

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Vera Regina Cotrim de Barros

**Pensão por morte no Regime Geral da Previdência
Social**

MESTRADO EM DIREITO

**SÃO PAULO
2008**

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Vera Regina Cotrim de Barros

**Pensão por morte no Regime Geral da Previdência
Social**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da Prof.^a Doutora Heloisa Hernandez Derzi

SÃO PAULO

2008

Banca Examinadora

Dedico este trabalho ao meu marido,
Maurílio Pires Carneiro, e aos nossos filhos,
Marcelo e Verônica.

Meu profundo agradecimento à Professora Heloisa Hernandez Derzi, sempre atenciosa, paciente e confiante na conclusão deste trabalho.

Agradeço às minhas colegas Camila da Silva Martins, Gisele Magda da Silva e Marcia Casses Ballester, que sempre solicitas, colaboraram para a realização deste trabalho; diretamente, nas pesquisas e debates, e, indiretamente, quando assumiam tarefas minhas no escritório.

Vera Regina Cotrim de Barros.
Pensão por morte no Regime Geral da Previdência Social.

RESUMO

O presente estudo consiste numa abordagem sistêmica acerca do benefício da pensão por morte no Regime Geral da Previdência Social, na atual estrutura da Seguridade Social brasileira. Partindo de uma contextualização histórica, o trabalho, baseado em pesquisas de legislação, doutrina e jurisprudência, revela o tratamento jurídico atualmente dado à matéria e suscita problemas relevantes, alguns emergentes, relacionados a novas necessidades sociais, que foram analisados, fundamentando, de maneira coerente, as conclusões às quais se chega no tocante à abrangência e aplicabilidade dos preceitos constitucionais e infraconstitucionais que regulamentam a Previdência Social no nosso país.

Palavras-chave: Seguridade Social. Previdência. Pensão por Morte. Benefícios.

Vera Regina Cotrim de Barros.
Pensão por morte no Regime Geral da Previdência Social.

ABSTRACT

This research consists of a systemic approach of the benefits of the death pension in the General Social Security Regime, in the present Brazilian Social Security system. Starting from a historic context, labor, based on a legislation research, doctrine and jurisprudence, reveals the laws treatment regarding this matter and evokes relevant problems, some just emerged, related to new social needs, that were analyzed and instantiated; and the conclusion reached related to the comprehension and application of the constitutional norm and infra-constitutional that regulate our country's Social Security.

Key words: Social Security. Welfare. Death Pension. Benefits.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO I. DIREITO PREVIDENCIÁRIO: DOS PRECEDENTES HISTÓRICOS À	
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	11
1.1 Origem e desenvolvimento da Previdência Social no ocidente	11
1.2 História da previdência social no Brasil	22
1.2.1 A Seguridade na Ordem Social conforme a Constituição Federal de 1988	26
1.2.2 Princípios da Seguridade Social	32
1.2.2.1 Universalidade da cobertura e do atendimento	33
1.2.2.1.1 Universalidade aplicada no subsistema Previdência Social	34
1.2.2.2 Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais	35
1.2.2.3 Seletividade e distributividade na prestação de benefícios e serviços	39
1.2.2.4 Irredutibilidade do valor dos benefícios	40
1.2.2.5 Equidade na forma de participação no custeio.....	41
CAPÍTULO II. PREVIDÊNCIA SOCIAL E REGIME GERAL.....	47
2.1 O subsistema da Previdência Social	47
2.1.1 Caráter contributivo da Previdência Social	51
2.2 Regime Geral da Previdência Social.....	55
2.2.1 Plano de benefícios do Regime Geral	58
2.2.2 Beneficiários do Regime Geral	60
2.2.2.1 Segurados.....	62
2.2.2.1.1 Aquisição e manutenção da qualidade de segurado	67
2.2.2.2 Dependentes.....	70
2.2.2.2.1 Inscrição dos dependentes.....	73
2.2.3 Plano Simplificado de Previdência Social.....	74
CAPÍTULO III. A MORTE COMO RISCO SOCIAL E OS BENEFICIÁRIOS DA PENSÃO	
POR MORTE	83
3.1 A morte como risco social	83
3.2 Conceito de morte no Regime Geral	84
3.2.1 Morte real	85
3.2.2 Morte presumida em casos de acidente, catástrofe e guerra.....	86
3.2.3 Morte presumida por ausência.....	87
3.2.3.1 Competência para apuração da ausência	91
3.3 Beneficiários da pensão por morte.....	95
3.3.1 Dependentes da primeira classe.....	96
3.3.1.1 Cônjuge.....	96

3.3.1.2 Companheiro	99
3.3.1.2.1 Companheiro homossexual	106
3.3.1.3 Ex-cônjuge e ex-companheiro	108
3.3.1.4 Concorrência entre cônjuge ou companheiro e ex-cônjuge ou ex-companheiro ..	120
3.3.1.5 Filho menor ou inválido, enteado e equiparados.....	120
3.3.1.5.1 Menor sob guarda judicial	128
3.3.2 Dependentes da segunda classe - pais	134
3.3.3 Dependentes da terceira classe - irmão menor ou inválido.....	136
3.3.4 Pessoa designada.....	136
3.3.5 Acolhimento do idoso em situação de risco social	137
3.4 A condição de segurado e a pensão por morte	142
CAPÍTULO IV. O BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE NO REGIME GERAL	150
4.1 Concessão e manutenção da pensão por morte	150
4.2 Termo inicial da pensão por morte	151
4.3 Valor do benefício.....	157
4.3.1 A trajetória do valor da pensão por morte.....	159
4.4 Termo final da pensão por morte	165
4.5 Acumulação da pensão por morte.....	167
4.6 A pensão por morte na pauta do Fórum Nacional de Previdência Social.....	170
4.7 A pensão por morte à luz da regra-matriz de incidência.....	172
4.7.1 Critério material	174
4.7.2 Critério espacial.....	175
4.7.3 Critério temporal.....	175
4.7.4 Critério pessoal	176
4.7.5 Critério quantitativo	177
4.7.6 A regra-matriz de incidência da norma da pensão por morte.....	177
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	181

INTRODUÇÃO

Realiza-se, neste trabalho, um estudo sobre a pensão por morte no Regime Geral da Previdência Social. O benefício, previsto expressamente na Constituição Federal de 1988, destina-se aos dependentes do segurado da Previdência Social, no caso da sua morte. Visa a ampará-los face à situação de necessidade econômica em que se vêem com a morte daquele de quem dependiam exclusiva ou parcialmente.

A escolha do tema deve-se à relevância social deste benefício, que substitui ou complementa a proteção solidária da família. Constitui, assim, a pensão por morte, técnica de proteção não só da pessoa, mas da família, a qual, reconhecida constitucionalmente como base da nossa sociedade, merece especial proteção do Estado.

Para tal, abordaremos primeiramente o Sistema de Seguridade Social, que engloba os subsistemas da Saúde, da Assistência Social e da Previdência Social, para, em seguida, adentrarmos no subsistema da Previdência Social que, por sua vez, comporta distintos regimes de previdência, entre os quais o Regime Geral, em que se insere o benefício objeto de nosso estudo. Nesse trajeto, refletimos sobre as principais características encontradas em cada uma dessas esferas – Seguridade Social, Previdência Social, Regime Geral – as quais, juntas, revelam o ambiente e a estrutura normativa que disciplinam a proteção previdenciária do risco social da morte em nosso ordenamento, no âmbito do regime em questão. Identificamos os destinatários dessa proteção e a forma como ela se efetiva, qual seja, mediante a concessão do benefício pecuniário, designado pensão por morte. Durante a pesquisa, várias questões controvertidas foram encontradas e mereceram, por vezes, maior atenção e posicionamento por parte da autora, para os quais sempre buscou fundamentos normativos, exercitando a interpretação lógica própria da ciência do Direito.

Exemplos destas questões são: o direito à pensão por morte do ex-cônjuge e ex-companheiro e seus limites; o direito à pensão por morte do menor sob guarda, ante a sua evidente dependência econômica frente àquele que lhe tem a guarda e, ainda, o direito à pensão por morte na união homoafetiva, a qual, embora não esteja prevista constitucionalmente enquanto relação matrimonial possível, não

se afasta do novo e mais abrangente conceito de família previsto pelo legislador constituinte, quando da promulgação da Carta Magna de 1988 e que já tem sido matéria tratada e, por vezes, reconhecida pelos Tribunais e pela sociedade atual.

Também o acolhimento do idoso, figura jurídica recente criada pelo legislador infraconstitucional quando da elaboração do Estatuto do Idoso, fez surgir controvérsias acerca da matéria estudada, vez que seu acolhimento, quando em situação de risco social, foi configurado pela norma especial como situação de dependência econômica para todos os fins legais, o que implicaria em efeitos civis, fiscais e previdenciários, dentre os quais, o direito ao benefício pensão por morte.

Em outro momento, dedicamos especial atenção à análise crítica do recente “Plano Simplificado de Previdência Social”, divulgado pelo Ministério da Previdência Social como “forma de inclusão previdenciária” e já disciplinado por lei, o qual nos interessou porque afeta e pode prejudicar o direito de beneficiários do Regime Geral, em especial no que diz respeito às prestações pecuniárias, entre elas a pensão por morte.

No que tange ao termo inicial do benefício pensão por morte, fez-se necessário questionar o prazo prescricional da pensão por morte aplicável ao menor relativamente incapaz, ante o interesse público de proteção do menor consagrado em nosso ordenamento jurídico.

Para melhor compreensão do texto e das críticas e observações acerca da matéria, optamos por colacionar diretamente no corpo do texto ou em nota de rodapé, os dispositivos legais atinentes ao assunto abordado que pudessem melhor situar o leitor diante da regulamentação então aplicável.

CAPÍTULO I. DIREITO PREVIDENCIÁRIO: DOS PRECEDENTES HISTÓRICOS À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

1.1 Origem e desenvolvimento da Previdência Social no ocidente

Conforme a realidade sócio-econômica, desenvolveram-se, ao longo da história, técnicas de proteção social. Os modelos iniciais consistiam na intervenção assistencial a favor de carentes e indigentes exercida pela Igreja e pelo Estado.

Na Europa Medieval, foram criadas as guildas, que eram associações formadas para proteção ou auxílio mútuo de seus membros, conjugando ideais terrenos e religiosos. Podem ser divididas em três grandes categorias: religiosas, de mercadores e de artífices. As duas últimas tornam-se importantes a partir do século XII, as quais tinham um componente religioso, porém seus objetivos eram essencialmente econômicos.

Desenvolveram-se, ainda, na Idade Média, outras organizações – confrarias, irmandades de socorro, corporações – com finalidades mutualistas, ou seja, de cooperação recíproca entre seus membros¹.

O primeiro marco legislativo foi a Lei dos Pobres (Poor Law), editada na Inglaterra em 1601 e até hoje em vigor, que representou a passagem das ações de caridade para uma fase de assistência pública, devida pelo Estado. Conforme lição de Wagner Balera, eminente jurista brasileiro, autoridade em direito previdenciário, “assumindo a função específica de ente tutelar de toda a coletividade, o Poder Público tornava, então, cogente, o binômio igualdade-solidariedade”².

Mais tarde, a Revolução Francesa também ofereceu alicerce ideológico para a construção de futuros regimes de previdência social. Em sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a Assembléia Nacional Francesa proclamou a igualdade, a liberdade, a propriedade, a segurança e a

¹ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de previdência social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 5.

² BALERA, Wagner. *Noções preliminares de direito previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 45.

resistência à opressão como direitos naturais dos homens e, por isso, limites para a atuação do Governo.

Como bem observou Fábio Konder Comparato³, a Declaração de 1789, bem como a subsequente Constituição francesa de 1791, fizeram “distinção entre os ‘direitos do homem’, independentemente de sua nacionalidade, e os ‘direitos dos cidadãos’, próprios unicamente dos franceses”, pensamento que exerceria influência na construção do conceito de *direitos fundamentais*, no sentido de direitos essenciais do homem enquanto indivíduo e membro da sociedade – direitos humanos – positivados ou a serem positivados nas leis, constituições e tratados internacionais.

Assim, é certo que os ideais liberais da Revolução Francesa, ao preconizarem uma igualdade formal e uma atividade econômica sem qualquer intervenção estatal, fundada na vontade individual, gerariam profunda desigualdade econômica e social. Apesar disso, a mentalidade revolucionária – sob o lema *Liberdade, Igualdade, Fraternidade* – trouxe consigo ideais humanistas e novas concepções de justiça, que incluíam a crença de que as riquezas deveriam ser compartilhadas por todos os membros da raça humana⁴.

Sobre este desdobramento histórico, transcrevemos a análise de Balera:

Pode parecer paradoxal, mas a mesma atuação revolucionária que imprimiu novo favor ao individualismo e que implantou a falsa concepção da liberdade das forças econômicas, impondo embora ao Poder Público um recuo nas suas originárias atribuições, denunciou as profundas desigualdades de então e abriu caminho para o surgimento de modalidades de relações sociais que iriam combater os desmandos, os abusos e as injustiças provocados pelo liberalismo econômico e pelo individualismo.⁵

Enquanto isso, na Inglaterra, estava em curso a Revolução Industrial. A partir do século XVIII, o advento de máquinas que substituíam o trabalho manual transformou radicalmente os processos produtivos e a economia britânica do século XIX, e, por consequência, as sociedades por toda a Europa e América.

³ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 57 e 147.

⁴ HISTÓRIA EM REVISTA. Rio de Janeiro: Abril Livros, 1996, 5. ed., v. 1800-1850, p. 8-14.

⁵ BALERA, Wagner. op. cit., 2004, p. 47.

Junto com os triunfos, porém, viriam as atribulações. A mais próspera sociedade que o mundo jamais vira [Grã-Bretanha] seria construída sobre o sofrimento de homens, mulheres e crianças que trabalhavam um número estarrecedor de horas em condições indescritíveis [...].⁶

Os operários começaram a se unir para lutar por melhores condições de trabalho e esses movimentos logo foram vistos com precaução, devido aos aspectos políticos que poderiam suscitar. Foi nesse caldeirão social que brotaram as primeiras legislações destinadas a melhorar as condições de trabalho. A partir de 1842, depois da conclusão de um relatório parlamentar, a Inglaterra edita a chamada Lei das Minas, proibindo o trabalho infantil e de mulheres nas minas de carvão, e outras leis fabris.

A tendência se espalhou por outros países da Europa, tendo sido a Alemanha, a primeira a criar um sistema de previdência social geral. Sentindo-se ameaçado pelo crescimento do movimento socialista internacional, fomentado pelas idéias de Marx e Engels, o estadista Otto Von Bismarck, então primeiro chanceler do Império Alemão de 1871, criou o primeiro sistema legal de proteção social na indústria, instituindo, a partir de 1883, com a aprovação da Lei do Seguro-Doença, benefícios por doença, acidente e idade.

[...] Embora sustentasse que seu objetivo ‘era manter vivo o senso de dignidade humana’, [Bismarck] não fez segredo que seu propósito político mais imediato era ‘criar na grande massa dos despossuídos um modelo conservador de pensamento’.⁷

A fórmula arquitetada por Bismarck consistiu na instituição de seguros custeados por empregados e empregadores contra os principais riscos sociais a que estavam expostos os trabalhadores (doença, acidente, invalidez, morte) e expandiu-se para os demais países da Europa, dando início à fase da *Previdência Social*, como ficou designado o modelo, que é “[...] antes de tudo, uma técnica de proteção [...]”, ensina Balera⁸.

A Previdência Social nasceu, assim, no ambiente industrial, urbano, a partir do binômio homem-trabalho, consistindo em um mecanismo de proteção

⁶ HISTÓRIA EM REVISTA, op. cit., v. 1800-1850, p. 49 e 61.

⁷ HISTÓRIA EM REVISTA, v. 1850-1900, p. 58-9.

⁸ BALERA, Wagner, op. cit., 2004, p.49.

disciplinado pelo Estado e financiado essencialmente pelo setor produtivo – empresários e trabalhadores –, característica que permanece nos sistemas de previdência até a atualidade. A partir de técnicas de seguro, proporcionava medidas de proteção em face dos principais riscos.

Coexistiam, é verdade, ao lado dos sistemas de previdência, mecanismos de assistência social desvinculados da atividade econômica, porém, com pouco alcance social.

Vimos, pela evolução até aqui descrita, que a Previdência Social foi concebida com o propósito político de frear o avanço de movimentos revolucionários, estabelecendo alguma segurança nas relações liberais entre capital e trabalho, típicas do século XIX⁹.

Diante desse movimento político, também a Igreja terminou por manifestar-se “sobre a condição dos operários”, por meio da Carta Encíclica *Rerum novarum*, do Papa Leão XIII¹⁰. No documento, promulgado em 1891, o Papa, depois de assinalar a dificuldade de se “precisar com exactidão os direitos e os deveres que devem ao mesmo tempo reger a riqueza e o proletariado, o capital e o trabalho”, critica a “solução socialista” e sua pretensão de suprimir a propriedade privada. Em seguida, traz à tona o valor social e a dignidade do trabalho, e a justiça, como preceito a ser observado pelo Estado para fim de amenizar o conflito de classes e como forma de promover a prosperidade nacional¹¹.

Neste sentido, diz a Encíclica:

[...] entre os graves e numerosos deveres dos governantes que querem prover, como convém, ao público, o principal dever, que domina todos os outros, consiste em cuidar igualmente de todas as classes de cidadãos, observando rigorosamente as leis da justiça, chamada *distributiva*.¹²

⁹ ARAÚJO, Odília Souza de. *O direito à seguridade social*. In: BENECKE, Dieter W. e NASCIMENTO, Renata (Orgs). *Política social preventiva: desafio para o Brasil*. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer – Stiftung, 2003, p. 63-84.

¹⁰ A Carta Encíclica *Rerum novarum* foi o primeiro de uma série de pronunciamentos da Igreja a respeito das questões sociais que marcaram o final do século XIX e o século XX, e que formaram a chamada Doutrina Social da Igreja. (Compêndio da Doutrina Social da Igreja. Disponível em <www.vatican.va>. Acesso em 21.fev.2008)

¹¹ SANTOS, Marisa Ferreira dos. *O Princípio da Seletividade das Prestações de Seguridade Social*. São Paulo: LTr, 2003, p. 39.

¹² Disponível em <www.vatican.va>. Acesso em 21.fev.2008.

Justiça distributiva, nas palavras de André Franco Montoro, “é a virtude pela qual a comunidade dá a cada um de seus membros uma participação no bem comum, observada uma igualdade proporcional ou relativa”¹³.

A encíclica foi umas das primeiras manifestações políticas acerca de uma nova ideologia surgida em meio à crise social que se seguiu à exacerbação do modelo econômico liberal. Ideologia que fazia transparecer uma nova concepção de solidariedade, mais profunda e basilar, onde a sociedade passa a ser vista como resultante de uma união de indivíduos, os quais não apenas possuem o dever de prezar pela sua ordem e manutenção, como também, o direito de serem, enquanto indivíduos pertencentes a uma coletividade, por ela resguardados.

Trata-se, pois, da busca pela proteção individual do homem por meio da responsabilização do Estado e dos grupos sociais aos quais pertence, cuja imposição, no entanto, exige cautela, pois, de outra forma, ter-se-ia, frustrada, a idéia de solidariedade, com o evidente distanciamento da razão maior de sua existência: a justiça social. É o que se depreende de outro trecho da *Rerum novarum*, mencionada anteriormente:

[...] ainda que todos os cidadãos, sem exceção, devam contribuir para a massa dos bens comuns, os quais, aliás, por um giro natural, se repartem de novo entre os indivíduos, todavia as constituições respectivas não podem ser nem as mesmas, nem de igual medida.¹⁴

O caminho do direito previdenciário na direção de uma proteção social mais ampla, inserida no desenvolvimento econômico, fundamentada em ideais de igualdade e dignidade humana, estava começando.

No início do século XX, a Europa vivia uma próspera economia, decorrente da rápida industrialização e da exploração colonialista, que se traduzia em riquezas e privilégios para poucos, o que acirrou o antagonismo entre as classes produtivas. Não obstante o progresso daquele momento, disputas entre as potências europeias levariam à eclosão, em 1914, da Grande Guerra¹⁵, chamada mais tarde de Primeira Guerra Mundial.

¹³ MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 26. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 220.

¹⁴ Disponível em <www.vatican.va>. Acesso em 21.fev.2008.

¹⁵ “No início de 1914, o equilíbrio das potências da Europa colocou a Tríplice Aliança de Alemanha, Itália e Áustria-Hungria contra a Entente de Grã-Bretanha, França e Rússia. A 28 de julho, quando a Áustria-Hungria declarou guerra à Sérvia, toda a Europa entrou no conflito. Em agosto de 1916,

Depois da derrota da Alemanha pelos aliados, em 1918, os países envolvidos, apoiados pelos Estados Unidos, reunidos em conferência em Versalhes, na França, em 1919, firmaram um acordo de paz, o chamado Tratado de Versalhes, dando início a um período de reconstrução.

Entre outros pontos, o tratado impôs à Alemanha o desarmamento e o pagamento de indenizações e levou à criação da Liga das Nações¹⁶ e da Organização Internacional do Trabalho (OIT), esta última com vistas à formulação de soluções para a questão social que se intensificava no mundo capitalista ocidental, fruto do profundo desnível sócio, econômico e político existente entre as classes produtivas.

A formação da Organização Internacional do Trabalho representou um marco para a internacionalização do tratamento jurídico dispensado à proteção social do trabalho.

Tão ampla foi a penetração da obra da OIT no direito interno dos vários Estados, que, hoje, se pode dizer não existir nenhum país que não tenha utilizado seus serviços, adotado suas indicações ou incorporado ao seu direito positivo normas sugeridas no âmbito daquele organismo especializado.¹⁷

Os problemas sociais estavam na pauta do dia no âmbito dos ordenamentos jurídicos nacionais. O México foi o primeiro país a dar um passo a mais, incluindo direitos sociais em sua Constituição Federal, promulgada em 1917. Na Alemanha, a Constituição de Weimar, de 1919, também foi marco histórico para o Direito Social, ao trazer, no imediato pós-guerra, os direitos sociais para o seio do texto constitucional.

as Potências Centrais [nova designação da Tríplice Aliança], compreendendo Alemanha, Áustria-Hungria, Império Otomano e Bulgária, estavam em luta contra o resto da Europa. Apenas Suécia, Noruega, Dinamarca, Holanda, Suíça, Espanha e Albânia permaneceram neutras. As Potências Centrais conseguiram ganhos substanciais no leste, mas seu avanço no oeste logo se deteve no norte da França, onde a linha de frente dificilmente mudou até os meses anteriores à rendição da Alemanha, em novembro de 1918". (HISTÓRIA EM REVISTA, *op. cit.*, v. 1900-1925, p. 17).

¹⁶ Inicialmente proposta pelo então presidente dos Estados Unidos, Woodrow Wilson, como parte de um programa de paz e cooperação composto de 14 pontos, a Liga das Nações foi composta por 27 Estados. A Liga instalou uma corte internacional de Justiça em Haia e a Organização Internacional do Trabalho, dando início a codificação do direito internacional. A experiência da Liga das Nações se aplicaria mais tarde na formação de um novo organismo internacional – a Organização das Nações Unidas. (MAIOR, A. Souto. *História geral*. 11. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1970, p. 399-400).

¹⁷ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de previdência social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 14.

Contrapondo-se às concepções estritamente liberais, impôs-se a necessidade de um equilíbrio entre liberdade e igualdade, que reclama uma atuação estatal mais direta. Assim, nasce uma segunda geração dos chamados direitos fundamentais. São direitos de cunho prestacional, que impõe ao Estado uma postura ativa no sentido de viabilizar o exercício das liberdades individuais. Visam a promover a justiça social, ao identificar e compensar as desigualdades existentes entre as elites e as classes menos favorecidas, razão pela qual são chamados direitos sociais¹⁸.

Aos poucos, as constituições dos Estados democráticos passaram a refletir a busca de uma igualdade material, ainda que em detrimento de liberdades individuais. Tinha início o que seria chamado de constitucionalismo social.

Para Balera¹⁹, o constitucionalismo social é “a melhor contribuição que o Direito poderia ter dado para a solução pacífica da questão social. Velhas estruturas jurídicas, baseadas no individualismo, cedem passo ante essa ordem, na qual se acha colocado, como elemento subjacente, o solidarismo”.

Fábio Konder Comparato também assinala a importância desse movimento:

O Estado da democracia social, cujas linhas-mestras já haviam sido traçadas pela Constituição mexicana de 1917, adquiriu na Alemanha de 1919 uma estrutura mais elaborada, que veio a ser retomada em vários países após o trágico interregno nazi-fascista e a 2.^a Guerra Mundial. A democracia social representou efetivamente, até o final do século XX, a melhor defesa da dignidade humana, ao complementar os direitos civis e políticos – que o sistema comunista negava – com os direitos econômicos e sociais, ignorados pelo liberal-capitalismo.²⁰

¹⁸ Segundo critérios desenvolvidos pela doutrina e jurisprudência alemãs, existem três dimensões (ou gerações) de direitos fundamentais, classificados a partir da função que cumprem na sociedade. Os de primeira dimensão objetivam a proteção das liberdades pessoais dos indivíduos contra a intervenção do Estado, como o da liberdade e igualdade. A segunda dimensão consiste de direitos de cunho prestacional, ou seja, que impõe ao Estado uma postura ativa no sentido de viabilizar o exercício das liberdades individuais. Visam promover a justiça social, ao identificar e compensar as desigualdades existentes entre as elites e as classes menos favorecidas, razão pela qual são chamados direitos sociais. Os direitos de terceira dimensão destinam-se à coletividade, como, por exemplo, direito à paz, ao meio ambiente.

A concepção mais atual busca uma interpretação indivisível dos direitos fundamentais. Nesse raciocínio, o investimento em políticas públicas de cunho prestacional, ou seja, no direito social, estariam integradas ao respeito ao direito à vida. Assim, as dimensões de direitos fundamentais são apenas faces de uma mesma situação e não a construção de uma escala progressiva. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004).

¹⁹ Balera, Wagner. op. cit., 2004, p. 54.

²⁰ COMPARATO, Fábio Konder. op.cit., p. 189.

Nas décadas seguintes à primeira guerra, o liberalismo econômico ainda predominava e os problemas sociais e econômicos acentuavam-se em todo o mundo ocidental. A quebra da Bolsa de Wall Street, em Nova York, em 29 de outubro de 1929, repercutiu sobre as principais economias capitalistas, gerando uma crise sem precedentes em países industrializados e agrícolas, com profunda queda na produção e no comércio internacional. O número de desempregados chegou a 30 milhões, difundindo fome, miséria e protestos por toda parte. A crise, que ficou conhecida como a Grande Depressão, estendeu-se ao longo da década de 1930.

Esse cenário favoreceu o surgimento de movimentos políticos extremistas, de direita e de esquerda, e a instalação de Estados totalitários na Europa. Em 1933, na Alemanha, ascende ao poder o partido nazista, cuja retórica remetia ao resgate do poder militar e econômico do país, que começa a se insurgir publicamente contra os termos do Tratado de Versalhes. Hitler, primeiramente como chanceler e, a partir de 1934, como chefe do Estado, inicia um programa de militarização, com objetivos bélicos, que começam a se concretizar com a invasão da Checoslováquia, em março de 1939, seguida do ataque à Polônia, em setembro do mesmo ano, quando então Grã-Bretanha e França declaram guerra à Alemanha. Era a Segunda Guerra Mundial, que só terminaria seis anos mais tarde, em 1945, com a derrota dos Alemães e a rendição do Japão²¹.

Por outro lado, as graves e crescentes contingências sociais que marcaram todo esse período demandavam medidas de proteção social. No pós-guerra, o constitucionalismo social ganhou impulso. O modelo de Estado liberal, que, no âmbito da proteção social, se limitava a disciplinar relações privadas de proteção, vai cedendo lugar ao Estado social, que intervém nas relações econômicas e participa diretamente na implementação de mecanismos de proteção.

Nos Estados Unidos, em resposta às contingências sociais, o presidente Roosevelt cria, em 1933, um programa político, denominado *New Deal*,

²¹ “A Segunda Guerra Mundial sobressai num século manchado pela guerra não apenas pela escala sem precedentes do conflito – pelo menos 50 milhões de pessoas perderam a vida – mas também pelos levantes políticos a que deu origem. Em 1945, o poderio alemão – que durante setenta anos fora decisivo para a política europeia – foi esmagado. A própria Europa, incluindo a vitoriosa Inglaterra, perdeu sua supremacia em um mundo agora dividido entre os Estados Unidos e a União Soviética, transformados em superpotências. A tentativa do Japão de construir a ‘Grande Esfera de Co-Prosperidade da Ásia Oriental’ caiu em ruínas, mas os asiáticos não podiam esquecer as derrotas que os japoneses infligiram a seus senhores coloniais brancos. Nacionalismo e independência seriam temas dominantes na região que ficou conhecida como Terceiro Mundo”. (HISTÓRIA EM REVISTA, op. cit. v. 1925-1950, p. 67-8).

fundamentado no ideal de que o Estado deveria intervir na economia, de forma a garantir o desenvolvimento e bem estar social. Em 1935, o país inauguraria a expressão “seguridade social”, ao editar o *Social Security Act*, que atribuía ao Estado democrático o dever de assegurar uma vida digna aos seus cidadãos²².

Também a Nova Zelândia cria, em 1938, um Plano de Proteção Integral. Trata-se de um sistema não contributivo e universalizante, não somente pelo fato de que a proteção se estende à totalidade da população, mas também porque cobre qualquer risco. O país percorreu caminho diverso daquele traçado pelas principais nações ocidentais, ao instituir modelo que se aproxima da concepção atual de Seguridade Social, consoante destaca Russomano:

A história política dos povos é cheia de imprevistos. A história do Direito, algumas vezes, também oferece surpresas admiráveis. [...] o sistema neozelandês passará a constituir um dos mais significativos experimentos da Seguridade Social, inclusive pela precocidade com que foi formulado. Ele nasceu antes das fundas alterações advindas da eclosão da II Grande Guerra e com quatro anos de antecedência sobre o I Plano Beveridge.²³

O *Plano Beveridge*, a que se refere Russomano, é o *Social Insurance and Allied Services*, relatório elaborado pelo economista inglês William Beveridge, em 1942. Incumbido pelo parlamento britânico de preparar uma espécie de diagnóstico do modelo de proteção social inglês, o economista foi além e propôs um sistema de proteção integral, que consistia na junção do seguro social e serviços sociais. Um segundo relatório – *Full Employment in a Free Society* – seria preparado por Beveridge em 1944, trazendo novos elementos – políticos e econômicos – para o ideal de Seguridade Social que começava a ser construído.

Os trabalhos de Beveridge refletiram, portanto, uma mudança conceitual na noção de proteção social, representando o início de uma nova fase – a da seguridade social.

No final da segunda guerra, os países ocidentais reuniram-se em conferência em São Francisco, Estados Unidos, e aprovaram a Carta das Nações Unidas, criando a Organização das Nações Unidas (ONU), com o objetivo de manter a paz e a segurança internacionais. Paralelamente, os propósitos da Organização Internacional do Trabalho foram complementados em 1944 com a Declaração da

²² RUSSOMANO, Mozart Victor. op. cit., p. 12 e 24.

²³ Ibidem, p. 28-30.

Filadélfia²⁴ e, em 1945, pelas reformas propostas na XXVII Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em Paris. Em 1946, as Nações Unidas reconheceram a OIT²⁵.

Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, resolução aprovada pela ONU, define o início de uma fase de internacionalização dos direitos sociais, concebidos como direitos fundamentais do homem, entre eles o direito à seguridade social, a cargo de cada Estado. Esse Estado, que tem a função de gerar desenvolvimento e garantir condições de vida, passaria a ser chamado de *Estado do Bem-Estar Social*.

A expressão *bem-estar* foi utilizada no art. XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos. O dispositivo faz referência a um “padrão de vida capaz de assegurar [...] saúde e bem-estar”, enumerando certos itens que lhe seriam essenciais – “alimentação, habitação, cuidados médicos” – bem como prevê proteção para a “perda dos meios de subsistência”²⁶. O conteúdo da expressão *bem-estar* corresponde, conclui-se, a uma existência digna.

Consigna-se que também o termo *Segurança Social* foi adotado na Declaração, em seu art. XXII, com sentido bem próximo ao da nossa atual concepção de Seguridade Social, relacionado com os direitos indispensáveis à dignidade e ao livre desenvolvimento da personalidade²⁷.

Em 1952, a XXXV Conferência Internacional do Trabalho, em Genebra, aprova a Convenção n.º 102 da OIT, denominada “Norma Mínima” de

²⁴ A Declaração da Filadélfia foi redigida em 1944, durante a XXVI Conferência Internacional do Trabalho, na Filadélfia, EUA, convocada em razão dos efeitos advindos da Grande Depressão e da Segunda Guerra Mundial. O documento, que reafirmou os fins e objetivos da Organização Internacional do Trabalho e ressaltou os princípios norteadores das políticas sociais a serem adotadas por seus países membros, foi anexada à emenda da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, aprovada em 1946. <<http://www.oitbrasil.org.br>> Acesso em 28.fev.2008.

²⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 17.ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 87.

²⁶ Declaração Universal dos Direitos Humanos. “Art. XXV. Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas de matrimônio ou fora dele, tem direito a igual proteção social”.

²⁷ Ibidem, “Art. XXII. Todo homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade”.

Previdência Social. A proteção social, como elemento estrutural da política e da economia, passa a ser preocupação central nos principais países do mundo.

A Norma Mínima corresponde a um patamar mínimo de seguridade social a ser alcançado pelos países integrantes da OIT. Ao longo de seus 87 artigos, a Convenção n.º 102 estabelece diretrizes principiológicas e critérios mínimos para prestações de assistência médica, proteção aos desempregados, proteção contra os riscos de doença, acidentes do trabalho e doenças profissionais, velhice, invalidez, morte, além de prestações familiares e de maternidade.

Para que os países membros possam ratificar a Convenção da Norma Mínima é preciso que contenham em seu ordenamento jurídico a cobertura de ao menos três dos grandes riscos sociais, a saber: doença, desemprego, acidentes do trabalho e doenças profissionais, prestações por invalidez, velhice e morte, além de garantir a cobertura de ao menos 50% (cinquenta por cento) dos assalariados ou 20% (vinte por cento) dos residentes do país.

O Brasil, quando da primeira apreciação da matéria pelo Senado Federal em 1964, não dispunha de leis garantidoras dos requisitos mínimos exigidos para sua ratificação, em especial por não dispor de proteção contra o desemprego²⁸. Após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a subsequente legislação que regulamentou a Seguridade Social e o seguro-desemprego nela previstas, o Brasil superou a proteção prescrita pela Convenção n.º 102²⁹. Em 2002, a matéria foi reencaminhada pelo Poder Executivo à apreciação do Congresso Nacional, onde aguarda aprovação na Câmara dos Deputados e posterior envio ao Senado Federal.

Os diversos sistemas de proteção social implementados ao redor do mundo ocidental têm, ao longo das últimas décadas, sofrido crises de ordem econômica, gerando debates e reformas, com vistas especialmente a desonerar o Estado. Por outro lado, consolida-se a concepção de universalidade da proteção social e de sua instrumentalidade para a justiça social.

A rota percorrida pela proteção social, portanto, teve início com os primeiros mecanismos de assistência social, garantidos pelo poder público aos mais necessitados; caminhou no sentido de sistemas normativos de previdência voltados

²⁸ A primeira lei que instituiu assistência aos desempregados – n.º 4.923 – só foi editada em dezembro de 1965.

²⁹ BALERA, Wagner. Direito Internacional da Seguridade Social. *Revista de Doutrina da 4.ª Região - Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região – EMAGIS*, Porto Alegre, n. 7, jul. 2005. Revista eletrônica. Disponível em <<http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br>>. Acesso em 26.mar.2008.

à proteção dos principais riscos a que estavam expostos os trabalhadores (doença, acidente, invalidez e morte), estruturados inicialmente na forma de seguro privado, financiados pelo setor produtivo, e depois, como seguro social, impondo-se progressivamente à sociedade seu financiamento, de forma direta e indireta.

Finalmente, amplia-se, inaugurando a fase da Seguridade Social, cujo conceito abrange proteção sanitária, previdenciária e assistencial, que se complementam estrategicamente, na busca constante de respostas às contingências sociais que impeçam o desenvolvimento de ser humano.

1.2 História da previdência social no Brasil

No Brasil, o desenvolvimento da proteção social seguiu, em linhas gerais, a mesma trajetória percorrida pelos principais países ocidentais.

Assim, o Brasil colônia foi socorrido pela caridade nas Santas Casas da Misericórdia que, a partir do ano de 1539, constituíram-se em todas as Capitanias (e depois nos Estados, onde muitas delas permanecem atuando até hoje). O modelo, trazido de Portugal, consistia na prestação de serviços estritamente assistenciais, mantidos pela própria comunidade, inclusive na área da saúde, representando, em muitas localidades, o único atendimento hospitalar disponível.³⁰

Datam da mesma época os primeiros montepios – associações de previdência, organizadas por classes profissionais e custeadas pelos próprios participantes ou, em certos casos, pelo governo³¹.

O primeiro marco jurídico, todavia, seria a garantia de *socorros públicos* pela Constituição do Império, de 1824³², prevista entre as garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros.

A Constituição Republicana de 1891, por sua vez, trouxe, em seu art. 75, a primeira menção à aposentadoria, prevista apenas para funcionários públicos, em caso de invalidez. Ainda, o art. 7.º de suas disposições transitórias

³⁰ PÓVOAS, Manuel Sebastião Soares. *Na rota das instituições do bem-estar: seguro e previdência*. São Paulo: Green Forest do Brasil, 2.000, p. 209-30.

³¹ AFFONSO, Almiro. *A Conscientização da previdência supletiva*. In: A previdência supletiva no Brasil. São Paulo, LTr, 1978, p. 41-2. Segundo o autor, Braz Cubas, ao fundar a Santa Casa da Misericórdia de Santos, em 1543, instituiu, para seus empregados, o primeiro montepio do país.

³² Brasil. Constituição Política do Império do Brasil, art. 179, inciso XXXI.

estabelece uma pensão para o ex-imperador D. Pedro II, garantindo-lhe subsistência vitalícia.

Mas as circunstâncias que levaram à criação das primeiras leis visando à melhoria das relações e condições de trabalho foram similares às da Europa: a pressão de movimentos operários, que marcaram o processo de industrialização em São Paulo e Rio de Janeiro nas primeiras décadas do século passado. Ferroviários, tecelões, metalúrgicos, carvoeiros, alimentadores de fornalhas e de moinhos, inclusive mulheres e crianças, sujeitando-se a jornadas de catorze horas de serviços, incompatíveis com sua idade e constituição física, organizaram-se em ligas, sindicatos, e até confederações nacionais, para reivindicar, das empresas e do governo, melhores condições de vida e trabalho, através de uma série de protestos, greves e até uma greve geral, que parou São Paulo em julho de 1917³³.

O Decreto Legislativo n.º 3.724, de 15 de janeiro de 1919, seria a primeira lei a tratar especificamente da cobertura dos riscos de acidente do trabalho, atribuindo sua responsabilidade ao empregador.

Em 1923, o Decreto Legislativo n.º 4.682, chamada de Lei Elói Chaves, determinaria a criação de Caixas de Aposentadoria e Pensões dos Ferroviários, marcando o início da atuação do Estado na previdência social. Essas disposições destinavam-se exclusivamente a categorias e empresas específicas, dispondo sobre acidentes do trabalho, pensão e aposentadoria para algumas categorias profissionais.

A constituição de 1934 representou um marco para a seguridade social no país. Seu art. 5.º, inciso XIX, define a competência da União para regras de assistência social. O art. 10, inciso II, atribui à União e aos Estados o dever da saúde e da assistência públicas. O art. 121, § 1.º, prevê direitos aos trabalhadores, entre eles à assistência médica e à instituição de previdência, com proteção a velhice, invalidez, morte, maternidade e acidente do trabalho, financiada pela União, empregado e empregador, em partes iguais. Fixou, portanto, o custeio tripartite da Previdência Social.

Em 1937, o texto constitucional trouxe a expressão *seguro social* ao prever proteção dos riscos da maternidade, velhice, invalidez e acidentes do

³³ ALENCAR, Francisco; RAMALHO, Lúcia Carpi; RIBEIRO, Marcus Venício Toledo. *História da sociedade brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1985, p. 220-5.

trabalho. Trouxe também disposições relativas à aposentadoria e licenças de funcionários públicos.

Foi nessa fase que a Previdência Social se estabeleceu como seguro social de caráter público no Brasil. Os Institutos de Aposentadoria e Pensões (IAPs) foram criados, a partir de 1932, da fusão das Caixas de Aposentadorias e Pensões, que eram vinculadas às empresas e que por isso tornaram-se demasiadamente numerosas e impraticáveis.

A formação desses institutos, que vinculavam categorias profissionais afins, em âmbito nacional, visavam à uniformização de normas e procedimentos previdenciários. Nesse sentido, tivemos, em 1945, o Decreto-lei n.º 7.526 – conhecido como Lei Orgânica dos Serviços Sociais – que, no entanto, nunca foi regulamentado.

Na Constituição de 1946, o termo “seguro social” foi substituído por “previdência social”, inserido entre os direitos dos trabalhadores, incluía a proteção da gestante trabalhadora, a assistência aos desempregados e o seguro contra acidentes do trabalho. A carta tratou ainda das aposentadorias dos funcionários públicos, com custeio exclusivo do Estado, bem como dispôs sobre assistência social.

Em 1949, aprovou-se um Regulamento Geral das Caixas de Aposentadoria e Pensões, seguido, em 1953, da fusão de todas as caixas remanescentes em um único órgão, a Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Ferroviários e Empregados de Serviços Públicos, ou “Caixa Nacional”. Esta, de fato, atuava como um instituto, em âmbito nacional e, com a edição da Lei Orgânica da Previdência Social, em 1960, foi transformada no Instituto dos Ferroviários e Empregados Públicos (IAPFESP)³⁴.

O Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) foi criado em 1966, resultado da unificação dos seis Institutos de Aposentadoria e Pensão de categorias profissionais nacionais existentes na época: dos bancários, dos comerciários, dos industriários, dos empregados em transportes e cargas, da estiva e dos ferroviários e empregados em serviços públicos³⁵.

³⁴ LEITE, Celso Barroso. *Dicionário enciclopédico de previdência social*. São Paulo: LTr, 1996, p. 33 e 84-5 e RUSSOMANO, Mozart Victor, op. cit., p. 31-45.

³⁵ LEITE, Celso Barroso, op.cit., loc.cit.

Com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, que alterou a Constituição de 1967, passou a figurar entre os direitos constitucionais assegurados aos trabalhadores, um sistema unificado de previdência. Nos termos de seu art. 165, inciso XVI, “*previdência social, nos casos de doença, velhice, invalidez e morte, seguro-desemprego, seguro contra acidente do trabalho e proteção da maternidade, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado*”. A cobertura, garantida por um sistema previdenciário estatal, custeado não somente pelo empregador, mas também pelo empregado e pela União, indicou a adoção da responsabilidade coletiva pelos riscos sociais do trabalho. A Emenda estabeleceu ainda a regra da contra partida, que veda a criação, extensão ou majoração de prestações sem a devida fonte de custeio.

A Constituição Federal de 1988 usou pela primeira vez o termo “seguridade social”. Havia muito, discutia-se a possibilidade de agrupar institucionalmente as ações destinadas a promover a saúde e a segurança social em face dos riscos sociais passíveis de retirar a capacidade de subsistência digna dos indivíduos. Este agrupamento apenas ocorreu com o advento da Constituição Federal de 1988. Ali, foi construído um amplo sistema que inclui mecanismos característicos para saúde, previdência social e assistência social, como veremos a seguir.

1.2.1 A Seguridade na Ordem Social conforme a Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal brasileira de 1988 dedicou seu título VIII à **Ordem Social**, articulando, ao longo de oito capítulos, as normas relativas a seguridade social, educação, cultura e desporto, ciência e tecnologia, comunicação social, meio ambiente, família, criança, adolescente e idoso e índios.

O primeiro capítulo traz a base – *primado do trabalho* – e os objetivos – *bem estar e justiça social* – que regem todos os dispositivos ali previstos e se integram aos valores e princípios da República, contidos no título I da Lei Maior, em especial os fundamentos da *cidadania*, da *dignidade da pessoa humana* e do *valor social do trabalho* e os objetivos de *construir uma sociedade livre, justa e*

solidária, erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos.

O capítulo II edifica a Seguridade Social, definindo-a como *um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social* (art. 194, *caput*).

