurisprudencia-e-legislacao/jurisprudencia/>>. Acesso em 16 set 2020.

_____. Turma Nacional de Uniformização. **PEDILEF n.º 00102435320064036311**. Requerente: Lenita Izidoro Lima. Requerido: Turma Recursal dos JEFs da Seção Judiciária do Estado de São Paulo. Relator: Daniel Machado da Rocha, 11 de dezembro de 2015. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/jurisprudencia/tnu/>>. Acesso em 26 de out 2020.

CALDERON, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

COIMBRA, Feijó. **Direito Previdenciário Brasileiro**. 10 ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1999.

DERZI, Heloisa Hernandez. **Os beneficiários da pensão por morte**. São Paulo: Lex, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **A união estável. Maria Berenice Dias: união estável e concubinato**, Porto Alegre, 2010. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_791\)3_a_uniao_estavel.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_791)3_a_uniao_estavel.pdf)
Acesso em: 13 set. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves. A família da Pós-Modernidade: em busca da dignidade perdida da pessoa humana. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 5, n. 19, p.56-68, jul./set. 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil - Volume Único**. 4 ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

FONTANELLA, Patrícia. **União estável: a eficácia temporal das leis regulamentadoras**. 2. ed. Florianópolis: OAB/SC editora, 2006.

GUERRA, Carlos André de Castro. **O direito fundamental social à pensão por morte: reflexões sobre cônjuge ou companheiro e dependentes**. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2009.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 24. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2019.

LECLERCQ, Jacques. **A família, Tradução Emérico da Gama**, São Paulo: Editorada Universidade de São Paulo, 1968.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Direito civil: famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAIA, Fábio Vinícius. **A proteção da família no Regime Geral de Previdência Social: uma análise a partir do benefício de pensão por morte**. 2020. 71 f. e 73 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito Previdenciário, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 2020.

NEVES, Daniel. **Manual de direito processual civil**. 10 ed., Salvador: Juspodivm, 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, v.5, p. 40.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo :Saraiva, 2002.

TARTUCE, Flávio. O Princípio da Afetividade no Direito de Família. **Jus Brasil**, Salvador, 14 de nov. 2012. Disponível em:

<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>. Acesso em: 15 setembro de 2020.