Os preceitos ali contidos, que compreendem objetivos, normas gerais de financiamento e três subsistemas – Saúde, Previdência Social e Assistência Social – constituem detalhado arcabouço constitucional para a construção de um Sistema de Seguridade Social, com vistas a concretizar os direitos sociais, nas áreas acima citadas, previstos genericamente no art. 6.º da Constituição³⁶.

O Sistema Nacional de Seguridade Social traduz-se em uma malha de proteção social, apta a dar cobertura a situações de necessidade que possam atingir os cidadãos, impossibilitando-os de se manter, e aos seus, condignamente. Essas contingências a que as pessoas estão sujeitas constituem o chamado risco social.

É tido como risco social porque sua conseqüência viola a dignidade da pessoa humana, fundamento do nosso Estado Democrático de Direito, bem como seus objetivos, previstos no art. 3.º da Constituição Federal, quais sejam, *construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e, ainda, promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*.

Neste sentido, só é social o risco que cause situação de necessidade e afete o bem-estar, medido pelo padrão cultural e econômico da respectiva sociedade, daí porque concordamos com Armando de Oliveira Assis, que defende que o termo mais apropriado seria *necessidade social*.

O autor explica com maestria a dimensão do termo *social*:

[...] a base teórica de um racional e lógico sistema de seguridade social é a existência de um 'risco social' inerente a todo indivíduo,

³⁶ Brasil. Constituição Federal (1988). "Art. 6.º. São direitos sociais a educação, a **saúde**, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a **previdência social**, a proteção à maternidade e à infância, a **assistência aos desamparados**, na forma desta Constituição." (grifos nossos)

numa fração determinada, risco que [...] melhor significação terá se designado por ‘necessidade social’, uma vez que, repitamos, se velará, por ele, muito mais o equilíbrio da sociedade do que a estabilidade individual [...].³⁷

O *bem-estar*, como abordado anteriormente, deve corresponder, no mínimo, a uma condição de existência digna.

Com efeito, o objetivo de promover o bem de todos e construir uma sociedade livre, justa e solidária encontra fundamento na dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III), que, esclareça-se, não se põe como direito concedido pelo ordenamento, senão por ele tutelado, por ser *qualidade intrínseca da pessoa humana*³⁸.

Canotilho refuta a “redução da dignidade da pessoa humana a uma questão de limites e de indisponibilidade”, bem como a dignidade humana como ‘postulado’³⁹. Da mesma forma, a Constituição Federal brasileira adota a concepção de dignidade da pessoa como fundamento (art. 1.º, III) e não como direito outorgado, prevendo extenso rol de direitos e garantias individuais, coletivas e sociais que lhe dão contorno.

Logo, os fatos que interessam para a Seguridade Social são aqueles que levam o cidadão a uma situação de necessidade. Daí inferir-se que o risco que merece a proteção social constitui-se de uma causa – um fato, entre muitos – e de uma consequência, que será sempre a necessidade social, entendida como a ausência de condições pessoais e materiais que garantam uma existência digna, assim considerada de acordo com critérios sócio-econômicos e culturais da comunidade em que se insere.

Prosseguindo na análise da concepção constitucional de Seguridade Social, expressa no *caput* do art. 194⁴⁰, da leitura da cláusula *ações de iniciativa dos*

³⁷ ASSIS, Armando de Oliveira. *Em busca de uma Concepção Moderna de Risco Social*. 1975, p. 30.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 73. Conforme o autor, “quando se fala [...] em direito à dignidade, se está, em verdade, a considerar o direito a reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, podendo inclusive falar-se de um direito a uma existência digna”.

³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 36 e 37. “[...] Quando na Constituição Portuguesa se fala em respeito pela ‘dignidade da pessoa humana’ [...] tornar claro que [...] o exercício do poder e as medidas da *práxis* devem estar conscientes da identidade da pessoa com os seus direitos (pessoais, políticos, sociais e econômicos), a sua dimensão existencial e a sua função social”.

⁴⁰ Brasil. Constituição Federal (1988). “Art. 194: A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Poderes Públicos e da sociedade, depreende-se que o Brasil adotou com rigor a noção de risco social ao atribuir à coletividade o dever de suportar os ônus dessa proteção. Aliás, mais do que isso, atribuiu-lhe o dever de construir efetivamente essa proteção. Pressupõe, por conseguinte, solidariedade entre os membros da sociedade e participação do Estado.

Solidariedade que se origina daquela experimentada no âmbito da família, no grupo social mais próximo e, com a expansão das relações sociais, transfere-se para a coletividade, que assume a responsabilidade pelas prestações destinadas a garantir um mínimo a todos os seus membros. É repartir renda em função das necessidades dos indivíduos⁴¹.

O jurista italiano Mattia Persiani, ao analisar o sistema jurídico da previdência social da Itália, estabelece relação direta entre seguridade social e solidariedade. Para ele, a seguridade é forma de concretizar uma solidariedade *geral* ou *nacional*, que supera a solidariedade familiar e beneficente das primeiras formas de proteção social, e a profissional, que caracterizou as associações corporativas. É solidariedade que se dá entre a população ativa, que contribui para o custeio dos programas de proteção – diretamente, mediante recolhimento de contribuições sociais, e, indiretamente, através do orçamento fiscal do Estado – e aqueles que se encontram em situação de necessidade, por estarem impossibilitados de trabalhar⁴².

No Brasil, o papel conferido à sociedade na concretização do sistema de proteção extrapola o de custear as ações mediadas pelo Estado por meio da arrecadação de tributos, expressão da solidariedade contributiva. Reclama iniciativa, participação, atuação do grupo social, no seu próprio interesse.

O comando contido no art. 194 se compatibiliza com o modelo de desenvolvimento econômico projetado pelo constituinte brasileiro no Título VII - Da Ordem Econômica e Financeira, segundo o qual “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos

⁴¹ ALONSO LIGERO, Maria de los Santos. Los servicios sociales y la seguridad social, *Revista Ibero Americana de Seguridad Social*, v. 6. p. 1.497 e 1.501-2, 1971.

⁴² PERSIANI, Mattia. Diritto della previdenza sociale. 12.º ed. Padova: CEDAM, 2002, p. 25-7 e 62-3.
“Si può, così, retinere che l’idea della sicurezza sociale abbia essenziale attuazione mediante quegli interventi che, realizzando una solidarietà generale, consistono nell’erogazione di beni e servizi ai cittadini che si trovino in condizione di bisogno. [...] Se ne può dedurre che la solidarietà che trova espressione nel sistema giuridico previdenziale non rappresenti che una specie di quella solidarietà che lo Stato realizza ogni volta che, attraverso l’imposizione fiscale, opera, in definitiva, una redistribuzione del reddito.”

existência digna, conforme os ditames da justiça social”⁴³, e com os fundamentos do valor social do trabalho e da livre iniciativa, expressos no art. 1.º, inciso IV, da Constituição.

Tem-se, pois, que é dever não só do Poder Público, mas também da sociedade como um todo, construir a Seguridade Social, instrumento de bem estar e justiça social. “O vetor de concretização de tais valores faz coalescerem políticas públicas e atividades sociais a serem desenvolvidas por particulares”, ensina Balera⁴⁴.

Em razão da generalidade do preceito, sua concretização demanda controle do Estado, mediante articulação estratégica de todas as políticas econômicas e sociais.

Nesse sentido aponta o cientista político Dieter Benecke ao dizer: “a melhor política social é uma prudente política econômica. [...] Em termos simplificados, uma prudente política econômica procura condições favoráveis para o crescimento, solidez nas finanças públicas e justiça social pelos instrumentos da redistribuição”⁴⁵.

Cumprindo aqui, oportunamente, destacar o primado do trabalho, enquanto fundamento constitucional da Ordem Social e da Ordem Econômica. Para tal, recorreremos novamente à doutrina do jurista Balera⁴⁶, para quem o trabalho é “projeção da própria vida humana, um valor antecedente ao próprio direito positivo” e, como tal, critério de interpretação de todo o ordenamento jurídico. Identifica as antagônicas relações de trabalho que marcaram o século XX com a questão social, concluindo daí que uma nova ordem para o trabalho humano e suas relações são os

⁴³ Brasil. Constituição Federal (1988) “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte. IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

⁴⁴ BALERA, Wagner. op. cit., p. 27.

⁴⁵ BENECKE, Dieter W. *Política social em tempos de reformas*, In: NASCIMENTO, Renata (Org). *Política social preventiva: desafio para o Brasil*. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer – Stiftung, 2003, p. 15.

⁴⁶ BALERA, Wagner. O valor social do trabalho. *Legislação do trabalho e previdência social*. v. 58 n. 10. São Paulo: Ltr, out. 1984, p. 1.169.

instrumentos eleitos pelo constituinte para a concretização do *bem estar* e da *justiça social* - objetivos da república.

Convém lembrar que a nossa atual Constituição resultou de um processo de democratização do país, após vinte anos de ditadura militar, com o qual se buscou, além de garantir a democracia e os direitos políticos dos cidadãos, resgatar direitos sociais suprimidos ao longo de toda a história do país, marcada por uma extrema desigualdade social e econômica. Tornou-se, assim, nosso mais importante instrumento normativo, a influenciar todos os ramos do direito.

Dessa forma, a Ordem Social se apresenta, ao lado da Ordem Econômica, como instrumentos para o alcance do objetivo maior do Estado brasileiro, qual seja, a construção de uma sociedade democrática, livre, justa, solidária, desenvolvida, igualitária e capaz de promover a todos os seus membros condições para uma vida digna.

Por seu turno, o Sistema de Seguridade Social, enquanto conjunto normativo, destina-se a implementar seus próprios objetivos e, entrelaçado aos demais temas da Ordem Social, exercer função instrumental, do ponto de vista técnico, político e jurídico, para a concretização de relevantes direitos sociais.

Assim, a proteção social a que se predispõe o Sistema de Seguridade Social se dá por meio de políticas públicas e sociais nas áreas da Saúde, da Assistência Social e da Previdência Social. Cada uma dessas áreas constitui um subsistema do Sistema de Seguridade Social, com proposições específicas, as quais se complementam, formando uma frente de atuação estratégica, uma rede de proteção social. No dizer da professora Heloisa Derzi, no interior do Sistema de Seguridade Social, a Saúde desempenha função preventiva, a Previdência Social, função reparadora, e a Assistência Social, função integrativa. Juntas, estão aptas a proporcionar uma melhor proteção da população frente às “necessidades de ordem material, moral e espiritual”⁴⁷.

Ao subsistema da Saúde, previsto na seção II do título da Ordem Social – arts. 196⁴⁸ a 200 da Constituição – cabe promover a saúde, por meio da prevenção, diagnóstico, tratamento e cura de doenças, mediante programas de

⁴⁷ DERZI, Heloisa Hernandez. Os beneficiários da pensão por morte; Regime Geral de Previdência Social. São Paulo: Lex, 2004. p. 92.

⁴⁸ Brasil. Constituição Federal (1988) “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

redução de riscos e atendimentos ambulatorial e hospitalar. Envolve, em síntese, um sistema público de saúde, denominado Sistema Único de Saúde, a rede privada de planos e seguros de saúde e duas agências reguladoras: a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA e a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

O subsistema da Assistência Social, por sua vez, conforme arts. 203⁴⁹ e 204 da Constituição Federal, articula os programas e serviços de assistência social, ampara e/ou paga benefícios pecuniários às pessoas necessitadas, especialmente famílias, crianças, adolescentes, idosos e portadores de deficiência *que não possuam meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família* (art. 203, V, CF).

O terceiro subsistema – da Previdência Social – visa identificar e dar cobertura aos principais riscos sociais a que estão sujeitos os trabalhadores, como a incapacidade laborativa, a morte, a idade avançada e o desemprego, cuja ocorrência leve à impossibilidade de trabalho, à perda da renda, e, por conseqüência, a uma situação de necessidade, que atinge não só o trabalhador, mas também àqueles que dele dependem. A cobertura é feita principalmente mediante a concessão de benefícios pecuniários, mantidos enquanto perdurar essa situação de necessidade. Conforme dispositivos contidos nos arts. 201 e 202 da Constituição, a Previdência Social no Brasil organiza-se na forma de um regime geral, de *caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial*, e será tratada com maior profundidade a seguir.

Antes, porém, explicitaremos os princípios que regem a Seguridade Social no Brasil, tendo em vista que estes, consignados expressamente pela Constituição de 1988, são as chaves para a compreensão deste sistema de proteção, de fundamental importância para o desenvolvimento não só do Brasil, mas de cada brasileiro.

1.2.2 Princípios da Seguridade Social

⁴⁹ Brasil. Constituição Federal (1988). “Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II - o amparo às crianças e adolescentes carentes; III - a promoção da integração ao mercado de trabalho; IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”.

O parágrafo único do art. 194 da Constituição elenca os objetivos da Seguridade Social, quais sejam, a *universalidade da cobertura e do atendimento*, a *uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais*, a *seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços*, a *irredutibilidade do valor dos benefícios*, a *equidade na forma de participação no custeio*, a *diversidade da base de financiamento* e o *caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa*.

Conquanto sejam mencionados no texto constitucional como objetivos, atuam como verdadeiros princípios, que devem informar todas as ações necessárias ao alcance dos fins propostos, servindo como guias que vinculam a produção legislativa, administrativa e jurisprudencial.

No âmbito da legislação ordinária, ao disciplinar o capítulo da Seguridade Social, com a edição das Leis n.º 8.212 – Plano de Custeio e Disposições sobre a Organização da Seguridade Social – e n.º 8.213 – Plano de Benefícios da Previdência Social – ambas de 24 de julho de 1991, o legislador reafirmou, expressamente, os referidos princípios – nas alíneas do parágrafo único do art. 1.º, da Lei n.º 8.212/91 e nos incisos do art. 2.º da Lei n.º 8.213/91 – afinando-se com o mandamento constitucional. O caput do art. 1.º da Lei n.º 8.212/91 repete ainda o conceito constitucional de Seguridade Social.

1.2.2.1 Universalidade da cobertura e do atendimento

Merece destaque o princípio da *universalidade da cobertura e do atendimento*, expressão maior do princípio da igualdade⁵⁰ no âmbito da seguridade social. A *universalidade* pretendida desdobra-se em dois aspectos: o objetivo, que diz respeito à cobertura das contingências, e o subjetivo, relativo à população protegida.⁵¹

A meta, no seu aspecto objetivo (universalidade da cobertura), é a proteção de todas as situações que possam gerar necessidade de meios de

⁵⁰ Consagrado no art. 5.º, caput e inciso I da Constituição Federal.

⁵¹ HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. 7. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 84-5.

sobrevivência digna, ou seja, de todo e qualquer risco social, e, em seu aspecto subjetivo (universalidade do atendimento), é a proteção de todas as pessoas. Essa proteção dada pela norma constitucional é tão ampla que também promove proteção aos estrangeiros residentes no país, a teor do art. 95 da Lei n.º 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro).

Essa “dupla significação”, no sentido de que a *universalidade da cobertura* refere-se a “todas as contingências que podem gerar necessidade” e a *universalidade do atendimento* indica que “todas as pessoas possuem tal direito” também é apontada por Balera, conquanto não utilize a classificação *objetivo* e *subjetivo*. Nada obstante, enfoca que “num e noutro prisma da regra da universalidade está presente o postulado da isonomia”⁵².

E é com maestria que este autor, para além dessa análise no interior do sistema, invoca a dimensão instrumental da *universalidade* na seguridade para a construção da isonomia e da Ordem Social, ao afirmar que “para a construção da isonomia (da qual dependem todos os valores que cabe à República pôr em movimento), a seguridade social colabora com a universalização”⁵³.

O objetivo é disponibilizar igual proteção para todas as pessoas.

1.2.2.1.1 Universalidade aplicada no subsistema Previdência Social

Algumas considerações devem ser feitas em relação ao princípio da *universalidade da cobertura e do atendimento* no âmbito da Previdência Social brasileira, que se destina, especificamente, à proteção da população economicamente ativa, ou, melhor dizendo, das pessoas que vivem do seu próprio trabalho.

A coexistência de vários regimes compulsórios de previdência – Regime geral e regimes próprios – afasta-nos do sentido de *totalidade* – ainda que somente dos brasileiros que trabalham – que de pronto associaríamos ao termo *universalidade* expresso no princípio em debate. Todavia, a linguagem do homem

⁵² BALERA, Wagner. op. cit. p. 82-84.

⁵³ Ibidem, loc.cit.

comum e do legislador e, por vezes, até a do cientista do direito, não são suficientes para revelar com precisão a norma jurídica⁵⁴.

Partindo de uma análise sistemática da constituição, concluímos que a *universalidade* preceituada no inciso I de seu art. 194, no que se aplica ao subsistema Previdência Social, é “relativa”. Relativa às pessoas que participam de determinado regime previdenciário.

Por outro lado, ao prever sistemas compulsórios de previdência, que, *juntos*, abarcam todos os trabalhadores do país, a Constituição Federal de 1988 estaria garantindo, ainda que “de viés”, um atendimento, certamente não uniforme, nem igual, mas “relativamente” universal.

Ou seja, conforme o princípio da *universalidade*, a participação em planos previdenciários deve ser garantida a todos os trabalhadores do país.

E, de forma mais específica, cada um dos regimes deve garantir a todos os seus integrantes participação no seu plano previdenciário.

Essa circunstância, a nosso ver, está em desacordo com a diretriz da *universalidade* imposta pela constituição, nada obstante terem os regimes próprios sido ali previstos.

1.2.2.2 Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais

Ao princípio da *universalidade* da cobertura e do atendimento, liga-se intimamente o princípio da *uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais*, que impõe que todas as pessoas necessitadas recebam igual tratamento jurídico, a despeito de integrarem a população urbana ou rural. Em verdade, trata-se de mais um desdobramento do princípio da igualdade vigente em nosso ordenamento, e dispensaria tratamento específico, em razão de

⁵⁴ Paulo de Barros Carvalho ensina que no discurso científico do cientista do Direito, mesmo no nível da Teoria Geral do Direito, ainda “remanescem palavras e locuções plurissignificativas, que irão desaparecer apenas no altiplano da Lógica Jurídica. Naquele reduto formal, por haver uma estrutura de linguagem unívoca, encontrará o cientista esquemas seguros e precisos para captar o arcabouço da mensagem normativa, uma vez que os termos lógicos têm uma e somente uma significação”. *Curso de direito tributário*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 6.

seu conteúdo estar englobado no princípio da *universalidade da cobertura e do atendimento*.

As razões constitucionais de se garantir, de forma expressa, os mesmos direitos sociais aos trabalhadores urbanos e rurais⁵⁵ têm razão histórica, tendo em vista que até ser promulgada a Constituição Federal de 1988, o trabalhador rural era negativamente discriminado, vedado a vincular-se ao regime da Previdência Social e vinculado a um regime assistencial⁵⁶ que oferecia proteção ínfima. O constituinte, visando a corrigir tal desigualdade, inseriu, de maneira expressa, entre os princípios da Seguridade Social, cláusula que garante à população rural direitos equivalentes aos dos trabalhadores urbanos, extirpando de vez, qualquer possibilidade de interpretação em sentido contrário.

Primeiramente, cumpre perguntar qual o significado, para a Seguridade Social, da diferenciação entre população urbana e rural e entre trabalhador urbano e rural?

Do ponto de vista da demografia, a distinção entre urbano e rural é feita principalmente a partir de duas perspectivas: a dicotômica e a de *continuum*. A primeira, clássica, define *rural* e *urbano* a partir da oposição de suas realidades, especialmente suas atividades econômicas. O espaço rural, nessa abordagem, caracteriza-se pela predominância de atividade agropecuária, enquanto o urbano, por sua atividade industrial. Esse recorte pode ainda ser apropriado nas regiões que apresentem contrastes bem definidos entre os espaços e as atividades rurais e urbanas.

A segunda abordagem – do espaço *continuum* – trabalha com uma escala gradativa entre os extremos *rural* e *urbano* que estaria apta a representar novas configurações dos espaços das atividades econômicas e das relações sociais⁵⁷.

⁵⁵ A Constituição Federal de 1988 ampliou direitos sociais e equiparou trabalhadores urbanos e rurais. A exemplo do que ocorre em relação ao princípio da *uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais*, todos os direitos dos trabalhadores relacionados em seu art. 7.º, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, foram expressamente estendidos aos trabalhadores *urbanos e rurais*.

⁵⁶ Programa de assistência ao trabalhador rural – PRORURAL, vinculado ao FUNRURAL – Fundo de assistência ao trabalhador rural, criado pela Lei Complementar n.º 11 de 25 de maio de 1971.

⁵⁷ REIS, Douglas Sathler dos. *O rural e o urbano no Brasil*. In: Encontro Nacional de Estudos Populacionais, 15, 2006, Caxambu. Trabalho... p. 3-8. Caxambu: ABEP, 2006. Disponível em <http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2006/docspdf/ABEP2006_777.pdf>. Acesso em 22.mar.2008.

Diante da urbanização de áreas agrícolas, consequência da industrialização da agricultura, e da expansão dos espaços urbanos sobre os rurais, “tornou-se difícil distinguir *urbano* e *rural* a partir das atividades econômicas ou dos hábitos culturais”, afirma Maria José Carneiro⁵⁸.

Na esfera jurídica, por vezes, também se enfrenta essa dificuldade. Identificamos dois critérios de distinção entre o que seja rural e o que seja urbano no Brasil. O primeiro é político e consiste na fixação, pelo poder público municipal, de um perímetro urbano, medido a partir da localização das sedes dos municípios e dos distritos, nos termos do Decreto-lei n.º 311, de 1938. A competência para a definição desses espaços é municipal, conforme art. 30 da Constituição Federal de 1988, respeitadas as diretrizes gerais da política urbana, consoante prescreve os arts. 182 e 183 do mesmo diploma legal e a Lei n.º 10.257, de 2001 (Estatuto da Cidade).

O segundo critério é o da natureza da atividade econômica. A Constituição considera, para fins de política agrícola, as atividades agroindustriais, agropecuárias, pesqueiras e florestais (art. 187, § 1.º, CF).

Entendemos ser este o critério adotado pelo Regime Geral da Previdência Social⁵⁹, que distingue trabalho rural do urbano a partir da natureza da atividade exercida pelo segurado, seja ele empregado, contribuinte individual, trabalhador avulso ou segurado especial⁶⁰. As atividades de natureza rural seriam, por conseguinte, as tipicamente agroindustriais, agropecuárias, pesqueiras e florestais. Registre-se que aqui, a referência para a qualificação do trabalho urbano ou rural é a atividade desempenhada pelo trabalhador, sua função profissional, e não a atividade fim do empregador, nem o setor produtivo onde se insere.

Essa classificação será aplicada quando da concessão de certos benefícios previdenciários como, por exemplo, a aposentadoria por idade, cujas normas prevêm requisitos distintos conforme os segurados desempenhem atividades urbanas ou rurais.

No âmbito da Saúde e da Assistência Social, a classificação entre rural e urbano demanda uma análise mais ampla, que considere os motivos

⁵⁸CARNEIRO, Maria José. *Ruralidade: novas identidades em construção*. Texto publicado integralmente nos Anais do XXXV Congresso da Sociedade Brasileira de Sociologia e Economia Rural. Natal, agosto.1997, p. 12. Disponível em <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/brasil/cpda/estudos/onze/zeze11.htm>>. Acesso em 22. mar.2008.

⁵⁹Ante a existência de regimes próprios, destinados aos servidores públicos e aos militares, esse princípio tem aplicabilidade restrita ao Regime Geral.

⁶⁰Brasil. Lei n.º 8.213/91. “Art.11, I, “a”, V, “a”, VI, e VII e art. 39, I, e parágrafo único.

históricos acima mencionados, referentes à parcela da população brasileira que, por viver no campo ou nas zonas rurais e/ou desempenhar funções nitidamente relacionadas com a produção agrícola, foi excluída de direitos sociais fundamentais. Aqui, a profissão exercida pelo beneficiário não será tão relevante como na Previdência, importando, sim, que as prestações oferecidas às comunidades instaladas nas áreas predominantemente rurais sejam uniformes e equivalentes às disponibilizadas nas áreas e centros urbanos.

Assim, o princípio da uniformidade e da equivalência dirige-se tanto ao segurado – trabalhador rural – individualmente considerado, como às comunidades residentes no campo ou em pequenas cidades, em geral de baixa condição social, agravada pela exclusão da qual foram vítimas.

Impõe-se considerar que, hoje, no Brasil, ante as mudanças no perfil das comunidades ditas rurais, o crescimento descoordenado das áreas *urbanas*, não obstante se observe diminuição do êxodo *rural* – a distinção urbano-rural perdeu parte da sua importância, merecendo maior atenção os indicadores relacionados à condição socioeconômica das famílias, independentemente de serem elas formadas por trabalhadores rurais ou urbanos, formais ou informais.

Quanto ao significado jurídico da *uniformidade*, temos que esta diz respeito ao aspecto material da proteção social, ou, em outras palavras, às contingências sociais que serão protegidas.

A *equivalência*, por sua vez, concerne ao aspecto quantitativo e valor pecuniário, quando aplicável, dos benefícios e serviços, que devem ser o mesmo para os trabalhadores urbanos e rurais⁶¹.

De tudo o que foi exposto, infere-se que o princípio em tela veda a instituição de benefícios ou serviços diferenciados para trabalhadores e populações rurais e urbanas, senão quando estas diferenciações sirvam, exatamente, para reduzir desigualdades.

E da sua análise em conjunto com o princípio da *universalidade* da cobertura e do atendimento, infere-se que a Seguridade Social, conforme a Constituição Federal de 1988, não se compatibiliza com a criação, aliás, nem com a existência, de qualquer regime de saúde, previdência ou assistência social que

⁶¹ Entendemos que os aspectos que distinguem a uniformidade da equivalência são materiais e quantitativos. Autores como MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 78-9 e TSUTIYA, Augusto Massayuki. *Curso de direito da seguridade social*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 37-8, entendem que estes são objetivos e pecuniários.

ofereça prestações ou serviços não uniformes ou não equivalentes. Ou seja, repudia expressamente a concessão de privilégios a certos grupos, em detrimento de outros, salvo quando este *discrimen* vise, justamente, à eliminação de desigualdades materiais.

1.2.2.3 Seletividade e distributividade na prestação de benefícios e serviços

Os princípios da *seletividade* e da *distributividade* são normas destinadas ao legislador. Este é incumbido, ou mais assertivamente dizendo, a este é imposto o dever de, na margem de sua discricionariedade e dos recursos disponíveis, selecionar, entre as diversas contingências que geram necessidades – aquelas que atendam, com maior propriedade, aos objetivos da seguridade e da Ordem Social, quais sejam, proporcionar bem estar e justiça sociais.

Nessa escolha, o legislador deve observar o princípio da distributividade, segundo o qual devem ser priorizadas as prestações que cheguem ao maior número de pessoas, das camadas sociais mais necessitadas, operando-se assim a distribuição de recursos que sedimenta a solidariedade que informa todo o sistema⁶².

Assim, no campo da proteção social, a atividade legislativa deve conformar-se ao sistema de seguridade constitucionalmente desenhado, observando, ainda, necessariamente, a diretriz da distributividade. Daí a conclusão de Marisa Ferreira dos Santos, com a qual concordamos, de que, “à primeira vista pode-se pensar que o legislador tem discricionariedade na seleção das *contingências-necessidades*. Mas não é o que se depreende da letra da Constituição⁶³”.

O princípio da distributividade, assim, complementa o da seletividade, estabelecendo o principal critério a ser observado pelo legislador no processo de escolha das contingências sociais que merecerão a proteção da Seguridade Social.

⁶² Sobre a solidariedade, diz Comparato: “O fundamento ético desse principio encontra-se na idéia de justiça distributiva, entendida como a necessária compensação de bens e vantagens entre as classes sociais, com a socialização dos riscos normas da existência humana”. (op. cit., p. 64).

⁶³ SANTOS, Marisa Ferreira dos. op. cit. p. 189.

1.2.2.4 Irredutibilidade do valor dos benefícios

O princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios tem ampla finalidade porque, além de vedar a redução das contingências cobertas e das prestações e serviços oferecidos, por mera atividade legislativa, consigna a manutenção do poder aquisitivo dos benefícios. O texto constitucional (art. 201, §4.º) determina que os benefícios devem ser reajustados de forma a manter seu valor real, conforme critérios definidos em lei.

Sobre esta questão, transcrevemos a crítica de Marcus Orione Gonçalves Correia e Érica Paula Barcha Correia:

Mas o que seria valor real do benefício? [...] Apenas para exemplificar: se quando concedido, o valor do benefício fosse suficiente para comprar dez cestas básicas, passados dez anos, o mesmo benefício previdenciário deveria continuar sendo suficiente para comprar dez cestas básicas. [...] colhe registrar que, nas diversas legislações que sucederam, a missão constitucional não foi cumprida: basta lembrar [...] o valor médio dos benefícios no Brasil (pouco superior ao salário mínimo).⁶⁴

O mandamento constitucional vem sendo descumprido à medida que, desde a promulgação da Constituição Federal, foram várias as normas que determinaram o reajustamento dos benefícios previdenciários por índices de correção monetária inferiores à variação da inflação. A escolha dos índices de correção monetária pelo legislador é feita sem a observância da diretriz constitucional, de modo a não conduzir à manutenção do valor real e do poder de compra do beneficiário.

Como vimos, emerge da lógica do sistema de seguridade e, de forma particular, do subsistema de previdência social, o interesse público em proporcionar proteção a certas contingências sociais, dentro de determinados parâmetros e limites, legalmente previstos.

No que se refere aos benefícios pecuniários, estes, em geral, visam a substituir a renda que deixou de ser auferida pelo segurado devido a uma das contingências sociais cobertas. Para atender esta finalidade, o valor do benefício

⁶⁴CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Curso de direito da seguridade social*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 252-3.

deve corresponder, da forma mais próxima possível, ao da renda perdida, observados os limites mínimo e máximo de cobertura. Daí porque o valor inicial dos benefícios é calculado com base na média da renda ou remuneração monetariamente atualizada do segurado.

O princípio da *irredutibilidade do valor dos benefícios*, portanto, confunde-se com a finalidade e a lógica da proteção previdenciária, incidindo, portanto, desde o cálculo do valor inicial dos benefícios até a sua cessação.

A norma que desrespeitar esse princípio estará descaracterizando o sistema de seguridade social e, por consequência, violando o interesse público e social a ele inerente.

1.2.2.5 Equidade na forma de participação no custeio

O princípio da *equidade na forma de participação no custeio* determina que as normas tributárias pertinentes ao financiamento da Seguridade Social sejam criadas e interpretadas de modo a respeitarem a capacidade econômica dos contribuintes, quer sejam pessoa física ou jurídica, conforme preceitua o § 1.º do art. 145⁶⁵.

A *equidade*, que significa equivalência, proporção⁶⁶, igualdade relativamente estabelecida, traduz o princípio constitucional da isonomia, como instrumento de Justiça. A *equidade na forma do custeio* representa, assim, um critério de Justiça, garantindo que a participação de todos no financiamento da Seguridade Social, ocorra de forma proporcional ou, em outras palavras, em

⁶⁵Brasil. Constituição Federal (1988). “Art. 145, 1.º . Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”.

⁶⁶Nas palavras de Adriana Regina Barcellos Pegini, “o princípio da proporcionalidade se resume na maior satisfação da pretensão de um direito diante da menor restrição possível de outro, estabelecendo que o ônus imposto deve se limitar apenas até a medida do necessário, para que se atinja uma ponderação de valores com o objetivo de harmonizar e equilibrar os direitos que se confrontam”. (*Os limites impostos pelo princípio da proporcionalidade e a possibilidade de penhora de faturamento de empresa na execução fiscal*. Disponível em <www.boletimjuridico.com.br> Acesso em 27.mar.2008).

igualdade de condições, justificando a fixação de alíquotas maiores ou menores e até a isenção conforme faixas salariais⁶⁷.

Nesse contexto, a Lei n.º 8.212/91, em seu art. 20, fixa três alíquotas, aplicáveis segundo a renda percebida pelo segurado, ou seja, conforme sua capacidade contributiva. Prevê a atual tabela de contribuição⁶⁸ que para segurados empregados que recebem até R\$ 911,70, a alíquota é de 8% (oito por cento); para os que recebem entre R\$ 911,71 e R\$ 1.519,50, a alíquota é de 9%, (nove por cento) e por fim, para aqueles que recebem de R\$ 1.519,51 até o teto de contribuição, de R\$ 3.038,99, a alíquota é de 11% (onze por cento).

O parágrafo 9.º do art. 195 da Constituição Federal, por exemplo, prescreve que as contribuições sociais poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão-de-obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho.

Outro exemplo de aplicação desse princípio está na norma contida no art. 195, §8.º, da Constituição Federal, combinado com o art. 25 da Lei n.º 8.212/91, que permite ao empregador rural pessoa física e ao segurado especial contribuírem com alíquotas menores do que as impostas aos outros segurados da previdência social. A alíquota para o empregador rural pessoa física e para o segurado especial é de 2% (dois por cento) da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção, bem como 0,1% (um décimo por cento) da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção para financiamento das prestações por acidente do trabalho.

Em relação às pessoas jurídicas, as instituições financeiras e securitárias (seguros privados), por sua especial condição de atuação no mercado financeiro, com possibilidade inclusive de cobrança de juros diferenciada, são consideradas presumidamente mais capacitadas economicamente, devendo, em razão disto, recolher contribuição adicional de 2,5% (dois vírgula cinco por cento) sobre o total das remunerações pagas, no mês, aos segurados empregados, trabalhadores avulsos e contribuintes individuais que lhes prestem serviços, nos termos do art. 22, § 1.º, da Lei n.º 8.212/91; ainda, devem contribuir com alíquota de 15% (quinze por cento), ao invés de 10% (dez por cento), sobre o lucro líquido,

⁶⁷ BALERA, Wagner. Contribuições destinadas ao custeio da seguridade social. *Cadernos de Direito Tributário* n.º 49.

⁶⁸ PORTARIA INTERMINISTERIAL MPS/MF N.º 77, de 11 de março de 2008 - DOU DE 12/03/2008 – Anexo II.

conforme art. 23, I, da Lei n.º 8.212/91, sem prejuízo das demais contribuições, comuns às pessoas jurídicas, como a calculada sobre o faturamento (art. 23, I, da Lei n.º 8.212/91).

Quanto às contribuições devidas pelos segurados, cumpre observar que, sendo os benefícios previdenciários calculados, regra geral, a partir dos salários-de-contribuição (base de cálculo das contribuições sociais dos segurados), qualquer tentativa de inclusão previdenciária que, ao invés de reduzir progressivamente as alíquotas, em conformidade com os princípios da *capacidade contributiva* e da *equidade na forma de custeio*, diminuam o valor da sua base de cálculo – como, a propósito, fez a Lei Complementar n.º 123/2006⁶⁹ – estará distorcendo a lógica e ferindo os objetivos da Seguridade Social.

1.2.2.6 Caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa

Quanto à gestão democrática e descentralizada, além de prever órgãos de gestão participativa, com a participação de empresários, trabalhadores, do Estado e dos aposentados, o constituinte aparelhou o Sistema de Seguridade Social com orçamento anual próprio, por meio do qual podem ser fixados, de forma dinâmica e democrática, ano a ano, as prioridades a serem adotadas, com base nos recursos disponíveis. Assim, em tese, é possível a gestão democrática em dois momentos distintos, na formulação dos programas e no controle das ações em todos os níveis.

No âmbito da legislação ordinária, ao disciplinar o capítulo da Seguridade Social, com a edição das Leis n.º 8.212 – Plano de Custeio e Disposições sobre a Organização da Seguridade Social – e n.º 8.213 – Plano de Benefícios da Previdência Social – ambas de 24 de julho de 1991, o legislador reafirmou, expressamente, os referidos princípios – nas alíneas do parágrafo único do art. 1.º, da Lei n.º 8.212/91 e nos incisos do art. 2.º da Lei n.º 8.213/91 – afinando-se com o mandamento constitucional. O caput do art. 1.º da Lei n.º 8.212/91 repete ainda o conceito constitucional de Seguridade Social.

⁶⁹ Vide item 2.2.3.

1.2.2.7 Diversidade da base de financiamento

Decorrência lógica do princípio da solidariedade, a *diversidade da base de financiamento* permite que o Sistema de Seguridade Social tenha estabilidade e segurança no que concerne à provisão de recursos financeiros. Quanto maior a extensão da base de financiamento, proporcionalmente maior são os meios de socorrer as despesas advindas dos benefícios e serviços.

O texto constitucional define a Seguridade Social brasileira como *conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social*, fixando a *diversidade da base de financiamento* como norma a ser observada na sua organização (art. 194, VI).

Em seguida (art. 195 e incisos), determina que a seguridade social *será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e de contribuições sociais a cargo do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada; do trabalhador e dos demais segurados da previdência social; do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar, devidas com base na folha de salários e demais rendimentos do trabalho; na receita ou faturamento; e no lucro*. Prevê, ainda, contribuição sobre a receita de concursos de prognósticos, devida pelo administrador⁷⁰, e ressalva, expressamente, que *a lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social* (art. 195, § 4.º). Na mesma direção, ao tratar das diretrizes na área da Saúde, o constituinte consignou que *o sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes*.

Temos, a partir daí, uma idéia da extensão da base – ampla e diversa – que pretende o constituinte. Ampla porque prevê financiamento indireto, por meio de dotações orçamentárias, e direto, mediante contribuições a cargo de

⁷⁰ VELLOSO, Andrei Pitten. Contribuições sobre a Receita de Concursos de Prognósticos. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo, Dialética, n.º 114. p. 07-22. p.11-2. mar. 2005

vários atores sociais, incidentes sobre diversas bases, as quais, em conformidade com o princípio em foco, podem ser diferenciadas e substituídas⁷¹. Propositamente agiu o legislador, ao deixar em aberto, a possibilidade da criação de novos mecanismos de proteção e fontes de custeio para fins de expansão do sistema de seguridade social⁷².

Infere-se, ainda, que as pessoas jurídicas da administração pública direta, por meio de suas receitas ordinárias, têm papel de protagonistas quando da ocorrência de insuficiência de recursos, até mesmo para garantir pagamento dos benefícios e serviços aos segurados, despesas específicas do subsistema da Previdência Social.

No entanto, o contrário – retirar recursos destinados ao financiamento da Seguridade Social para cobrir déficits do Governo e de suas empresas, fundações e fundos – é vedado pelo art. 167, VIII, da Constituição⁷³, salvo com autorização legislativa específica, permissiva utilizada “a todo o momento” pelo nosso Poder Público, desfigurando o orçamento da Seguridade Social.

Exemplo de aplicação do princípio da *diversidade da base de financiamento* é a adoção do faturamento e do lucro, ao lado da folha de pagamento, como bases de cálculo de contribuições devidas pelas empresas⁷⁴. Dessa forma, garante-se que todas as empresas contribuam – e de forma mais equânime, tendo em vista que enquanto umas empregam numerosa mão-de-obra, outras, em virtude do uso de tecnologia, por exemplo, têm poucos empregados, mas alta produtividade. Além disso, desatrela-se a contribuição, pelo menos em parte, do custo da mão-de-obra.

1.2.2.8 Regra da contra partida

⁷¹ Brasil. Constituição Federal (1988). “Art. 195, § 9.º. As contribuições sociais previstas no inciso I do caput deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão-de-obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho; § 12. A lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV do *caput*, serão não-cumulativas. § 13. Aplica-se o disposto no § 12 inclusive na hipótese de substituição gradual, total ou parcial, da contribuição incidente na forma do inciso I, a, pela incidente sobre a receita ou o faturamento.”

⁷² SANTOS, Marisa Ferreira dos. op. cit. p. 168.

⁷³ Brasil. Constituição Federal (1988). “Art. 167, VIII - a utilização, sem autorização legislativa específica, de recursos dos orçamentos fiscal e da seguridade social para suprir necessidade ou cobrir déficit de empresas, fundações e fundos, inclusive dos mencionados no art. 165, § 5.º.”

⁷⁴ BALERA, Wagner. Contribuições destinadas ao custeio da seguridade social. *Cadernos de Direito Tributário* n.º 49. p. 110-20. p. 113.

Consigna-se que os princípios elencados não excluem outros, decorrentes do próprio sistema e dos demais princípios constitucionais. É o que ocorre com a chamada *regra da contra partida*, prevista no § 5.º do art. 195⁷⁵, que, ao condicionar a criação de prestações à existência dos respectivos recursos, atua como alicerce do sistema de seguridade social, exigindo-lhe planejamento, proporcionando-lhe viabilidade e segurança, servindo ainda de limitador em face do legislador infraconstitucional. Trata-se de regra estrutural e tem efeito bilateral, o que significa dizer que, da mesma forma que para se criar um benefício é necessário se criar a fonte de custeio, também os aumentos nas fontes de custeio têm que, necessariamente, repercutir nos benefícios.

⁷⁵ Brasil. Constituição Federal (1988). “Art. 195, § 5.º, da Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”.

CAPÍTULO II. PREVIDÊNCIA SOCIAL E REGIME GERAL

2.1 O subsistema da Previdência Social

O subsistema da Previdência Social está disciplinado, em nível constitucional, pelas normas contidas nos arts. 201 e 202 do Texto Maior. O art. 201⁷⁶ prevê um regime geral, *contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial*. Em nível infraconstitucional, é previsto no art. 9.º da Lei n.º 8.213/91⁷⁷.

A Previdência Social destina-se, essencialmente, a dar cobertura à população economicamente ativa, contra as principais contingências que podem levar à perda ou redução da renda auferida com seu trabalho e, conseqüentemente, à situação de necessidade pessoal e familiar. Por meio da concessão de benefícios pecuniários e serviços, a previdência visa à superação dessas necessidades. “Em sua natureza congênita, tem a finalidade de assegurar, aos seus beneficiários, ‘meios indispensáveis de manutenção’ em situações que alteram a capacidade de ganho oriunda do trabalho humano”, conceitua a professora Heloisa Derzi⁷⁸.

O termo “regime”, cumpre esclarecer, refere-se a regime jurídico, enquanto complexo ou conjunto de normas e princípios que define os elementos essenciais de cada um dos institutos jurídicos, revelando sua natureza e disciplina legal⁷⁹.

⁷⁶ Brasil. Constituição Federal (1988). “Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2.º.”

⁷⁷ O art. 9.º da Lei 8.213/91 diz que a Previdência Social compreende o *Regime Geral de Previdência Social* e o *Regime Facultativo Complementar da Previdência Social*. Não obstante, este segundo regime – complementar – não chegou a ser instituído e acabou revogado, tendo em vista a revogação, pela Emenda Constitucional 20/98, do § 7.º do art. 201 da Constituição, que o autorizava, ao dispor que “a previdência social manterá seguro coletivo, de caráter complementar e facultativo, custeado por contribuições adicionais”.

⁷⁸ DERZI, Heloisa Hernandez. op. cit. p. 128.

⁷⁹ A esse respeito, diz Carlos Ari Sundfeld: “ao invés de procurarmos critérios mágicos de diferenciação – que, além de não permitirem uma distinção perfeita, são pouco úteis – voltemos

Em conformidade com o mandamento constitucional, organiza-se, no Brasil, na forma de Regime Geral, de caráter contributivo e filiação obrigatória. Equivale afirmar que a proteção conferida destina-se a um universo formado por pessoas filiadas e que, regra geral, estão inscritas no sistema e a ele vertem contribuições. Esse universo compõe-se, predominantemente, de trabalhadores do setor privado, urbano ou rural, cuja filiação é, reitera-se, obrigatória.

Quanto aos riscos sociais cobertos, os incisos do art. 201 trazem, expressamente, aqueles que, de pronto, merecem a cobertura previdenciária: *doença, invalidez, morte, idade avançada, maternidade, desemprego, encargos familiares e prisão*. Indicam, ainda, algumas prestações previdenciárias: *salário-família, auxílio-reclusão e pensão por morte*, devidas aos dependentes do protegido falecido. A matéria, no entanto, demanda positivação, no nível infraconstitucional, para ter plena eficácia. É o que se extrai da parte final do *caput* do art. 201: *A previdência social [...] atenderá, nos termos da lei, a: [...]*.

No que se refere à cobertura, esta é efetivada nos moldes previstos na legislação ordinária, que define a forma da proteção e os critérios para sua incidência. , garantindo, à população protegida, pelo menos uma renda básica, equivalente ao salário mínimo, conforme inciso VI, do art. 2.º, da Lei n.º 8.213/91⁸⁰.

Não obstante a previsão constitucional de um *regime geral*, esta ficou comprometida, à medida que o constituinte não ousou instituir um *regime único* no país, assegurando regimes próprios aos servidores públicos titulares de cargos efetivos, inclusive magistrados⁸¹, membros do Ministério Público⁸² e dos tribunais de contas⁸³, conforme art. 40⁸⁴ e parágrafo único do art. 149⁸⁵ da Constituição.

nossos olhares para as normas jurídicas e para o modo como elas regulam as situações de que cuidam (isto é: para o regime jurídico por elas criado).” (*Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 140).

⁸⁰ Brasil. Lei n.º 8.213/91. “Art. 2.º. A Previdência Social rege-se pelos seguintes princípios e objetivos: [...] VI - valor da renda mensal dos benefícios substitutos do salário-de-contribuição ou do rendimento do trabalho do segurado não inferior ao do salário mínimo”. A Lei 8.213/91 prevê também um valor máximo para os benefícios, conforme art. 29, § 2.º, que diz: “o valor do salário-de-benefício não será inferior ao de um salário mínimo, nem superior ao do limite máximo do salário-de-contribuição na data de início do benefício.” Atualmente, o valor do salário mínimo é de R\$ 415,00 (Medida Provisória n.º 421/08 e o valor máximo do salário-de-contribuição é de R\$ 3.038,99 (Portaria Interministerial MPS/MF n.º 77/08).

⁸¹ Art. 93, inciso VI – a aposentadoria dos magistrados e a pensão por morte de seus dependentes observarão o disposto no art. 40. (inciso com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 20/98)

⁸² Art. 129, § 4.º. § 4.º Aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93. (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 45/04).

⁸³ Art. 73, § 3.º. Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40.

Aos militares da União, Estados, Distrito Federal e dos Territórios também é autorizado regime próprio, distinto dos servidores dos respectivos entes federativos, conforme exceção expressa no § 20 do art. 40, combinado com o inciso X, do § 3.º do art. 142, e §§ 1.º e 2.º do art. 42, todos da Constituição Federal⁸⁶.

A diferenciação entre regime de previdência do setor público e privado permanece até hoje, muito embora as Emendas Constitucionais 3/93, 20/98 e 41/03 e 47/05 venham reduzindo privilégios e distorções na proteção dos servidores⁸⁷, aproximando-a da dos trabalhadores da iniciativa privada.

O art. 202⁸⁸, por sua vez, prevê um regime de previdência privada, apto a complementar a proteção básica oferecida pelo Regime Geral e pelos regimes próprios, mediante a instituição de planos previdenciários que comportam proteção mais ampla, do ponto de vista dos riscos cobertos, dos valores dos benefícios, dos beneficiários contemplados⁸⁹.

⁸⁴ Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 41/03)

⁸⁵ Art. 149. [...]

§ 1.º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União. (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 41/03)

⁸⁶ Art. 40, § 20. Fica vedada a existência de mais de um regime próprio de previdência social para os servidores titulares de cargos efetivos, e de mais de uma unidade gestora do respectivo regime em cada ente estatal, ressalvado o disposto no art. 142, § 3.º, X.

Art. 142, § 3.º, X. *A lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra.*

Art. 42, § 1.º. *Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do [...] cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3.º, inciso X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores.*

§ 2.º *Aos pensionistas dos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios aplica-se o que for fixado em lei especial do respectivo ente estatal.*

⁸⁷ A EC 3/93 tornou contributivo o regime próprio, custeado pela União e pelos servidores, ao acrescentar ao artigo 40 o § 6.º, assim redigido: *As aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, na forma da lei.*

⁸⁸ Brasil. Constituição Federal (1988), “Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar”.

⁸⁹ PÓVOAS, Manuel Sebastião Soares. *Previdência Privada – Planos Empresariais*. v. 1. São Paulo: FUNENSEG, 1990, p. 192.

Diz, ainda, o autor:

Tem caráter facultativo, contratual e autônomo em relação aos sistemas públicos e é operada, em regime de capitalização, por entidades *fechadas*, quando a participação nos planos de benefícios é restrita a certos grupos de pessoas, ou *abertas*, quando não há limite subjetivo de participação⁹⁰.

É autônoma em relação aos demais regimes de previdência, quais sejam, o regime geral e os regimes próprios. Dessa forma, o vínculo jurídico de uma pessoa física a um dos regimes públicos de previdência não a impede de participar de um plano privado. Da mesma forma, o fato de aderir a um plano privado não a desobriga em relação ao regime público a que esteja compulsoriamente vinculada.

Assim, a Previdência Social brasileira desdobra-se, hoje, conforme a Constituição Federal, em três vias: *regime geral da previdência social* – cuja gestão está a cargo do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS)⁹¹; *regimes próprios para servidores públicos e para militares* – organizados pelos entes federativos; e *previdência complementar*, para o setor público e para o setor privado. As duas primeiras compõem o sistema público, de caráter institucional, compulsório, custeado por contribuições sociais e/ou dotações orçamentárias, em regime de repartição⁹², e a última, complementar, consiste de um sistema privado, de caráter contratual, facultativo, contributivo, operando em regime de capitalização.

Adentraremos, a seguir, na análise da legislação infraconstitucional que dá forma ao principal regime brasileiro de proteção previdenciária, o Regime Geral, no qual se insere o benefício pensão por morte, objeto do presente estudo.

“É a enumeração e a extensão das carências que cada membro da sociedade sente em seus estados de necessidade, que delimitam o domínio previdenciário, isto é, o domínio institucional de satisfação dessas necessidades. Parte desse domínio é preenchido pelas estruturas e organização da previdência social, tradicionalmente de caráter compulsório; a parte restante consubstancia o subdomínio da previdência supletiva, de caráter voluntário.” (*Na rota das instituições do bem-estar...* p. 259-60).

⁹⁰ Leis Complementares n.º 108 e n.º 109, ambas de 29.05.2001.

⁹¹ O Instituto Nacional do Seguro Social foi criado em 1990 [pelo art. 1.º do Decreto n.º 99.350], resultado da fusão do Instituto Nacional da Previdência Social (INPS) e do Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social (IAPAS), antes pertencentes ao extinto Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (SINPAS). (LEITE, Celso Barroso. *Dicionário enciclopédico de previdência social*. São Paulo: LTr, 1996, p. 85 e 158-60).

⁹² No Brasil, o sistema público de Previdência Social opera no **regime de repartição**: trata-se de um regime financeiro, *no qual as despesas correntes são pagas com o produto da receita também corrente*. A receita é imediatamente usada para pagamento das prestações devidas. É também conhecido como regime *de caixa*. Contrapõe-se ao **regime de capitalização**, adotado no sistema privado de Previdência – ou Previdência Complementar – no qual as contribuições vertidas pelos trabalhadores e empregadores vão sendo acumuladas e investidas, constituindo fundos que irão custear as futuras prestações devidas. (Dicionário Enciclopédico de Previdência Social, 1996: 138-41)

Antes, porém, abordaremos um dos traços fundamentais da previdência social brasileira, que é seu caráter contributivo.

2.1.1 Caráter contributivo da Previdência Social

A contributividade é elemento essencial do regime previdenciário brasileiro. É aspecto do financiamento, por isso se relaciona com os princípios da *equidade na forma de participação no custeio*, *diversidade da base de financiamento*, *irredutibilidade do valor dos benefícios* e com a *regra da contra partida*, anteriormente abordados.

Inicialmente, cumpre esclarecer que, não obstante integre a Seguridade Social, a Previdência Social tem regras próprias de financiamento, definidas, principalmente, a partir de seu caráter contributivo, inexistente na Saúde e na Assistência Social. Regras que se distinguem, ainda, conforme se refiram ao Regime Geral, aos regimes próprios ou ao regime de previdência privada. Note-se que o caráter contributivo é comum aos regimes públicos de previdência, aplicando-se, por conseguinte, aos regimes próprios dos funcionários públicos, conforme comando expresso no art. 40 da Constituição⁹³. Quanto aos regimes dos militares, cuja disciplina é de competência dos Estados, conforme prevê o inciso X, do § 3.º do art. 142, combinado com o § 1.º do art. 42, ambos da Constituição Federal⁹⁴, não há norma geral que imponham a observância do caráter contributivo. Exceto em relação ao direito de seus dependentes à pensão por morte, para o qual os militares estão

⁹³ Brasil. Constituição Federal (1988). “Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado **regime de previdência de caráter contributivo** e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo”.(grifo nosso)

⁹⁴ Brasil. Constituição Federal (1988). “Art. 42. Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. § 1.º. Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8.º; do art. 40, § 9.º; e do art. 142, §§ 2.º e 3.º, cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3.º, inc. X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores.”

“Art. 142, § 3.º, X - a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra”.

obrigados a contribuir, por força do § 2.º do art. 71 da Lei n.º 6.880/80 (Estatuto dos Militares)⁹⁵.

Cumpre, ainda, definir *contribuição* como tributo que visa a possibilitar ao Estado colocar à disposição de determinado(s) grupo(s) de pessoas certas prestações que lhe são necessárias. Nas palavras do professor Paulo Ayres Barreto “o pressuposto constitucional para sua exigência é a atuação do Estado (*latu sensu*) em área constitucionalmente demarcada”⁹⁶.

Por seu turno, as contribuições *sociais* visam a custear prestações de Seguridade Social. Distinguem-se, por conseguinte, dos impostos, que são pagos pelo contribuinte com a finalidade genérica de o Estado realizar prestação de segurança, organização, educação, infra-estrutura, atividade jurisdicional, entre outras.

Nesse contexto, a contribuição social é devida porque o Estado coloca à disposição os benefícios e serviços advindos das contingências sociais. Surge não como condição para que o Estado realize essa finalidade, mas sim, como consequência dessa especial prestação de serviço público.

À medida que o interesse por certas prestações se restrinja a determinado grupo, restringe-se a finalidade do tributo, como ocorre em relação ao grupo protegido pelos regimes de previdência social, formado essencialmente pelas pessoas que exercem atividade remunerada, em suas diversas espécies, desde o empregado, o trabalhador autônomo, o servidor público, até aquele indivíduo que trabalha em regime de economia familiar. Especificamente esse grupo detém proteção das contingências sociais que impossibilitem o exercício do trabalho e a manutenção da própria subsistência. Não poderia toda a sociedade financiar a proteção de um grupo específico de pessoas, mesmo que esse grupo seja imenso⁹⁷.

No caso da Seguridade Social, em que o grupo interessado coincide com a sociedade, o Brasil adotou modelo misto de financiamento, conforme leciona o eminente tributarista Sacha Calmon Navarro Coêlho:

⁹⁵ Brasil. Lei n.º 6.880/80 (Estatuto dos Militares). “Art.71. § 2.º. Todos os militares são contribuintes obrigatórios da pensão militar correspondente ao seu posto ou graduação, com as exceções previstas em legislação específica”.

⁹⁶ BARRETO, Paulo Ayres. *Contribuições: regime jurídico, destinação e controle*. São Paulo: Noeses, 2006, p.71.

⁹⁷ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Contribuições no Direito Brasileiro: Seus Problemas e Soluções*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 33-34.

[...] sistemas mistos, onde vemos impostos finalísticos e contribuições pessoais e sinalagmáticos, precisamente o caso do Brasil. Para quem paga, PIS, COFINS, a paga é de imposto. Quem contribui individualmente para a seguridade, a paga é para ter em troca benefícios em manutenção, aposentadoria e pensão.⁹⁸

Inobstante tenha o jurista classificado como “impostos finalísticos” os tributos destinados a custear a Seguridade Social como um todo, nos limites deste trabalho, que não comporta aprofundar o debate acerca da natureza da contribuição social, tal colocação evidencia a finalidade que marca esses tributos. A arrecadação deve ser destinada ao custeio da atividade estatal que deu causa à sua instituição. Mesmo no caso das contribuições que irão suportar ações da Saúde e da Assistência Social, que se destinam a toda coletividade e cujas despesas não são individualizadas, identifica-se a finalidade específica. A soma das contribuições sociais vertidas pelos contribuintes deve, em conformidade com a Constituição, sustentar a Seguridade Social⁹⁹.

Assim, no Brasil, parte das contribuições sociais destina-se ao custeio da Saúde, da Assistência e da Previdência Social, isto é, da Seguridade Social como um todo. Outra parte deve ser aplicada na Previdência Social, exclusiva e especificamente no pagamento dos benefícios do Regime Geral, conforme norma contida no art. 167, inciso XI, da Constituição Federal, que veda a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais vertidas pelos próprios trabalhadores e pelos empregadores e empresas com base na remuneração a eles devidas, para despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência.

Por se tratar de um grupo imenso de pessoas, responsáveis inclusive pela sustentação do próprio Estado, haja vista que além de contribuintes da previdência são também contribuintes de impostos, sobressai o interesse público e se opera, mesmo em relação à cobertura estritamente *previdenciária*, o dever subsidiário do Estado, consubstanciado na norma contida no parágrafo único do art. 16 da Lei n.º 8.212/91, que dispõe: “a União é responsável pela cobertura de

⁹⁸ Os outros modelos apontados por Sacha Calmon Navarro Coêlho são: um financiado “por meio de pagas específicas dos segurados” e o outro “através de impostos ou adicionais de impostos afetados a tal finalidade (caso dos impostos afetados à seguridade social, como é o caso da CSLL, PIS e Cofins).” (*Contribuições no direito brasileiro: seus problemas e soluções*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 34-35.)

⁹⁹ BARRETO, Paulo Ayres. *Contribuições: regime jurídico, destinação e controle*. São Paulo: Noeses, 2006, p.124-5.

eventuais insuficiências financeiras da Seguridade Social, quando decorrentes do pagamento de benefícios de prestação continuada da Previdência Social, na forma da Lei Orçamentária Anual.”

Novamente recorremos às reflexões do cientista político Dieter Benecke:

O Estado tem recursos próprios que pode usar para apoiar atividades no campo social. Nesse sistema, opera-se de acordo com a responsabilidade individual, a solidariedade de todos os assegurados e de acordo com o princípio da subsidiariedade, isto é, o Estado adianta os recursos necessários caso a responsabilidade individual e a solidariedade não busquem os recursos requeridos para conseguir a justiça social.¹⁰⁰

Evidencia-se o caráter contributivo que rege o regime geral. De um lado está a parcela da população que tem justificado interesse na cobertura de determinados riscos sociais, de outro, o Estado, como articulador e executor dessa proteção. De um lado está o dever desta população de contribuir, do outro está o direito à proteção, sobressaindo dessa correlação o caráter contributivo da Previdência Social, particularmente de seu Regime Geral, que ora nos interessa.

Necessário sublinhar que a correlação apontada, fundamento da instituição das contribuições sociais, não significa dependência entre as obrigações próprias das relações jurídicas que se instauram entre o órgão previdenciário e o beneficiário. O valor da contribuição devida por este não guarda necessariamente equivalência com o risco coberto; tampouco seu direito à proteção pode ser elidido pelo não recolhimento da contribuição previdenciária.

O caráter contributivo nos remete ainda à idéia de retributividade, segundo a qual as contribuições eminentemente previdenciárias não podem financiar atividades estatais que não sejam em prol do grupo protegido.

Por fim, o fato de as contribuições devidas pelos trabalhadores e os benefícios previdenciários que lhe são garantidos terem a mesma base de cálculo, qual seja, o salário-de-contribuição, é mais uma evidência do caráter contributivo da Previdência Social e da forma como este se realiza no âmbito do Regime Geral, que será estudado a seguir.

¹⁰⁰ BENECKE, Dieter W. *Política social em tempos de reformas*. In: BENECKE, Dieter W., NASCIMENTO, Renata (Orgs). *Política social preventiva: desafio para o Brasil*. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer – Stiftung, 2003, p. 13.

2.2 Regime Geral da Previdência Social

Ao legislador infraconstitucional foi atribuída a tarefa de disciplinar o subsistema da Previdência Social¹⁰¹, da qual se desincumbiu ao editar, em 24 de julho de 1991, a Lei n.º 8.212, que instituiu o Plano de Custeio da Seguridade Social, e a Lei n.º 8.213, que dispôs sobre o Plano de Benefícios da Previdência Social. Nestes textos, encontramos as principais normas que disciplinam as relações jurídicas no âmbito do Regime Geral da Previdência Social, possibilitando a efetivação da proteção social que lhe foi incumbida pela Constituição Federal¹⁰².

A Lei n.º 8.212/91 instituiu o Plano de Custeio da Seguridade Social, dispondo sobre as normas de financiamento do sistema.

Por seu turno, a Lei n.º 8.213/91 disciplinou o plano de benefícios e serviços do Regime Geral, dispondo, em seu artigo primeiro, que “a Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente”.

Além de explicitar a finalidade do subsistema – *assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção* – elencando os riscos a que dará cobertura, a norma consigna o caráter contributivo, traço determinante de sua estrutura jurídica e distintivo dos demais subsistemas que compõem a Seguridade, quais sejam a Saúde e a Assistência Social¹⁰³.

¹⁰¹ Destaque-se que mesmo normas constitucionais expressas foram consideradas não auto-aplicáveis pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Isto ocorreu, por exemplo, em relação à norma prevista originalmente no art. 202, *caput*, da Constituição Federal (1988), segundo a qual as aposentadorias seriam calculadas com base na média dos trinta e seis últimos salários-de-contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês. O plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Recurso Extraordinário n.º 193.456-5, em 26 de fevereiro de 1997, julgou que “o art. 202, ‘caput’, da Constituição Federal não é auto-aplicável, por necessitar de integração legislativa, para complementar e conferir eficácia ao direito nele incerto”.

¹⁰² Brasil. Constituição Federal (1988). “Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral [...]”.

¹⁰³ O caráter contributivo da previdência social no Brasil foi abordado no item 2.1.2, acima, ao qual remetemos o leitor.

Destaca-se, ainda, por oportuno, a indicação expressa da “*morte daqueles de quem dependiam economicamente*”, no rol dos riscos cobertos pelo Regime Geral.

O título III da Lei n.º 8.213/91 veicula as normas que apontam e enquadram os beneficiários da proteção e enumeram as prestações, classificando-as em benefícios (quando pecuniários) e serviços, e definindo seus respectivos requisitos, formas de cálculo e concessão; tipificam, enfim, as situações de necessidade que merecerão sua proteção, estabelecendo o tratamento jurídico que lhes será dispensado.

Das normas contidas nas Leis n.º 8.212/91 e 8.213/91, depreende-se ainda que o regime geral se estrutura a partir de técnicas do seguro privado e do seguro social, com contornos definidos, que definem seu universo de atuação. Aqui, não será como na saúde e na assistência social, cujas prestações se destinam indistintamente a toda a população, prevalecendo a *universalidade* do atendimento, a solidariedade e a distributividade.

A proteção manifesta-se por meio de relações jurídicas, que se estabelecem entre os diversos agentes componentes do sistema e se desdobra em dois grandes aspectos, o do custeio e o da proteção propriamente dita. Do custeio participam o Estado, os empregadores, os empregados e toda a sociedade. Da proteção, participam o Estado, por intermédio do INSS, e os beneficiários. Essa distinção é importante, pois permite perceber que, embora formem um sistema único, as relações jurídicas que se estabelecem independem umas das outras. O empregado, por exemplo, ora se encontra na posição de contribuinte, ora na de beneficiário, sem que haja um vínculo direto entre a sua contribuição e a prestação que recebe.

Os juízes federais Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior assinalam essa “dúplice relação jurídica” entre os segurados e o sistema:

Do ponto de vista do custeio, são vistos como contribuintes, sujeitos passivos de uma relação jurídica de ordem tributária. A par disso, são sujeitos ativos da relação jurídica de benefício, na qual é obrigada a previdência social.¹⁰⁴

¹⁰⁴ ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Esmafe, 2003, p. 56.

Ressalta-se que não obstante o caráter contributivo da Previdência Social brasileira, anteriormente debatido, não há vinculação direta entre as relações de custeio e de benefício que se estabelecem entre os beneficiários e o órgão previdenciário. Ensina a professora Heloísa Derzi:

[...] o direito previdenciário tem suas peculiaridades, e uma delas diz respeito justamente ao elemento distintivo do Seguro Social, o qual consiste no afastamento do esquema jurídico da *sinagmaticidade* genética, própria do *seguro*, em que a obrigação de *satisfazer às prestações* depende da obrigação de *pagar contribuições*. É certo haver, na relação previdenciária de caráter assecuratório, uma nota de “comutatividade” entre o *direito do segurado às prestações* e o *dever de contribuir*, porém o forte conteúdo valorativo do modelo público de proteção, pautado na *justiça distributiva* e na *solidariedade*, autoriza a *flexibilização* da imposição contributiva [...]¹⁰⁵

Prova da desvinculação apontada é a aplicação, no regime geral, do chamado *princípio da automaticidade das prestações*, que consiste na obrigação do órgão previdenciário pagar aos beneficiários as prestações cabíveis, independentemente do recolhimento das contribuições, quando este não é de responsabilidade do próprio beneficiário, como ocorre, por exemplo, com os segurados empregados¹⁰⁶.

Tendo em vista que a proteção previdenciária é a razão de ser do Regime Geral, a relação jurídica de proteção prevalece à de custeio. Conforme lição do jurista italiano Mattia Persiani, a relação jurídica existente entre o beneficiário e o órgão previdenciário é a mais importante, representa o núcleo do sistema jurídico da previdência social¹⁰⁷.

A pensão por morte é prestação previdenciária, objeto da relação jurídica de proteção que se instaura entre o INSS e os beneficiários do regime.

Assim, percorrendo o caminho traçado pelo constituinte – Ordem Social, Seguridade Social, Previdência Social, Regime Geral – chegamos ao ponto onde se localiza o objeto do nosso estudo, qual seja, o benefício da pensão por morte.

¹⁰⁵ DERZI, Heloisa Hernandez. op. cit., p. 177.

¹⁰⁶ HORVATH JÚNIOR, Miguel. op. cit., p. 81.

¹⁰⁷ PERSIANI, Mattia. Diritto della previdenza sociale. 12. ed. Padova: CEDAM, 2002, p. 53-4.

2.2.1 Plano de benefícios do Regime Geral

Ocorrido um dos fatos geradores de necessidade cobertos (incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente), incide a proteção previdenciária do Regime Geral, conforme dispõe o § 1.º do art. 9.º da Lei n.º 8.213/91¹⁰⁸.

A norma excetua a cobertura do desemprego involuntário, cujo sistema de proteção opera-se conforme legislação própria¹⁰⁹, e a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição para os contribuintes individuais e facultativos que optarem pela contribuição com alíquota reduzida, de 11% (onze por cento), nos moldes do novo “Plano Simplificado de Previdência Social”, que será tratado no subtítulo 2.2.3.

A proteção efetiva-se por meio de prestações, concedidas ao grupo protegido pelo órgão previdenciário competente, que é o Instituto Nacional do Seguro Social¹¹⁰. As prestações devem estar aptas a proporcionar a superação das necessidades para as quais foram previstas, distinguindo-se, deste ponto de vista, em *benefícios* e *serviços*.

Os *benefícios* são prestações pecuniárias que visam a substituir ou complementar a renda do trabalho do segurado, perdida, reduzida ou insuficiente, em decorrência de uma das contingências sociais cobertas, como ocorre nas hipóteses de doença, incapacidade, idade avançada, tempo de serviço, desemprego, maternidade, encargos familiares, morte e prisão.

¹⁰⁸ Lei 8.213/91. “Art. 9.º. [...] § 1.º O Regime Geral de Previdência Social - RGPS garante a cobertura de todas as situações expressas no art. 1º desta Lei, exceto as de desemprego involuntário, objeto de lei específica, e de aposentadoria por tempo de contribuição para o trabalhador de que trata o § 2.º do art. 21 da Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991”. (Redação dada pela Lei Complementar n.º 123, de 2006).

¹⁰⁹ Brasil. Lei n.º 7.998/90.

¹¹⁰ Brasil. Decreto n.º 5870/06, Anexo I, “Art. 1.º O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, autarquia federal, com sede em Brasília - Distrito Federal, vinculada ao Ministério da Previdência Social, instituída com fundamento no disposto no art. 17 da Lei n.º 8.029, de 12 de abril de 1990, tem por finalidade promover o reconhecimento, pela Previdência Social, de direito ao recebimento de benefícios por ela administrados, assegurando agilidade, comodidade aos seus usuários e ampliação do controle social.”

Os *serviços* são prestações consubstanciadas em ações voltadas à reabilitação profissional dos segurados e dependentes e à sua orientação em relação aos seus direitos sociais¹¹¹.

O rol das prestações, ou plano de benefícios, do Regime Geral vem expresso no art. 18 da Lei n.º 8.213/91. Para o segurado, são previstos os benefícios *aposentadoria por invalidez; aposentadoria por idade; aposentadoria por tempo de contribuição; aposentadoria especial; auxílio-doença; salário-família; salário-maternidade e auxílio-acidente* (art. 18, I). Para os dependentes, os benefícios são: ***pensão por morte*** e *auxílio-reclusão* (art. 18, II). Quanto aos serviços, segurados e dependentes fazem jus ao *serviço social* e à *reabilitação profissional* (art. 18, III)¹¹².

2.2.2 Beneficiários do Regime Geral

O art. 10 da Lei n.º 8.213/91¹¹³ chama de beneficiários as pessoas físicas titulares do direito subjetivo às prestações do Regime Geral da Previdência Social, classificando-os em segurados e dependentes.

¹¹¹ Brasil. Lei n.º 8.213/91. “Art. 88. Compete ao Serviço Social esclarecer junto aos beneficiários seus direitos sociais e os meios de exercê-los e estabelecer conjuntamente com eles o processo de solução dos problemas que emergirem da sua relação com a Previdência Social, tanto no âmbito interno da instituição como na dinâmica da sociedade” e “Art. 89. A habilitação e a reabilitação profissional e social deverão proporcionar ao beneficiário incapacitado parcial ou totalmente para o trabalho, e às pessoas portadoras de deficiência, os meios para a (re)educação e de (re)adaptação profissional e social indicados para participar do mercado de trabalho e do contexto em que vive”.

¹¹² Brasil. Lei n.º 8.213/91. “Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços: I - quanto ao segurado: a) aposentadoria por invalidez; b) aposentadoria por idade; c) aposentadoria por tempo de contribuição; d) aposentadoria especial; e) auxílio-doença; f) salário-família; g) salário-maternidade; h) auxílio-acidente; II - quanto ao dependente: a) pensão por morte; b) auxílio-reclusão; III - quanto ao segurado e dependente: b) serviço social; c) reabilitação profissional. § 1.º Somente poderão beneficiar-se do auxílio-acidente os segurados incluídos nos incisos I, VI e VII do art. 11 desta Lei. § 2.º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social-RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado. § 3.º O segurado contribuinte individual, que trabalhe por conta própria, sem relação de trabalho com empresa ou equiparado, e o segurado facultativo que contribuam na forma do § 2.º do art. 21 da Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991, não farão jus à aposentadoria por tempo de contribuição.

¹¹³ Lei 8.213/91. “Art. 10. Os beneficiários do Regime Geral de Previdência Social classificam-se como segurados e dependentes, nos termos das Seções I e II deste capítulo.”.

O Regime Geral destina-se a toda a população que exerce atividade econômica lícita, com exceção dos servidores públicos e militares, protegidos por regimes próprios. Outras categorias – estudantes, donas-de-casa – também podem ingressar no sistema, como segurados facultativos. Para o jurista Luis Roberto Barroso, o Regime Geral da Previdência Social é “[...] um dos sistemas previdenciários mais abrangentes do mundo”¹¹⁴.

Marcelo Leonardo Tavares¹¹⁵ vai mais longe, ao considerar que, apesar da exceção feita aos servidores públicos, o Regime Geral é universal. Para ele, ainda, o fato deste exigir vínculo jurídico entre o Estado e o segurado, não descaracteriza a sua *universalidade*. Essa exigência, para nós, não é fator que prejudique a universalidade no atendimento pretendida. O mesmo não se pode dizer em relação à existência de regimes próprios destinados aos servidores públicos. A nosso ver, o fato de o Regime Geral não abranger a totalidade da população ativa e, ainda, a imposição de períodos de carência e a existência de desigualdades¹¹⁶, mesmo entre seus participantes, são fatores que impedem que se alcance, mesmo na esfera jurídica, a universalidade e a uniformidade do atendimento, circunstância agravada pelo fato de milhões de pessoas trabalharem na informalidade, ou em condições que não lhes permitam contribuir regularmente, estando excluídas, portanto, da proteção previdenciária.

Essa realidade levou o legislador a emendar a Constituição Federal em 2003, com a EC n.º 41, e novamente em 2005, pela EC n.º 47, para, alterando seu art. 201, § 12 e 13, determinar que fosse criado um “sistema especial de inclusão previdenciária”, com alíquotas e carências inferiores, para trabalhadores de baixa renda e não trabalhadores que se dediquem ao trabalho doméstico em sua própria residência, pertencentes a famílias de baixa renda.

¹¹⁴ BARROSO, Luis Roberto. Constitucionalidade e legitimidade da Reforma da Previdência. In: TAVARES, Marcelo Leonardo (Org.). *A Reforma da Previdência Social: Temas Polêmicos e Aspectos Controvertidos*. p. 53.

¹¹⁵ TAVARES, Marcelo Leonardo. *Previdência e Assistência Social*. p. 190-1.

¹¹⁶ Como exemplos, apontamos a não cobertura, para os empregados domésticos, do risco da incapacidade parcial resultante de acidente do trabalho; para concessão do salário-maternidade, o tratamento desigual dado às categorias de seguradas, exigindo-se das contribuintes facultativas, individuais e seguradas especiais o cumprimento de carência, enquanto para as seguradas empregadas, trabalhadoras avulsas e empregadas domésticas a concessão independe de qualquer carência. Também o valor do referido benefício é fixado com base em critérios distintos. Para a empregada doméstica, contribuinte individual e facultativa, está limitado ao teto do salário-de-contribuição, para outras, essa limitação não existe.

Supostamente com essa finalidade – incluir trabalhadores de baixa renda – o legislador criou um plano previdenciário com contribuição e cobertura distintas das praticadas no Regime Geral, que foi denominado “Plano Simplificado de Previdência Social”. A nosso ver, este plano não atendeu ao mandamento constitucional, conforme sustentamos adiante, no item 2.2.3.

2.2.2.1 Segurados

As pessoas físicas diretamente vinculadas ao regime geral são chamadas de *segurados*¹¹⁷. Esse vínculo é automático para todos que exercem atividade laborativa ou atividade econômica (exceto serviço público e militar), designados, por isso, *segurados obrigatórios*, conforme dispõem os arts. 11 e 12 da Lei n.º 8.213/91. Na inexistência de atividade econômica, o vínculo pode se estabelecer por opção do indivíduo, que se torna *segurado facultativo*, nos termos do art. 13 da mesma Lei n.º 8.213/91.

É vedado o ingresso, no Regime Geral, mesmo na condição de segurado facultativo, de servidores civis e militares amparados por regime próprio de previdência (art. 12 da Lei n.º 8.213/91 e § 5.º do art. 201 da CF¹¹⁸).

Feita a ressalva, constata-se que a atividade econômica remunerada, desde que não ilícita, vincula o trabalhador ao regime geral. Assinala-se que a filiação como facultativo não se destina a trazer para o regime geral

¹¹⁷ Art. 10. Os beneficiários do Regime Geral de Previdência Social classificam-se como segurados e dependentes, nos termos das Seções I e II deste capítulo.

¹¹⁸ Lei 8.213/91. “Art. 12. O servidor civil ocupante de cargo efetivo ou o militar da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, bem como o das respectivas autarquias e fundações, são excluídos do Regime Geral de Previdência Social consubstanciado nesta Lei, desde que amparados por regime próprio de previdência social.”

Brasil. Constituição Federal (1988) “Art. 201, § 5.º. É vedada a filiação ao regime geral de previdência social, na qualidade de segurado facultativo, de pessoa participante de regime próprio de previdência.”

trabalhadores informais, os quais, na verdade, enquadram-se como segurados obrigatórios. Assim, tal prática consistiria em explícita distorção do sistema.

Nota-se, ainda, que não há distinção entre segurados urbanos e rurais.

Passamos a seguir a tratar, sucintamente, das diversas categorias de segurados.

Os **segurados obrigatórios** estão enumerados nos incisos do art. 11 da Lei n.º 8.213/91, subdivididos nas seguintes espécies ou classes: empregado, empregado doméstico, contribuinte individual, avulso e segurado especial.

Os **segurados empregados** vêm relacionados nas alíneas do inciso I do referido art. 11 da Lei n.º 8.213/91¹¹⁹. São aqueles que prestam serviço remunerado, com pessoalidade, subordinação e habitualidade, atendendo os requisitos previstos no art. 3.º da Consolidação das Leis do Trabalho¹²⁰. São também os trabalhadores temporários, que prestam serviços para atender necessidade transitória de mão-de-obra, conforme legislação específica¹²¹; os brasileiros que, contratados por empresas nacionais ou pela União, trabalham no

¹¹⁹ Lei 8.231/91. “Art. 11. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas: I - como empregado: a) aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural à empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado; b) aquele que, contratado por empresa de trabalho temporário, definida em legislação específica, presta serviço para atender a necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços de outras empresas; c) o brasileiro ou o estrangeiro domiciliado e contratado no Brasil para trabalhar como empregado em sucursal ou agência de empresa nacional no exterior; d) aquele que presta serviço no Brasil a missão diplomática ou a repartição consular de carreira estrangeira e a órgãos a elas subordinados, ou a membros dessas missões e repartições, excluídos o não-brasileiro sem residência permanente no Brasil e o brasileiro amparado pela legislação previdenciária do país da respectiva missão diplomática ou repartição consular; e) o brasileiro civil que trabalha para a União, no exterior, em organismos oficiais brasileiros ou internacionais dos quais o Brasil seja membro efetivo, ainda que lá domiciliado e contratado, salvo se segurado na forma da legislação vigente do país do domicílio; f) o brasileiro ou estrangeiro domiciliado e contratado no Brasil para trabalhar como empregado em empresa domiciliada no exterior, cuja maioria do capital votante pertença a empresa brasileira de capital nacional; g) o servidor público ocupante de cargo em comissão, sem vínculo efetivo com a União, Autarquias, inclusive em regime especial, e Fundações Públicas Federais. h) o exercente de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, desde que não vinculado a regime próprio de previdência social; i) o empregado de organismo oficial internacional ou estrangeiro em funcionamento no Brasil, salvo quando coberto por regime próprio de previdência social; j) o exercente de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, desde que não vinculado a regime próprio de previdência social; [...]”

¹²⁰ Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). “Art. 3.º. Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.”

¹²¹ Lei 6.019/74. “Art. 2.º - Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou à acréscimo extraordinário de serviços.”

exterior; os servidores ocupantes de cargo em comissão; os exercentes de mandato eletivo desde que não vinculados a regime próprio, entre outros. Note-se que o conceito previdenciário de empregado não coincide integralmente com aquele do direito do trabalho, comportando equiparações¹²².

Os **empregados domésticos**, conforme inciso II do art. 11 da Lei n.º 8.213/91¹²³, são aqueles que trabalham no âmbito residencial e sem fins lucrativos, de forma habitual, subordinada, pessoal e remunerada, acompanhando conceito da legislação trabalhista (alínea “a” do art. 7.º da CLT¹²⁴).

A espécie **contribuinte individual** abarca diferentes subespécies, reunidas em razão de uma disciplina contributiva comum¹²⁵ – daí serem identificadas como “contribuintes” individuais¹²⁶. Inclui empresários, sócios de empresas, diretores de sociedade anônima, trabalhadores autônomos, produtores rurais, ministros de confissão religiosa, médicos residentes, diretores de cooperativa, entre outros, relacionados nas alíneas do inciso V, do art. 11 da Lei n.º 8.213/91¹²⁷. Os

¹²² TSUTIYA, Augusto Massayuki. op. cit., p. 74

¹²³ Lei 8.213/91. “Art. 11. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas: [...] II - como empregado doméstico: aquele que presta serviço de natureza contínua a pessoa ou família, no âmbito residencial desta, em atividades sem fins lucrativos; [...]”

¹²⁴ Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). “Art. 7.º. a) aos empregados domésticos, assim considerados, de um modo geral, os que prestam serviços de natureza não-econômica à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas.”

¹²⁵ A contribuição social do contribuinte individual é de 20% sobre o respectivo salário-de-contribuição (art. 21 da Lei n.º 8.212/91). Deve ser recolhida por sua própria iniciativa, quando presta serviço a pessoa física (art. 30, II, Lei n.º 8.212/91), pela pessoa jurídica que o remunera (art. 4.º, Lei n.º 10.666/03) ou pela cooperativa de trabalho. Na hipótese de prestação de serviço a pessoa jurídica, o contribuinte individual pode deduzir, de sua contribuição mensal, até o limite de 9% desta, 45% do valor da contribuição devida pela empresa sobre sua remuneração, o que representa redução da sua alíquota de 20% para até 11% (§ 4.º do art. 30, Lei n.º 8.212/91).

¹²⁶ ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Esmafe, 2007, p. 63-64.

¹²⁷ Brasil. Lei n.º 8.231/91. “Art. 11 [...] V - como contribuinte individual: a) a pessoa física, proprietária ou não, que explora atividade agropecuária ou pesqueira, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou por intermédio de prepostos e com auxílio de empregados, utilizados a qualquer título, ainda que de forma não contínua; b) a pessoa física, proprietária ou não, que explora atividade de extração mineral - garimpo, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou por intermédio de prepostos, com ou sem o auxílio de empregados, utilizados a qualquer título, ainda que de forma não contínua; c) o ministro de confissão religiosa e o membro de instituto de vida consagrada, de congregação ou de ordem religiosa; e) o brasileiro civil que trabalha no exterior para organismo oficial internacional do qual o Brasil é membro efetivo, ainda que lá domiciliado e contratado, salvo quando coberto por regime próprio de previdência social; f) o titular de firma individual urbana ou rural, o diretor não empregado e o membro de conselho de administração de sociedade anônima, o sócio solidário, o sócio de indústria, o sócio gerente e o sócio cotista que recebam remuneração decorrente de seu trabalho em empresa urbana ou rural, e o associado eleito para cargo de direção em cooperativa, associação ou entidade de qualquer natureza ou finalidade, bem como o síndico ou administrador eleito para exercer atividade de direção condominial, desde que recebam remuneração; g) quem presta serviço de natureza urbana ou rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego; h) a pessoa física

cooperados também são considerados contribuintes individuais, conforme teor do § 1.º do art. 4.º da Lei n.º 10.666/03¹²⁸. O principal traço distintivo do segurado contribuinte individual é o exercício de atividade econômica ou empresarial sem relação de emprego.

Os **trabalhadores avulsos** (art. 11, inciso VI, da Lei n.º 8.213/91¹²⁹), consoante conceito do direito do trabalho, prestam serviços a várias empresas, em geral por intermédio de entidade de classe. Exemplo clássico é o estivador.

Segurados especiais são produtores, parceiros, meeiros, arrendatários rurais, pescadores artesanais e assemelhados que “exerçam suas atividades, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, bem como seus respectivos cônjuges ou companheiros e filhos maiores de quatorze anos¹³⁰ ou a eles equiparados, desde que trabalhem, comprovadamente, com o grupo familiar respectivo”, nos termos do inciso VII do art. 11 da Lei n.º 8.213/91¹³¹.

Logo, os requisitos para que o produtor rural seja considerado segurado especial são o exercício de atividade econômica rural individual ou em regime de economia familiar e a ausência de empregados. O conceito de economia familiar é dado pelo § 1.º do art. 11, que alude à “atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de

que exerce, por conta própria, atividade econômica de natureza urbana, com fins lucrativos ou não; [...]”

¹²⁸ Brasil. Lei n.º 10.666/03. “Art. 4.º [...] § 1.º As cooperativas de trabalho arrecadarão a contribuição social dos seus associados como contribuinte individual e recolherão o valor arrecadado até o dia quinze do mês seguinte ao de competência a que se referir.”

¹²⁹ Brasil. Lei n.º 8.231/91. “Art. 11 [...] VI - como trabalhador avulso: quem presta, a diversas empresas, sem vínculo empregatício, serviço de natureza urbana ou rural definidos no Regulamento; [...]”

¹³⁰ Embora conste do texto “14 anos”, considera-se o limite de 16 anos desde a Emenda Constitucional n.º 20, de 15 de dezembro de 1998, que alterou o inciso XXXIII do art. 7.º da CF, vedando o trabalho aos menores de 16 anos. O novo limite, constitucional, já foi incorporado ao Decreto 3.048/99 (Regulamento da Previdência Social), cujo § 2.º de seu art. 18 diz: “a inscrição do segurado em qualquer categoria mencionada neste artigo exige a idade mínima de dezesseis anos”.

¹³¹ Brasil. Lei n.º 8.231/91. “Art. 11 [...] VII - como segurado especial: o produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais, o garimpeiro, o pescador artesanal e o assemelhado, que exerçam suas atividades, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, bem como seus respectivos cônjuges ou companheiros e filhos maiores de 14 (quatorze) anos ou a eles equiparados, desde que trabalhem, comprovadamente, com o grupo familiar respectivo.”

empregados”¹³², hipótese em que a condição de segurado especial é extensiva a todos os membros da família que participam da atividade.

São pequenos produtores que trabalham por conta própria e receberam atenção especial do constituinte. O § 8.º do art. 195 da Constituição Federal¹³³ determina que a base de cálculo da contribuição destes segurados será “o resultado da comercialização da produção”. Em contrapartida, “farão jus aos benefícios nos termos da lei”. Vê-se que a norma constitucional não fixa alíquota, e consigna que as prestações a que os segurados especiais terão direito serão definidas em lei, do que se infere que, de fato, o constituinte não só autorizou, mas também incumbiu o legislador ordinário de dar tratamento jurídico diferenciado para esta espécie de trabalhador, especialmente do ponto de vista do custeio¹³⁴.

Assim, o legislador ordinário criou, dentro do regime geral, um regime diferenciado para o segurado especial, que contribui pela alíquota de 2% (dois por cento) sobre a receita bruta auferida com a venda de sua produção, mais 0,1% (um décimo por cento) para cobertura de acidente do trabalho¹³⁵ e 0,2% (dois décimos por cento) para o Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (SENAR)¹³⁶, e tem direito a todos os benefícios do regime geral, calculados sobre a média das bases de cálculo das contribuições recolhidas no período de um ano¹³⁷.

¹³² Brasil. Lei n.º 8.213/91. “Art. 11 [...] § 1.º Entende-se como regime de economia familiar a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados. [...]”.

¹³³ Brasil. Constituição Federal (1988). “Art. 195 [...] § 8.º O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei.”

¹³⁴ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2003, p. 157.

¹³⁵ Brasil. Lei n.º 8.212/91. “Art. 25. A contribuição do empregador rural pessoa física, em substituição à contribuição de que tratam os incisos I e II do art. 22, e a do segurado especial, referidos, respectivamente, na alínea a do inciso V e no inciso VII do art. 12 desta Lei, destinada à Seguridade Social, é de: I - 2% da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção; II - 0,1% da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção para financiamento das prestações por acidente do trabalho.”

¹³⁶ Brasil. Lei n.º 9.528/97. “Art. 6.º A contribuição do empregador rural pessoa física e a do segurado especial, referidos, respectivamente, na alínea a do inciso V e no inciso VII do art. 12 da Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991, para o Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (SENAR), criado pela Lei n.º 8.315, de 23 de dezembro de 1991, é de zero vírgula dois por cento, incidente sobre a receita bruta proveniente da comercialização de sua produção rural.”

¹³⁷ Brasil. Lei n.º 8.213/91. “Art. 29. O salário-de-benefício consiste: [...] § 6.º No caso de segurado especial, o salário-de-benefício, que não será inferior ao salário mínimo, consiste: I - para os benefícios de que tratam as alíneas b e c do inciso I do art. 18, em um treze avos da média aritmética simples dos maiores valores sobre os quais incidiu a sua contribuição anual, correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, multiplicada pelo fator

Quanto ao segurado facultativo, que ingressa no sistema por opção e iniciativa própria, conforme lhe faculta a norma contida no art. 13 da Lei 8.213/91¹³⁸, deve ser, necessariamente, maior de dezesseis anos¹³⁹, e não estar sujeito a nenhum dos regimes obrigatórios.

2.2.2.1.1 Aquisição e manutenção da qualidade de segurado

Enquadrando-se o sujeito em uma das espécies de segurados, se estabelece, entre ele e a previdência social, um vínculo jurídico, abstrato, designado *filiação*, do qual decorrem relações jurídicas que geram, para o sujeito, obrigações – principalmente a de contribuir para o financiamento do sistema, e direitos – especialmente de gozar dos benefícios previdenciários. Para a previdência social, nasce, relativamente a este sujeito, o direito às contribuições e o dever de protegê-lo contra os riscos sociais cobertos.

No caso dos segurados obrigatórios, a filiação é automática, ou seja, o exercício de atividade econômica prevista na legislação previdenciária vincula automática e obrigatoriamente o trabalhador à previdência, que adquire a condição de segurado. Quanto aos facultativos, visto que a filiação depende da sua vontade, esta só se efetua mediante o ato que represente esta opção, que é a inscrição junto ao INSS e o pagamento da primeira contribuição, conforme consigna o art. 20 e parágrafo único do Decreto n.º 3.048/99 (Regulamento da Previdência Social)¹⁴⁰. Assim, a filiação é o vínculo jurídico, abstrato, entre a previdência social e a pessoa física e que confere a esta a qualidade de segurado.

previdenciário; II - para os benefícios de que tratam as alíneas *a*, *d*, *e* e *h* do inciso I do art. 18, em um treze avos da média aritmética simples dos maiores valores sobre os quais incidiu a sua contribuição anual, correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo.”

¹³⁸ Brasil. Lei n.º 8.213/91 “Art. 13. É segurado facultativo o maior de 14 (quatorze) anos que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social, mediante contribuição, desde que não incluído nas disposições do art. 11.”

¹³⁹ Vide comentários feitos na nota de rodapé n.º 123.

¹⁴⁰ Brasil. Decreto n.º 3.048/99. “Art.20. Filiação é o vínculo que se estabelece entre pessoas que contribuem para a previdência social e esta, do qual decorrem direitos e obrigações. Parágrafo único. A filiação à previdência social decorre automaticamente do exercício de atividade remunerada para os segurados obrigatórios e da inscrição formalizada com o pagamento da primeira contribuição para o segurado facultativo.”

A *inscrição*, por sua vez, é a formalização dessa filiação, o cadastramento do segurado junto ao INSS, mediante apresentação de documentos e registro dos dados pertinentes.

Uma vez adquirida, a manutenção da qualidade de segurado depende, regra geral, da manutenção dos pressupostos da filiação, ou seja, do exercício de atividade remunerada de vinculação compulsória ao regime, para os segurados obrigatórios, e do pagamento das contribuições, para os facultativos. Entretanto, o segurado mantém essa condição por período que varia de seis a trinta e seis meses após a cessação dos pressupostos de filiação à previdência e independentemente de contribuição – chamado de período “de graça” – bem como enquanto estiver em gozo de benefício previdenciário, entre outras hipóteses, consignadas no art. 15 da Lei n.º 8.213/91¹⁴¹.

Ressalvadas essas hipóteses, o não preenchimento dos requisitos da filiação implica na perda da qualidade de segurado. Assim, deixando de exercer atividade laborativa ou de recolher contribuições de forma facultativa, e decorrido o período “de graça”, se cabível, o trabalhador ou o contribuinte perdem a qualidade de segurado e os direitos que dela decorrem, resguardados os adquiridos.

Embora não nos caiba, no presente trabalho, tratar com profundidade as normas referentes à filiação e qualidade de segurado, convém ressaltar algumas questões que interferem diretamente no direito aos benefícios e, por conseguinte, à pensão por morte.

Como dissemos, a filiação ao regime enseja o direito à cobertura previdenciária; simultaneamente, nasce a obrigação de contribuir para o regime.

¹⁴¹ Brasil. Lei n.º 8.213/91. “Art. 15. Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições: I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício; II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração; III - até 12 (doze) meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória; IV - até 12 (doze) meses após o livramento, o segurado retido ou recluso; V - até 3 (três) meses após o licenciamento, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar; VI - até 6 (seis) meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo. § 1.º O prazo do inciso II será prorrogado para até 24 (vinte e quatro) meses se o segurado já tiver pago mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado. § 2.º Os prazos do inciso II ou do § 1.º serão acrescidos de 12 (doze) meses para o segurado desempregado, desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social. § 3.º Durante os prazos deste artigo, o segurado conserva todos os seus direitos perante a Previdência Social. § 4.º A perda da qualidade de segurado ocorrerá no dia seguinte ao do término do prazo fixado no Plano de Custeio da Seguridade Social para recolhimento da contribuição referente ao mês imediatamente posterior ao do final dos prazos fixados neste artigo e seus parágrafos.”

Entretanto, não há equivalência, nem reciprocidade (sinalagma) absoluta entre o direito às prestações e o dever de recolher contribuições.

Dessa premissa, inferem-se algumas situações. Na hipótese de inadimplemento da obrigação de contribuir, subsiste, para os segurados obrigatórios, o direito à proteção previdenciária. O mesmo não ocorre em relação aos facultativos, eis que sua vinculação ao regime somente se aperfeiçoa com o recolhimento da contribuição.

Distinguem-se, ainda, entre os segurados obrigatórios, aqueles que não têm a responsabilidade de recolher a própria contribuição, que recai, por força de lei, sobre outra pessoa – física, jurídica ou equiparada à jurídica. No âmbito da relação jurídica tributária, é o que se chama de sujeição passiva por substituição e ocorre com os empregados, inclusive os domésticos, e trabalhadores avulsos. Em relação a esses segurados, provado o exercício de atividade remunerada, vigora a presunção da contribuição, aplicando-se o princípio da automaticidade dos benefícios.

Quanto aos contribuintes individuais e segurados especiais, os mesmos podem ter ou não a obrigação de recolher, por iniciativa própria, suas contribuições, dependendo da espécie de segurado e da pessoa que contrata o seu trabalho. Um dos critérios adotados pela legislação atual consiste na classificação da pessoa que remunera o segurado. Quando o autônomo, por exemplo, presta serviço à *pessoa física*, ou o produtor rural comercializa sua produção no varejo, junto a *pessoas físicas*, têm a obrigação de recolher, por iniciativa própria, as respectivas contribuições; quando a remuneração advém de *pessoa jurídica* ou por intermédio de cooperativa de trabalho, será destes a responsabilidade de arrecadar e recolher as contribuições¹⁴².

Na hipótese de a pessoa jurídica deixar de recolher contribuições previdenciárias de contribuinte individual, não se poderá exigir do segurado o recolhimento, que, para efeito da proteção, presume-se feito, aplicando-se, da mesma forma como acontece com os segurados empregados, o princípio da automaticidade dos benefícios.

¹⁴² Brasil. Lei n.º 10.666/03. “Art. 4.º Fica a empresa obrigada a arrecadar a contribuição do segurado contribuinte individual a seu serviço, descontando-a da respectiva remuneração, e a recolher o valor arrecadado juntamente com a contribuição a seu cargo até o dia 10 (dez) do mês seguinte ao da competência. § 1.º As cooperativas de trabalho arrecadarão a contribuição social dos seus associados como contribuinte individual e recolherão o valor arrecadado até o dia quinze do mês seguinte ao de competência a que se referir.”

Sendo o dever de recolher as contribuições do próprio contribuinte individual, na hipótese de inadimplemento, e até de falta de inscrição, seus dependentes, para receberem a pensão por morte, terão o direito de recolher as contribuições em atraso, conforme prevê o § 1.º do art. 45 da Lei n.º 8.212/91¹⁴³. O dispositivo, que reflete em parte aquela ausência de sinalagmaticidade absoluta, demonstra que o caráter contributivo do regime impõe a cobrança, ainda que com atraso, das contribuições.

Abrem-se parênteses para lembrar que as normas relativas às contribuições sociais das diversas espécies de segurados estão previstas na Lei n.º 8.212/91 e variam conforme a época, devendo-se, portanto, observar a legislação vigente na época da incidência da norma tributária.

2.2.2.2 Dependentes

Dependente é a designação dada a determinadas pessoas físicas, previstas na Lei n.º 8.231/91, cujo sustento seja, pelo menos em parte, suportado pelo segurado, ou seja, pessoas que dele dependam economicamente.

Conforme lição do professor Wagner Balera, “ao identificar, na dependência econômica, a situação de necessidade, o ordenamento jurídico cuida de conferir cobertura ao dependente que, em determinadas circunstâncias, se verá investido da qualidade de sujeito de direitos previdenciários”¹⁴⁴.

As pessoas que podem ser dependentes do segurado estão elencadas nos incisos do art. 16 da Lei n.º 8.213/91. Os parágrafos trazem ainda normas de equiparação e interpretação da dependência:

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;

¹⁴³ Brasil. Lei n.º 8.212/91. “Art. 45. O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados: [...] § 1.º Para comprovar o exercício de atividade remunerada, com vistas à concessão de benefícios, será exigido do contribuinte individual, a qualquer tempo, o recolhimento das correspondentes contribuições.”

¹⁴⁴ BALERA, Wagner. Da proteção social à família. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, p. 214-241, 2003, p. 22.

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

§ 1.º A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.

§ 2.º O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.

§ 3.º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3.º do Art. 226 da Constituição Federal

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

O rol é taxativo e indica três classes de pessoas vinculadas juridicamente ao segurado, por laço de casamento, parentesco, tutela ou a estes equiparados, e que apresentem vínculo de dependência econômica em relação a ele. Representa a extensão da proteção previdenciária à família do segurado.

A proteção conferida pelo Direito Previdenciário aos membros da família se compatibiliza com a solidariedade familiar preconizada pelo art. 229 da Constituição Federal¹⁴⁵ e concretizada pelo Código Civil, que impõe, aos cônjuges, o dever de mútua assistência, e aos pais, o dever de sustentar os filhos (art. 1.566¹⁴⁶). “Dai se infere que entidade familiar é a *primeira rede de proteção social*; em seguida, vem o *Estado*, com seus mecanismos de proteção para os que não podem ser por ela atendidos”, conclui a professora Heloisa Derzi¹⁴⁷.

Nos termos do § 4.º do art. 16, acima transcrito, a dependência econômica é presumida (presunção absoluta) para as pessoas elencadas no inciso I: cônjuge, companheiro/a e filhos menores de vinte e um anos ou inválidos, devendo, para as demais, ser comprovada. Essa presunção privilegia o interesse familiar, de mútua assistência entre os cônjuges e sustento dos filhos, em detrimento do critério previdenciário da real dependência econômica, pondera Derzi¹⁴⁸. A professora ressalta ainda que a proteção previdenciária é financiada por toda a sociedade, com base na solidariedade social, constituindo patrimônio social e não individual do segurado, apto a ser transmitido aos seus herdeiros.

¹⁴⁵ Brasil. Constituição Federal (1988). “Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

¹⁴⁶ Brasil. Código Civil. “Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos.”

¹⁴⁷ DERZI, Heloisa Hernandez. op. cit., p. 215.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 223.

Nessa perspectiva, a presunção de dependência do cônjuge ou companheiro/a, em geral pessoas capazes e muitas vezes economicamente ativas, não se coaduna com a finalidade da proteção previdenciária. No que se refere à pensão por morte, tal distorção é agravada, por ser o benefício, para estes dependentes, vitalício. A presunção absoluta de dependência se perpetua, a despeito da condição social de seu beneficiário.

Miguel Horvath Júnior também critica essa dependência presumida. Para ele, o legislador se baseou numa realidade social na qual as pessoas elencadas no inciso I em geral dependiam economicamente do segurado. “Como a realidade sócio-econômico-familiar modificou-se, melhor seria se a lei exigisse de todos os dependentes comprovação de dependência econômica [...]. Assim, nosso sistema previdenciário estaria mais consentâneo com o princípio da necessidade social”¹⁴⁹.

O art. 16 da Lei n.º 8.213/91 fixa, ainda, em seu § 1.º, uma ordem preferencial e excludente para as três classes de dependentes relacionadas nos incisos I, II e III, respectivamente, de forma que pessoas de uma classe excluem o direito das pessoas das classes seguintes. As pertencentes à mesma classe concorrem em igualdade de posição¹⁵⁰.

Merece crítica a exclusão automática de dependente em razão da existência de outro, de classe preferencial. É perfeitamente viável que duas ou mais pessoas, de classes diferentes, sejam simultaneamente dependentes do segurado. Ou, que uma pessoa da classe preferencial não seja efetivamente dependente econômica do segurado. Nas duas hipóteses, conforme a sistemática vigente, eventual dependente econômico de classe inferior será excluído e, sem direito à proteção, estará desamparado.

De fato, não detectamos justificativa para a adoção dessa ordem excludente que, como dissemos, compromete a proteção de pessoas integrantes da segunda ou terceira classe de dependentes que comprovem dependência econômica do segurado, situação que, a nosso ver, contraria a lógica do sistema previdenciário.

¹⁴⁹ HORVATH JÚNIOR, Miguel. op. cit., p. 167.

¹⁵⁰ SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. *Direito previdenciário avançado*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 184.

O § 2.º equipara, parcialmente, aos filhos do segurado, o enteado e o menor tutelado; parcialmente porque afasta, em relação a estes, a presunção de dependência econômica que vigora para aqueles.

Da mesma forma como ocorre em relação à condição de segurado, a aquisição e a manutenção da condição de dependente se sujeitam ao preenchimento dos respectivos pressupostos, quais sejam, enquadrar-se em uma das classes de dependentes e ser – presumida ou comprovadamente – dependente econômico do segurado.

Satisfeitos esses requisitos, os dependentes do segurado são considerados “*beneficiários* do Regime Geral”, nos termos do “caput” do art. 16, supracitado. Instaura-se, entre os dependentes e a previdência um vínculo jurídico indireto abstrato – ou filiação indireta, intermediada pela relação jurídica que mantêm com o segurado, filiado direto¹⁵¹.

Não obstante seja o vínculo com a previdência social estabelecido de forma indireta, confere ao dependente direito subjetivo às prestações, desde que preenchidos os respectivos requisitos. É direito próprio – ou “*ius proprium*” – que pode ser exercido pelo dependente, diretamente junto ao órgão previdenciário¹⁵².

2.2.2.2.1 Inscrição dos dependentes

O dependente do segurado só deve se inscrever na previdência social, nessa qualidade, “quando do requerimento do benefício a que estiver habilitado”, nos termos do § 1.º do art. 17 da Lei n.º 8.213/91¹⁵³. Isto porque estando os dependentes sujeitos a perder essa condição pela alteração da idade, situação econômica, vínculo com o segurado, é dispensável sua inscrição prévia na previdência social, como se exigia até a edição da Lei n.º 10.403/02, que deu nova redação ao dispositivo em tela. Destarte, ao requerer qualquer das prestações

¹⁵¹ BERBEL, Fábio Lopes Vilela. *Teoria Geral da Previdência Social*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 262.

¹⁵² DERZI, Heloisa Hernandez. op. cit., p. 217-9.

¹⁵³ Brasil. Lei n.º 8.213/91 “Art. 17. O Regulamento disciplinará a forma de inscrição do segurado e dos dependentes. § 1.º Incumbe ao dependente promover a sua inscrição quando do requerimento do benefício a que estiver habilitado. § 2.º O cancelamento da inscrição do cônjuge se processa em face de separação judicial ou divórcio sem direito a alimentos, certidão de anulação de casamento, certidão de óbito ou sentença judicial, transitada em julgado”.

previdenciárias previstas para os dependentes, estes deverão comprovar sua condição atual de dependente.

Quanto ao cônjuge, visto uma maior gama de possibilidades de alteração do vínculo jurídico que mantém com o segurado, e que podem alterar sua condição de dependente e os direitos que dela decorrem, a lei apontou hipóteses de “cancelamento” da sua inscrição, muito embora, sendo ela dispensável, é provável que sequer tenha sido promovida. De qualquer forma, de acordo com o § 2.º do art. 17 da Lei n.º 8.213/91, a separação judicial ou divórcio sem direito a alimentos, a certidão de anulação de casamento, a certidão de óbito ou sentença judicial transitada em julgado (decretando a morte presumida) cancelam ou impedem a inscrição do cônjuge.

O “caput” do art. 17 da Lei n.º 8.213/91 delega ao Poder Executivo, em sua função regulamentar, a tarefa de disciplinar a “forma de inscrição do segurado e do dependente”. Assim, o procedimento administrativo da inscrição do dependente é definido no art. 22 do Decreto n.º 3.048/99, cujos incisos e parágrafos elencam os documentos aptos a comprovar o vínculo e a dependência econômica em relação ao segurado.

2.2.3 Plano Simplificado de Previdência Social

Após a promulgação das emendas constitucionais 41/03 e 47/05, as quais determinaram a criação de um “sistema especial de inclusão previdenciária” para trabalhadores de baixa renda, com alíquotas e carências inferiores¹⁵⁴, sobreveio, em dezembro de 2006, a Lei Complementar n.º 123, comumente denominada “Lei do Super Simples” e que, além de instituir o Estatuto Nacional da

¹⁵⁴ Brasil. Constituição Federal (1988) “Art. 201 § 12.º. Lei disporá sobre sistema especial de inclusão previdenciária para atender a trabalhadores de baixa renda e àqueles sem renda própria que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencentes a famílias de baixa renda, garantindo-lhes acesso a benefícios de valor igual a um salário-mínimo. § 13.º. O sistema especial de inclusão previdenciária de que trata o § 12.º deste artigo terá alíquotas e carências inferiores às vigentes para os demais segurados do regime geral de previdência social.”.

Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, alterou dispositivos das Leis n.º 8.212/91 e n.º 8.213/91¹⁵⁵.

Em relação ao Regime Geral, a principal modificação trazida pela Lei Complementar 123/06 adveio do acréscimo do § 2.º ao art. 21 da Lei n.º 8.212/91¹⁵⁶, que disponibiliza, para segurados facultativos e “contribuintes individuais que trabalhem por conta própria, sem relação de trabalho com empresa ou equiparado” a opção de recolher contribuição mensal de 11% (onze por cento) sobre o salário mínimo – inferior à de 20% (vinte por cento) sobre o salário-de-contribuição, devida no Regime Geral – excluindo-se, em contrapartida, o direito à aposentadoria por tempo de contribuição¹⁵⁷.

Observe-se que estes trabalhadores – o autônomo, o profissional liberal, o empresário, o sócio de empresa – já eram, e permanecem, tipificados como segurados obrigatórios, da espécie contribuinte individual (art. 11, V, da Lei n.º 8.212/91), de forma que o novo mecanismo revela-se não propriamente opcional, nem facultativo, mas alternativo.

O período de contribuição de 11% (onze por cento) não poderá ser computado para fins de aposentadoria por tempo de contribuição ou contagem recíproca, salvo se o segurado complementar as contribuições mensais, com o recolhimento de mais 9% (nove por cento), sobre o salário mínimo, acrescido de juros moratórios¹⁵⁸, conforme dispõe o § 3.º do art. 21 da Lei n.º 8.212/91¹⁵⁹.

¹⁵⁵ A Lei Complementar n.º 123/06 alterou os artigos 21 e 45 da Lei n.º 8.212/91, e 9.º, 18, 55 e 94 da Lei n.º 8.213/91.

¹⁵⁶ Brasil. Lei n.º 8.212/91. “Art. 21. [...] § 2.º. É de 11% (onze por cento) sobre o valor correspondente ao limite mínimo mensal do salário-de-contribuição a alíquota de contribuição do segurado contribuinte individual que trabalhe por conta própria, sem relação de trabalho com empresa ou equiparado, e do segurado facultativo que optarem pela exclusão do direito ao benefício de aposentadoria por tempo de contribuição.”

¹⁵⁷ A Lei Complementar n.º 123/06 deu ainda nova redação aos §§ 1.º, do art. 9.º, e 3.º, do art. 18, ambos da Lei n.º 8.213/91, incluindo a restrição ao direito à aposentadoria por tempo de contribuição para os segurados que optarem pela contribuição de 11%: “Art. 9.º. [...] § 1.º. O Regime Geral de Previdência Social - RGPS garante a cobertura de todas as situações expressas no art. 1.º desta Lei, exceto as de desemprego involuntário, objeto de lei específica, e de aposentadoria por tempo de contribuição para o trabalhador de que trata o § 2.º do art. 21 da Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991. [...] Art. 18. § 3.º. O segurado contribuinte individual, que trabalhe por conta própria, sem relação de trabalho com empresa ou equiparado, e o segurado facultativo que contribuam na forma do § 2.º do art. 21 da Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991, não farão jus à aposentadoria por tempo de contribuição”.

¹⁵⁸ Brasil. Lei n.º 8.213/91. “Art. 55 § 4.º Não será computado como tempo de contribuição, para efeito de concessão do benefício de que trata esta subseção, o período em que o segurado contribuinte individual ou facultativo tiver contribuído na forma do § 2.º do art. 21 da Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991, salvo se tiver complementado as contribuições na forma do § 3.º do mesmo artigo. [...] Art. 94. § 2.º Não será computado como tempo de contribuição, para efeito dos benefícios previstos em regimes próprios de previdência social, o período em que o segurado

A sistemática foi regulamentada pelo Decreto n.º 6.042/07, que alterou dispositivos do Decreto n.º 3.048/99 (Regulamento da Previdência Social), adaptando-os às novas normas. Entre as alterações estão a que determina que estes segurados terão “identificação específica nos registros da Previdência Social” (§ 19 do art. 6.º)¹⁶⁰, e a trata da nova forma de contribuição (art. 199-A)¹⁶¹, repetindo a norma do § 2.º do art. 21 da Lei n.º 8.212/91.

A novidade aparece no inciso III do art. 199-A do Decreto n.º 3.048/99, segundo o qual o contribuinte individual sócio de sociedade empresarial somente poderá optar pela nova sistemática contributiva se a sociedade que integra tiver tido “receita bruta anual, no ano-calendário anterior, de até R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais)”. Em relação ao direito (à contribuição de 11%) dos demais segurados contribuintes individuais que trabalhem por conta própria sem relação de trabalho com empresa ou equiparado, previstos no incisos I do mesmo art. 199-A, o Decreto não impõe limite de renda.

O Ministério da Previdência Social, por sua vez, divulga, em sua página eletrônica, o novo sistema de contribuição, designando-o “Plano Simplificado de Previdência Social (PSPS)”¹⁶². Ali, confirma o limite de R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais) de receita bruta anual para o direito do sócio de sociedade empresarial previsto no Decreto n.º 3.048/99, mas inova, ao estendê-lo ao empresário que, conforme conceito do direito comercial, difere de sócio de empresa.

contribuinte individual ou facultativo tiver contribuído na forma do § 2.º do art. 21 da Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991, salvo se complementadas as contribuições na forma do § 3.º do mesmo artigo.

¹⁵⁹ Brasil. Lei n.º 8.212/91. “Art. 21. [...] 3º O segurado que tenha contribuído na forma do § 2.º deste artigo e pretenda contar o tempo de contribuição correspondente para fins de obtenção da aposentadoria por tempo de contribuição ou da contagem recíproca do tempo de contribuição a que se refere o art. 94 da Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991, deverá complementar a contribuição mensal mediante o recolhimento de mais 9% (nove por cento), acrescido dos juros moratórios de que trata o disposto no art. 34 desta Lei”.

¹⁶⁰ Brasil. Decreto n.º 3.048/99. “Art. 6.º [...] § 19. Os segurados de que trata o art. 199-A terão identificação específica nos registros da Previdência Social.”

¹⁶¹ Brasil. Decreto n.º 3.048/99 “Art. 199-A. A partir da competência em que o segurado fizer a opção pela exclusão do direito ao benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, é de onze por cento, sobre o valor correspondente ao limite mínimo mensal do salário-de-contribuição, a alíquota de contribuição: I - do segurado contribuinte individual, que trabalhe por conta própria, sem relação de trabalho com empresa ou equiparado; II - do segurado facultativo; e III - especificamente quanto às contribuições relativas à sua participação na sociedade, do sócio de sociedade empresária que tenha tido receita bruta anual, no ano-calendário anterior, de até R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais).”

¹⁶² Disponível em <http://www.mpas.gov.br/pg_secundarias/contribuicoes_psp.asp>. Acesso em 25.mar.2008.

Visto que a Lei Complementar n.º 123/06 não consignou renda, nem receita, como critério de enquadramento na nova sistemática, o limite previsto no Decreto n.º 3.048/99 não tem fundamento legal, do que se infere que, independentemente da receita bruta da empresa, seu sócio, assim como o empresário, podem optar pela contribuição de 11% (onze por cento). Não foi a renda, mas sim a relação de trabalho do segurado contribuinte individual que norteou a criação do sistema. A redução da alíquota e da base de cálculo foi disponibilizada para aqueles que trabalham por conta própria, sem relação de trabalho com empresa, entre eles empresários.

Cumpre, assim, perguntar se este “plano simplificado” foi instituído visando à inclusão previdenciária do trabalhador de baixa renda, conforme prevê o §12.º do art. 201 da Constituição Federal, ou o legislador se preocupou tão somente em criar incentivos para atrair profissionais autônomos e pequenos empresários que, embora tenham capacidade de contribuir para a previdência, optam por não o fazer?

Embora não faça referência à norma constitucional, nem a trabalhador de baixa renda, o projeto da Lei Complementar n.º 123/06 tramitou em conjunto com outros projetos de Lei Complementar, entre eles o de n.º 210/04, que, conforme sua exposição de motivos, trouxe a nova contribuição de 11% (onze por cento), “para contemplar o sistema especial de inclusão social previsto na Emenda Constitucional n.º 41, de 19 de dezembro de 2003”. Ainda, segundo o atual Ministro da Previdência Social, Luiz Marinho, o plano simplificado é destinado a “autônomos de baixa renda”¹⁶³.

A nosso ver, a sistemática criada não regulamenta os §§ 12.º e 13.º do art. 201 da Constituição Federal, à medida que contempla alguns trabalhadores autônomos, profissionais liberais e empresários, quer atuem ou não na informalidade e independentemente da renda que auferam. Deixa, assim, de atingir especificamente o trabalhador de baixa renda. Para estes, uma alíquota de 11% (onze por cento), mesmo que incidente sobre o salário mínimo, supera sua capacidade contributiva, principalmente se considerarmos não sua remuneração, mas a “renda domiciliar *per capta* do trabalho”, que corresponde à “soma das rendas do trabalho de todos os membros da família dividida pelo número de membros”, e é

¹⁶³ Discurso do Ministro da Previdência Social, Luiz Marinho, na abertura da segunda etapa do Fórum Nacional de Previdência Social em Brasília, 22 de maio de 2007. Disponível em < http://www.inss.gov.br/pg_secundarias/previdencia_social_12_02-c1.asp.> Acesso em 25.mar.2008.

defendida pelo economista Marcelo Neri, do Centro de Políticas Sociais da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, como a mais adequada para medir a condição social¹⁶⁴.

Ainda, um exame mais atento revela que não houve redução das carências, nem da alíquota de contribuição na forma prevista pelo § 13.º do art. 201 da Constituição Federal, que determina que o sistema de inclusão previdenciária “terá alíquotas e carências inferiores às vigentes para os demais segurados do regime geral de previdência social”. Visto que as alíquotas de contribuição dos segurados variam entre de 8% a 20%, sendo que, para os empregados, são progressivas – 8%, 9% e 11%, conforme a renda auferida¹⁶⁵, a alíquota de 11% não pode ser considerada “inferior às dos demais segurados”. Hoje, para o segurado empregado com salário de até R\$ 911,70, a alíquota é de 8%¹⁶⁶.

Com efeito, tramitam atualmente na Câmara dos Deputados diversos projetos de lei com o propósito de regulamentar os §§ 12.º e 13.º do art. 201 da Constituição Federal, instituindo sistema de inclusão previdenciária. Apensados ao projeto de lei n.º 5.773 de 2005, prevêm, para trabalhadores de baixa renda, alíquotas de 5%, 7%, 8%, 10% ou 11% incidente sobre o salário mínimo, reduzem até pela metade as carências vigentes no Regime Geral e definem segurado de baixa renda como aquele pertencente à família cuja renda mensal *per capita* seja inferior ao salário mínimo ou a meio salário mínimo, entre outras propostas¹⁶⁷.

Afora a questão acerca de promoverem ou não a inclusão previdenciária de trabalhadores de baixa renda, pergunta-se, ainda, se a nova legislação cria um regime de previdência paralelo ou autônomo em relação ao Regime Geral, ou se institui um “subregime”, na expressão usada pela professora Eliane Romeiro Costa¹⁶⁸, ou uma nova categoria de segurado.

¹⁶⁴ NERI, Marcelo. *Desemprego, informalidade e pobreza. Conjuntura Econômica*. Fundação Getúlio Vargas. Abr. 2001, p.58. Disponível em <http://www.fgv.br/libre/cps/artigos/conjuntura/2001/RCE_13-pdf>. Acesso em 19.mar.2008.

¹⁶⁵ Conforme arts. 20 e 21 da Lei n.º 8.212/91.

¹⁶⁶ Portaria Interministerial MPS/MF n.º 77, de 11/03/2008, anexo II.

¹⁶⁷ Projetos de Lei n.ºs 5.773/05, 5.866/05, 5.933/05, 6.366/05, 6.169/05, 6.295/05, que hoje aguardam parecer da Comissão de Finanças e Tributação da Câmara dos Deputados.

¹⁶⁸ COSTA, Eliane Romeiro. *Política Social de Inclusão Previdenciária do Trabalhador de Baixa Renda*. Revista do Núcleo de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Universidade Católica de Goiás. n.º 3, out. 2006. Revista Eletrônica.

Todas as alternativas, a nosso ver, contrariam o ideal de Seguridade Social projetada pela Constituição, com aspiração de ser universal, uniforme, equânime, e instrumento de Justiça Social.

Assim, se considerarmos que há instituição de um regime distinto do Geral, com cobertura e alíquota reduzida para alguns contribuintes, independentemente de sua capacidade contributiva, estamos diante de uma inconstitucionalidade, por violação às normas contidas nos arts. 201, e 194, I e V, da Constituição Federal, que determinam, respectivamente, que a previdência será organizada na forma de *regime geral*, e que a seguridade social se pautará, entre outros, pelos princípios da universalidade e da equidade no custeio. Há autorização constitucional para implantação de alíquotas reduzidas apenas para trabalhadores de baixa renda.

Se, diferentemente, considerarmos que o mecanismo integra o Regime Geral, como “subregime”, ou definindo nova espécie de segurado¹⁶⁹, estamos diante de uma inconstitucionalidade, nesse caso por ofensa ao § 1.º do art. 201 da Constituição Federal, que veda a adoção de critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral, bem como por ofensa aos princípios da universalidade, uniformidade dos benefícios e equidade na forma de participação no custeio.

A nova sistemática fere, ainda, o art. 150, II, da Constituição Federal, que veda o “tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos”, o que ocorre, no presente caso, em relação aos demais segurados do Regime Geral, especialmente os contribuintes individuais. E contraria as disposições contidas no art. 11, caput, e incisos, da Lei n.º 8.213/91, que classificam todos os trabalhadores da iniciativa privada, sem distinção dos que atuam na informalidade, em espécies de segurados obrigatórios, decorrendo deste enquadramento legal direitos e obrigações, independentemente da vontade dos sujeitos envolvidos.

¹⁶⁹ É o que se infere da leitura do § 12.º do art. 201 da Constituição Federal de 1988, que determina que os trabalhadores de baixa renda terão alíquotas e carências inferiores às **dos demais segurados do regime geral**. (grifo nosso).

A propósito, qual o conceito de “informalidade” adotado pelas novas normas? E o significado de “baixa renda”?

A informalidade, porquanto seu vernáculo nos remeta à simples idéia de “ausência de formalidade” e, em relação ao trabalho, àquele “que se faz sem nenhuma formalidade, sem contrato ou carteira de trabalho assinada”¹⁷⁰, analisada sob enfoque econômico-social tem conceito mais específico, correspondendo, conforme o economista Marcelo Neri, à “soma dos autônomos, dos empregados sem carteira e dos não-remunerados”¹⁷¹. O Instituto Brasileiro de Geografia Estatística, por sua vez, realizou pesquisa sobre informalidade no país, estabelecendo como critério para a informalidade a inexistência de contabilidade distinta daquela da família, ainda que tenha um CNPJ, o que significa que informal é aquele não cumpre com as obrigações fiscais¹⁷².

Para nós, a nova legislação adota esses parâmetros, ao contemplar segurados que atuam por conta própria, mediante relações de trabalho sem formalidade que pudesse, por si só, promover sua inscrição na previdência e garantir o recolhimento de contribuições sociais, como ocorre com os segurados empregados, avulsos e contribuintes individuais quando prestam serviço a empresas, que têm seus tributos retidos por quem os remunera.

Sem qualquer vínculo formal de trabalho, prestando serviços apenas para pessoas físicas, o cumprimento da obrigação de contribuir para a previdência depende exclusivamente da iniciativa do segurado que freqüentemente prefere a sonegação. Conforme observa Fábio Zambitte Ibrahim, “a maioria dos trabalhadores autônomos, legalmente definidos como segurados contribuintes individuais, não contribui, em flagrante desrespeito aos preceitos legais”¹⁷³. É a chamada “informalidade voluntária”, opção feita, muitas vezes, por autônomos ou empregados sem carteira assinada, que corrobora com uma “evasão fiscal”, que deve ser combatida com a incorporação de incentivos ‘corretos’ na legislação¹⁷⁴.

A atenção do constituinte derivado dirigiu-se expressamente à necessidade de inclusão daqueles que não possuem renda ou a possuem em

¹⁷⁰ DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA. Instituto Antônio Houaiss, Rio de Janeiro, 2001.

¹⁷¹ NERI, M. op. cit. p. 58.

¹⁷² FOLHA DE SÃO PAULO. Tamanho da informalidade depende de metodologia. 20.abr.2005.

¹⁷³ In TAVARES, Marcelo Leonardo. (coord.); IBRAHIM, Fábio Zambitte; VIEIRA, Marco André Ramos. *Comentários à reforma da previdência*. 3 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p. 126.

¹⁷⁴ NERI, M. op. cit. loc. cit.

condições que inviabilizam sua inscrição no sistema, os quais, nas palavras de Marcelo Tavares, podem ser considerados “segurados especiais urbanos”¹⁷⁵, em alusão à espécie segurado especial.

Desta forma, pode-se observar que a Lei Complementar não configura forma de inclusão da população de baixa-renda, uma vez que não reduziu suficiente e progressivamente a alíquota da contribuição. Além disso, reduziu a base de cálculo da contribuição e, por consequência, dos benefícios, que terão sempre valor mínimo, prejudicando aqueles que percebem mais que o salário mínimo porque, quando precisarem, não terão proteção econômica compatível com sua renda.

Quanto ao conceito de baixa-renda, este é fixado a partir de diferentes critérios e finalidades, como cortes metodológicos. No âmbito do direito previdenciário, cuja cobertura delimita-se pela renda auferida pelo segurado, até o limite máximo do salário-de-contribuição, o parâmetro para baixa-renda é fixado para fins de pagamento de salário-família (art. 65 da Lei n.º 8.213/91) e auxílio-reclusão (art. 80 da Lei n.º 8.213/91), e corresponde atualmente à faixa de remuneração até R\$ 710,08¹⁷⁶. Outra referência, adotada no custeio da previdência, é a tabela progressiva de contribuição dos segurados empregados, cuja menor alíquota, de 8% (oito por cento), se aplica para aqueles que percebem até R\$ 911,70¹⁷⁷.

Do que foi exposto, vislumbra-se que a preocupação com a inclusão previdenciária envolve a questão do trabalho informal e a do trabalhador de baixa renda; são questões distintas, que podem ou não ser coincidentes. É fato que existem inúmeros trabalhadores de baixa renda no mercado formal, os quais contribuem com alíquotas proporcionalmente altas, bem como trabalhadores informais com renda elevada. Para todos os trabalhadores de baixa renda deve ser instituído sistema com alíquotas e carências reduzidas, conforme prevê a constituição. Em relação ao trabalho informal, cujo interesse extrapola o direito previdenciário, são necessários regimes tributários e trabalhistas simplificados, capazes de estimular a formalização, e que, por consequência, levem à inclusão previdenciária.

¹⁷⁵ TAVARES, Marcelo Leonardo. (coord.); IBRAHIM, Fábio Zambitte; VIEIRA, Marco André Ramos. op.cit, p. 125.

¹⁷⁶ Portaria Interministerial MPS/MF n.º 77, de 11/03/2008, art. 5.º.

¹⁷⁷ Portaria Interministerial MPS/MF n.º 77, de 11/03/2008, anexo II.

Somente assim se estaria respeitando a lógica da nossa previdência social que, mediante contribuição fixada com eqüidade, garante a proteção econômica do indivíduo que vive de sua remuneração e sem a qual se vê em situação de necessidade – razão pela qual torna-se imprescindível a adoção de um critério objetivo, capaz de definir, em nossa realidade sócio-econômica, qual a faixa considerada “de baixa-renda”.

Concluimos, ainda, que a inclusão do trabalhador “informal” nos moldes definidos pela Lei Complementar n.º 123/06 não é íntegra. Ao contrário, cria redutos dentro do ambiente que deveria ser único e comum.

CAPÍTULO III. A MORTE COMO RISCO SOCIAL E OS BENEFICIÁRIOS DA PENSÃO POR MORTE

3.1 A morte como risco social

Aqui, cabe retomar brevemente a noção de *risco social*, tratada, anteriormente, no capítulo I, subtítulo 1.2.1. Ali se concluiu que o risco social é uma contingência, consistente na possibilidade de ocorrência de um fato, cuja consequência será sempre a necessidade social, entendida como a ausência de condições materiais que garantam uma existência digna, assim considerada de acordo com critérios – sócio-econômicos e culturais – da comunidade em que se insere.

Com a morte do segurado que sustentava, ou colaborava no sustento da sua família, há uma perda imediata no rendimento familiar, a qual pode levar seus membros a uma situação de desamparo e necessidade que fundamentará a proteção social, realizada por meio do benefício da *pensão por morte*, disciplinada nos arts. 74 a 79, da Lei n.º 8.213/91.

Destarte, o evento legalmente previsto e que poderá ensejar a proteção é a morte de quem se depende economicamente, nos termos do art. 1.º da Lei n.º 8.213/91. O risco protegido é a sobrevivência dos que dependiam economicamente do segurado falecido. O fundamento para a proteção, consubstanciada na concessão de um benefício pecuniário, é, conforme a professora doutora Heloisa Hernandez Derzi, “o efeito negativo que a falta do suporte econômico provoca nas pessoas sem condições de, por si só, realizar o próprio sustento¹⁷⁸”.

Assim, a morte daquele que trabalha só se configura como *risco social* na existência de parentes legalmente previstos que dependessem, parcial ou exclusivamente, da sua remuneração para viver.

3.2 Conceito de morte no Regime Geral

¹⁷⁸ DERZI, Heloisa Hernandez. op. cit., p. 207.

O art. 1.º do Código Civil diz que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

O vocábulo *pessoa*, na Constituição Federal, tem o significado de ser humano, sem distinção de sexo, idade, credo ou raça¹⁷⁹. Por sua vez, a expressão *pessoa capaz de direitos e deveres*, na ordem civil, refere-se à personalidade, pessoa enquanto ser social, sujeito de direitos, deveres, relações jurídicas.

O exercício desses direitos, todavia, encontra diversos limites, entre eles a capacidade da pessoa realizar por si os atos da vida civil, conforme os critérios estabelecidos em nosso ordenamento.

O Código Civil restringe totalmente a capacidade para a prática de atos jurídicos aos menores de dezesseis anos, aos que por enfermidade ou deficiência mental não tiverem o necessário discernimento para realizar os atos civis e, por fim, àqueles que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade, considerando-os “absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil”¹⁸⁰. Porquanto sejam sujeitos de direitos, devem ser *representados* para o exercício de atos jurídicos.

Ainda, são considerados *relativamente incapazes*¹⁸¹ para a prática de certos atos ou da maneira de exercê-los os maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos, os ébrios, os viciados, os portadores de deficiência mental com discernimento reduzido e os excepcionais sem desenvolvimento mental completo. Necessitam, para o exercício de certos direitos, serem *assistidos*.

A personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida, ficando a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, como dispõe o art. 2.º do Código Civil¹⁸². A extinção da personalidade natural, por seu turno, ocorre

¹⁷⁹Brasil. Constituição Federal (1988). “Art.1.º. A República Federativa do Brasil [...] tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana; [...]”

¹⁸⁰Brasil. Código Civil, art. 3.º

¹⁸¹Brasil. Código Civil, art.4.º

¹⁸²Brasil. Código Civil, “Art. 2.º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

com a morte, *real* ou *presumida*, nos termos dos arts. 6.º e 7.º do mesmo diploma legal¹⁸³.

De forma geral, o direito previdenciário acompanha os conceitos jurídicos de morte previstos pelo Código Civil, ou seja, *morte real* e *morte presumida*, sendo que esta última pode ser por *ausência* ou devido à *probabilidade* da morte em situações de perigo de vida, como em acidentes, catástrofes e guerra, quando não se encontra ou não se identifica o corpo.

A matéria mostra-se especificamente relevante tendo em vista ser a *morte* do segurado fato capaz de ensejar a concessão do benefício pecuniário – pensão por morte – aos seus dependentes.

3.2.1 Morte real

A morte real é comprovada pelo atestado de óbito emitido por cartório de registro de nascimentos, casamentos e óbitos, com base em atestado médico, se houver no lugar, ou de duas pessoas qualificadas que tenham presenciado ou verificado a morte¹⁸⁴.

Nosso Código Civil não estabelece critério para se definir o momento exato da morte. Assim, para aferição de sua ocorrência, utiliza-se conceitos extraídos da ciência médica, que fixa como marco do óbito a morte cerebral, constatada através de eletroencefalograma que indique, pela posição inalterada da linha isoeletrica, a ausência de impulsos elétricos cerebrais. Em se verificando essa situação por mais de uma hora e certificando-se a paralisação das atividades respiratórias e cardíacas, afirma-se a ocorrência do óbito¹⁸⁵.

¹⁸³ Brasil. Código Civil,. “Art. 6.º. A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura da sucessão definitiva. Art. 7.º. Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência: I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida; II – se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até 2 (dois) anos após o término da guerra. Parágrafo único: A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento”.

¹⁸⁴ Brasil. Lei n.º 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos), arts. 1.º e 2.º.

¹⁸⁵ ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coord.) *Comentários ao Código Civil Brasileiro: parte geral*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 75-6.

Para o direito previdenciário, no que se refere à pensão por morte, é irrelevante a *causa mortis*. Não obstante, importa para a previdência social saber se a morte decorre de acidente do trabalho, à medida que é responsável pelo controle estatístico destes infortúnios no país.

3.2.2 Morte presumida em casos de acidente, catástrofe e guerra

Havendo extrema probabilidade da morte em situações de perigo de vida, como em acidentes, catástrofes e guerra, quando não se encontra ou não se identifica o corpo do segurado, declara-se a morte presumida, prevista no art. 7.º do Código Civil¹⁸⁶.

A presunção da morte só pode ser declarada após o esgotamento das buscas da pessoa e das investigações acerca do acidente ou catástrofe, “devendo a sentença fixar a data provável do falecimento”, determina o parágrafo único do referido art. 7.º. Nos casos de desaparecimento ou aprisionamento em guerra, a morte só será presumida após dois anos do término desta (art. 7.º, II, CC).

Havendo como comprovar, junto à previdência social, que o segurado desapareceu em consequência de acidente, desastre ou catástrofe, será desnecessária, para concessão da pensão por morte, a declaração judicial de morte presumida, bem como o esgotamento de qualquer prazo, dispõe o § 1.º do art. 78 da Lei n.º 8.213/91¹⁸⁷.

3.2.3 Morte presumida por ausência

¹⁸⁶ Brasil. Código Civil. “Art. 7.º Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência: I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida; II - se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra. Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.

¹⁸⁷ Brasil. Lei n.º 8.213/91. “Art. 78. Por morte presumida do segurado, declarada pela autoridade judicial competente, depois de 6 (seis) meses de ausência, será concedida pensão provisória, na forma desta Subseção. § 1.º Mediante prova do desaparecimento do segurado em consequência de acidente, desastre ou catástrofe, seus dependentes farão jus à pensão provisória independentemente da declaração e do prazo deste artigo.”

O instituto da ausência originou-se nos séculos XIX e XX, como conjunto de normas destinadas a regular as situações jurídicas das pessoas desaparecidas do ambiente em que viviam e mantinham suas relações sociais, especialmente em relação a seus familiares, credores e devedores. Destinava-se, inicial e principalmente, a proteger interesses patrimoniais do desaparecido e de seus herdeiros, propósito que foi, ao longo do século XX, cedendo espaço para funções mais sociais, como, por exemplo, regular a proteção previdenciária da sua família¹⁸⁸.

Essa origem explica o enfoque patrimonialista dado ainda hoje pelo nosso ordenamento jurídico à *ausência*, que, apesar de ser prevista no Capítulo I - *Da Personalidade e da Capacidade*, do Título I – *Das Pessoas Naturais*, do Livro I – *Das Pessoas*, do novo Código Civil, é disciplinada através de normas relativas à curadoria e sucessão – provisória e definitiva – dos bens do ausente.

Não obstante, hoje se compreende o instituto como meio de proteção dos interesses do desaparecido e de sua família, interesses que vão além dos direitos patrimoniais e sucessórios, atingindo questões relativas ao casamento, poder familiar e adoção, entre outros. Assim, é instrumento que tem como escopo resguardar direitos inerentes à personalidade e dignidade do indivíduo, tais como, a liberdade, a intimidade e a segurança¹⁸⁹.

Diz o art. 6.º do Código Civil que “a existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva”. O art. 22 do mesmo diploma legal define ausência como sendo o desaparecimento de uma pessoa do seu domicílio, sem dela haver notícia, se não houver deixado representante ou procurador a quem caiba administrar-lhe os bens. A ausência, elucida Wanderlei de Paula Barreto¹⁹⁰, além de refletir o desconhecimento quanto ao paradeiro, deve suscitar nos interessados dúvidas quanto à sua vida.

¹⁸⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Da ausência. *Revista dos Tribunais*. v. 822, p. 28-51. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril. 2003.

¹⁸⁹ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 183.

¹⁹⁰ BARRETO, Wanderlei de Paula. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.), op. cit.

Os requisitos para reconhecimento judicial da ausência, o qual poderá conduzir à declaração da morte presumida do ausente, estão previstos nos arts. 22 a 39 do Código Civil e envolve três períodos, ou fases¹⁹¹. O primeiro inicia-se com o desaparecimento da pessoa e concerne à ausência presumida, em que a presunção da existência de vida se sobrepõe à da morte; encontra-se motivo bastante para que se declare provisoriamente a ausência e se eleja um curador, para proteção de eventual patrimônio daquele que está desaparecido, conforme dispõe o art. 22 do Código Civil¹⁹².

Persistindo a ausência pelo prazo de um ano, ou de três anos, se o desaparecido tiver deixado procurador ou representante, adentra-se um segundo momento, no qual a ausência pode ser declarada imbuída de maior certeza e, na existência de bens, ensejar a abertura da sucessão provisória, segundo teor do art. 26 do Código Civil¹⁹³; em relação à vida do ausente, a dúvida é patente, já que as probabilidades de vida ou de morte se igualam.

Finalmente, numa terceira fase, a partir de dez anos do trânsito em julgado da sentença que autorizou a sucessão provisória e sem que o ausente tenha reaparecido, a probabilidade de morte passa ser maior do que a de vida do ausente e se autoriza a sucessão definitiva (art. 37, CC¹⁹⁴). A situação se subsume ao conceito de morte presumida, que deve ser declarada judicialmente (art. 6.º, CC). No caso de pessoa com mais de oitenta anos de idade, o prazo é de cinco anos, contado da data das últimas notícias (art. 38, CC¹⁹⁵).

Nota-se que os prazos legais que definem a ausência e a morte presumida por ausência coincidem com os períodos da curadoria, sucessão provisória e sucessão definitiva. Tal fato, porém, não significa que sua apuração judicial dependa da existência de patrimônio a ser administrado e transmitido, nem que esse interesse prevaleça no âmbito do instituto, o qual visa, em primeiro lugar,

¹⁹¹ GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. v.1, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 164-7

¹⁹² Brasil. Código Civil. “Art. 22. Desaparecendo uma pessoa do seu domicílio sem dela haver notícia, se não houver deixado representante ou procurador a quem caiba administrar-lhe os bens, o juiz, a requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público, declarará a ausência, e nomear-lhe-á curador”.

¹⁹³ Brasil. Código Civil. “Art. 26. Decorrido um ano da arrecadação dos bens do ausente, ou, se ele deixou representante ou procurador, em se passando três anos, poderão os interessados requerer que se declare a ausência e se abra provisoriamente a sucessão”.

¹⁹⁴ Brasil. Código Civil. “Art. 37. Dez anos depois de passada em julgado a sentença que concede a abertura da sucessão provisória, poderão os interessados requerer a sucessão definitiva e o levantamento das cauções prestadas”.

¹⁹⁵ Brasil. Código Civil. “Art. 38. Pode-se requerer a sucessão definitiva, também, provando-se que a ausente conta oitenta anos de idade, e que de cinco datam as últimas notícias dele”.

resguardar direitos da personalidade. Assim, a ausência e a morte presumida revelam interesse público, devendo ser apuradas e declaradas judicialmente, mediante requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público, conforme dispõe o art. 22 do Código Civil.

O procedimento judicial para declaração de ausência é regulado pelo Código de Processo Civil, em seus arts. 1.159¹⁹⁶ e seguintes, sendo obrigatória a intervenção do Ministério Público, por força do disposto no inciso II do seu art. 82¹⁹⁷. A competência é da Justiça Estadual, conforme o inciso II do art. 92, também do Código de Processo Civil. As sentenças declaratórias de ausência ali proferidas, quer nomeiem ou não curador, devem ser levadas a registro público, determina o inciso IV do art. 9.º do Código Civil e o inciso VI do art. 29 da Lei n.º 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos), averbando-se, nas mesmas, eventual sentença de abertura de sucessão provisória, as alterações da curatela, se instituída, e a cessação da ausência na hipótese de aparecimento do ausente, a qualquer tempo.

A ausência e a morte presumida por ausência interessam ao direito previdenciário, à medida que, assim como a morte real, representam risco social a ser protegido. No que se refere à pensão por morte no âmbito do Regime Geral, o inciso III do art. 74 da Lei n.º 8.231/91¹⁹⁸ prevê a concessão do benefício no caso de morte presumida, a partir da data da decisão judicial que a declarar. Mas, visto que esta só pode ser declarada depois de pelo menos onze anos de desaparecimento (um ano de ausência, quando se autoriza a sucessão provisória, mais dez anos, quando esta pode ser convertida em sucessão definitiva), o art. 78 da mesma lei¹⁹⁹ vem em socorro dos dependentes do segurado, permitindo a concessão da pensão, em caráter provisório, a partir de seis meses de sua ausência, declarada judicialmente. Implantado este benefício provisório, sua continuidade depende da continuidade da ausência, que deve ser comprovada, a cada seis meses, mediante

¹⁹⁶ Brasil. Código de Processo Civil. “Art. 1.159. Desaparecendo alguém do seu domicílio sem deixar representante a quem caiba administrar-lhe os bens, ou deixando mandatário que não queira ou não possa continuar a exercer o mandato, declarar-se-á a sua ausência”.

¹⁹⁷ Brasil. Código de Processo Civil. “Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir: [...] II - nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade”.

¹⁹⁸ Brasil. Lei n.º 8.213/91. “Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data: [...] III - da decisão judicial, no caso de morte presumida”.

¹⁹⁹ Brasil. Lei n.º 8.213/91. “Art. 78. Por morte presumida do segurado, declarada pela autoridade judicial competente, depois de 6 (seis) meses de ausência, será concedida pensão provisória, na forma desta Subseção”.

”documento da autoridade competente, contendo informações acerca do andamento do processo, relativamente à declaração de morte presumida”, nos termos do art. 284 da Instrução Normativa INSS/PRES n.º 20/07²⁰⁰.

Infere-se assim que a pensão por morte pode ser concedida em caráter provisório a partir de seis meses de ausência do segurado, e convertida, ou concedida, em caráter “definitivo”, quando a morte presumida for judicialmente declarada e levada a registro público. O termo “definitivo” é aqui usado apenas para diferenciar a pensão por morte prevista no inciso III do art. 74, daquela concedida provisoriamente, na forma do art. 78, ambas da Lei n.º 8.213/91. Em qualquer hipótese, o aparecimento do ausente faz cessar imediatamente o benefício, não estando os beneficiários obrigados a devolver os valores recebidos, salvo na hipótese de má-fé, nos termos do § 2.º do citado art. 78²⁰¹. Havendo má-fé, os créditos recebidos indevidamente devem ser ressarcidos à previdência social, mediante desconto de outro benefício, se existente, conforme autoriza o art. 115, II, da Lei n.º 8.213/91, ou por outra forma encontrada.

Discordamos, assim, de autores como Miguel Horvath Júnior²⁰², Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior²⁰³, que sustentam que a pensão por morte presumida tem sempre caráter provisório. A morte presumida do segurado é declarada a partir de um juízo de *probabilidade* e sua eficácia não deve ser obstada pela mera *possibilidade* de aparecimento, senão pelo próprio aparecimento do ausente, circunstância que sempre levará à extinção da pensão, seja ela concedida em caráter provisório ou definitivo, conforme determina expressamente o § 2.º do art. 78 da Lei n.º 8.213/91.

Reiteramos nossa posição no sentido de que a pensão por morte é concedida em caráter provisório a partir da declaração de *ausência* do segurado e em caráter definitivo quando da declaração de sua *morte presumida*.

²⁰⁰ Instrução Normativa INSS/PRES n.º 20/07. “Art. 284. Nas situações relacionadas no art. 112 do RPS, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/1999, a cada seis meses o recebedor do benefício deverá apresentar documento da autoridade competente, contendo informações acerca do andamento do processo, relativamente à declaração de morte presumida, até que seja apresentada a Certidão de Óbito”.

²⁰¹ Brasil. Lei n.º 8.213/91. “Art. 78 [...] § 2.º Verificado o reaparecimento do segurado, o pagamento da pensão cessará imediatamente, desobrigados os dependentes da reposição dos valores recebidos, salvo má-fé”.

²⁰² HORVATH JÚNIOR, Miguel. op. cit., p. 297.

²⁰³ ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. op. cit. p. 306.

3.2.3.1 Competência para apuração da ausência

Admite-se hoje a competência da Justiça Federal para declarar a ausência, quando a finalidade for estritamente previdenciária. Tal posição foi construída pela Jurisprudência pátria, sob o argumento de que essa declaração, destinando-se, como já dito, a fins previdenciários, não se confundiria com aquela prevista no Código Civil, mais complexa.

Nesse sentido, as notas de Theotonio Negrão, feitas ao art. 1.159 do Código de Processo Civil:

Inicialmente, entendia o STJ que a competência para processar e julgar pedido de declaração de ausência era de juiz estadual, ainda que objetivasse reivindicação de benefício previdenciário (RSTJ 27/49). Atualmente, o entendimento é de que, se a declaração de ausência visa apenas a fins previdenciários, sem se cogitar de desdobramentos sucessórios, a competência é da Justiça Federal.
Superior Tribunal de Justiça – 2.^a Seção – Conflito de Competência 17.591- RJ - Relator Ministro Costa Leite - v.u. - DJU: 3.2.1997 - p. 660.²⁰⁴

Argumenta-se, ainda, que essa competência da Justiça Federal estaria em conformidade com o teor da súmula 32 do Superior Tribunal de Justiça, que diz:

Compete à Justiça Federal processar justificações judiciais destinadas a instruir pedidos perante autoridades que nela têm exclusividade de foro, ressalvada a aplicação do art. 15, II, da Lei n.º 5.010/66.

Não partilhamos de tal entendimento, tendo em vista que a ausência tem conceito uno, não sendo possível admitir que o indivíduo se encontre ausente para fins previdenciários, mas não para outros fins, ou vice-versa. Uma vez identificada a ausência por quem lhe compete, essa deve ter o condão de ser válida para quaisquer fins, atingindo qualquer relação jurídica na qual se faça necessária. Afinal, da situação de ausência derivam outras questões além das previdenciárias e sucessórias, que atingem principalmente os familiares do ausente e cuja resolução

²⁰⁴ NEGRÃO, Theotonio (org., sel. e notas). *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. São Paulo: Saraiva, 2.000, p. 920.

exige a apresentação de uma declaração judicial de ausência, a exemplo do que ocorre nos casos de tutela e curatela.

Quanto à complexidade do procedimento, esta será definida pelas circunstâncias fáticas do desaparecimento a ser provado e da eventual existência de bens a serem transmitidos, entre outros fatores, e não pelo fato de tramitar em um ou outro órgão do Poder Judiciário. Na verdade, conforme acima explicitado, confirmando-se o desaparecimento de uma pessoa, sua ausência pode ser requerida e declarada, nos termos dos arts. 22, do Código Civil, e 1.159, do Código de Processo Civil. Desde que ateste a ausência há pelo menos seis meses esta declaração é suficiente para que se conceda a pensão por morte provisória, prevista no art. 78 da Lei n.º 8.213/91.

Tampouco se aplicaria, na hipótese de ausência, a súmula 32 do Superior Tribunal de Justiça, referente à justificação judicial²⁰⁵, procedimento cautelar que, no nosso entendimento, não é apto a provar matéria relacionada ao estado civil da pessoa.

A competência para processar e julgar as ações relativas ao estado e à capacidade da pessoa é do juízo estadual (art. 92, inc. II, CPC). Trata-se de competência absoluta em razão da matéria, que em nada se confunde com as de competência da Justiça Federal, previstas no art. 109 da Constituição Federal. Assim, não se pode admitir competência concorrente em relação ao estado civil da pessoa, matéria de relevante interesse público, que não comporta decisões conflitantes, sob pena de concessão de benefícios indevidos, ou de conflito, no mérito, com os direitos da personalidade do ausente e com os interesses deste e de terceiros.

Além disso, como visto acima, na hipótese de ausência do segurado, a pensão por morte é concedida apenas em caráter provisório, dependendo, sua manutenção, da existência de processo que apure sua morte presumida, até o assento do óbito. Isto porque não se pode admitir a concessão provisória de benefício sem exigência de comprovação periódica de seus pressupostos legais. Assim, ainda que a Justiça Federal pudesse emitir a declaração de ausência do segurado, seria competente para renová-la periodicamente e, decorridos os prazos

²⁰⁵ Brasil. Código de Processo Civil. “Art. 861. Quem pretender justificar a existência de algum fato ou relação jurídica, seja para simples documento e sem caráter contencioso, seja para servir de prova em processo regular, exporá, em petição circunstanciada, a sua intenção”.

legais, autorizar sua sucessão (provisória e definitiva) e/ou julgar sua morte presumida, levando ao assento público do óbito?

Para nós, a resposta a essa questão é negativa, porque a extensão dessa competência à Justiça Federal seria contrária à lógica do nosso sistema de direito processual civil e em razão da falta de proposição legal que a autorize. Disso decorre que nem mesmo para fins previdenciários a declaração proferida pelo juízo federal seria suficiente, visto que além de provar a ausência no ato do requerimento do benefício, os beneficiários precisariam demonstrar, com regularidade, que a morte presumida por ausência do segurado está sendo apurada judicialmente, sob pena de cancelamento da pensão por morte concedida provisoriamente.

Não obstante nosso posicionamento a respeito, a jurisprudência atual classifica a ausência em função de sua finalidade – civil ou previdenciária – distribuindo, a partir desse critério, para a Justiça Estadual e para a Justiça Federal, respectivamente, a competência para sua declaração, conforme ilustra a ementa de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de conflito de competência:

Conflito negativo de competência. Justiça Federal e Estadual. Ação declaratória de ausência. Inexistência de bens para arrecadar. Fins previdenciários. Competência do Juízo Federal. Outros eventuais direitos a serem postulados perante juízo próprio.

- Conquanto fundamentado o pedido inicial nas disposições dos arts. 1.160 e ss. do CPC, o ausente não deixou quaisquer bens para serem arrecadados, pretendendo a autora, com a declaração de ausência do marido, auferir benefícios previdenciários, dentre outros que cita, tais como depósitos fundiários e verbas porventura pertencentes ao desaparecido.

- Não havendo bens a arrecadar, dispensando-se, por consequência, o procedimento previsto nos arts. 1.159 e ss. do CPC, o ideal é seguir a tônica já manifestada por este Órgão colegiado em hipótese similar, na qual o i. Min. Relator, Eduardo Ribeiro, ao julgar o CC 20.120/RJ, DJ de 5/4/1999, entendeu que “não se justifica a instauração desse processo [o previsto no CPC], que se reveste, aliás, de certa complexidade, a propósito de hipotéticos bens ou direitos. E o recebimento da pensão previdenciária ficaria postergado. Ocorre que, para essa, a lei contém previsão específica, como se verifica do disposto no art. 78 da Lei 8.213/91”.

- Dessa forma, com a necessária emenda da inicial, fundamentando-se o pedido adequadamente, poderá a autora perseguir sua pretensão na esfera da Justiça Federal, unicamente no tocante ao recebimento de benefícios previdenciários. Delimitada a competência, portanto, da Justiça Federal em ação declaratória de ausência para fins de recebimento de benefícios previdenciários.

- Quanto a outros possíveis direitos, poderá a autora pleiteá-los no juízo próprio, de acordo com seu interesse.

Conflito negativo de competência conhecido para estabelecer a competência do JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BRAGANÇA PAULISTA - SJ/SP, para conhecer do pedido de declaração de ausência para fins unicamente previdenciários.

Superior Tribunal de Justiça – 2.ª Seção – Conflito de Competência 86809 - SP (2007/0137120-3) - Relatora Ministra Nancy Andrighi - v.u. - DJU: 20.09.2007 - p. 218.

Nesta situação, ficaria a parte interessada obrigada a recorrer à Justiça Estadual com o fim de assegurar questões civis e, para fins previdenciários, recorrer ao Juízo Federal? Tal postura, por certo, além do risco de decisões conflitantes, apontado anteriormente, comprometeria esforços de celeridade e economia processual, pondo em risco o direito que se quer ver assegurado.

Recente decisão proferida pelo próprio Superior Tribunal de Justiça consignou que, não tendo a União ou um de seus entes interesse em ação na qual apenas se cogite eventual e futuro pleito previdenciário, a competência para declarar a ausência é da Justiça Estadual, e não da Federal:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE DECLARAÇÃO DE AUSÊNCIA. PENSÃO. JUSTIÇA ESTADUAL.

1 - Consignado pelo Juízo Federal a não existência de interesse da União na causa, por qualquer de seus entes (art. 109, I da CF/88), a eventual e futura necessidade de o INSS figurar no pólo passivo da demanda (ação de ausência proposta pela mulher contra o marido) não tem força para deslocar a competência para a Justiça Federal. A competência, em razão das partes, decorre da situação fática e atual da lide e não de futura e incerta alteração.

3 - Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 5ª Vara Cível de Niterói - RJ.

Superior Tribunal de Justiça – 2.ª Seção – Conflito de Competência n.º 89.185 - RJ (2007/0201387-0) - Relator Ministro Fernando Gonçalves - v.u. - DJU: 05.03.2008 - p. 1.

Quanto à possibilidade dos Juizados Especiais Federais apreciarem a ausência dos segurados, com vistas à concessão de benefício previdenciário, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça posicionou-se contrariamente, argumentando que o procedimento especial é incompatível com a instrução necessária à apuração da matéria²⁰⁶.

²⁰⁶ Superior Tribunal de Justiça - Segunda Seção. COMPETÊNCIA. DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA. Compete à Justiça Federal, e não a Juizado Especial Federal, processar e julgar a ação de declaração de ausência com a finalidade de percepção de benefício previdenciário, uma vez que é necessária a citação editalícia, imprescindível no caso concreto. O rito estabelecido no art. 18, § 2.º, da Lei n.º 9.099/1995, aplicável ao Juizado Especial, conforme o art. 1.º da Lei n.º 10.259/2001,

Destarte, a ausência e a morte presumida por ausência caracterizam-se pelo preenchimento de determinados requisitos legais, entre os quais prazos e formalidades, previstos no Código Civil. Dizem respeito à personalidade da pessoa e, por isso, são de interesse público. Assim, sua declaração deve ser feita em estrita conformidade com as normas materiais e processuais pertinentes. O fato de a legislação previdenciária exigir prazo mínimo de seis meses de ausência para a concessão da pensão por morte provisória não significa que esteja criando conceito próprio de ausência, nem de morte presumida. Ao contrário, remete ao instituto civil tanto no art. 74 quanto no art. 78, ambos da Lei n.º 8.213/91, impondo, apenas, prazo específico como requisito para o benefício. Concluimos, pelos motivos expostos e em consonância com as normas processuais vigentes, que a competência para julgar a ausência é exclusiva da Justiça Estadual, em oposição ao atual e majoritário entendimento jurisprudencial.

3.3 Beneficiários da pensão por morte

Vimos, no item 2.2.2.2, que o art. 16 da Lei n.º 8.213/91 prevê um rol de pessoas físicas, divididas em classes segundo o vínculo jurídico que mantêm com o segurado, que podem, conforme dependam dele economicamente, ser beneficiárias do Regime Geral, na qualidade de dependentes. Apontamos os critérios previdenciários para a caracterização da dependência, como o parentesco, a idade, a capacidade, bem como presunções e equiparações legais.

Concluimos, também, que a condição de dependente, por si só, não garante a essas pessoas o direito à pensão por morte, em razão da ordem preferencial e excludente que caracteriza o respectivo rol.

Examinaremos, agora, as espécies de dependentes, com vistas ao direito ao benefício da pensão por morte.

3.3.1 Dependentes da primeira classe

não admite a citação editalícia. Precedentes citados: CC 47.936-MG, DJ 20/11/2006, e CC 57.544-SP, DJ 16/10/2006. CC 93.523-RJ, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, julgado em 25/6/2008.

O inciso I do art. 16 da Lei n.º 8.213/91 indica “o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de vinte e um anos ou inválido” como dependentes preferenciais, ou da primeira classe, do segurado, o que significa dizer que gozam da presunção de dependência econômica e da preferência ao direito à pensão por morte, em relação a dependentes das demais classes.

3.3.1.1 Cônjuge

Cônjuge é o marido e a mulher, unidos pelo vínculo jurídico do casamento, conforme previsto nos §§ 1.º e 2.º do art. 226 da Constituição e disciplinado pelo Código Civil, em seus arts. 1.511 a 1.590.

A união pelo casamento se dá de livre e espontânea vontade e a pedido expresso dos contraentes – necessariamente homem e mulher – perante a autoridade competente²⁰⁷, que celebra a solenidade observando as formalidades legais, entre elas a publicidade, a presença de testemunhas e a prévia habilitação dos nubentes, processada pelo oficial do Registro Civil e homologada pelo juiz, nos termos dos arts. 1.514 e 1.533 a 1.535 do Código Civil. Celebrado, o ato é registrado em livro próprio, expedindo-se a respectiva certidão.

O casamento religioso pode se equiparar e produzir os mesmos efeitos jurídicos do casamento civil, desde que atendidas as exigências legais de validade deste, em especial a prévia habilitação dos nubentes e o posterior registro público, conforme prevê o § 2.º do art. 226 da Constituição Federal e os arts. 1.515 e 1.516 do Código Civil.

Ainda, o casamento de brasileiro realizado no estrangeiro, seja perante as respectivas autoridades, seja perante autoridade consular brasileira, pode ser legalizado no Brasil, mediante registro no competente ofício civil (CC, art. 1.544).

²⁰⁷ A competência para celebrar casamentos e verificar o respectivo processo de habilitação é do juiz de paz, conforme prevê o art. 98, II, da Constituição Federal (1988).

O art. 1.511 do Código Civil diz que “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. Entre os efeitos do casamento, o que nos interessa, por refletir no direito à pensão por morte, é a dependência econômica que se estabelece entre os cônjuges, por força do dever de mútua assistência material e da responsabilidade de ambos pelo sustento da família que vigoram na constância do casamento, conforme teor dos arts. 1.566 e 1.568 do Código Civil²⁰⁸, derivando daí a obrigação de alimentos, imposta pelo art. 1.694, do mesmo diploma legal²⁰⁹.

Cumpre lembrar que até a Constituição Federal de 1988, os direitos e deveres relativos ao casamento eram diferentes para homens e mulheres. Nesse contexto, o Código Civil de 1916 considerava o marido chefe da sociedade conjugal, competindo-lhe prover o sustento da família. Em caso de separação, só a mulher tinha direito a alimentos. Coerente com essa realidade, o direito previdenciário conferia à mulher a condição de dependente e, por conseguinte, o direito à pensão por morte, estendendo-o ao marido apenas se inválido (art. 11, I, da Lei n.º 3.807/60 – LOPS).

A nova ordem constitucional, refletindo mudanças na realidade social e na mentalidade jurídica brasileira, reconheceu expressamente a igualdade jurídica entre homens e mulheres, inclusive no que diz respeito aos direitos e deveres do casamento e ao direito à pensão por morte, conforme arts. 5.º, I, 226, § 5.º e 201, V, da Constituição Federal²¹⁰. Por força dessa igualdade, o direito de alimentos foi estendido ao marido.

Não obstante, a norma constitucional que conferiu aos cônjuges e companheiros homens o direito à pensão por morte, após período de muita controvérsia, foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal²¹¹ não auto-aplicável,

²⁰⁸ Brasil. Código Civil. “Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: [...] III - mútua assistência; [...]” e “Art. 1.568. Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial”.

²⁰⁹ Brasil. Código Civil. “Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”.

²¹⁰ Brasil. Constituição Federal (1988). “Art. 5.º. [...] I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”, “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 5.º. Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.” e “Art. 201. [...] V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2.º.”

²¹¹ CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO: EXTENSÃO AO VIÚVO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. NECESSIDADE DE LEI ESPECÍFICA. C.F., art. 5.º, I; art. 195 e seu § 5.º; art. 201,

dependente de lei específica que a regulamentasse, com base no argumento de que, por envolver pagamento de benefícios, demandaria a criação de fonte de custeio.

A regulamentação veio somente com a edição da Lei n.º 8.213, em 24 de julho de 1991, cujos efeitos retroagiram a 5 de abril de 1991²¹². Destarte, a partir de 5 de abril de 1991, no caso de morte de segurado/a, o cônjuge ou companheiro/a sobreviventes, cuja dependência econômica é presumida, fazem jus ao benefício da pensão por morte.

A inscrição do cônjuge na previdência social é feita, ou renovada, no ato do requerimento administrativo da pensão por morte, bastando, para comprovar sua condição, apresentar a certidão de casamento, conforme disposto no art. 22, I, “a”, do Decreto n.º 3.048/99²¹³.

Quanto a cônjuge ausente, se este reaparecer, poderá ter direito à pensão por morte do segurado falecido, devida a partir da data de sua habilitação, desde que comprove dependência econômica, conforme prevê o § 1.º do art. 76 da Lei n.º 8.213/91²¹⁴. Visto que estava ausente, só terá possibilidade de demonstrar que era dependente do segurado na época de seu desaparecimento ou que enfrenta atual necessidade.

3.3.1.2 Companheiro

V. I - A extensão automática da pensão ao viúvo, em obséquio ao princípio da igualdade, em decorrência do falecimento da esposa-segurada, assim considerado aquele como dependente desta, exige lei específica, tendo em vista as disposições constitucionais inscritas no art. 195, caput, e seu § 5.º, e art. 201, V, da Constituição Federal. II. - R.E. não conhecido. Supremo Tribunal Federal – Plenário – Recurso Extraordinário 204735 - RS - Relator Ministro Carlos Velloso - Decisão: 30.05.2001 - DJ 28.09.2001.

²¹² Brasil. Lei n.º. 8.231/91. “Art. 145. Os efeitos desta Lei retroagirão a 5 de abril de 1991, devendo os benefícios de prestação continuada concedidos pela Previdência Social a partir de então, terem, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, suas rendas mensais iniciais recalculadas e atualizadas de acordo com as regras estabelecidas nesta Lei.”

²¹³ Brasil. Decreto n.º 3.048/99. “Art. 22. A inscrição do dependente do segurado será promovida quando do requerimento do benefício a que tiver direito, mediante a apresentação dos seguintes documentos: I - para os dependentes preferenciais: a) cônjuge e filhos - certidões de casamento e de nascimento.”

²¹⁴ Brasil. Lei n.º 8.213/91. “Art. 76. [...] § 1.º O cônjuge ausente não exclui do direito à pensão por morte o companheiro ou a companheira, que somente fará jus ao benefício a partir da data de sua habilitação e mediante prova de dependência econômica.”

Desde o advento da Constituição Federal de 1988, a união estável é reconhecida como entidade familiar com direitos e deveres similares aos das famílias formadas a partir do vínculo do casamento, merecendo como tal a proteção do Estado, conforme teor do § 3.º do seu art. 226²¹⁵.

Entre os efeitos jurídicos da nova proposição, destacaremos o dever de mútua assistência material entre os companheiros, o direito de alimentos em caso de dissolução da união, e a proteção previdenciária dos mesmos.

Em consonância com a nova ordem constitucional, a Lei n.º 8.971/94 estendeu o direito de alimentos aos companheiros e companheiras. Em 1996, a Lei n.º 9.278, com o propósito de regulamentar o referido § 3.º do art. 226 da Constituição Federal, reconheceu como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família, atribuindo aos conviventes dever recíproco de assistência moral e material e direito a alimentos, em caso de dissolução da união estável.

O novo Código Civil, por sua vez, ao disciplinar a matéria, definiu, em seu art. 1.723, a união estável como a “convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”, impondo à sua caracterização os mesmos impedimentos legais para o casamento elencados no art. 1.521, com exceção do contido em seu inciso VI (“não podem casar [...] as pessoas casadas”), desde que a pessoa esteja separada de fato²¹⁶. Estabelecida a união estável, impõem-se aos companheiros os deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos, bem como o direito de alimentos, nos termos dos arts. 1.724²¹⁷ e 1.694²¹⁸ do Código Civil.

Assim, os requisitos para a configuração da união estável são a ausência de impedimentos para a sua formação, a comunhão de vida, demonstrada

²¹⁵ Brasil. Constituição Federal (1988). “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.[...] § 3.º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

²¹⁶ Brasil. Código Civil. “Art. 1.723. 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. § 1.º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.” “Art. 1.521. Não podem casar: [...] VI - as pessoas casadas; [...]”

²¹⁷ Brasil. Código Civil. “Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”.

²¹⁸ Brasil. Código Civil. “Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”.

pela coabitação e esforço financeiro conjunto, a notoriedade e duração do relacionamento, e o ânimo de constituir família.

Cumprindo seu papel social, o direito previdenciário, que desde 1973 já previa expressamente o direito da companheira por mais de cinco anos à pensão por morte²¹⁹, foi um dos primeiros a incorporar o novo conceito, inserindo o companheiro/a entre os dependentes preferenciais do segurado, com os mesmos direitos outorgados ao cônjuge, independentemente do tempo de união²²⁰. Assim, o § 3.º do art. 16 da Lei n.º 8.213/91 explica a figura do companheiro como “a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3.º do Art. 226 da Constituição Federal”.

Uma das questões suscitadas a partir deste reconhecimento diz respeito ao estado civil dos companheiros ou conviventes, visto que no plano fático as pessoas podem estabelecer e manter união estável independentemente do seu estado civil.

É certo que depois das alterações introduzidas pela Constituição Federal de 1988, não há mais razão para a existência de uma família meramente formal, que só exista “no papel”. Esse fato, combinado com as normas civis que regem o casamento e a união estável, em especial à vedação à bigamia²²¹, considerada crime contra o casamento²²², afastaria a admissão do concubinato impuro²²³, ou adúltero, no interior da proteção previdenciária.

Vimos que a legislação previdenciária consignou que companheiro é a pessoa não casada que vive em união estável com o segurado. A exigência representa uma interpretação restritiva da união estável para fins da proteção

²¹⁹ Conforme Lei n.º 5.890/73, que deu nova redação ao inciso I do art. 11, da Lei n.º 3.807/60 (antiga Lei Orgânica da Previdência Social – LOPS), introduzindo a companheira entre os dependentes do segurado.

²²⁰ Guilherme Calmon Nogueira da Gama destaca que, no Brasil, a proteção à companheira remonta aos primeiros diplomas legais – Decreto n.º 3.724/19 (art. 7.º), no campo do acidente do trabalho, que, na falta de cônjuge, previa o direito à indenização por morte do trabalhador a pessoas cuja subsistência provesse, e Decreto-lei n.º 5.109/26 (art. 14), no campo previdenciário, que conferia direito à assistência médica às pessoas que vivessem sob a mesma economia do associado da Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Ferroviários. Embora não empregassem o termo “companheira”, permitiam incluí-la na proteção como pessoa dependente econômica do trabalhador (*A constituição de 1988 e as pensões securitárias no direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 2001, p. 94 e 97).

²²¹ Brasil. Código Civil. “Art. 1.521. Não podem casar: [...] VI - as pessoas casadas”.

²²² Brasil. Código Penal. “Bigamia. Art. 235. Contrair alguém, sendo casado, novo casamento: Pena - reclusão, de dois a seis anos”.

²²³ Concubinato impuro. Ocorre se um dos amantes ou ambos estão comprometidos ou impedidos legalmente de se casarem. (Dicionário Jurídico, 1998)

previdenciária, eis que a norma constitucional que rege a questão, a que o próprio parágrafo se refere – art. 226 § 3.^o²²⁴, não faz essa ressalva expressa.

Para autores como Guilherme Calmon Nogueira da Gama, essa norma (§ 3.^o do art. 16 da Lei n.º 8.213/91) veda o recebimento da pensão por morte por pessoa casada e que não esteja separada, ou seja, veda o concubinato adúltero. Em suas palavras:

Tal regra deve ser interpretada no sentido de não se admitir o concubinato [...] para efeito de reconhecimento de direito a benefício previdenciário ou acidentário, e não de excluir qualquer das hipóteses de companheirismo, inclusive a da pessoa casada, mas separada de fato por prazo de dois anos ou mais, e que já esteja neste período mantendo relação fundada no companheirismo. Caso não seja alcançada tal interpretação, deve ser reconhecida a inconstitucionalidade da expressão “*sem ser casada*”, contida na disposição em análise, por contrariar a disposição constitucional que inclui a pessoa casada, mas separada de fato há mais de dois anos, no conceito de companheira.²²⁵

No mesmo sentido aponta a professora Heloisa Derzi, ao dizer:

O constituinte de 1988 [...] não sacramentou *quaisquer* uniões concubinárias [...] somente facilitou a transformação em casamento de uniões entre companheiros solteiros ou separados de fato ou judicialmente, divorciados ou viúvos, que vivam em *aparente* casamento, mantendo, assim, o prestígio desse instituto legal básico.²²⁶

No âmbito civil, o novo código resolveu a questão estabelecendo que na hipótese de ser apenas formal, o *estado civil* de casado do segurado e/ou do seu companheiro não impedem a configuração da união estável e a conseqüente dependência mútua e afastam o casamento como fato impeditivo para sua caracterização, *desde que a pessoa casada esteja separada de fato*²²⁷. Sobre a norma, observa o professor Yussef Said Cahali que “o novel legislador avança na sua liberalidade para dar proteção também àqueles casos em que os companheiros,

²²⁴ Brasil. Constituição Federal (1988). “Art. 226.[...] § 3.^o. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

²²⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A constituição de 1988 e as pensões securitárias no direito brasileiro. São Paulo: LTr, 2001, p 96-7.

²²⁶ DERZI, Heloisa Hernandez. op. cit., p. 85.

²²⁷ Brasil. Código Civil. “Art. 1.723. [...] § 1.^o A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.”

embora casados, estejam simplesmente separados de fato”²²⁸. O entendimento já vinha sendo adotado na jurisprudência, inclusive em relação ao direito à pensão por morte²²⁹.

O Regulamento da Previdência – Decreto n.º 3.048/99, por sua vez, adiantou-se à Lei n.º 8.213/91 e, adequando-se à nova disciplina civil, adotou o conceito de união estável formulado no Código Civil, que ressalva a possibilidade de sua constituição por pessoas casadas, desde que separadas de fato²³⁰.

Não obstante, encontramos no concubinato impuro situações que interessam à proteção previdenciária, como a que ocorre quando o segurado casado mantém “união” com pessoa solteira ou separada de fato, que dele dependa financeiramente. É certo que no nosso ordenamento jurídico o concubinato, especialmente o impuro ou adulterino, não se confunde com a união estável, a qual é tida como entidade familiar e valorizada enquanto semente de casamento.

Mas, nessa hipótese, esta pessoa, diante da dependência econômica, faz jus, a nosso ver, à pensão por morte, especialmente se não tinha conhecimento do estado civil do seu “companheiro”.

Do ponto de vista previdenciário, relevante é identificar a relação familiar na qual o segurado, no momento de sua morte, estava de fato, inserido, protegendo-se então os seus dependentes, ainda que se identifique relação de concubinato impuro. Assim, entendemos ser inconstitucional, por violação ao § 3.º do art. 226 da CF²³¹, a exigência contida no art. § 3.º do art. 16 da Lei n.º 8.213/91, de que o segurado e o dependente não sejam casados para o reconhecimento do *status* de companheira/o para concessão do benefício pensão por morte. Aqui, a relação primordial é a da proteção social em face do risco de dificuldade financeira

²²⁸ CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 164.

²²⁹ RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. PENSÃO. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRA CASADA, MAS SEPARADA DE FATO. POSSIBILIDADE. 1. A Constituição Federal e a lei ordinária que regulamentou a união livre não fazem qualquer distinção entre o estado civil dos companheiros, apenas exigindo, para a sua caracterização, a união duradoura e estável entre homem e mulher, com objetivo de constituir uma família. 2. Inexiste óbice ao reconhecimento da união estável quando um dos conviventes, embora casado, encontra-se separado de fato. 3. Recurso provido. Superior Tribunal de Justiça – 6.ª Turma – Recurso Especial 2002/0008284-9 – Relator Ministro Vicente Leal – v.u. - Decisão: 17.02.2004.

²³⁰ Brasil. Decreto n.º 3.048/99. “Art. 16. [...] § 6.º Considera-se união estável aquela configurada na convivência pública, contínua e duradoura entre o homem e a mulher, estabelecida com intenção de constituição de família, observado o § 1.º do art. 1.723 do Código Civil, instituído pela Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002.”

²³¹ Brasil. Constituição Federal (1988) “Art. 226, § 3.º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

que os dependentes do segurado irão enfrentar com a sua morte. Se o/a companheiro/a mantinha com o segurada/o uma vida comum, afetiva, caracterizando uma relação familiar, presume-se a mútua dependência econômica, para fins da proteção social. O fato de ainda remanescer, para o segurado, vínculo conjugal anterior, não deve, por si só e de forma absoluta, afastar o direito da/o companheira/o.

Admitindo a existência concomitante de casamento e concubinato e, por conseguinte, a divisão da pensão por morte entre a viúva e concubina, vale transcrever a ementa e parte do voto de acórdão proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça:

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

Circunstâncias especiais reconhecidas em juízo". Possibilidade de geração de direitos e obrigações, máxime, no plano da assistência social. Acórdão recorrido não deliberou à luz dos preceitos legais invocados. Recurso especial não conhecido.

[...] Afinal, cumpre repisar: o falecido era casado com a recorrente e dela não se separou, mas, concomitantemente, manteve relação amorosa com a recorrida, durante 30 anos, instituiu-a beneficiária da previdência social, abriu com ela conta conjunta em estabelecimento bancário. São esses fatos incontroversos, acertados em 1.º e 2.º graus. Ante uma situação de fato dessa ordem, que perdurou por 3 (três) décadas, de que se extrai o reconhecimento de efetiva *affectio societatis*, poderia o magistrado prostrar-se inerte, indiferente, apegado ao hermetismo dos textos legais, deslembado do princípio de que, na aplicação da lei, há de se atender aos fins sociais? É claro que não, máxime em se tratando de benefício meramente assistencial sem envolver direito de herança. É certo que, no caso, a relação *ex vi legis* não constitui entidade familiar (CF, art. 226, § 3.º - Lei 9.278/96). Não menos certo que um liame duradouro, nas circunstâncias e condições em que se desenvolveu, a se pressupor com característica de aparente concubinato consentido, mitiga a repulsa e a preocupação da lei com as relações travadas fora do casamento e na sua constância.[...]

Superior Tribunal de Justiça – 5.ª Turma – Recurso Especial 742.685 – RJ - Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca – Decisão: 04.08.2005 - DJU: 05.09.2005.

No mesmo sentido, trazemos à colação ementa de recente decisão da 2.ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5.ª Região:

PREVIDENCIÁRIO – RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL – EXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA CONVIVÊNCIA *MORE UXORIS* DA AUTORA COM O *DE CUJUS* – CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE – COMPANHEIRA – POSSIBILIDADE DE DIVISÃO DE PENSÃO POR MORTE ENTRE ESPOSA E COMPANHEIRA EM RAZÃO DA NOVA SISTEMÁTICA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO À UNIÃO ESTÁVEL ENTRE HOMEM E MULHER (CF, ARTIGOS 226, § 3.º, 201, V) INDEPENDENTEMENTE DA CONCOMITÂNCIA DOS RELACIONAMENTOS

1. Sendo a união estável reconhecida como entidade familiar, como determinado pela Constituição, não se pode mais tratar a união entre o homem e a mulher, sem o ato civil do casamento, como sociedade de fato, ou concubinato, eis que não se trata de mancebia, mas de entidade familiar.

2. *In casu*, existindo nos autos, quanto às provas apresentadas constatação de relação de convívio entre a autora e o *de cujus*, inclusive com nascimento de filhos, não se pode negar, que a convivência que havia entre os dois vislumbrava a união *more uxoris*, ainda que se constate multiplicidade de relacionamentos concomitantes.

3. Havendo beneficiário anterior – esposa – possível à companheira dividir a pensão fazendo jus desta a partir do ajuizamento da ação.

5. Apelação do INSS e remessa oficial improvidas.

Tribunal Regional Federal (5.^a Região) - 2.^a Turma – Apelação Cível 425775 - 2001.83.00.013218-8 - PE – Relator Desembargador Federal Marco Bruno Miranda Clementino (convocado) - v.u. - DJU: 15.01.2008.

Entretanto, em sentido contrário decidiu a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em julgamento de Recurso Extraordinário, no qual considerou que o relacionamento paralelo ao casamento não corresponde ao conceito constitucional de união estável, de forma que a concubina não tem direito à pensão por morte. O relator da ação, Ministro Marco Aurélio, ponderou que, sendo o casamento óbice legal à formação da união estável, as relações extraconjugais não eventuais constituem concubinato, conforme previsto no art. 1.727 do Código Civil²³².

Assim, a união estável juridicamente reconhecida, capaz de gerar direito à pensão por morte no âmbito do Regime Geral, pressupõe desimpedimento dos conviventes, conforme previsão do Código Civil. Essa é a interpretação da ampla doutrina e jurisprudência, salvo em julgados como os acima transcritos.

A prova da união deve ser feita pelo companheiro do segurado falecido quando do requerimento da pensão por morte, conforme determina o art.

²³² Supremo Tribunal Federal – 1.^a Turma – Recurso Extraordinário 397762 – Relator Ministro Marco Aurélio – v. maioria – Data do julgamento: 03.06.2008.

22, I, “b” e § 3.º, do Decreto n.º 3.048/99²³³, e é suficiente para o deferimento do benefício.

3.3.1.2.1 Companheiro homossexual

Nosso ordenamento jurídico não permite o casamento entre pessoas do mesmo sexo, nem reconhece sua união como entidade familiar. Por outro lado, não proíbe a união de homossexuais, em respeito aos direitos fundamentais da liberdade e da inviolabilidade da intimidade e da vida privada²³⁴.

Em 1995, a então deputada federal Marta Suplicy apresentou o Projeto de Lei n.º 1.151, reconhecendo a união civil de pessoas do mesmo sexo, desde que solteiras, viúvas ou divorciadas, constituída mediante contrato firmado em instrumento público – dispondo sobre relações patrimoniais, deveres, impedimentos e obrigações mútuas –, registrado no Cartório de Registro Civil e, se prevista comunicação patrimonial, também no de Imóveis. O texto, alterado pela emenda substitutiva de autoria do então deputado Roberto Jefferson, obteve parecer da Comissão Especial, pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação. Embora não considere a “parceria civil”, como foi denominada pelo substitutivo, entidade familiar, o projeto prevê proteção previdenciária e direitos sucessórios aos parceiros, entre outros efeitos; polêmico, foi retirado de pauta em 2001. Em 2007, o deputado Celso Russomanno apresentou

²³³ Brasil. Decreto n.º 3.048/99. “Art. 22. A inscrição do dependente do segurado será promovida quando do requerimento do benefício a que tiver direito, mediante a apresentação dos seguintes documentos: I - para os dependentes preferenciais: [...] b) companheira ou companheiro - documento de identidade e certidão de casamento com averbação da separação judicial ou divórcio, quando um dos companheiros ou ambos já tiverem sido casados, ou de óbito, se for o caso; [...] § 3.º Para comprovação do vínculo e da dependência econômica, conforme o caso, devem ser apresentados no mínimo três dos seguintes documentos: 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; 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 da 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”.

²³⁴ Brasil. Constituição Federal (1988), art. 5.º, *caput*, incisos II e X.

requerimento solicitando a inclusão do projeto na ordem do dia, mas até hoje o mesmo não foi apreciado.

Para o advogado Atila Nedi Leães Sonego e a bacharel em Direito Magna Virgínia Silveira de Souza, as uniões homossexuais devem ser disciplinadas, em seus aspectos pessoais e patrimoniais, da perspectiva do direito de família. “Não há necessidade de degradar a natureza pessoal de família convertendo-a em fictícia sociedade de fato, como se seus integrantes fossem sócios de empreendimento lucrativo e não de uma sociedade afetiva”²³⁵.

Fato é que, por enquanto, as relações homossexuais estáveis se mantêm livres do rigor de uma disciplina jurídica, mas também da sua proteção. As questões decorrentes das uniões homossexuais vêm sendo decididas pelo Poder Judiciário, como ocorre em relação à proteção previdenciária. Por força da liminar concedida em 17.04.2000 pela Juíza Federal Simone Barbisan Fortes, da 3.^a Vara Previdenciária de Porto Alegre, na Ação Civil Pública n.º 2000.71.07.00.009347-0, válida para todo o Brasil, os companheiros homossexuais são hoje considerados dependentes do segurado da previdência social. Após a decisão, a Diretoria Colegiada do INSS expediu a Instrução Normativa n.º 25/2000, especificando os procedimentos para a concessão da pensão por morte nesses casos. Atualmente, a Instrução Normativa n.º 20/2007 prevê o companheiro homossexual como dependente previdenciário, conferindo-lhe o direito à pensão por morte, para os óbitos ocorridos a partir de 5 de abril de 1991²³⁶. A decisão foi confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 4.^a Região, em 10.08.2005, da qual o INSS interpôs Recurso Especial e Extraordinário, pendentes de julgamento.

Nosso posicionamento é o de que se regulamente a união civil de pessoas do mesmo sexo, hoje uma realidade social, garantindo-lhes, no que se refere à proteção previdenciária, os mesmos direitos assegurados aos companheiros de sexo oposto ou cônjuge do segurado no âmbito do Regime Geral.

²³⁵ SONEGO, Atila Nedi Leães; SOUZA, Magna Virgínia Silveira de. A união homoafetiva em perspectiva. *Revista de Doutrina da 4.^a Região - Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4.^a Região – EMAGIS*, Porto Alegre, n. 11, mar.2006. Revista eletrônica. Disponível em <<http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br>>. Acesso em 5.mar.2008.

²³⁶ Instrução Normativa INSS/PRES n.º 20/2007. “Art. 30. O companheiro ou a companheira homossexual de segurado inscrito no RGPS passa a integrar o rol dos dependentes e, desde que comprovada a vida em comum, concorre, para fins de pensão por morte e de auxílio-reclusão, com os dependentes preferenciais de que trata o inciso I do art. 16 da Lei n.º 8.213, de 1991, para óbito ou reclusão ocorrido, ou seja, mesmo anterior à data da decisão judicial proferida na Ação Civil Pública n.º 2000.71.00.009347-0.

3.3.1.3 Ex-cônjuge e ex-companheiro

O ex-cônjuge não integra o rol de dependentes do segurado enunciado no art. 16 da Lei n.º 8.213/91, o qual expusemos no subitem 2.2.2.2.

Não obstante, poderá ser beneficiário da pensão por morte, em concurso com eventuais dependentes preferenciais do segurado, desde que seja seu dependente econômico, conforme § 2.º do art. 76, da Lei n.º 8.213/91, que diz:

O cônjuge divorciado ou separado judicialmente ou de fato que recebia pensão de alimentos concorrerá em igualdade de condições com os dependentes referidos no inciso I do Art. 16 desta Lei.

A dependência do cônjuge divorciado ou separado judicialmente ou de fato²³⁷ caracteriza-se pelo recebimento de pensão alimentícia, nos termos do dispositivo transcrito e do § 2.º do art. 17:

O cancelamento da inscrição do cônjuge se processa em face de separação judicial ou divórcio sem direito a alimentos, certidão de anulação de casamento, certidão de óbito ou sentença judicial, transitada em julgado.

A norma consigna o recebimento de pensão alimentícia como requisito para o direito do ex-cônjuge à pensão por morte. Os alimentos prestados ao ex-cônjuge ou ex-companheiro decorrem de obrigação legal própria do Direito de Família²³⁸ e, a teor do disposto no art. 1.694 e § 1.º, do Código Civil²³⁹, respectivamente, destinam-se a suprir necessidades que estes tenham para “viver de modo compatível com a sua condição social” e são fixados “na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”. Regem-se, assim,

²³⁷ A separação de fato pressupõe a ruptura da vida em comum e, regra geral, separação de residências (elemento material) e a intenção de vidas em separado, e que deve existir pelo menos da parte de um dos cônjuges (elemento anímico). (CAHALI, Yussef Said. op.cit., p. 190.). Tal situação, a exemplo do que ocorre na separação judicial, não dissolve a sociedade conjugal (art. 1.571 do Código Civil).

²³⁸ CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 21.

²³⁹ Brasil. Código Civil, “Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. § 1.º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.”

pela regra fundamental”, na expressão de Yussef Said Cahali, contida no art. 1.695 do Código Civil, segundo a qual “são devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento”.

Distinguem-se, por conseguinte, da pensão por morte previdenciária, a qual visa a suprir as necessidades básicas de parentes e cônjuge/companheiro do segurado falecido, dentro de um determinado limite de cobertura. Assim, nem sempre é apta a garantir renda compatível com a condição social do beneficiário. Por outro lado, não está condicionada à comprovada necessidade do credor nem à capacidade econômica de um devedor privado. Miguel Horvath Júnior e Oswaldo de Souza Santos Filho assinalam essas distintas finalidades:

[...] enquanto a pensão alimentícia do Direito Civil busca manter o status econômico do cônjuge [...] a pensão por morte previdenciária tem como objetivo manter uma renda mínima de sobrevivência para a família enlutada, não havendo preocupação com a manutenção da condição econômica da época do casamento, mesmo porque agora falecido o mais forte economicamente e o regime geral da previdência social limita seus benefícios a um “teto” que não chega aos dias atuais a dez (10) salários mínimos.²⁴⁰

Ao remeter à pensão alimentícia, a legislação previdenciária pretendeu tão somente condicionar o direito do ex-cônjuge à pensão por morte à sua efetiva dependência econômica do segurado, não havendo outra relação entre as prestações, cujos termos seguem regras próprias e independentes.

Essa condição, todavia, é criticada por autores como Ana Paula Oriola Martins, para quem o fato de os alimentos civis e a proteção previdenciária terem naturezas jurídicas diversas desqualifica o recebimento da pensão alimentícia como critério para a caracterização da dependência econômica exigida para a concessão da pensão por morte²⁴¹.

A advogada argumenta que nem sempre o ex-cônjuge necessitado recebe alimentos. Isto ocorre, por exemplo, quando este dispensa ou renuncia aos

²⁴⁰ HORVATH JÚNIOR, Miguel; SANTOS FILHO, Oswaldo de Souza. A renúncia da pensão alimentícia e seus efeitos na relação jurídica previdenciária. *Revista de Direito Social*, ano 5, n.º 20, p. 35-46, out/dez. 2005, p. 43.

²⁴¹ MARTINS, Ana Paula Oriola. A Pensão por morte e sua relação com a pensão alimentícia. Porto Alegre: *Revista de Direito Social*, ano 2, n.º 8, p. 33-48, out/dez. 2002, p. 45.

alimentos no ato da separação, mas vem a precisar deles posteriormente, sendo-lhe lícito reclamá-los, com fundamento na irrenunciabilidade desse direito, conforme teor dos arts. 1.704 e 1.707 do Código Civil²⁴². Ou quando, não obstante a necessidade de alimentos de um ex-cônjuge, o outro não tem possibilidade econômica de ministrá-los.

Diante dessas hipóteses, é possível afirmar que o ex-cônjuge, por não receber pensão alimentícia do segurado, não é, de fato, seu dependente econômico, sobrevivendo com a ajuda de terceiros ou mediante benefício assistencial. A necessidade superveniente ou subsistente à separação lhe garantiria o direito à pensão por morte?

A legislação previdenciária é silente a respeito, restringindo o tratamento da questão à norma contida no do § 2.º do art. 76 da Lei n.º 8.213/91, ora em debate, cuja literalidade induz à conclusão de que o recebimento de pensão de alimentos é requisito para o direito do ex-cônjuge à pensão por morte. Por outro lado, uma interpretação sistemática permite equiparar à pensão alimentícia outras formas de assistência material capazes de caracterizar a dependência econômica do ex-cônjuge.

Essa, aliás, foi a interpretação feita pelo próprio Instituto Nacional do Seguro Social, cuja Instrução Normativa INSS/PRES n.º 20/2007 dispõe, em seu art. 269, § 1.º, que “equipara-se à percepção de pensão alimentícia o recebimento de ajuda econômica/financeira sob qualquer forma, observando-se o rol exemplificativo do § 3.º do art. 22 do RPS, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/99”.

O posicionamento resolve também eventual controvérsia em relação à forma da prestação de alimentos. Deve esta ser fixada judicialmente? Conforme Yussef Cahali, no âmbito civil nada obsta que credor e devedor de alimentos cheguem a um acordo extrajudicial; todavia, só a homologação judicial o tornará um título executivo judicial, passível de ser executado em caso de descumprimento.

Quanto ao Direito Previdenciário, enquanto para a pensão por morte a Lei n.º 8.213/91 consigna apenas “pensão de alimentos”, para outros fins exige

²⁴² Brasil. Código Civil. “Art. 1.704. Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial.”

Art. 1.707. Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora.

expressamente que esta decorra de sentença judicial²⁴³. Esse tratamento distinto da matéria no interior do mesmo diploma legal nos permite concluir que, para o direito à pensão por morte, os alimentos não precisam ser fixados judicialmente.

De qualquer forma, pacificou-se, tanto na jurisprudência quanto no âmbito administrativo, o entendimento de que a dependência econômica, representada por recebimento de pensão alimentícia (fixada judicial ou extrajudicialmente), ou por qualquer outra forma de assistência material prestada regularmente pelo segurado, na data do seu óbito, confere ao ex-cônjuge o direito à pensão por morte.

Não obstante, as considerações tecidas não resolvem todas as questões levantadas, restando-nos as problemáticas relativas à necessidade superveniente do ex-cônjuge e à ausência de dependência econômica pela falta de condições econômicas do devedor, acima levantadas.

Primeiramente, cumpre distinguir a necessidade superveniente à separação ou divórcio, da necessidade superveniente ao óbito do segurado. Na primeira hipótese, como acima mencionado, ainda que tenha havido omissão, dispensa ou mesmo renúncia aos alimentos na *separação*, judicial ou de fato, sobrevindo situação de necessidade de um dos ex-cônjuges, este poderá reclamar alimentos do outro. Deferidos, em ação ajuizada pelo ex-cônjuge, ou mesmo extrajudicialmente, os alimentos constituirão prova de dependência previdenciária, não ensejando controvérsias. Da mesma forma, o indeferimento judicial seria prova da desnecessidade e independência econômica do cônjuge separado em relação ao segurado.

No *divórcio*, há a dissolução do vínculo conjugal e dos seus efeitos civis²⁴⁴, entre os quais o dever de mútua assistência entre os cônjuges. Quanto aos alimentos, a matéria não é devidamente disciplinada, nem pela Lei n.º 6.515/77, nem pelo Código Civil. Há forte doutrina no sentido de que o divórcio, ao dissolver o vínculo conjugal, extingue o direito de alimentos, salvo se forem fixados, restaurados ou expressamente ressalvados na sentença de divórcio²⁴⁵.

²⁴³ Referimos-nos aos arts. 114 e 115, IV, da Lei n.º 8.213/91, que prevêem as hipóteses legais de desconto dos benefícios, entre elas a pensão alimentícia decretada em sentença judicial.

²⁴⁴ Brasil. Lei n.º 6.515/77. “Art. 24. O divórcio põe termo ao casamento e aos efeitos civis do matrimônio religiosos”.

²⁴⁵ CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 284-306.

Na *dissolução da união estável*, assiste direito de alimentos ao ex-companheiro que deles necessitar²⁴⁶. Mas, da mesma forma que ocorre em relação ao divórcio, predomina na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que a dissolução da união estável sem fixação de alimentos extingue o direito do ex-companheiro a alimentos. Nesse sentido aponta o enunciado n.º 263, aprovado na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que admite a renúncia aos alimentos no divórcio e na dissolução da união estável²⁴⁷.

A matéria, até aqui, atine ao direito de família. Todavia, falecendo o segurado sem que o ex-cônjuge ou ex-companheiro necessitado tivesse ajuizado ação de alimentos, o direito à pensão por morte estaria prejudicado?

Encontramos resposta a essa indagação ao refletir acerca da relação entre os alimentos e a pensão por morte. Ponderamos que o legislador acertou ao relacionar os alimentos devidos pelo segurado ao ex-cônjuge ao direito deste à pensão por morte, visto que, não obstante as diferenças apontadas, as duas prestações são definidas pelo mesmo critério principal, qual seja, a necessidade daqueles a quem se deve assistência material em virtude de parentesco ou matrimônio. Entretanto, a questão seria melhor equacionada se o direito à pensão por morte estivesse condicionada não ao efetivo recebimento da pensão de alimentos, mas ao direito a estes. Assim, desde que o ex-cônjuge reunisse os pressupostos legais para a pretensão dos alimentos na data do óbito do segurado, teria direito ao benefício pensão por morte, independentemente de os perceber. Dessa forma, o Direito Previdenciário evitaria controvérsias em situações como as apontados acima, quando, a despeito de ser o ex-cônjuge credor de alimentos, não os percebe pela incapacidade econômica do devedor ou por não ter tido tempo hábil ou condições de requerê-los, e em outras, relacionadas à culpa pela separação e à cessação do dever de alimentos pelo casamento ou união estável do credor, por exemplo.

A proteção previdenciária do ex-cônjuge estaria condicionada, assim, não à efetiva dependência econômica do segurado, mas ao seu direito de

²⁴⁶ Brasil. Lei n.º 9.278/06. “Art. 7.º. Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos.”

²⁴⁷ III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, realizada em Brasília, em dezembro de 2004. “Enunciado n.º 263. O art. 1.707 do Código Civil não impede seja reconhecida válida e eficaz a renúncia manifestada por ocasião do divórcio (direto ou indireto) ou da dissolução da ‘união estável’. A irrenunciabilidade do direito a alimentos somente é admitida enquanto subsista vínculo de Direito de Família.”

alimentos, ainda que não exercido, na data do óbito do segurado. Não se pode olvidar que o legislador não arrolou o ex-cônjuge entre os dependentes previdenciários do Regime Geral. Seu direito à pensão por morte é excepcional, condicionado especificamente ao direito de alimentos ou estado de necessidade.

Assim concluíram os professores Miguel Horvath Júnior e Oswaldo de Souza Santos Filho, com a ressalva de que consideram a irrenunciabilidade aos alimentos entre cônjuges e companheiros em separação um “retrocesso legislativo”, a ser sanado:

Por outro giro, de acordo com a interpretação literal do art. 1.707 do atual Código Civil, se o direito aos alimentos é irrenunciável, mas não exercitável, o ex-cônjuge ou ex-convivente teria direito a se habilitar ao recebimento da pensão por morte [...] devendo, no entanto, provar que se encontrava em estado de necessidade social no momento do óbito do(a) segurado(a) [...]²⁴⁸

No que se refere ao divorciado e ao ex-companheiro, partimos da premissa de que, com a dissolução do vínculo conjugal ou da união estável, cessa o direito a alimentos e, por conseguinte, à pensão por morte²⁴⁹. Assim entendem autores como Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior:

²⁴⁸ HORVATH JÚNIOR, Miguel; SANTOS FILHO, Oswaldo de Souza. op cit. p. 46.

²⁴⁹ Nesse sentido, o Ministro Felix Fischer confirmou, em decisão monocrática (Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial n.º 1.020.038 - AL - DJ 14.02.2008), acórdão do Tribunal Regional Federal da 5.ª Região, cuja ementa transcrevemos:

PREVIDENCIÁRIO ADMINISTRATIVO. PENSÃO POR MORTE. EX-COMPANHEIRA. INEXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL À ÉPOCA DO FALECIMENTO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE POSTERIOR DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. APELAÇÃO IMPROVIDA.

- Pleito de reconhecimento do direito de pensão por morte em função da existência de união estável com o segurado falecido. - É reconhecido à companheira, na qualidade de dependente previdenciária, o direito de pleitear a pensão por morte, uma vez que a dependência econômica é presumida ex vi legis (art. 16, I e § 4.º e art. 74 da Lei n.º 8.213/91). - Mas a jurisprudência é pacífica no sentido de que não faz jus à pensão por morte de servidor a ex-companheira que à época do óbito já não mais ostentava a condição de convivente, em especial quando a ex-companheira não comprova eventual dependência econômica no período posterior à dissolução da sociedade de fato. - Inexistência, *in casu*, de união estável à época do falecimento, bem como ausência de comprovação de posterior dependência econômica por parte da apelante.- Apelação improvida."

Decisão monocrática do Ministro Paulo Gallotti, proferida no Agravo de Instrumento n.º 908831 (DJ 22.08.2007), mantendo negativa de seguimento ao Recurso Especial interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1.ª Região, assim ementado:

“PREVIDENCIÁRIO. EX-COMPANHEIRA. PENSÃO POR MORTE. DISSOLUÇÃO DA CONVIVÊNCIA MORE UXORIO. ANTES DO ÓBITO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO À PENSÃO.

1. Tendo havido a dissolução da convivência more uxório antes do óbito do segurado, não faz jus a ex-companheira à pensão por morte, em especial quando manifesto o inequívoco desejo do de cujus de excluí-la do rol de beneficiários, mediante requerimento expresso encaminhado à autarquia previdenciária. 2. Apelação do INSS e remessa oficial, tida por interposta, providas. Apelações da autora e da litisconsorte passiva necessária prejudicadas.”

A cessação do convívio deverá ser tratada nos mesmos moldes do término da relação conjugal. Se ao tempo do óbito a relação havia cessado, sem que o convivente sobrevivente estivesse recebendo pensão alimentícia por conta da cessação do convívio, não há que falar em pensão previdenciária.²⁵⁰

A segunda hipótese – necessidade superveniente ao óbito do segurado – constitui questão mais complexa. O tema encontra controvérsias não só no âmbito do Direito Previdenciário, mas também no do Direito Civil. Neste último, devido à possibilidade de transmissão da obrigação de alimentos aos herdeiros do devedor, prevista no art. 1.700 do Código Civil²⁵¹, cujo significado e alcance vêm comportando diferentes interpretações e críticas. Para o procurador de Justiça do Estado de São Paulo Washington Epaminondas Medeiros Barra, a nova norma colide com o “princípio da intransmissibilidade da relação obrigacional alimentar consagrada no Direito brasileiro”, que decorre do seu caráter personalíssimo. Assinala ainda que a “clareza do dispositivo é só aparente” porque conflita com outras regras “que a ele devem ser ajustadas, amoldadas, compostas e combinadas”²⁵².

Yussef Said Cahali e a professora Regina Beatriz Tavares da Silva também apontam problemas em relação à nova norma, em especial devido à indefinição dos limites da obrigação a ser transmitida. Para a professora, esta deve limitar-se aos alimentos devidos em decorrência do casamento ou união estável, desde que o credor não seja herdeiro do falecido, e aos frutos da herança²⁵³.

Para Cahali, a norma civil permite a transmissão apenas da obrigação já estabelecida, reconhecida ou pelo menos objeto de ação quando do falecimento do devedor, sendo “inadmissível [...] entender-se como transmitido o

²⁵⁰ ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. op. cit. p. p.

²⁵¹ Brasil. Código Civil. “Art. 1.700. A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694”.

²⁵² BARRA, Washington Epaminondas Medeiros. Dos alimentos no direito de família. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coord.). *O novo Código Civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003, p. 1.258.

²⁵³ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Dissolução da Sociedade e do Vínculo Conjugal. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coord.). *O novo Código Civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003, p. 1.313.

‘dever legal’ de alimentos na sua *potencialidade* (e não na sua atualidade)”, diz o autor²⁵⁴.

O Direito Previdenciário, por sua vez, não tutela eventual necessidade do ex-cônjuge superveniente ao óbito do segurado; não se extrai do regime jurídico da previdência social nenhuma norma que cogite tal possibilidade. Ao contrário, os dispositivos relativos à pensão por morte conferem o direito ao benefício apenas àqueles que, no momento do óbito do segurado, necessitam de sua ajuda financeira para subsistir, de forma que a perda dessa renda ou do direito a ela constitua evento gerador de necessidade social.

As normas previdenciárias de proteção incidem no momento da ocorrência dos fatos geradores de necessidade – ou contingências sociais – legalmente previstas (art. 1.º, Lei n.º 8.213/91²⁵⁵). A morte do segurado se caracteriza como contingência social à medida que gera necessidade social aos seus dependentes. Inexistindo dependentes em necessidade social, ainda que presumida, não há incidência da norma. Não sendo o ex-cônjuge dependente econômico, nem credor de alimentos do segurado, a necessidade superveniente que o atinge, logicamente, não pode ser atribuída à morte e conseqüente perda de rendimentos deste. Ademais, a ele é lícito recorrer a parentes, conforme lhe faculta o instituto dos alimentos, ou, sendo inviável ou frustrada essa tentativa, valer-se dos mecanismos de assistência social.

Outro óbice que levantamos diz respeito à dificuldade de se estabelecer, criteriosamente, um limite temporal a essa pretensão. Ou poderia o ex-cônjuge, a qualquer tempo e independentemente de outros beneficiários estarem em gozo da pensão, pleiteá-la? Eventual divisão do benefício com quem não dependia do segurado poderia levar seus efetivos dependentes econômicos à situação de necessidade. Sobre o tema, merece destaque a reflexão do Desembargador Federal Luís Alberto d’Azevedo Aurvalle, com a qual compartilhamos:

A pensão previdenciária devida ao cônjuge separado visa a dar continuidade ao amparo que já vinha sendo outorgado anteriormente

²⁵⁴ CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 79.

²⁵⁵ Brasil. Lei n.º 8.213/91. “Art. 1.º A Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente”.

à morte. Ao revés, é incompatível ao sistema que, decorrido longo período de ruptura da vida em comum, sem qualquer auxílio material, venha o cônjuge a pleitear a condição de dependente, a partir de um estado de miserabilidade ostentado após a morte do segurado, arrostando igualdade de condições com companheira e/ou filhos do *de cujus* presentes no seu passamento. Não seria demasiado dizer que, a valer tal entendimento, estar-se-ia a criar novo objetivo ao matrimônio: o da cobertura previdenciária incondicionada!, chocando-se com os interesses legítimos dos reais dependentes do segurado no momento da morte.²⁵⁶

Com efeito, entendemos não ser devida pensão por morte ao ex-cônjuge em razão de necessidade alimentar que venha a enfrentar posteriormente à morte do segurado.

A Quinta e a Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça chegaram a firmar entendimento no sentido de que “é devida pensão por morte ao ex-cônjuge separado judicialmente, uma vez demonstrada a necessidade econômica superveniente, ainda que tenha havido dispensa dos alimentos por ocasião da separação”²⁵⁷. Não obstante, sobreveio dissenso entre os referidos órgãos; a Quinta Turma passou a considerar que o ex-cônjuge só faz jus à pensão por morte se comprovar dependência econômica do segurado no momento do óbito, enquanto a Sexta Turma admite a necessidade econômica superveniente como causa suficiente para o direito do ex-cônjuge ao benefício²⁵⁸.

²⁵⁶ AURVALLE, Luís Alberto d’Azevedo. A pensão por morte e a dependência econômica superveniente. *Revista de Doutrina da 4.ª Região - Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região – EMAGIS*, Porto Alegre, n. 18. jun.2007. Revista eletrônica. Disponível em <<http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br>>. Acesso em 10.mar.2008.

²⁵⁷ Superior Tribunal de Justiça - 5.ª e 6.ª Turmas. Entendimento: É devida pensão por morte ao ex-cônjuge separado judicialmente, uma vez demonstrada a necessidade econômica superveniente, ainda que tenha havido dispensa dos alimentos por ocasião da separação. <<http://www.stj.gov.br/SCON/jcomp/doc.jsp?livre=@docn=000000118>> Disponível em 27/06/04.

²⁵⁸ PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. ARTIGO 14, PARÁGRAFO 4.º, LEI 10.259/01. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DIRIMIR DIVERGÊNCIA. COMPETÊNCIA. TURMA DE UNIFORMIZAÇÃO. ORIENTAÇÃO CONTRÁRIA. DIREITO MATERIAL. SÚMULA OU JURISPRUDÊNCIA DO STJ. PENSÃO POR MORTE. PERCEPÇÃO. CÔNJUGE SEPARADO OU DIVORCIADO. DISSENSÃO JURISPRUDENCIAL. QUINTA E SEXTA TURMAS. ENTENDIMENTO DOMINANTE. EXISTÊNCIA. NECESSIDADE. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. I - O Incidente de Uniformização de Jurisprudência foi criado pelo artigo 14, § 4.º da Lei 10.259/01, para que o Superior Tribunal de Justiça resolva sobre eventual divergência sempre que a orientação acolhida pela Turma de Uniformização, em questões de direito material, contrariar súmula ou jurisprudência desta Corte desde que haja entendimento dominante da matéria posta em debate. II - Na hipótese, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça entende ser impossível a concessão de benefício pensão por morte a cônjuge separado ou divorciado sem a comprovação de dependência econômica do segurado falecido. Por seu turno, a Sexta Turma deste Tribunal possui posicionamento no sentido de que é devida a pensão por morte ao ex-cônjuge separado judicialmente, desde que demonstre a necessidade econômica superveniente, ainda que tenha havido dispensa dos alimentos por ocasião da separação. III - É inviável, em sede de Incidente de

Em 2007, o Superior Tribunal de Justiça aprovou a súmula 336, segundo a qual “a mulher que renunciou aos alimentos na separação judicial tem direito à pensão previdenciária por morte do ex-marido, comprovada a necessidade econômica superveniente”. Ao contemplar apenas a mulher que renunciou a alimentos na separação, a súmula cuida da renúncia feita na vigência do Código Civil de 1916, quando esta era admitida²⁵⁹, consolidando assim jurisprudência majoritária que, nesses casos, reconhece o direito à pensão por morte²⁶⁰.

Como se vê, a questão está submetida aos tribunais. Nos regionais, encontramos jurisprudência abundante reconhecendo o direito à pensão por morte do ex-cônjuge que comprove dependência econômica ou necessidade superveniente, inclusive ao óbito, do segurado²⁶¹.

Cumpre-nos, ainda, ressaltar que, a depender da interpretação que se dê em relação ao alcance da transmissibilidade do dever de alimentos prevista no art. 1.700 do Código Civil, o direito à pensão por morte poderá ser afetado. Isto porque, admitindo-se a transmissibilidade da obrigação de alimentos ao espólio ou herdeiros do devedor, se e enquanto estes suportarem eventual obrigação de

Uniformização de Jurisprudência, dirimir divergência, conforme os termos do artigo 14, § 4.º da Lei 10.259/2001, quando não houver, nesta Corte, posicionamento dominante sobre o assunto em discussão. IV - Agravo interno desprovido. (g.n.)

Superior Tribunal de Justiça – 5.ª Turma - Agravo Regimental na Petição 4992 – PR - Relator Ministro Gilson Dipp – Decisão: 14.11.2006 - DJU: 18.12.2006 - p. 405.

²⁵⁹ Na vigência do Código Civil de 1916, os alimentos eram tratados no Título V – Das relações de parentesco, o que levou a doutrina e a jurisprudência majoritária a considerarem que a cláusula que previa a irrenunciabilidade aos alimentos (“art. 404. Pode-se deixar de exercer, mas não se pode renunciar o direito a alimentos”), ali inserida, referia-se apenas ao direito dos parentes e não dos cônjuges, subsistindo, não obstante, controvérsia a respeito. (CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 5.ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.235-6)

²⁶⁰ “Ainda que tenha renunciado à pensão alimentícia quando da separação judicial, a ex-cônjuge tem direito à percepção da pensão por morte, desde que comprove a necessidade econômica para tanto. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. A autora não exercia atividade laborativa durante o casamento e mesmo anos após a separação judicial, sendo que o conjunto probatório demonstra que vivia quase que exclusivamente às expensas da pensão alimentícia concedida ao filho do casal e, posteriormente, pela fruição da pensão por morte recebida pelo filho em razão do óbito do pai, até aquele atingir a maioridade.” Tribunal Regional Federal (3.ª Região) – 10.ª Turma - 2006.03.99.001818-0 - Apelação Cível 1083054 - Relator Juiz Federal Nino Toldo – v.u. - Decisão: 24.07.2007.

²⁶¹ “Para a concessão do benefício de pensão por morte, no caso de cônjuge separado judicialmente ou de fato, ou ainda divorciado, que não recebia pensão alimentícia na ocasião do óbito, deverá comprovar a dependência econômica em relação ao “de cujus” na ocasião do óbito ou demonstrar necessidade superveniente, nos termos do art. 76, §2.º da Lei n.º 8.213/91.” Tribunal Regional Federal (4.ª Região) - Turma Suplementar - RS - Apelação Cível 2003.04.01.007939-8 – Relatora Luciane Amaral Corrêa Münch - v.u. Decisão: 22.11.2006.

“Comprovada a necessidade atual do benefício, ainda que inexistente a dependência econômica na data do óbito, pode a ex-esposa pleitear alimentos - direito indisponível -, na forma de pensão, se deles vier a necessitar.” Tribunal Regional Federal (4.ª Região) – 5.ª Turma - Apelação Cível 2004.04.01.039345-0 – PR - Relator Desembargador Federal Néfi Cordeiro – DJU: 16.03.2005.

alimentos em relação ao ex-cônjuge do segurado, não fará sentido que este perceba também a pensão por morte.

Com exceção desta controvertida intersecção entre os alimentos e a pensão por morte, as prestações, como dissemos acima, regem-se por regras próprias e independentes. Mas nem sempre foi assim. A professora Heloisa Derzi relata que, no passado, o valor ou percentual da pensão alimentícia fixada judicialmente no desquite era garantida na pensão por morte do devedor, até o seu limite²⁶².

Essa desvinculação entre o valor da pensão alimentícia e o da pensão por morte é criticada por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Para ele, o *quantum* da pensão por morte não deveria ultrapassar o dos alimentos recebidos em vida, fixados estes com base na necessidade do credor, sob pena de enriquecimento sem causa²⁶³.

Não obstante a coerência lógica do raciocínio do jurista, entendemos que vincular o valor das prestações seria mais prejudicial do que benéfico ao sistema, visto que os alimentos são limitados à possibilidade do devedor, e nem sempre suprem a necessidade do credor, além de sua fixação estar sujeita a uma série de fatores estranhos à natureza da proteção previdenciária, relacionados, por exemplo, a um processo de separação ou divórcio ou ação de alimentos. Ademais, a pensão por morte visa a garantir proteção básica, dentro de um limite de interesse público e social, que não coincide com os critérios de mensuração da pensão civil.

A questão revela a dificuldade de se estabelecer critérios justos para a fixação do valor nominal ou do percentual da pensão por morte para o ex-cônjuge ou ex-companheiro, visto que podem majorar ou reduzir o valor por ele percebido a título de alimentos e, em contrapartida, prejudicar ou favorecer outros dependentes do segurado. Não obstante, porque limitado a um teto básico, destinado essencialmente a garantir subsistência de quem comprove dele necessitar, o benefício da pensão por morte não representa enriquecimento sem causa do ex-cônjuge.

Em qualquer das hipóteses tratadas, para gerar o direito à pensão por morte, a dependência econômica do ex-cônjuge ou ex-companheiro deve ser comprovada.

²⁶² DERZI, Heloisa Hernandez. op. cit., p.240.

²⁶³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. op. cit., p. 84-5.

Não obstante, a previdência social, contrariando os dispositivos acima analisados, só exige certidão de casamento atualizada e prova de ajuda financeira nas pensões em que haja habilitação de companheiro²⁶⁴, prática que pode levar à concessão indevida de pensão para ex-cônjuge, separado, judicialmente ou de fato, ou divorciado. Merece crítica a expressa dispensa, pelo órgão da administração, de prova de requisito legal do direito ao benefício. Especificamente nos casos de separação de fato, sem habilitação de companheiro/a, existe dificuldade de aferição da condição de dependente do ex-cônjuge. Consigna-se que a concessão indevida de benefício pode ser anulada no prazo decadencial de dez anos, salvo na hipótese de má-fé do beneficiário, quando não se aplica a decadência (art. 103-A da Lei n.º 8.213/91²⁶⁵).

3.3.1.4 Concorrência entre cônjuge ou companheiro e ex-cônjuge ou ex-companheiro

Como visto, o ex-cônjuge ou ex-companheiro considerado dependente previdenciário do segurado falecido concorrerá, em igualdade de condições com os dependentes de primeira classe deste, à pensão por morte.

Assim, na hipótese de o segurado falecido devedor de alimentos à ex-cônjuge ou ex-companheiro estabelecer nova relação conjugal ou união estável, a pensão por sua morte deverá ser dividida, em partes iguais, entre aquele, o novo cônjuge ou companheiro e outros dependentes de primeira classe.

A dependência econômica do cônjuge ou companheiro será presumida e a do ex-cônjuge ou ex-companheiro, comprovada.

Consigna-se ainda que o reaparecimento de cônjuge ausente não excluirá o direito à pensão por morte de eventual companheiro/a do segurado/a,

²⁶⁴ Instrução Normativa INSS/PRES n.º 20/07. “Art. 269. [...] § 2.º A Certidão de Casamento apresentada pelo cônjuge, na qual não conste averbação de divórcio ou de separação judicial, constitui documento bastante e suficiente para comprovação do vínculo, devendo ser exigida a certidão atualizada e prova da ajuda referida no *caput* deste artigo apenas nos casos de habilitação de companheiro(a) na mesma pensão.”

²⁶⁵ Brasil. Lei n.º 8.213/91. “Art. 103-A. O direito da Previdência Social de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os seus beneficiários decai em dez anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.”

ainda que seja reconhecido o direito deste ao benefício, conforme o §1.º do art. 76 da n.º Lei 8.213/91.

Com efeito, tem direito à pensão por morte, preferencialmente e com base na dependência econômica presumida, aquele que, no momento da morte do segurado, com ele viva em relação familiar, na condição de cônjuge ou companheiro/a.

3.3.1.5 Filho menor ou inválido, enteado e equiparados

Os filhos menores de vinte e um anos, não emancipados, e os inválidos também são dependentes do segurado. Sua dependência econômica é presumida e absoluta. Encontra fundamento no dever de assistência decorrente do poder familiar²⁶⁶ e na proteção devida à criança e ao adolescente, inclusive no que se refere aos direitos previdenciários, conforme arts. 227, *caput*, e § 3.º, inciso II, e 229, ambos da Constituição Federal, que dispõem:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§ 3.º. O direito à proteção especial abrange os seguintes aspectos:

[...]

II – garantia de direitos previdenciários e trabalhistas.

²⁶⁶ A filiação é um estado que pressupõe a relação entre pais e filhos nos aspectos de proteção e de assistência. As profundas transformações que sofreram as relações familiares ao longo do século passado fizeram com que a autoridade do pai em relação à família, o chamado pátrio poder, desse lugar ao poder familiar, que coloca em igualdade de condições ambos os pais (art. 1.631 CC).

No exercício do poder familiar, dispõe o art. 1.634 do CC, compete aos pais em relação aos filhos menores: “I – dirigir-lhes a criação e a educação; II- tê-los em sua companhia e guarda; III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; V – representá-los até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, no atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VI – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.”

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

A norma previdenciária protege os filhos de qualquer condição, em consonância com a Constituição de 1988²⁶⁷, que equiparou os chamados filhos legítimos, ilegítimos ou adotivos, os quais não podem ser juridicamente discriminados. O novo Código Civil também veio confirmar a igualdade de tratamento jurídico, repetindo, no art. 1.596, a norma constitucional em referência.

Também em consonância com o texto constitucional, não há mais diferenciação de tratamento entre filhos e filhas. Dessa forma, no âmbito da previdência, ambos são considerados dependentes do segurado até vinte e um anos, salvo se emancipados. A legislação previdenciária manteve o critério que estabelece dependência econômica presumida até vinte e um anos, embora o Código Civil de 2002 tenha reduzido a maioridade civil para dezoito anos.

Nesse aspecto, deve-se ter em mente que a maioridade civil, que torna o indivíduo livre e apto para fazer suas escolhas, inclusive no que tange ao mundo do trabalho, não necessariamente coincide com a independência econômica. O componente cultural e a difícil realidade econômica do país, que oferece poucas e modestas oportunidades de emprego para os jovens e adolescentes, tendem a prolongar a dependência dos filhos para além dos dezoito anos de idade. No âmbito da organização familiar, reitera-se, a independência econômica não se confunde com capacidade civil. Para nós, a norma protetora deve se aproximar o mais possível da realidade fática, das necessidades das pessoas protegidas, para alcançar a máxima efetividade.

Em consonância, o posicionamento de Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior:

No nosso entendimento, a maioridade, para fins de cessação da condição de dependente previdenciário, não foi afetada pela alteração legislativa. Tratando-se de diploma legal que consubstancia importante parcela do arcabouço legal do direito previdenciário, sua órbita protetiva não pode ser restrita pela modificação de regras gerais.²⁶⁸

²⁶⁷ Brasil. Constituição Federal (1988). “Art. 227, § 6.º. 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”.

²⁶⁸ ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. op. cit. p. 100.

Na mesma direção o enunciado n.º 3, aprovado pela I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal²⁶⁹, ao analisar o art. 5.º do novo Código Civil:

A redução do limite etário para a definição da capacidade civil aos 18 anos não altera o disposto no art. 16, I, da Lei n.º 8.213/91, que regula específica situação de dependência econômica para fins previdenciários e outras situações similares de proteção, previstas em legislação especial.

Em sentido contrário, posicionou-se a professora Heloisa Derzi:

[...] urge que a legislação previdenciária seja alterada no sentido de *reduzir o limite de idade*, na forma da *maioridade de 18 (dezoito) anos*, trazida pelo Novo Código Civil, em razão de a sociedade brasileira, como um todo, ter elegido essa *idade*, como critério que atesta a aptidão para *reger sua própria pessoa e patrimônio*, podendo, inclusive, *exercer livremente atividade laboral* que lhe propicie *sustento próprio*. [...] *os filhos que cursam ensino superior* não estão impossibilitados de *exercer atividade laboral* e prover o *próprio sustento*. [...].²⁷⁰

Decisões judiciais na esfera do direito de alimentos e relativas a regimes próprios de previdência têm estendido a pensão por morte até os vinte e quatro anos, para universitários. A medida, além de incentivar, pode viabilizar a formação educacional superior do dependente, conformando-se estrategicamente ao direito à educação, previsto nos arts. 6.º e 205 da Constituição Federal, e à Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n.º 9.394/96), cujo art. 4.º, V, impõe ao estado o dever de garantir acesso ao ensino superior²⁷¹.

Ainda, é notório o esforço dos pais para ajudar a custear o estudo dos filhos ou sustentá-los enquanto estudam, de modo que estender o direito à

²⁶⁹ A I Jornada de Direito Civil, evento organizado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, reuniu, em 2002, 130 operadores do direito, entre juizes estaduais e federais, professores, representantes do Ministério Público, da Advocacia Pública e da Ordem dos Advogados do Brasil. Divididos em comissões, analisaram as várias partes do Código Civil. Ao final dos debates foram aprovados 137 enunciados, a auxiliar a interpretação do novo texto legal. O evento passou a se realizar periodicamente e já está em sua quarta edição, reunindo 396 enunciados.

²⁷⁰ DERZI, Heloisa Hernandez. op. cit. p. 257-8.

²⁷¹ Brasil. Lei n.º 9.394/96. "Art. 4.º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de: [...] V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um".

pensão por morte para os universitários se coaduna com a função reparadora da previdência social.

A emancipação²⁷² enseja a perda da qualidade de dependente previdenciário, de forma que o filho emancipado não tem direito à pensão por morte, salvo se a emancipação decorrer de colação de grau em curso superior. A exceção é prevista no inciso III do art. 17 e repetida no inciso II do art. 114, ambos do Regulamento da Previdência Social²⁷³.

O **filho inválido** também é dependente presumido do segurado, fazendo jus à pensão por morte, independentemente de sua idade.

Embora a Lei n.º 8.213/91 não delimite a aplicação de referida norma, o Regulamento da Previdência Social identifica duas diferentes situações, disciplinando-as. Cuida-se da invalidez que preexiste à morte do segurado e a que surge depois dela, enquanto o filho é menor de vinte e um anos e está em gozo da pensão por morte. Ensejam o direito à pensão por morte, enquanto perdurar essa condição, podendo, inclusive, cumular-se com aposentadoria por invalidez, nos termos dos arts. 108, *caput* e parágrafo único, e 115, do Decreto n.º 3.048/99:

Art.108. A pensão por morte somente será devida ao dependente inválido se for comprovada pela perícia médica a existência de invalidez na data do óbito do segurado.

Parágrafo único. Ao dependente aposentado por invalidez poderá ser exigido exame médico-pericial, a critério do Instituto Nacional do Seguro Social.

Art.115. O dependente menor de idade que se invalidar antes de completar vinte e um anos deverá ser submetido a exame médico-pericial, não se extinguindo a respectiva cota se confirmada a invalidez.

²⁷² A emancipação é causa de cessação da incapacidade civil antes da idade legalmente prevista, conforme parágrafo único do art. 5.º do Código Civil. Opera-se de forma voluntária, pela outorga dos pais mediante instrumento público, ou por sentença judicial, se concedida por tutor, em relação a menor de 18 e maior de 16 anos; ou pela ocorrência de certos eventos, legalmente relacionados, quais sejam, casamento, exercício de emprego público efetivo, colação de grau em curso de ensino superior, ou ainda, estabelecimento civil ou comercial ou relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com 16 anos completos tenha economia própria.

²⁷³ Brasil. Decreto n.º 3.048/99. “Art. 17. A perda da qualidade de dependente ocorre: [...] III - para o filho e o irmão, de qualquer condição, ao completarem vinte e um anos de idade, salvo se inválidos, ou pela emancipação, ainda que inválido, exceto, neste caso, se a emancipação for decorrente de colação de grau científico em curso de ensino superior. [...] Art. 114. O pagamento da cota individual da pensão por morte cessa: [...] II - para o pensionista menor de idade, ao completar vinte e um anos, salvo se for inválido, ou pela emancipação, ainda que inválido, exceto, neste caso, se a emancipação for decorrente de colação de grau científico em curso de ensino superior.”

O direito ao benefício condiciona-se à manutenção da invalidez, a ser comprovada, mediante perícia médica, a critério do Instituto Nacional do Seguro Social, e à submissão do beneficiário a tratamento médico e reabilitação profissional, se prescrita e custeada pelo órgão (art. 109 do Decreto n.º 3.048/99²⁷⁴).

O prof. Miguel Horvath Junior alerta que o Decreto n.º 3.048/99, ao prever, em seu art. 114, inciso II, a extinção do direito do filho inválido à pensão pela emancipação, salvo se decorrente de colação de grau, extrapola os limites da Lei n.º 8.213/91, cujo art. 77, § 2.º, inciso II, exclui expressamente essa possibilidade²⁷⁵. Entre as hipóteses legais de emancipação, além da colação de grau, a única compatível com a condição do inválido é o casamento (art. 5.º, parágrafo único, do Código Civil). Para o professor, o casamento, por si só, não altera a condição de inválido deste beneficiário, que, em geral, continua dependendo dos pais. Nestas circunstâncias:

[...] a vedação implicaria jogar o inválido na clandestinidade sexual uma vez que, caso venha a contrair matrimônio, perderia a qualidade de dependente, enquanto que, se mantivesse relações sexuais espúrias, manteria a qualidade de dependente²⁷⁶.

O inválido poderia, ainda, a fim de evitar a cessação do benefício, preferir a união estável ao casamento. Vê-se, assim, que, neste ponto, o regulamento, além de inovar em relação à lei, o faz inadvertidamente, criando vedação que desvaloriza o casamento e prejudica a integração social.

Cogita-se ainda sobre a hipótese da invalidez que atinge o filho maior de vinte e um anos ou emancipado supervenientemente à morte do segurado. A lei é silente, mas uma análise das normas previdenciárias permite concluir que não lhe assiste direito ao benefício. Isso em razão da maioridade ou emancipação que o torna capaz e, se economicamente ativo, o insere em um dos regimes de previdência; protegido, portanto, do risco da invalidez. Se for inativo, inválido e dependente de pai, mãe ou tutor segurado, estará protegido, no caso de ocorrer

²⁷⁴ Brasil. Decreto n.º 3.048/99. “Art.109. O pensionista inválido está obrigado, independentemente de sua idade e sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da previdência social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado e tratamento dispensado gratuitamente, exceto o cirúrgico e a transfusão de sangue, que são facultativos.”

²⁷⁵ Brasil. Lei n.º 8.213/91. “Art. 77.[...]. § 2.º. A parte individual da pensão extingue-se: [...] II - para o filho, a pessoa a ele equiparada ou o irmão, de ambos os sexos, pela emancipação ou ao completar 21 (vinte e um) anos de idade, salvo se for inválido.”

²⁷⁶ HORVATH JÚNIOR, Miguel. op. cit., p. 176.

morte destes. Em último caso, se estiver excluído de qualquer proteção previdenciária e sem meios de sustento próprio, poderá valer-se dos programas e benefícios da assistência social.

O **enteado e o menor tutelado** também integram a primeira classe de dependentes, por equiparação ao filho, desde que comprovem a dependência econômica em relação ao segurado, nos termos do § 2.º do art. 16:

O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.

Enteado é o filho do cônjuge ou do companheiro/a do segurado, que com este estabelece parentesco por afinidade. Na medida em que convive com o segurado, integrando o mesmo núcleo familiar e dele dependendo, nos cuidados necessários e no sustento financeiro, equipara-se, para fins previdenciários, ao filho do segurado. Assim, se for menor ou inválido, fará jus à pensão por morte, concorrendo com os demais dependentes de primeira classe.

O **menor tutelado** é aquele que, não estando sob o poder familiar de seus pais, é posto sob tutela²⁷⁷ de uma pessoa capaz, com poderes para sua proteção, eis que, como menor, não tem capacidade para exercer direitos e obrigações. A tutela possui três finalidades: “os cuidados com a pessoa do menor, a administração dos seus bens, e sua representação para os atos e negócios da vida civil”²⁷⁸.

Além de proporcionar a proteção do menor, e de seus interesses patrimoniais, tutela consiste na formação de uma relação familiar substituta, entre tutor e tutelado, conforme teor do art. 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n.º 8.069/90:

A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta lei.

²⁷⁷ A matéria é disciplinada pelo Código Civil de 2002, arts. 1728 a 1766, e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Como dispõe o art. 1728 do CC, os filhos menores terão proteção por meio da tutela quando do falecimento dos pais ou, sendo estes julgados ausentes ou quando houver decadência do poder familiar, já que este poder não pode conviver com a tutela. A tutela é exercida com vigilância judicial e tem raio de ação mais restrito do que o do poder familiar. O tutor não tem os mesmos poderes do pai, necessitando de autorização judicial para a prática de vários atos.

²⁷⁸ VENOSA, Silvio. *Direito civil*. v. 6. São Paulo: Atlas, 2004, p. 419.

O art. 1.740 do Código Civil aponta as incumbências do tutor em relação ao tutelado. Para nós, é de especial interesse a expressa no inciso I do referido artigo, que diz: “dirigir-lhe a educação, defendê-lo e prestar-lhe alimentos, conforme seus haveres e condição”.

Há, portanto, por parte do tutor, a obrigação de prestar alimentos ao tutelado. Se, de fato, o tutelado necessita do amparo financeiro e este é suportado pelo segurado, configura-se a dependência econômica. Na hipótese de falecimento do segurado, nasce, para o seu tutelado, o direito à percepção da pensão por morte.

Dessa circunstância, surge aspecto relevante, qual seja, a manutenção do direito do tutelado à pensão por morte daquele que era seu tutor, mesmo com a nomeação de novo tutor, a qual se impõe, por lei, face à incapacidade do menor, especialmente do menor de dezesseis anos, considerado absolutamente incapaz pelo nosso ordenamento jurídico. Interpretação diversa acarretaria a impossibilidade do menor tutelado exercer o direito à pensão que lhe é conferido, eis que para o próprio requerimento do benefício, perante o INSS, necessitaria de um novo tutor.

O raciocínio se aplica também ao **menor órfão**, o qual, para pleitear a pensão por morte do seu pai ou mãe, necessita ser representado, impondo-se nomeação de tutor. Nesse ponto, cabe ponderar que a assistência material prestada pelo tutor ao tutelado não retira deste o direito à pensão por morte de seus falecidos pais. Primeiramente, como foi dito, o direito à pensão não exige a dependência exclusiva do segurado falecido. Além disso, a tutela não rompe o vínculo com a família. Mesmo nas hipóteses de perda do poder familiar, subsistirá o dever de assistência material²⁷⁹.

Sobre essa questão, traz-se decisão proferida pelo Tribunal Regional da 3.^a Região:

PREVIDÊNCIA SOCIAL, PENSÃO POR MORTE DE EX-SEGURADO, POSSIBILIDADE DE CO-EXISTÊNCIA DE DEPENDÊNCIA PARA COM DUAS PESSOAS.

- 1 - A EVENTUAL DEPENDÊNCIA DA PESSOA TUTELADA, EM RELAÇÃO A SEU TUTOR, NÃO AFASTA A COMPROVADA E EFETIVA DEPENDÊNCIA DAQUELA EM RELAÇÃO A SEU ASCENDENTE, EM FACE DA POSSIBILIDADE DE CO-EXISTÊNCIA DE DEPENDÊNCIA PARA COM DUAS PESSOAS.
2 - RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

²⁷⁹ CAHALI, Yussef Said. op.cit., p. 701.

**Tribunal Regional Federal (3.^a Região) – 2.^a Turma – Apelação
Cível 92.03.021253-1 – SP- Relator Juiz Souza Pires - v.u. -
Decisão: 09.11.1993.**

Na **adoção**, a questão é diferente. O adotado adquire todos os direitos concernentes aos filhos, sendo equiparado a estes para todos os fins. Ao atribuir a situação de filho ao adotado, a adoção rompe todos os vínculos com os pais e parentes consangüíneos, salvo quanto a impedimento para o casamento, nos termos do art. 1.626²⁸⁰ do Código Civil.

Os efeitos da adoção começam a fluir a partir do trânsito em julgado da sentença que a constituiu, exceto se o adotante vier a falecer no curso do procedimento, caso em que a adoção terá força retroativa à data do óbito. As relações de parentesco se estabelecem não só entre o adotante e o adotado, como também entre aquele e os descendentes deste e entre o adotado e todos os parentes do adotante (art. 1.628 do Código Civil).

Portanto, podemos depreender alguns reflexos da adoção em relação à pensão por morte. Se já existir sentença transitada em julgado da adoção, o adotado não tem direito à pensão por morte do segurado consangüíneo, pois ocorreu a extinção do vínculo.

Outra hipótese é se ainda não existir trânsito em julgado da sentença de adoção e o adotante vier a falecer. É devida a pensão por morte do adotante, pois como dissemos os efeitos da adoção retroagem a data do óbito.

E, por fim, a hipótese do parente consangüíneo falecer antes do trânsito em julgado da sentença de adoção. Será devida a pensão por morte ao adotando até a data do trânsito em julgado da sentença, quando o rompimento do vínculo familiar consangüíneo fará cessar o respectivo direito ao benefício, exceto

²⁸⁰ Brasil. Código Civil. “Art. 1.626. A adoção atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consangüíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento.”. Na lição de Yussef Said Cahali (2002: p. 702-11), desde a promulgação da Brasil. Constituição de 1988, que trouxe o tratamento igualitário aos filhos, e da edição do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), que extinguiu diferenciações no instituto da adoção, não mais subsistia a norma contida no art. 378 do Código Civil de 1916, segundo a qual *os direitos e deveres que resultam do parentesco natural não se extinguem pela adoção, exceto o pátrio poder* [...]. Segundo o jurista, “a teor da filosofia que terá inspirado o novo legislador, já não mais prevalece o que dispunha o art. 378 do CC [...] integrando de forma total e irreversível o filho adotivo na família substituta, extinguem-se ipso jure todos os direitos e obrigações que o vinculavam à família natural, desde que a única ressalva prevista no art. 41 do estatuto diz respeito aos impedimentos matrimoniais”.

quando o adotante é cônjuge ou companheiro do segurado instituidor do benefício, conforme dispõem o inciso IV e o § 2.º do art. 114 do Decreto n.º 3.048/99²⁸¹.

3.3.1.5.1 Menor sob guarda judicial

Por fim, cabe tratar do **menor sob guarda judicial**. Até a edição da Medida Provisória n.º 1.523 de 14 de outubro de 1996, convertida na Lei n.º 9.528/97, o menor sob guarda judicial era equiparado a filho, figurando, no § 2.º do art. 16 da Lei n.º 8.213/91, ao lado do enteado e do menor tutelado. Integrava, portanto, o rol de dependentes preferenciais do segurado, desde que comprovada sua efetiva dependência econômica em relação a este.

Hoje, por força da referida alteração legislativa, o menor sob guarda judicial não tem direito à pensão por morte do guardião. A questão, no entanto, suscita polêmica e entendimentos contrários na doutrina e na jurisprudência.

A guarda judicial, além de regular a responsabilidade dos pais pelos filhos menores nos casos de separação, divórcio ou dissolução de união estável (arts. 1.584 a 1.586 do Código Civil), é instrumento de inserção do menor que esteja em situação irregular em família substituta, previsto, ao lado dos institutos da tutela e adoção, no art. 28 da Lei n.º 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente):

A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

O promotor de Justiça Válter Kenji Ishida elucida que “a situação irregular da criança e do adolescente afere-se sempre que se constatar situação de abandono ou de risco envolvendo os mesmos”²⁸². Pode decorrer da ação ou omissão do Estado, da sociedade, dos genitores, do responsável legal ou da conduta da própria criança ou adolescente. Uma vez detectada, impõem-se a

²⁸¹ Brasil. Decreto n.º 3.048/99. “Art. 114. O pagamento da cota individual da pensão por morte cessa: [...] IV - pela adoção, para o filho adotado que receba pensão por morte dos pais biológicos. [...] § 2.º Não se aplica o disposto no inciso IV do **caput** quando o cônjuge ou companheiro adota o filho do outro.”

²⁸² ISHIDA, Valter Kenji. Estatuto da criança e do adolescente: Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 1998. p. 146.

adoção das medidas de proteção, por força do disposto no art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente²⁸³.

Desse modo, a guarda judicial configura-se como medida de proteção e como tal deve abranger todos os aspectos previstos nos incisos do § 3.º do art. 227 da Constituição Federal, destacando-se entre eles direitos previdenciários²⁸⁴.

O guardião tem dever de “assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente”, nos termos do art. 33 do estatuto, cujo § 3.º dispõe expressamente que “a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins de direito, inclusive, previdenciários”²⁸⁵.

Todos os filhos menores sujeitam-se ao poder familiar e se a guarda destes for confiada a terceiros, o poder familiar não se perde, eis que a guarda atinge apenas alguns aspectos deste poder. Significa que o dever do guardião em relação ao menor não ilide o dever dos pais de assistência material. Até mesmo com a extinção do pátrio poder, subsiste o dever de prestar alimentos.

Vê-se que a dependência econômica do menor sob guarda judicial configura-se, no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente, da mesma forma que a do menor tutelado: há o dever de assistência material por parte do guardião, a qual, entretanto, não exclui esse dever dos genitores. Assim, se o menor sob guarda necessita de amparo material e o guardião supre essa necessidade, prestando-lhe a devida assistência, concretiza-se a dependência econômica, objeto da proteção previdenciária.

Nesse sentido, entendem Rocha e Baltazar Junior²⁸⁶:

²⁸³ Brasil. Lei n.º 8.069/90. “Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III - em razão de sua conduta.”

²⁸⁴ Brasil. Constituição Federal de 1988. “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [...] § 3.º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: [...] II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;”

²⁸⁵ Brasil. Lei n.º 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). “Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. [...] § 3.º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.”

²⁸⁶ ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. op. cit. p.103.

Assim, conflitando a lei ordinária com preceito Constitucional, a exclusão é, neste ponto, inconstitucional, valendo apenas a exigência da comprovação da dependência econômica, o que nos parece acertado – configurando uma situação menos gravosa – em face do grande número de situações em que a guarda é postulada com o único fito de assegurar direitos previdenciários indevidamente.

De outro lado, o menor sob guarda mantém o direito à eventual pensão por morte de seus genitores. Assim decidiu o Tribunal Regional Federal da 4.^a Região:

PREVIDENCIÁRIO. MENOR SOB GUARDA E RESPONSABILIDADE DE TERCEIRO. O FILHO LEGÍTIMO OU NATURAL, DEPENDENTE DE SEGURADO DA PREVIDÊNCIA, COM A MORTE POSTERIOR DO GENITOR NÃO PERDE DIREITO A PENSÃO DEIXADA PELO FALECIMENTO DO PAI.

1. O filho de segurado da Previdência que está sob a guarda e responsabilidade de terceiro não perde direito a pensão deixada em virtude do falecimento do pai. 2. A guarda e responsabilidade de menor visa o bem estar e segurança e não pode vir em seu detrimento. 3. Recurso "ex officio" improvido.

Tribunal Regional Federal (4.^a Região) – 5.^a Turma – Remessa “Ex Officio” 93.04.20441-0 - RS - Relator Juiz Álvaro Eduardo Junqueira (convocado) – Decisão: 25.06.1998 - v.u. - DJU: 12.08.1998 - p. 861.

No nosso entender, a exclusão do menor sob guarda judicial do rol de dependentes do segurado contraria as normas acima citadas, representando, ainda, retrocesso no núcleo da proteção social prevista pela Seguridade Social, eis que o direito à pensão, na hipótese, só seria devida mediante comprovação da efetiva dependência. Vale dizer, o direito suprimido refere-se a efetiva (e não presumida) necessidade econômica enfrentada por menor que, com a morte do guardião, vê-se desprotegido.

Heloisa Hernandez Derzi²⁸⁷ reconhece esse imediato “estado de necessidade”, mas, em virtude de sua natureza transitória, sugere a concessão de benefício “temporário”, até que novo guardião assuma a proteção do menor. Para a autora, a substituição da guarda ilide a proteção previdenciária. Em suas palavras:

[...] se houver a morte do guardião, caberá a necessária substituição da guarda, não gerando a proteção previdenciária por meio da pensão por morte. Do ponto de vista técnico, não há fundamento jurídico para a concessão da pensão por morte.

²⁸⁷ DERZI, Heloisa Hernandez. op. cit. p. 285.

Por força de decisões judiciais proferidas em ações propostas pelo Ministério Público de São Paulo, Minas Gerais e Tocantins, o INSS publicou, em 1.2.2002, a Instrução Normativa n.º 64, determinando que o órgão, nestes Estados, se absteresse de indeferir os pedidos de inscrições de crianças e adolescentes, que estão sob guarda judicial, na condição de dependentes de segurados". Em 2004, decisão proferida em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público de Sergipe fez com o INSS estendesse a determinação a este Estado, conforme Instrução Normativa n.º 106, de 14.04.2004.

Em 2006, a ação civil pública proposta em São Paulo (n.º 97.0057902-6, em trâmite perante a 1.ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo), foi julgada procedente, mantendo-se a liminar anteriormente concedida e ampliando seus efeitos para todos os Estados da Federação. A decisão ensejou a edição da Instrução Normativa INSS/PRES n.º 9, de 8.8.2006, dispondo que o INSS se abstenha, em todo o território nacional, de indeferir os pedidos de inscrição, na condição de dependente, de crianças e adolescentes que, por determinação judicial, estejam sob a guarda de segurado do Regime Geral, com efeito retroativo a 8 de junho de 2006, data do recebimento do ofício que ordenou o cumprimento da decisão judicial, e aplicado, a partir dessa data, em todos os processos de benefícios requeridos, tanto para os pendentes de decisão final, quer em primeira instância administrativa, quer em instância recursal, bem como para os pedidos de revisão de benefícios.

O entendimento, no entanto, ainda é díspar nos tribunais, conforme se constata nas recentes decisões proferidas em Tribunais Regionais Federais:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE DE RESPONSÁVEL PELA GUARDA DE MENOR. COMPROVADA A DEPENDÊNCIA ECONÔMICA.

Tendo a prova documental demonstrado que os segurados falecidos contribuíam para o sustento da menor de forma integral, auxiliando-o também na formação moral e em sua proteção, é deferido o benefício de pensão.

Tribunal Regional Federal (4.ª Região) – 6.ª Turma – Desembargador Federal Néfi Cordeiro - Decisão: 10.06.2003 - v.u. - DJ2 n.º 129 - 09.07.2003 - p. 557.

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE DA AVÓ. MENOR SOB GUARDA. PRINCÍPIOS PROTETIVOS. APLICAÇÃO.

1 – Hipótese em que, na data do óbito (26/11/98), de acordo com o art. 16, § 2.º, da Lei n.º 8.213/91, com a redação dada pela Lei n.º

9.528/97, o menor sob guarda não mais se enquadrava como dependente para fins previdenciários.

2 – Em face dos princípios constitucionais protetivos dos interesses do menor, a omissão constante na nova redação do art. 16, § 2.º, da Lei n.º 8.213/91, relativamente ao menor sob guarda judicial, é suprida pelo § 3.º do art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n.º 8.069/90, que assegura à criança ou adolescente sob guarda todos os direitos, inclusive previdenciários.

3 – O termo de guarda judicial serve para comprovar dependência econômica.

4 – Custas devidas pela metade (Súmula n.º 2 do TARS).

Tribunal Regional Federal (4ª Região) – 5ª Turma – Apelação Cível 2001.04.01.059179-9 - RS - Remessa "Ex Officio" – Relator Desembargador Federal A. A. Ramos de Oliveira - Decisão: 08.08.2002 - v.u. - DJ2 n.º 166 - 28.08.2002 - p. 805.

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça havia firmado entendimento favorável à incidência da norma que excluiu o menor sob tutela do rol de dependentes do segurado:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. IMPOSSIBILIDADE. GUARDIÃO. ÓBITO OCORRIDO APÓS A LEI N.º 9.528/97. PRECEDENTES.

1. A Egrégia Terceira Seção tem entendimento assente no sentido de que "o fato gerador para a concessão do benefício de pensão por morte é o óbito do segurado, devendo ser aplicada a lei vigente à época de sua ocorrência." (EResp 190.793/RN, rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, DJ de 07/08/2000.)

2. Não é possível a concessão da pensão por morte quando o óbito do guardião ocorreu sob o império da Lei n.º 9.528/97, uma vez que o menor sob guarda não mais detinha a condição de dependente, conforme a lei previdenciária vigente.

3. Não há falar em aplicação do art. 33, § 3.º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, porquanto é norma de cunho genérico, cuja incidência é afastada, no caso de benefícios mantidos pelo Regime Geral da Previdência Social, pelas leis específicas que tratam da matéria.

4. Precedentes da Quinta e Sexta Turmas.

5. Recurso especial conhecido e provido.

Superior Tribunal de Justiça – 5ª Turma – Recurso Especial 303345 – RS - 2001/0015597-9 – Relatora Ministra Laurita Vaz - v.u. - Decisão: 12.08.2003.

Desde 2005, entretanto, a Quinta Turma vem reconhecendo a aplicabilidade do Estatuto da Criança e do Adolescente, conferindo o direito à pensão por morte ao menor sob guarda judicial do segurado:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. DEPENDENTE DO SEGURADO. EQUIPARAÇÃO A FILHO. LEGISLAÇÃO DE PROTEÇÃO AO MENOR E ADOLESCENTE. OBSERVÂNCIA.

A Lei n.º 9.528/97, dando nova redação ao art. 16 da Lei de Benefícios da Previdência Social, suprimiu o menor sob guarda do rol de dependentes do segurado. 2. Ocorre que, a questão referente ao menor sob guarda deve ser analisada segundo as regras da legislação de proteção ao menor: a Constituição Federal – dever do poder público e da sociedade na proteção da criança e do adolescente (art. 227, caput, e § 3.º, inciso II) e o Estatuto da Criança e do Adolescente – é conferido ao menor sob guarda a condição de dependente para todos os efeitos, inclusive previdenciários (art. 33, § 3.º, Lei n.º 8.069/90). 3. Recurso especial desprovido.

Superior Tribunal de Justiça – 5.ª Turma – Recurso Especial 762329 – RS – 2005/01056151 - Relatora Ministra Laurita Vaz - v.u. - Decisão: 06.12.2005 - DJU: 01.02.2006 - p.603.

Assim, por força de decisões judiciais, ainda pendentes de julgamento final, o INSS vem concedendo, desde 1.2.2002 nos Estados de São Paulo, Minas Gerais e Tocantins, de 15.04.2004, em Sergipe, e em todo o Brasil, a partir de 8.6.2006, pensão por morte aos menores sob guarda judicial de segurados do regime geral.

Também é possível ao menor sob guarda obter o benefício de pensão por morte, judicialmente, em ações individuais, conforme tendência jurisprudencial.

3.3.2 Dependentes da segunda classe - pais

O inciso II traz a segunda classe de dependentes, formada pelos pais do segurado. Integram o rol de dependentes, mas somente serão assim considerados se comprovada a dependência econômica. E, ainda assim, só farão jus ao benefício se não existirem dependentes preferenciais, da primeira classe.

A dependência econômica dos pais se caracteriza pela ajuda ou participação financeira constante e necessária para uma vida digna dos pais. Ainda que não residam juntos, o amparo econômico prestado pelo filho segurado deve ser relevante para o orçamento doméstico dos pais. Reitera-se, novamente, que, para fins de pensão por morte a dependência econômica não precisa ser exclusiva,

admitindo-se inclusive a cumulação da pensão com outro benefício previdenciário percebido pelos pais dependentes.

Neste sentido, a decisão proferida pela 2.^a Turma do Tribunal Regional Federal da 1.^a Região:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE. AUTOR IDOSO. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. ART. 273 DO CPC. POSSIBILIDADE.

I - Em havendo sentença de mérito pela procedência do feito, o agravo tirado contra decisão que antecipa tutela não perde o objeto, já que a antecipação produz efeitos mesmo após a decisão definitiva. II - Presentes os requisitos da verossimilhança da alegação e do receio de dano irreparável e considerando ainda o caráter alimentar da hipótese, não há que se falar em impossibilidade de deferimento de tutela antecipada contra a Fazenda Pública. III - Comprovada pelo agravado a dependência econômica do filho falecido com provas que instruem a inicial faz ele jus a uma pensão mensal no valor correspondente ao da respectiva remuneração ou provento. IV - Dependência do agravado consignada na Declaração anual de ajuste de Imposto de Renda do Segurado, inclusão no plano de saúde/convênio médico deste como dependente caracterizam prova inequívoca e verossimilhança do alegado, fazendo incidir a regra do art. 273 do CPC. V - Em se tratando de autor de idade avançada, a não concessão da antecipação dos efeitos da tutela pode ocasionar um dano de difícil reparação, ainda mais versando o feito sobre questão de natureza alimentar. VI - Agravo de Instrumento do INSS a que se nega provimento.

Tribunal Regional Federal (1.^a Região) – 2.^a Turma – Agravo de Instrumento 2003.01.00.001082-9 - MG - Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian - Decisão: 19.11.2003 - DJU: 09.12.2003 - p.34.

No mesmo sentido julgou a 1.^a Turma do Tribunal Regional Federal da 3.^a Região:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. PAIS DE SEGURADO. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVADA. TERMO INICIAL.

1- Comprovada a dependência econômica dos pais do segurado, fazem eles jus ao benefício pleiteado. 2- O § 4.º, do artigo 16, da Lei 8213/91, ao prescrever a necessidade de comprovação de sujeição econômica, não mencionou a exigência de que os dependentes elencados em seus incisos II e III vivam em estado de miséria em virtude da ausência do segurado. 3- Não tendo havido requerimento na esfera administrativa, a citação deve ser fixada como termo inicial para a concessão do benefício. 4- Remessa oficial e apelações improvidas.

Tribunal Regional Federal (3.^a Região) – 1.^a Turma - Processo 2000.03.99.002651-4 - Relator Juiz Oliveira Lima - Decisão: 07.08.2001 - DJU: 16.10.2001 - p.609.

Finalmente, conforme já abordado, o fato do rol ser excludente pode prejudicar pais dependentes, na hipótese de existirem beneficiários preferenciais, que farão jus à totalidade do benefício.

3.3.3 Dependentes da terceira classe - irmão menor ou inválido

Da mesma forma, o irmão menor ou inválido, não emancipado (inciso III), faz jus à pensão por morte, desde que, na época do falecimento do segurado, fosse dele dependente econômico, e desde que inexistentes quaisquer dependentes das classes anteriores.

As colocações relacionadas à maioridade e à invalidez do filho, expostas no item 3.3.1.5, aplicam-se também ao irmão.

3.3.4 Pessoa designada

Na redação original da Lei n.º 8.213/91, havia uma quarta classe de dependente, prevista no inciso IV do art. 16. Tratava-se de “pessoa designada, menor de 21 anos ou maior de 60 (sessenta) anos”, nos termos da norma que vigorou até a edição da Lei n.º 9.032/95, que revogou o referido inciso IV²⁸⁸.

Discutiu-se se a pessoa designada na vigência da norma teria direito adquirido ao benefício, ainda que o óbito ocorra após a sua revogação, posicionando-se, doutrina e jurisprudência, majoritariamente, contrárias a essa possibilidade²⁸⁹.

²⁸⁸ Superior Tribunal de Justiça – Entendimento – 5.^a e 6.^a Turmas: A concessão da pensão por morte deve observar a legislação vigente à época do óbito do segurado. Sendo assim, não é possível alegar direito adquirido à percepção desse benefício previdenciário se a designação do dependente foi anterior, mas o falecimento do segurado foi posterior à vigência da lei n.º 9.032/95, que revogou tal faculdade.

²⁸⁹ Turma Nacional de Uniformização da Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais. “Súmula n.º 4. Não há direito adquirido à condição de dependente de pessoa designada, quando o falecimento do segurado deu-se após o advento da Lei n.º 9.032/95.”

Ainda que a norma pudesse abrigar menor ou idoso efetivamente dependente do segurado, suscetível de ser posto em risco social com a morte daquele, a nosso ver, não se compatibilizava com o sistema de proteção engendrado pela previdência social, por permitir o direito à pensão por morte à pessoa *designada* pelo segurado, independentemente de existir entre eles – segurado e pessoa designada – qualquer parentesco, tutela ou curatela, ou laço familiar.

Na conformidade da Seguridade Social, cada cidadão brasileiro deve estar de alguma forma coberto pela proteção social. No interior do Regime Geral da Previdência Social, que se caracteriza principalmente por amparar a perda da capacidade econômica do grupo protegido, estão abrigados os segurados, seus familiares e os a eles equiparados, o que demonstra a sua relação com a *família*, que representa a primeira camada de proteção humana. O direito à pensão por morte é, assim, disciplinado para atender às finalidades previdenciárias legalmente estabelecidas, não constituindo bem disponível do segurado.

3.3.5 Acolhimento do idoso em situação de risco social

Antevendo a tendência ao envelhecimento da população, característica esta, comum aos países que alcançam determinado nível de desenvolvimento econômico, o legislador constituinte buscou de alguma forma, promover o sustento daqueles que em razão da idade não mais estivessem aptos a competir por um posto no mercado de trabalho.

O art. 230 da Constituição Federal impõe ao Estado, à família e a toda a sociedade, o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua

“SEGURIDADE SOCIAL. PENSÃO POR MORTE. DEPENDENTE. PESSOA MAIOR DO SEXO FEMININO DESIGNADA NA VIGÊNCIA DO DEC. N.º 89.312/84. FALECIMENTO DA SEGURADA INSTITUIDORA NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 8.213/91. DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA. EXPECTATIVA DE DIREITO. LEI N.º 8.213/91, ART. 16. A inscrição de dependente, maior, realizada antes da vigência da Lei 8.213/91, que restringiu a designação aos menores de 21 anos e aos maiores de 60, não gera direito adquirido, mas, tão-só, expectativa de direito. Destarte, não assiste direito adquirido à ora recorrente.”

Superior Tribunal de Justiça - Recurso Especial 495.191 - PE - Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca – Decisão: 02.09.2003 - DJU: 29.09.2003.

participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

O art. 203 da Carta Magna estabelece que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente da contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I – a proteção à família, à maternidade, à infância e à velhice. Garante, em seu inciso V, benefício de um salário mínimo ao idoso que comprove não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

No âmbito da previdência social, além da aposentadoria por idade, a pensão por morte representa proteção aos idosos dependentes de segurado.

Pautado no fundamento da Dignidade da Pessoa Humana, o legislador infraconstitucional elaborou a Lei n.º 8.842/94, instituindo a política nacional do idoso, com objetivo de assegurar seus direitos sociais, considerando idoso a pessoa com mais de sessenta anos. Posteriormente regulamentada pelo Decreto n.º 1.948, de 3 de julho de 1996, que determinou a competência de cada um dos órgãos e entidades públicas na implementação dessa política. Em seu Art. 2.º, atribuiu ao Ministério da Previdência e Assistência Social o dever de estimular a criação de formas alternativas de atendimento não-asilar do idoso²⁹⁰, ressaltando-se que, por atendimento asilar, entende-se, nos termos deste Decreto, aquele em regime de internato²⁹¹. Já a modalidade não-asilar foi descrita em rol exemplificativo como os centros de convivência, centros de cuidado diurno, casa-lar, oficina

²⁹⁰ Brasil. Decreto n.º 1.948/96. “Art. 2.º. Ao Ministério da Previdência e Assistência Social, pelos seus órgãos, compete:

- I - coordenar as ações relativas à Política Nacional do Idoso;
- II - promover a capacitação de recursos humanos para atendimento ao idoso;
- III - participar em conjunto com os demais ministérios envolvidos, da formulação, acompanhamento e avaliação da Política Nacional do Idoso;
- IV - estimular a criação de formas alternativas de atendimento não-asilar;
- V - promover eventos específicos para discussão das questões relativas à velhice e ao envelhecimento;
- VI - promover articulações inter e intraministeriais necessárias à implementação da Política Nacional do Idoso;
- VII - coordenar, financiar e apoiar estudos, levantamentos, pesquisas e publicações sobre a situação social do idoso, diretamente ou em parceria com outros órgãos;
- VIII - fomentar junto aos Estados, Distrito Federal, Municípios e organizações não-governamentais a prestação da assistência social aos idosos nas modalidades asilar e não-asilar”.

²⁹¹ Brasil. Decreto n.º 1.948/96. “Art. 3.º [...] o atendimento, em regime de internato, ao idoso sem vínculo familiar ou sem condições de prover à própria subsistência de modo a satisfazer as suas necessidades de moradia, alimentação, saúde e convivência social. Parágrafo único. A assistência na modalidade asilar ocorre no caso da inexistência do grupo familiar, abandono, carência de recursos financeiros próprios ou da própria família.”

abrigada de trabalho, atendimento domiciliar²⁹² ou outras formas de atendimento de iniciativas surgidas da própria comunidade e que visem à promoção e à integração da pessoa idosa na família e na sociedade.

A Política Nacional do Idoso deu ensejo à Lei n.º 10.741, de 01 de outubro de 2003. Trata-se do Estatuto do Idoso, diploma legal de caráter especial elaborado com o intuito de estabelecer direitos e deveres mais específicos à realidade do idoso no meio social²⁹³.

O Estatuto do Idoso, em seus arts. 4.º e 5.º, estabelece que nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei, sendo dever de todos prevenir a ameaça ou violação aos direitos do idoso, sob pena de responsabilidade²⁹⁴.

A redação dos mencionados artigos, com respaldo na obrigação constitucional atribuída a toda a sociedade pelo art. 230 da CF/88, tem levado alguns estudiosos do Direito a defenderem o surgimento de uma obrigação jurídica de acolhimento do idoso em situação de risco, imputável a todo e qualquer cidadão, conforme relata o promotor de Justiça Freitas Junior²⁹⁵. Na sua opinião, entretanto, o que o Estatuto do Idoso fez, foi impor a todos a observância ao princípio da solidariedade social, em especial quanto à obrigação que todo cidadão tem, de comunicar à autoridade competente qualquer forma de violação a esta Lei que tenha testemunhado ou de que tenha conhecimento²⁹⁶. Apenas para aqueles que possuam

²⁹² Brasil. Decreto n.º 1.948/96. “Art. 4.º, V - atendimento domiciliar: é o serviço prestado ao idoso que vive só e seja dependente, a fim de suprir as suas necessidades da vida diária. Esse serviço é prestado em seu próprio lar, por profissionais da área de saúde ou por pessoas da própria comunidade”.

²⁹³ O Estatuto prevê proteção especial para o idoso, assim considerada a pessoa com mais de 60 anos de idade. Nos termos do art. 3.º: “*É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.*”

²⁹⁴ Brasil. Lei n.º 10.741/03. “Art. 4.º Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei. § 1.º É dever de todos prevenir a ameaça ou violação aos direitos do idoso. § 2.º As obrigações previstas nesta Lei não excluem da prevenção outras decorrentes dos princípios por ela adotados. Art. 5.º A inobservância das normas de prevenção importará em responsabilidade à pessoa física ou jurídica nos termos da lei.”

²⁹⁵ FREITAS Jr. Roberto Mendes de. *Direitos e Garantias do Idoso – Doutrina, Jurisprudência e Legislação*. Del Rey: Belo Horizonte. 2008. p. 152.

²⁹⁶ Brasil. Lei n.º 10.741/03. “Art. 6.º. Todo cidadão tem o dever de comunicar à autoridade competente qualquer forma de violação a esta Lei que tenha testemunhado ou de que tenha conhecimento”.

dever legal para com o idoso, haverá, de fato, a obrigação de impedir qualquer resultado lesivo aos direitos e interesses deste.

O art. 35 do Estatuto do Idoso estabelece a necessidade de que seja firmado contrato de prestação de serviço entre o idoso ou seu representante legal e a entidade que o abrigar, facultando a esta, no caso de entidade filantrópica, a possibilidade de cobrar valor não superior a 70% (setenta por cento) de benefício recebido pelo idoso, para fim de custeio.

O art. 36, por sua vez, prevê nova figura jurídica no atendimento do idoso em situação de risco social: seu acolhimento por adulto ou núcleo familiar, que configura, para todos os efeitos legais, sua dependência econômica. Diz a norma:

O acolhimento de idosos em situação de risco social, por adulto ou núcleo familiar, caracteriza a dependência econômica, para os efeitos legais.

A questão que se coloca é se, no âmbito do Regime Geral, o idoso acolhido e financeiramente amparado pelo segurado, fará jus, no caso do falecimento deste, à pensão por morte. Ou seja, se a dependência a que se refere o Estatuto surtirá efeito no seio da legislação previdenciária.

Nossa posição é a de que, mesmo não tendo o Estatuto do Idoso conceituado satisfatoriamente o “acolhimento” do idoso, que tampouco foi regulamentado por lei posterior, traz elementos suficientes para que se caracterize sua condição de dependente previdenciário, quais sejam, a idéia de *acolhimento, por adulto ou núcleo familiar*, a exigência de que o idoso esteja em *situação de risco social*, a configuração de *dependência econômica* e a previsão expressa de *efeitos legais* desta.

Por idoso em situação de risco social deve-se entender aqueles que não têm garantida uma vida digna. Ou, nos termos do art. 43 do estatuto, o idoso que merece medida de proteção especial, como o acolhimento por pessoa ou família, é aquele que não tem garantidos os direitos reconhecidos pelo Estatuto²⁹⁷. Apenas estes poderão ser beneficiados pela caracterização do estado de dependência econômica.

²⁹⁷ Brasil. Lei n.º 10.741/03. “Art. 43. As medidas de proteção ao idoso são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II – por falta, omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento; III – em razão de sua condição pessoal.”

O acolhimento, espontâneo, necessariamente feito por adulto ou núcleo familiar e capaz de gerar dependência econômica para efeitos legais, pressupõe amparo material nos moldes do que se estabelece em relação aos familiares. Ao acolher o idoso em situação de risco social, o segurado assume o dever jurídico de protegê-lo, em lugar de sua família ou do Estado, estabelecendo-se, assim, uma relação familiar “fictícia”, ainda que eminente e estritamente do ponto de vista do dever de assistência material. Concordamos, assim, com o professor Aarão Miranda da Silva, para quem o dispositivo, ao prever “caracterização de dependência econômica”, exclui a dependência psíquica, emocional, alimentícia, jurídica e, ao consignar que esta surtirá efeitos legais, dispensa outros efeitos, como sociais, por exemplo, sem fazer qualquer restrição à forma legislativa, do que se infere que se aplica à legislação previdenciária²⁹⁸.

Horvath Junior, em análise preliminar do Estatuto do Idoso, afirma que o art. 36 do referido diploma “cria nova classe de dependentes”²⁹⁹.

O argumento de que a norma em questão demanda regulamentação para ser aplicada para fins previdenciários, ou mesmo tributários, a nosso ver não se sustenta, visto que o Estatuto trouxe elementos suficientes para que se reconheça o acolhimento capaz de caracterizar dependência econômica, diferenciando-o, inclusive, do abrigo do idoso, por entidade, mediante contrato oneroso, o qual é previsto no art. 35.

Assim, no nosso entender, ainda que não esteja arrolado como dependente previdenciário no art. 16 da Lei n.º 8.213/1991, o idoso acolhido faz jus à pensão por morte do segurado que o acolheu, por ser efetivamente dependente econômico do segurado e manter com este um vínculo familiar “fictício”.

Cumpre ainda ponderar que, se o idoso em situação de risco social, ao ser amparado materialmente por terceiro, deixa de fazer jus ao benefício assistencial de um salário mínimo, é porque este acolhimento configura relação familiar “fictícia”. De outra forma, deveria recebê-lo, já que este benefício é garantido somente ao idoso que comprove não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família (art. 203, V, CF).

²⁹⁸ SILVA, Aarão Miranda da. O Idoso como dependente previsto no Estatuto do Idoso e os efeitos previdenciários. 2007. <www.saraivajur.com.br> . Acesso em 06.mar.2008.

²⁹⁹ HORVATH JUNIOR, Miguel. Análise preliminar do estatuto do idoso (lei n.º 10.741, de 1.º de outubro de 2003). Revista de Direito Social, ano 4, n. 13, p. 11-15, jan/fev.2004. p. 14.

Ademais, a concepção de família, que antes dependia necessariamente da consangüinidade, hoje pode se basear em laços de afetividade e relação de reciprocidade, capazes de configurar o ânimo que distingue a relação familiar de outras relações sociais. A esse respeito, transcrevemos:

A forma que a família assume é linear. Ela se desenha e se redesenha no seu tempo e espaço de vida. Ocorrem a todo momento mudanças, processos de dissociação e associação, gerando novos arranjos e dinâmicas para responder a novas demandas de produção, trabalho, consumo, socialização, urbanização, etc.³⁰⁰

Para além da discussão acerca da natureza do vínculo jurídico que se estabelece entre o segurado e o idoso acolhido, o estatuto, lei posterior e especial, conferiu a este, expressamente e para todos os efeitos legais, a condição de dependente econômico. E, a exemplo do que ocorre com o menor tutelado, o idoso acolhido pode integrar o rol sem possuir relação de parentesco com o segurado. A legislação previdenciária está perfeitamente apta a incorporar o idoso acolhido por segurado como dependente previdenciário.

Negar o direito à pensão por morte ao idoso acolhido representaria, ainda, recolocá-lo em situação de necessidade, da qual havia sido retirado pelo segurado falecido, obrigando-o a recorrer à assistência social. Essa circunstância contrariaria toda a lógica do sistema de Seguridade Social, qual seja, de criar uma proteção previdenciária abrangente e eficaz, capaz de se adequar à realidade da vida social e assim oferecer segurança aos indivíduos, delegando à assistência social a função residual de cuidar daqueles totalmente desamparados.

3.4 A condição de segurado e a pensão por morte

Para que se reconheça o direito dos dependentes à pensão por morte, a legislação exige expressamente que o trabalhador falecido tivesse a qualidade de segurado na data do óbito. A perda dessa condição, ou seja, do

³⁰⁰ CARVALHO, Maria do Carmo Brant de. et al. *Serviços de proteção social às famílias*. São Paulo: IEE/PUC-SP; Brasília: Secretaria de Assistência Social/MPAS, 1998, p. 12.

vínculo jurídico do segurado com o Regime Geral, implica na *caducidade de direitos*, conforme teor do art. 102, *caput*, e § 2.º da Lei n.º 8.213/91:

Art.102. A perda da qualidade de segurado importa em caducidade dos direitos inerentes a essa qualidade.

§ 2.º Não será concedida pensão por morte aos dependentes do segurado que falecer após a perda desta qualidade, nos termos do art. 15 desta Lei, salvo se preenchidos os requisitos para obtenção da aposentadoria na forma do parágrafo anterior.

A ressalva consignada no § 2.º – que admite a perda da qualidade de segurado se já preenchidos os requisitos para obtenção de alguma das modalidades de aposentadoria – justifica-se em razão do direito adquirido³⁰¹. O fato de o segurado ter reunido as condições para a concessão da aposentadoria, independentemente de tê-la requerido ou estar em gozo da mesma, garante-lhe o direito a obtê-la a qualquer tempo. Por consequência, se o mesmo falecer, tal direito estende-se aos seus dependentes, que poderão pleitear a pensão por morte.

A doutrina e a jurisprudência têm entendido que também o direito adquirido ao auxílio-doença mantém a qualidade de segurado, garantindo eventual pensão aos dependentes. Assim, se em decorrência de incapacidade laborativa o segurado deixou de exercer atividade remunerada e, por conseguinte, de recolher contribuições, mantém a condição de segurado, por força do disposto no art. 15³⁰² da Lei n.º 8.213/91.

Portanto, conforme a norma acima citada (§ 2.º art. 102), introduzida pela Lei n.º 9.528/97, os dependentes só terão direito à pensão se o segurado, na data do óbito, mantiver essa qualidade ou já tiver cumprido os requisitos para a concessão de alguma das espécies de aposentadoria. O dispositivo suscita algumas questões polêmicas.

Em primeiro lugar, cabe retomar a redação original do art. 102 da Lei n.º 8.213/91: *“A perda da qualidade de segurado após o preenchimento de todos os requisitos exigíveis para a concessão da aposentadoria ou pensão não importa em extinção do direito a esses benefícios”*. O texto causava controvérsias em sua

³⁰¹ A proteção ao direito adquirido é constitucional, conforme norma expressa no art. 5.º, inciso XXXVI.

³⁰² Brasil. Lei n.º 8.213/91. “Art. 15. Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições: I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício”.

interpretação porque, como não há carência para a pensão por morte³⁰³, os únicos requisitos para o benefício eram, portanto, a morte daquele que é ou foi segurado e a existência de dependentes na data do seu óbito.

Assim, se considerássemos que, conforme a letra da lei, a perda da qualidade de segurado não afastava o direito à pensão por morte desde que preenchidos os requisitos para sua obtenção, bastaria que o segurado tivesse tido essa condição por qualquer período, ainda que mínimo, ao longo de sua vida para que seus dependentes pudessem usufruir do benefício. Tal situação contrariava a lógica do Regime Geral, em especial o seu caráter contributivo.

Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior comentam o precitado art. 102:

Em verdade, a primeira posição [*a perda da qualidade não afasta o direito à pensão*] parte de uma premissa equivocada, pois os dependentes não possuem direito próprio perante a previdência social, estando condicionados de forma indissociável ao direito dos titulares. Em que pesem algumas decisões divergentes, a nosso ver, a questão restou superada com a nova redação dada ao art. 102 pela Lei n.º 9.528/97 [...].³⁰⁴

Não obstante as críticas traçadas, o Superior Tribunal de Justiça acabou firmando entendimento no sentido de que, em sua redação original, a Lei n.º 8.213/91 não exigia a condição de segurado para o direito à pensão por morte, aplicando-se a legislação vigente na data do óbito³⁰⁵.

Por outro lado, a nova redação, ao negar a pensão aos dependentes de pessoa que, não obstante ter perdido a qualidade de segurado, a possuiu por longos anos de trabalho e contribuição, também contraria a lógica da proteção social, levando a situações de injusta desigualdade. Essa observação se torna ainda mais contundente à luz das inovações trazidas pelo § 1.º do art. 3.º da Lei n.º

³⁰³ Brasil. Lei n.º 8.213/91. "Art. 26. Independe de carência a concessão das seguintes prestações: I - pensão por morte, auxílio-reclusão, salário-família e auxílio-acidente."

³⁰⁴ ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. op. cit. p. 354-5.

³⁰⁵ EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. PERDA DA CONDIÇÃO DE SEGURADO. ART. 102 DA LEI 8.213/91. Segundo precedentes "A perda da qualidade de segurado, após o preenchimento dos requisitos exigíveis para a concessão de pensão ou aposentadoria, não importa na extinção do direito à percepção do benefício." "Benefício. Fato gerador ocorrido antes da incidência da Lei n.º 9.528/97. Direito adquirido. Art. 5.º, XXXVI da CF/88." Embargos rejeitados.

Superior Tribunal de Justiça - 3.ª Seção – Embargos de Divergência em Recurso Especial 182410 – SP (2000/0079066-4) Ministro José Arnaldo da Fonseca - Decisão: 09.05.01 - DJU: 18.06.2001 - p.112.

10.666/03³⁰⁶, que suprimiu o requisito da qualidade de segurado para a concessão da aposentadoria por idade, desde que o segurado tenha contribuído para a previdência social por, no mínimo, período equivalente ao da respectiva carência.

Nesse ponto, a legislação viola os princípios constitucionais da igualdade e da equidade na forma de participação no custeio da Seguridade Social, eis que, para a pensão por morte, introduziu a exigência da condição de segurado no momento do óbito, independentemente do tempo que o segurado tenha contribuído para a previdência, enquanto a mesma foi dispensada para a obtenção da aposentadoria por idade.

A alteração do art. 102 da Lei n.º 8.213/91 pela Lei n.º 9.528/97 criou nova exigência para a concessão da pensão por morte, reduzindo direitos e criando situação de iniquidade entre os segurados. Além disso, tal redução veio desacompanhada da respectiva e proporcional diminuição dos encargos contributivos, ferindo a regra da contra partida expressa no § 5.º do art. 195 da CF.

A jurisprudência majoritária exige, atualmente, a condição de segurado para o direito dos dependentes à pensão. No entanto, decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 3.ª Região fez nova interpretação das normas em tela, para considerar que, se o segurado já tinha cumprido período de carência previsto para a aposentadoria por idade, ainda que não tivesse complementado o requisito da idade na data do óbito, seus dependentes têm direito à pensão. Ou seja, a partir de uma interpretação sistemática das normas, encontra respaldo para levar em consideração as contribuições vertidas pelo segurado anteriormente à perda dessa condição.

Trazemos à colação a ementa do referido acórdão, bem como parte do voto do relator, Desembargador Federal Sérgio Nascimento:

**PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - AGRAVO RETIDO
NÃO REITERADO - PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO DO
"DE CUJUS" - APLICAÇÃO DO ARTIGO 102 DA LEI N.º 8.213/91 -
HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - TERMO INICIAL - CUSTAS
PROCESSUAIS - CORREÇÃO MONETÁRIA - JUROS DE MORA.
[...]**

³⁰⁶ Brasil. Lei n.º 10.666/03. "Art 3.º. A perda da qualidade de segurado não será considerada para a concessão das aposentadorias por tempo de contribuição e especial. § 1.º. Na hipótese de aposentadoria por idade, a perda da qualidade de segurado não será considerada para a concessão desse benefício, desde que o segurado conte com, no mínimo, o tempo de contribuição correspondente ao exigido para efeito de carência na data do requerimento do benefício."

III - Ainda que a lei dispense o cumprimento de período de carência para a concessão da PENSÃO POR MORTE, o mesmo não se aplica quanto à condição de segurado do falecido. (STF; 6ª T.; EDRESP n.º 314402/PR)

IV - A perda da qualidade de segurado não causa óbice à concessão do benefício de PENSÃO POR MORTE se já haviam sido preenchidos os requisitos necessários. Inteligência do artigo 102, §§ 1.º e 2.º, da Lei n.º 8.213/91.

V - Com a edição da EC n.º 20/98, a ressalva efetuada na parte final do parágrafo 2.º, do art. 102, da Lei n.º 8.213/91, passou a abranger também aquele que à época do óbito contava com a carência mínima necessária para a obtenção do benefício de aposentadoria por idade, mas perdeu a qualidade de segurado e veio a falecer antes de completar a idade para obtenção deste benefício.

VI - Sendo a data do óbito posterior tanto à edição da Medida Provisória n.º 1596-14, de 10/11/97, convertida na Lei n.º 9.528/97, que alterou a redação original do art. 74 da Lei n.º 8.213/91, quanto à vigência da Emenda Constitucional n.º 20, de 15.12.1998, o termo inicial do benefício deve ser fixado a partir da data do protocolo do requerimento administrativo (10.01.2001).

[...]

XII - Agravo retido não conhecido. Apelação da autora provida.

Tribunal Regional Federal (3.ª Região) – 10.ª Turma – Apelação Cível 874695 – 2002.61.23.000032-9 – SP, Relator Desembargador Federal Sérgio Nascimento, v.u, Decisão: 04.05.2004.

Voto:

[...] Verifica-se, pois, que no ano 1997, o benefício de pensão por morte foi disciplinado pelo mencionado parágrafo 2.º, do art. 102, da Lei n.º 8.213/91, afastando-se, assim, expressamente, a concessão de pensão por morte aos dependentes de segurado que falecer após a perda desta qualidade, salvo se à época do óbito se encontrassem preenchidos os requisitos para obtenção da aposentadoria, sendo que tal dispositivo legal não fez qualquer referência ao tempo de contribuição anterior ao falecimento.

Por tal razão, a jurisprudência inclinou-se no sentido de que se o óbito ocorreu antes de ser atingida a idade para a aposentadoria por idade, os dependentes não fazem jus ao benefício de pensão por morte, em caso de perda da qualidade de segurado, sendo irrelevante a quantidade de contribuições vertidas anteriormente ao sistema.

Ocorre que a interpretação sistemática e teleológica do disposto no inciso II, do art. 102, da Lei n.º 8.213/91, levando-se em consideração o advento da Emenda 20/98, que deu caráter contributivo à previdência social, conduz a entendimento diverso, principalmente após a edição da Lei n.º 10.666, de 08.05.2003, como a seguir se verifica. [...]

Desta forma, como a Previdência Social passou a ter caráter contributivo já não mais se justifica a interpretação até então dada ao disposto no § 2.º do art. 102, da Lei n.º 8.213/91, desprezando-se a carência já cumprida por quem veio a falecer após a perder a qualidade de segurado e sem ter atingido a idade mínima para a aposentadoria por idade, tanto que o próprio legislador ordinário já

compatibilizou este novo perfil da previdência social brasileira com os benefícios de aposentadoria por tempo de contribuição, especial e por idade, com a edição da Lei n.º 10.666, de 08.05.2003 [...]

A aposentadoria por idade passou então a ter dois requisitos cujo preenchimento não é mais simultâneo, ou seja, cumprimento da carência exigida pelo art. 142 da Lei n.º 8.213/91 e a idade mínima estabelecida pelo art. 48 da mesma lei.

Por outro lado, a proteção social referente ao evento morte encontra-se prevista no inciso I, do art. 201, da CF/88, juntamente com os eventos invalidez, doença e idade avançada, não se justificando, assim, entendimento de que o legislador ordinário tenha efetuado a opção de somente conceder proteção social ao evento idade.

Assim, com a edição da EC n.º 20/98, a ressalva efetuada no parágrafo 2.º do art. 102, da Lei n.º 8.213/91, passou a abranger também aquele que, à época do óbito contava com a carência mínima necessária para a obtenção do benefício de aposentadoria por idade, mas perdeu a qualidade de segurado e veio a falecer antes de completar a idade para a obtenção deste benefício.

Entendimento em sentido contrário subverte a lógica de um regime de previdência de caráter contributivo, pois, por exemplo, não teriam direito ao benefício de pensão por morte os dependentes do segurado que perdeu esta qualidade, mas recolheu anteriormente 29 anos e dez meses de contribuição e veio a falecer com 64 anos e onze meses de idade; enquanto que teriam direito à pensão os dependentes de segurado que também perdeu essa qualidade, mas conta com 15 anos de contribuição e veio a falecer na data em que completou 65 anos.[...]

Ressalto, ainda, que o princípio da solidariedade na previdência social não deve ser levado em consideração somente no plano de custeio, mas também no de benefícios, além do que não seria racional e coerente que em um sistema previdenciário social a lei tenha levado em consideração apenas os casos de incapacidade presumida (evento idade), desprezando as situações de incapacidade comprovada (evento invalidez e doença), bem como a proteção à família (evento morte).³⁰⁷

Esse entendimento acabou sendo parcialmente incorporado pela própria previdência social, conforme norma contida no parágrafo único do art. 281 da Instrução Normativa INSS/PRES n.º 20/2007, segundo a qual “fica assegurado aos dependentes o direito à pensão por morte [...] desde que o instituidor, se falecido entre 13 de dezembro de 2002 e 08 de maio de 2003, contasse com o mínimo de 240 (duzentos e quarenta) contribuições ou, se falecido após esta data, com o

³⁰⁷ No mesmo sentido, destaca-se decisão do Tribunal Regional Federal (3.ª Região):

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL. PENSÃO POR MORTE. L. 8.213/91, ART. 74. QUALIDADE DE SEGURADO. A perda da qualidade de segurado do falecido não é relevante para a concessão do benefício, desde que o segurado tenha cumprido a carência exigida pela lei previdenciária para a aposentadoria por idade (art. 3.º, § 1.º da Lei n.º 10.666/03 e art. 102 da Lei n.º 8.213/91). Precedente do Superior Tribunal de Justiça. Apelação provida. Tribunal Regional Federal (3.ª Região) – 10.ª Turma - Apelação Cível 1063394 -SP – 2003.61.14.004331-9 - Relator Desembargador Federal Castro Guerra - v.u. - Decisão: 24.04.2007.

número de contribuições correspondentes ao exigido para o tempo de carência, conforme disciplinado no art. 18 desta Instrução Normativa”.

Ou seja, o Instituto Nacional do Segurado Social admitiu, a partir da Lei n.º 10.666, de 8 de maio de 2003, o direito à pensão por morte, independentemente da idade e da qualidade de segurado na data do óbito, aos dependentes dos segurados que tenham cumprido os períodos de carência previstos para a aposentadoria por idade.

Prevê o mesmo direito para os dependentes dos segurados falecidos na vigência da MP 83/02 (de 13/12/2002 a 08/05/2003) desde que estes tenham vertido pelo menos duzentas e quarenta contribuições para a previdência social.

Quanto aos segurados falecidos no período compreendido entre o advento da Lei n.º 9.528/97, que alterou o art. 102 da Lei n.º 8.213/91, e a edição da MP 83/02, convertida na Lei n.º 10.666/03, não obstante as decisões proferidas pelo Tribunal Regional Federal da 3.ª Região, que destacamos acima, o Superior Tribunal de Justiça vem consolidando entendimento no sentido de que a perda da qualidade de segurado obsta o direito à pensão, salvo quando o segurado tenha preenchido os requisitos para a aposentadoria – por idade ou tempo de serviço – antes do óbito, como ilustra recente decisão proferida pela 3.ª Seção, em julgamento de Embargos de Divergência:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PREVIDENCIÁRIO. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. PENSÃO POR MORTE. SEGURADO QUE NÃO PREENCHEU OS REQUISITOS PARA A OBTENÇÃO DE APOSENTADORIA ANTES DO FALECIMENTO.

1. "A perda da qualidade de segurado, quando ainda não preenchidos os requisitos necessários à implementação de qualquer aposentadoria, resulta na impossibilidade de concessão do benefício pensão por morte" (AgRgEREsp n.º 547.202/SP, Relator Ministro Paulo Gallotti, in DJ 24/4/2006).

2. A perda da qualidade de segurado constitui óbice à concessão da pensão por morte quando o de cujus não chegou a preencher, antes de sua morte, os requisitos para obtenção de qualquer aposentadoria concedida pela Previdência Social, tal como ocorre nas hipóteses em que, embora houvesse preenchido a carência, não contava com tempo de serviço ou com idade bastante para se aposentar.

3. Embargos de divergência acolhidos.

Superior Tribunal de Justiça – 3.ª Seção – Embargos de Divergência em Recurso Especial 263.005 – RS - Relator Ministro Hamilton Carvalhido - Decisão: 24.10.2007 - DJU: 17.03.2008 - p.1

Entendemos que desprezar o tempo de contribuição do segurado, excluindo o direito dos seus dependentes à proteção pelo fato de o segurado ter perdido essa condição, ou por ter ou seu óbito ocorrido antes de ter completado a idade prevista para a aposentadoria por idade, contraria, mais uma vez, a lógica do sistema da previdência social.

Concordamos, assim, com a interpretação do art. 102 da Lei n.º 8.213/91 feita pelo Desembargador Federal Sérgio Nascimento, do Tribunal Regional Federal da 3.ª Região, para quem o caráter contributivo da Previdência e a previsão constitucional de proteção ao evento morte impõem que as carências cumpridas pelos segurados, mediante contribuições recolhidas ao longo de sua vida laboral, sejam, na hipótese de perda da condição de segurado, computadas com vistas à concessão da pensão por morte a seus dependentes.

CAPÍTULO IV. O BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE NO REGIME GERAL

4.1 Concessão e manutenção da pensão por morte

Como vimos, a pensão por morte consiste em prestação pecuniária, devida aos dependentes previdenciários do segurado quando do falecimento deste, na forma de renda mensal. Visa proporcionar, integral ou parcialmente, o sustento dos dependentes, antes garantido pela remuneração auferida pelo segurado.

O direito ao benefício independe de carência, nos termos do art. 26, I, da Lei n.º 8.213/91³⁰⁸. Desde o primeiro dia de filiação do segurado à previdência social, seus dependentes estão protegidos e, no caso de morte daquele, farão jus ao benefício, nos termos do *caput* do art. 74 da Lei n.º 8.231/91, que diz: “a pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não [...]”.

Existindo mais de um dependente, o benefício será rateado entre eles, em partes iguais, consoante dispõe o art. 77 da Lei n.º 8.213/91³⁰⁹, observando-se o rol e as regras contidas no art. 16 e explicitadas nos itens “2.2.2.2” e “3.3”. Entre elas, destacamos a que atribui ao rol uma ordem preferencial e excludente, de forma que somente concorrem ao benefício dependentes de uma mesma classe e desde que inexistam outros, de classe preferencial à que pertencem.

A concessão para cada um dos beneficiários é feita de forma independente, de modo que, a falta de requerimento ou habilitação de um possível dependente não prejudica o direito subjetivo do outro, por força do disposto no art. 76 da Lei n.º 8.213/91³¹⁰. Mas, uma vez concedida a pensão aos dependentes de

³⁰⁸ Brasil. Lei n.º 8.213/91. “Art. 26. Independe de carência a concessão das seguintes prestações: I - pensão por morte, auxílio-reclusão, salário-família e auxílio-acidente.”

³⁰⁹ Brasil. Lei n.º 8.213/91. “Art. 77. A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em parte iguais.”

³¹⁰ Brasil. Lei n.º 8.213/91. “Art. 76. A concessão da pensão por morte não será protelada pela falta de habilitação de outro possível dependente, e qualquer inscrição ou habilitação posterior que importe em exclusão ou inclusão de dependente só produzirá efeito a contar da data da inscrição ou habilitação.”

determinada classe, a extinção desta, pelas hipóteses legalmente previstas, não ensejará o direito à concessão para dependente de outra classe, inferior a esta.

Entre os pensionistas, cessando o direito de um deles ao benefício, sua cota reverterá aos demais (§ 1.º do art. 77 da Lei n.º 8.213/91³¹¹).

4.2 Termo inicial da pensão por morte

O termo inicial do benefício da pensão por morte é previsto nos incisos do art. 74 da Lei n.º 8.213/91³¹² e poderá ocorrer de formas distintas, conforme a condição que deu ensejo ao seu recebimento.

Ocorrendo morte real, ou seja, aquela comprovada pela presença do corpo do *de cujus* e atestada pela certidão de óbito, o termo inicial para a concessão do benefício será a data do óbito do segurado, se requerido até trinta dias a partir desta, ou a data do requerimento administrativo, se formalizado após este prazo, conforme dispõe os incisos I e II do art. 74 da Lei n.º 8.213/91:

A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data:

I - do óbito, quando requerida até trinta dias depois deste;

II - do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior;

III - (...)

Assim, para ter direito ao benefício desde a data do óbito do segurado, o beneficiário deverá requerê-lo junto a uma das agências da previdência social em “até trinta dias depois deste”.

Na contagem deste prazo, o legislador pretendeu incluir ou excluir o dia do óbito? A Lei n.º 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, estabelece, em seu art. 66, § 1.º, que os prazos contam-se “excluindo-se da contagem o dia do começo e incluindo-se o do vencimento” e que “considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil seguinte

³¹¹ Brasil. Lei n.º 8.213/91. “Art. 77. [...]§ 1º Reverterá em favor dos demais a parte daquele cujo direito à pensão cessar.

³¹² Brasil. Lei n.º 8.213/91. “Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data: I - do óbito, quando requerida até trinta dias depois deste; II - do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior; III - da decisão judicial, no caso de morte presumida.”

se o vencimento cair em dia em que não houver expediente ou este for encerrado antes da hora normal”. O mesmo critério é previsto no Código Civil, em seu art. 132, e no art. 26 da Portaria do Ministro da Previdência Social n.º 323, que aprova o Regimento Interno do Conselho de Recursos da Previdência Social, o qual consigna, ainda, em seu § 1.º, que “o prazo só se inicia ou vence em dia de expediente normal no órgão em que deva ser praticado o ato”. Por fim, o próprio INSS dispôs, no § 1.º do art. 265 da Instrução Normativa INSS/PRES n.º 20/2007, que “na contagem dos trinta dias de prazo para o requerimento do benefício previsto nos incisos II, III e IV, não é computado o dia do óbito ou da ocorrência, conforme o caso”. Mas é omissa em relação às hipóteses de o início e/ou fim do prazo cair em dia em que não haja expediente normal na agência competente para receber o requerimento.

Originalmente, o termo inicial da pensão por morte previsto pela Lei n.º 8.213/91 era a data óbito do segurado, valendo a regra para todos os beneficiários, indiscriminadamente³¹³. O prazo prescricional era, desde então, o previsto no art. 103 do referido diploma legal, que em sua redação original³¹⁴ previa prescrição quinquenal das prestações não pagas nem reclamadas, sem prejuízo do direito ao benefício, em consonância com a tradição do direito previdenciário³¹⁵. Estavam, tal como ocorre atualmente, resguardados do curso do prazo prescricional os menores, incapazes e ausentes. Todos os beneficiários maiores e capazes, portanto, tinham direito às prestações desde a data do óbito, às quais iam prescrevendo, uma a uma, conforme vencidas há mais de cinco anos sem que fossem reclamadas.

Contudo, o legislador, ao converter a Medida Provisória n.º 1.596-14, publicada em 11 de novembro de 1997, na Lei n.º 9.528, em 10 de dezembro de 1997, alterou o art. 74 da Lei n.º 8.213/91, impondo, como critério para a fixação do termo inicial da pensão na data do óbito, que o requerimento junto ao INSS fosse feito no prazo de trinta dias a contar deste.

³¹³ Brasil. Lei n.º 8.213/91 (**redação original**). “Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, **a contar da data do óbito** ou da decisão judicial, no caso de morte presumida.

³¹⁴ Brasil. Lei n.º 8.213/91 (**redação original**). “Art. 103: Sem prejuízo do direito ao benefício, prescreve em 5 (cinco) anos o direito às prestações não pagas nem reclamadas na época própria, resguardados os direitos dos menores dependentes, dos incapazes ou dos ausentes”.

³¹⁵ Conforme o advogado Enélio Lima Petrovich, a prescrição quinquenal das prestações previdenciárias nasceu em 1960, com a Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS). (Prescrição quinquenal no direito previdenciário. In MARTINEZ, Wladimir Novaes (coord.). *Temas atuais de previdência social*. p. 106-115. LTr: São Paulo, 1998, p. 108).

Registre-se que, para os óbitos ocorridos antes de 11.11.97, quando entrou em vigência a nova norma, a data de início do benefício permanece a do óbito para todos os dependentes, observando-se apenas a prescrição quinquenal, em respeito ao direito adquirido, conforme Parecer MPAS/CJ n.º 2.630/01.

Feita a ressalva, tem-se que, desde então, a previdência social vem contando este prazo de trinta dias como prescricional e, por consequência, considerando que o direito do menor, do incapaz e do ausente, de terem o benefício fixado a partir do óbito do segurado, prescreve em trinta dias, contados a partir da data em que completem dezesseis anos, no caso dos menores, que se tornem capazes, no caso dos incapazes, ou que reapareçam, quanto aos ausentes. É o que se infere do teor do art. 105, I, “b” do Decreto n.º 3.048, com a redação que lhe deu o Decreto n.º 4.032, de 26.11.2001, que estipulava, expressamente, que o benefício seria devido da data do óbito, quando requerido “pelo dependente menor até dezesseis anos de idade, até trinta dias após completar essa idade”. Apesar deste texto ter sido alterado, em 23.09.2005, pelo Decreto n.º 5.545, a Previdência mantém este entendimento, como demonstra o art. 267 e o parágrafo único do art. 518, ambos da Instrução Normativa INSS/PRES n.º 20/07, que dizem:

Art. 267. Os prazos prescricionais somente começam a ser considerados, para os menores, na data em que completam dezesseis anos ou da data de sua emancipação, o que ocorrer primeiro, e o prazo de trinta dias a que se refere o inciso I do art. 74 da Lei n.º 8.213/91 conta dessa mesma data, conforme o disposto no parágrafo único do art. 518 desta Instrução Normativa.

Art. 518.[...]. Parágrafo único. Para os relativamente incapazes ocorre prescrição de acordo com o disposto no art. 3º e no inciso I do art. 198 do Código Civil, a contar da data em que tenham completado dezesseis anos de idade. Para efeito de recebimento de parcelas de pensão por morte desde o óbito do instituidor, o requerimento do benefício deve ser protocolizado até trinta dias após ser atingida a idade mencionada, independentemente da data em que tenha ocorrido o óbito.

Esta interpretação, no nosso entendimento, equivocada, pode causar grande prejuízo aos dependentes, em especial aos menores impúberes, que têm trinta dias a contar de seu 16.º aniversário, para pleitear a pensão por morte, sob pena de perder o direito a todas as prestações não pagas desde a data do óbito do segurado. Some-se a esta desmedida redução de direito, o fato de que o menor, assim entendido o menor de dezoito anos completos, conforme o art. 5.º do Código

Civil vigente, não está habilitado à prática de todos os atos da vida civil, sendo, inclusive, obrigatória a nomeação de tutor nos casos em que se torne órfão, filho de pais ausentes ou ainda, desconstituídos do poder familiar (art. 1.728 do Código Civil³¹⁶).

Ainda, embora o legislador tenha alterado a redação original do art. 103 da Lei n.º 8.213/91, estabelecendo um prazo decadencial para fim de ações revisionais de benefício, pode-se observar que foi mantido, em seu parágrafo único, o teor do dispositivo que estabelece prazo prescricional de cinco anos para as parcelas que deveriam ter sido pagas, e consigna a inaplicabilidade deste no caso dos menores, incapazes e ausentes, enquanto nesta situação. Vejamos:

Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.

Parágrafo único. Prescreve em cinco anos, a contar da data em que deveriam ter sido pagas, toda e qualquer ação para haver prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela Previdência Social, salvo o direito dos menores, incapazes e ausentes, na forma do Código Civil.

Com efeito, o prazo prescricional aplicável à pensão é a quinquenal, ao qual remete o art. 79 da Lei n.º 8.213/91, ao dispor que “não se aplica o disposto no art. 103 desta Lei ao pensionista menor, incapaz ou ausente, na forma da lei”. E não este exíguo prazo de trinta dias previsto no art. 74, inciso I, mormente em relação aos menores de idade, porém maiores de dezesesseis anos, que sequer possuem capacidade processual.

Sobre essa relevante questão, trazemos à colação duntas observações do Juiz Federal e professor José Antonio Savaris:

Uma coisa é o cumprimento de todos os requisitos em lei para a obtenção do benefício. Outra coisa, bastante distinta, é o momento em que o titular de um direito existente logra demonstrar sua existência. Não se deve condicionar o nascimento de um direito (já incorporado ao patrimônio e à personalidade de seu titular) ao momento em que se tem por comprovados os fatos que lhe constituem, por algumas razões elementares: primeiro, seria o caso

³¹⁶ Brasil. Código Civil. “Art. 1.728. Os filhos menores são postos em tutela: I - com o falecimento dos pais, ou sendo estes julgados ausentes; II - em caso de os pais decaírem do poder familiar.”

de enriquecimento ilícito do devedor, que teria todo estímulo para embaraçar a comprovação do fato que lhe impõe o dever de pagar [...] segundo, restaria fulminado o instituto do direito adquirido, pois, se somente nasce o direito com a comprovação cabal de sua existência, então nada se adquiriu [...]³¹⁷

Inobstante, a Previdência atribui natureza prescricional ao prazo de trinta dias, aplicando esta orientação no atendimento dos beneficiários. No mesmo sentido vem se inclinando a jurisprudência, como se observa no seguinte julgado:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR RELATIVAMENTE INCAPAZ NA DATA DO ÓBITO. DIFERENÇAS ENTRE O ÓBITO E A CONCESSÃO ADMINISTRATIVA INDEVIDAS. ART. 74 DA LEI 8.213/91, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 9.528/97.

Não tem direito ao pagamento de diferenças a título de pensão por morte entre a data do óbito (03-07-99) e a da concessão administrativa (28-03-03), aquele que ao tempo do óbito era menor relativamente incapaz e não requereu o benefício no prazo do art.

74, I, da Lei 8.213/91, que é de natureza prescricional, pois somente contra o menor absolutamente incapaz é que não corre a prescrição. Inteligência dos artigos 3º, I e 198 do CC e 74 da Lei 8.213/91, com a redação dada pela Lei 9.528/97.

Tribunal Regional Federal (4.^a Região) - 6.^a Turma – 2003.72.08.007419-0 – SC – Relator Desembargador Federal João Batista Pinto Silveira - v.u. - DJU: 10,01,2007.

Por outro lado, na hipótese de óbice a inviabilizar o requerimento do benefício pelo menor, o direito à concessão desde o óbito vem sendo reconhecido:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. PESSOA INCAPAZ. PARCELAS ATRASADAS DESDE O ÓBITO.

- O prazo de trinta dias para o requerimento do benefício de pensão por morte - previsto no art. 74 da LB - não pode ser aplicado em desfavor do incapaz se este não foi admitido a requerer pessoalmente o benefício. Tampouco lhe pode ser imputada a responsabilidade pela demora na tramitação do processo de interdição.

Tribunal Regional Federal (4.^a Região) - 5.^a Turma – Apelação Cível 2001.04.01.085926-7 - RS – Relator Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz - v.u. - DJ 17/07/2002.

³¹⁷ SAVARIS, José Antonio. Algumas reflexões sobre a data de início das aposentadorias voluntárias do RGPS concedidas judicialmente. *Revista de Doutrina da 4.^a Região - Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4.^a Região – EMAGIS*, Porto Alegre, n. 17. abr.2007. Revista eletrônica. Disponível em <<http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br>>. Acesso em 10.mar.2008.

Decisão proferida em 8.11.2005 pela Segunda Turma Recursal do Juizado Especial Federal Cível da Terceira Região, no processo 2002.61.84.016774-8, traz interpretação diversa sobre a questão da prescrição do direito do menor às prestações da pensão por morte. Transcrevemos parte do voto, da Relatora Juíza Federal Renata Andrade Lotufo:

[...] Assim, por ser a autora relativamente incapaz, o prazo não está mais suspenso. Surgem dois “grupos” de prestações vencidas. O primeiro composto pelas prestações devidas entre 12.11.1987 e 11.05.1993, quando a prescrição estava sob causa impeditiva. Valem como uma parcela única, pois podem ser exigidas de uma única vez. O termo inicial do prazo prescricional em relação a este primeiro grupo é 11.05.1993. O segundo grupo envolve as prestações que vencem após 11.05.1993, quando o prazo prescricional segue a regra geral das prestações previdenciárias, com as parcelas vencendo mês a mês. Portanto, neste segundo grupo são tomadas isoladamente e o termo inicial começa mês a mês [...].

A vista dos argumentos expostos, firmamos posição no sentido de que a norma incide, para todos os beneficiários, desde o momento em que o dependente sobrevive ao segurado, que é o momento do óbito deste. A incidência, neste momento, é que definirá, em conjunto com os demais critérios normativos, a relação jurídica. A condição de segurado, a condição de dependente, o valor do benefício, são requisitos que se cumprem na data do óbito.

Mas a norma prevê um segundo momento, que é data de início do benefício, cuja concessão demanda o requerimento administrativo. Esta coincidirá com a incidência da norma (data da sobrevivência do dependente) se o benefício for requerido no aludido prazo de trinta dias. Caso contrário, será a data do próprio requerimento.

Este prazo demarca, portanto, a data de início do benefício, mas não se confunde com o prazo prescricional quinquenal, expressamente previsto na norma contida no parágrafo único do art. 103 da lei n.º 8.213/91. Segundo este, prescrevem apenas as parcelas vencidas há mais de cinco anos.

Com efeito, aplicar, em relação ao menor este prazo de trinta dias como se prescricional fosse, é incompatível com a disciplina estudada. Dada a incapacidade que impede o menor de requerer, por si só, o benefício em até trinta dias da data do óbito do segurado, a observância deste prazo, em relação a ele, não pode ser exigida. De outro giro, cabível a aplicação da prescrição quinquenal

prevista no parágrafo único do art. 103, conforme determina o art. 79, ambos da Lei 8.213/91 e supracitados.

Na hipótese de morte presumida, o início da pensão por morte é a data da decisão judicial que a declarar, conforme dispõe o inciso III do art. 74 da Lei n.º 8.213/91³¹⁸. Todavia, é prevista a concessão provisória do benefício, desde a data da ocorrência, nos casos de desaparecimento do segurado em consequência de acidente, desastre ou catástrofe, e depois de seis meses de desaparecimento, nos casos de ausência (art. 78, *caput*, e § 1.º)³¹⁹. A esse respeito, remetemos o leitor aos itens 3.2.2 e 3.2.3.

4.3 Valor do benefício

A renda mensal da pensão por morte corresponde a 100% (cem por cento) do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela a que teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data de seu falecimento, limitada ao valor mínimo e máximo do salário-de-contribuição do Regime Geral, nos termos dos arts. 75 e 33 da Lei n.º 8.213/91³²⁰. O benefício, no caso de habilitação de mais de um dependente, será dividido entre os mesmos, em partes iguais, podendo assim, cada beneficiário, perceber renda mensal abaixo do salário mínimo. À medida que perdem a condição de dependentes, pela maioria ou morte, por exemplo, suas cotas reverterem em favor dos beneficiários remanescentes.

A aposentadoria por invalidez, base de cálculo da pensão, consiste em renda mensal de 100% (cem por cento) do salário-de-benefício do segurado,

³¹⁸ Brasil. Lei n.º 8.213/91. “Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data: [...] III - da decisão judicial, no caso de morte presumida.”

³¹⁹ Brasil. Lei n.º 8.213/91. “Art. 78. Por morte presumida do segurado, declarada pela autoridade judicial competente, depois de 6 (seis) meses de ausência, será concedida pensão provisória, na forma desta Subseção. § 1º Mediante prova do desaparecimento do segurado em consequência de acidente, desastre ou catástrofe, seus dependentes farão jus à pensão provisória independentemente da declaração e do prazo deste artigo.”

³²⁰ Brasil. Lei n.º 8.213/91. “Art. 75. O valor mensal da pensão por morte será de cem por cento do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela a que teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data de seu falecimento, observado o disposto no art. 33 desta lei.” “Art. 33. A renda mensal do benefício de prestação continuada que substituir o salário-de-contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado não terá valor inferior ao do salário-mínimo, nem superior ao do limite máximo do salário-de-contribuição, ressalvado o disposto no art. 45 desta Lei.”

consoante estabelece o art. 44 da Lei n.º 8.213/91³²¹. O salário-de-benefício é calculado de diversas formas, conforme o benefício pleiteado e a espécie de segurado, entre outras variáveis. Para a aposentadoria por invalidez, equivale, regra geral, à média dos maiores salários-de-contribuição, correspondentes a 80% (oitenta por cento), de todo o período contributivo do segurado, para os filiados a partir de 29.11.1999 (art. 29, II, da Lei n.º 8.231/91) e de todo o período contributivo, desde a competência julho de 1994, para os filiados até 28.11.1999, (art. 3.º da Lei n.º 9.876/99). Para o segurado especial, equivale a “um treze avos da média aritmética simples dos maiores valores sobre os quais incidiu a sua contribuição anual, correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo” (art. 29, § 6.º, da Lei n.º 8.231/91).

Importante ressaltar que os salários-de-contribuição, cuja média é a base de cálculo do benefício, corresponde à remuneração do trabalhador, respeitados os limites mínimo e máximo previdenciários. Essa equivalência é de vital importância para que o benefício, no caso, a pensão, possa substituir com propriedade a renda perdida com a morte do segurado. Quanto mais próximo for o valor do benefício do valor da remuneração, melhor será, do ponto de vista da finalidade da previdência social. Daí termos criticado, no item 2.2.3, o chamado “Plano Simplificado de Previdência Social” que, a título de promover a inclusão previdenciária, criou a contribuição sobre o salário mínimo, independentemente da efetiva remuneração do trabalhador, prejudicando a desejada proximidade entre o valor da renda auferida pelo segurado e o valor do benefício que ele ou seus dependentes venham a fazer jus. Enfim, comprometendo a efetividade da proteção previdenciária.

Identifica-se, assim, na pensão por morte, um coeficiente, de 100% (cem por cento), e uma base de cálculo, situada entre o salário mínimo nacional e o teto previdenciário, hoje R\$ 415,00 (quatrocentos e quinze reais) e R\$ 3.038,99 (três mil e trinta e oito reais e noventa e nove centavos), respectivamente³²², a ser distribuído entre os dependentes habilitados.

³²¹ Art. 44. A aposentadoria por invalidez, inclusive a decorrente de acidente do trabalho, consistirá numa renda mensal correspondente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício, observado o disposto na Seção III, especialmente no art. 33 desta Lei. § 2º Quando o acidentado do trabalho estiver em gozo de auxílio-doença, o valor da aposentadoria por invalidez será igual ao do auxílio-doença se este, por força de reajustamento, for superior ao previsto neste artigo.

³²² Cf. Portaria Interministerial MPS/MF n.º 77, de 11 de março de 2008 – DOU de 12/03/2008.

A renda mensal é acrescida do abono anual, proporcionalmente às prestações recebidas no ano e tendo por base o valor da renda do benefício do mês de dezembro de cada ano³²³, nos mesmos moldes do 13.º salário devido pelos empregadores aos empregados.

4.3.1 A trajetória do valor da pensão por morte

A previdência social, através de leis e decretos, sempre estabeleceu regras para concessão de benefícios previdenciários, especificando suas condições e estipulando seus valores. Ainda, com o passar do tempo, a legislação previdenciária veio alterando determinados requisitos, termos e formas de cálculo anteriormente estabelecidas.

No que diz respeito à pensão por morte, conforme previsão do art. 14 do Decreto 26.778/49, que regulamentou a Lei n.º 593/48, era devido uma “cota familiar de 30% (trinta por cento) do valor da aposentadoria por invalidez em cuja percepção se achava o segurado, ou daquela a que teria direito, se na data do falecimento, se tivesse se aposentado por invalidez” [sic], mais uma “cota individual igual a 10% (dez por cento) do valor da mesma aposentadoria, por beneficiário, até o máximo de sete”.

Vale fazer menção também ao art. 12 da lei supracitada, que previa carência de doze contribuições, ou a condição de aposentadoria do segurado falecido para que fosse de fato devida a pensão por morte.

Com a entrada em vigor da Lei n.º 3.807/60 – Lei Orgânica da Previdência Social - LOPS, a renda mensal Inicial da pensão por morte passou a ser equivalente a 50% (cinquenta por cento) do salário-de-benefício ou da aposentadoria base, para a família, mais 10% (dez por cento), para cada dependente, até o limite de cinco, de acordo com seu art. 37³²⁴.

³²³ Brasil. Lei n.º 8.213/91. “Art. 40. É devido abono anual ao segurado e ao dependente da Previdência Social que, durante o ano, recebeu auxílio-doença, auxílio-acidente ou aposentadoria, pensão por morte ou auxílio-reclusão. Parágrafo único. O abono anual será calculado, no que couber, da mesma forma que a Gratificação de Natal dos trabalhadores, tendo por base o valor da renda mensal do benefício do mês de dezembro de cada ano.”

³²⁴ LOPS. “ Art. 37 da: “A importância da pensão devida ao conjunto dos dependentes do segurado será constituída de uma parcela familiar, igual a 50% (cinquenta por cento) do valor da

Em 1991, a Lei n.º 8.213, em seu art. 75, majorou a pensão por morte para 80% (oitenta por cento) da aposentadoria que o segurado recebia ou a que teria direito se estivesse aposentado na data do seu falecimento, para a família, mais 10% (dez por cento) para cada dependente, até o máximo de dois. Para os casos de morte por acidente do trabalho, a pensão correspondia a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício ou do salário-de-contribuição vigente no dia do acidente, o que fosse mais benéfico.

Posteriormente, por força da Lei n.º 9.032, de 28.04.95, que conferiu nova redação ao referido art. 75 da Lei n.º 8.213/91, o coeficiente da pensão foi aumentando para 100% (cem por cento) do salário-de-benefício, inclusive para aquelas decorrentes de acidente do trabalho.

A progressiva majoração suscitou a discussão acerca do direito à aplicação deste novo coeficiente aos benefícios concedidos anteriormente à vigência da nova lei, por ser este mais benéfico, com base nos princípios da universalidade da cobertura e do atendimento, e da igualdade, que garante tratamento igualitário das pessoas que se encontram em iguais condições.

Prontamente, a autarquia previdenciária postou-se de maneira contrária aos fundamentos supracitados, argumentando ausência de embasamento legal para esse direito e alegando que a aplicação representaria retroatividade da lei, vedada em nosso ordenamento, além de invocar a inexistência da fonte de custeio, exigida pela Constituição Federal de 1988 para a criação, majoração ou extensão de benefício ou serviço da Seguridade Social (art. 195, § 5.º).

Diante de tais argumentos a favor e contra o direito à aplicação do novo coeficiente da pensão por morte aos benefícios concedidos anteriormente à vigência da Lei n.º 9.032/95, criou-se ampla divergência jurisprudencial, desde os juízes de primeiro grau até as instâncias superiores.

O Superior Tribunal de Justiça, que inicialmente posicionou-se contra a aplicação do novo coeficiente, acabou por posicionar-se favoravelmente a ela, tal qual consta da seguinte ementa, de lavra da quinta Turma deste Egrégio Colegiado:

aposentadoria que o segurado percebia, ou daquela a que teria direito se na data de seu falecimento fosse aposentado, e mais tantas parcelas iguais, cada uma, a 10% (dez por cento) do valor da mesma aposentadoria quantos forem os dependentes do segurado, até o máximo de 5 (cinco).”

Consoante recente entendimento esposado pelas Turmas que compõem a Egrégia Terceira Seção, as majorações das cotas familiares introduzidas pelas Leis 8.213/91 e 9.032/95 aplicam-se aos benefícios concedidos sob a égide da legislação pretérita.(...) Não há falar em retroação da lei, mas em aplicação imediata uma vez que seus efeitos financeiros projetam-se tão somente para futuro”.

Superior Tribunal de Justiça - 3.ª Seção – Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 539616 - SP Ministra Relatora Laurita Vaz - Decisão: 07.06.2004.

Essa interpretação não se desenvolveu tão somente no Superior Tribunal de Justiça, mas também nos Juizados Especiais Federais espalhados pelo país. Foi confirmada pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais (TNU), dando ensejo à criação da Súmula n.º 15³²⁵, hoje cancelada.

O posicionamento a favor da aplicação do coeficiente de 100% (cem por cento) a todas as pensões mantidas pela previdência social, no entanto, não prevaleceu no Supremo Tribunal Federal, como se verifica no Recurso Extraordinário n.º 481.932-5, interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), julgado, conjuntamente, com outros 4.908 recursos extraordinários:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE. CONCESSÃO ANTERIOR À LEI N.º 9.032/95. IMPOSSIBILIDADE DE RETROAÇÃO. SÚMULA 359 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO PROVIDO.

1. Em matéria previdenciária, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a lei de regência é a vigente no tempo de concessão do benefício (tempus regit actum).

2. Lei Nova (lei n.º 9.032/95 para os beneficiários antes do seu advento e Lei n.º 8.213/1991 para aqueles que obtiveram a concessão em data anterior a 1991), que não tenha fixado a retroatividade de seus efeitos para os casos anteriormente aperfeiçoados, submete-se à exigência normativa estabelecida no art. 195, § 5.º, da Constituição : “Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.”

Supremo Tribunal Federal - Recurso Extraordinário 481.932-5 - Relatora Ministra Cármen Lúcia – Pleno - DJU: 13.04.2007.

Grande parte dos juízes e tribunais, até mesmo os contrários ao posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a se curvar diante

³²⁵ Turma Nacional de Uniformização da Justiça Federal. Súmula n.º 15, cancelada em 26/03/2007: “O valor mensal da pensão por morte concedida antes da Lei n.º 9.032, de 28 de abril de 1995, deve ser revisado de acordo com a nova redação dada ao art. 75 da Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991”.

da decisão supracitada. Maior exemplo desta submissão foi o cancelamento da Súmula n.º 15 da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais.

Contudo, não se percebe unanimidade nas diversas instâncias do Judiciário pátrio, tanto que o Superior Tribunal de Justiça, mesmo após a decisão da Suprema Corte, mantendo sua independência, continuou decidindo favoravelmente à aplicação do novo coeficiente, conforme acórdão proferido pela Sexta Turma, em 23/10/2007, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 980822, em que foi relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura:

”[...] O fato de o Supremo Tribunal Federal ter perfilhado posicionamento diverso do Superior Tribunal de Justiça não impede que esta Corte adote orientação contrária ao Pretório Excelso, uma vez que as decisões proferidas em sede de recurso extraordinário não têm efeito vinculante [...]”

Ainda que em decisões mais recentes o Superior Tribunal de Justiça tenha se curvado diante do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, não desfruta de unanimidade, conforme se verifica no acórdão da Terceira Seção, proferido em 27.02.2008, embargos de divergência em recurso especial n.º 665.909-SP (2007/0219974-8), em que foi Relatora a Desembargadora Jane Silva, convocada do TJ/MG:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. LEI POSTERIOR MAIS BENÉFICA. NÃO INCIDÊNCIA.

1 – A aplicação de lei posterior mais benéfica ao benefício pensão por morte, cuja vigência ocorreu em data posterior ao óbito do instituidor, ofenderia o ato jurídico perfeito. Precedentes do STJ e do STF.

2 – Embargos de divergência acolhidos.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, retomado o julgamento, após o voto vista do Sr. Ministro Paulo Gallotti acompanhando a Relatora, acolhendo os embargos de divergência, os votos da Sra. Ministra Laurita Vaz e dos Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho no mesmo sentido, e o voto da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura acompanhando a divergência inaugurada pelo Sr. Ministro Nilson Naves, no sentido de conhecer os embargos e os rejeitar, acordam os Ministros da TERCEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, acolher os embargos de divergência, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Felix Fischer, Paulo Gallotti, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho. Vencidos os Srs. Ministros Nilson Naves e Maria Thereza de Assis Moura. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi (Art. 162, § 2.º, Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça).

De se notar que, ainda que se cogite do Supremo Tribunal Federal tornar a questão sumular, tal ainda não ocorreu, havendo possibilidade, ainda que remota, de mudança de posicionamento da Corte Suprema.

Assim se acredita, pois as alegações do Instituto Nacional do Seguro Social acolhidas pelo Supremo Tribunal Federal vão, do nosso ponto de vista, contra os princípios previdenciários da universalidade da cobertura e do atendimento, e da igualdade, que garante tratamento igualitário das pessoas que se encontram em iguais condições.

Tais princípios, ainda, corroboram o entendimento de que a majoração do benefício de pensão por morte, dada pela Lei n.º 9.032/95, tem incidência imediata sobre todas as pensões em manutenção, independentemente das normas vigentes na data de sua concessão, contrariando, assim, a tese da Suprema Corte de que a Lei n.º 9.032/95 não dispôs, de forma expressa, que a majoração da pensão por morte se estenderia aos benefícios antes concedidos.

Se optou, o legislador, por majorar o percentual do benefício de pensão por morte, o fez levando em conta, acredita-se, modificações que ocorrem no plano fático e que atingem, independentemente da data da concessão do benefício, a todos os beneficiários. Essa, aliás, é uma das características do benefício, cuja prestação se dá de maneira continuada, persistindo, sempre, a necessidade de sua readaptação às condições sociais e econômicas.

Neste sentido, ressaltou, ainda em 2004, o então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Jorge Scartezzini, em decisão de embargos de divergência:

[...]1 – O legislador ordinário, ao alterar o percentual da pensão por morte, o fez embasado em vários fatores da vida social, mantendo com isso a tradição legislativa de modificá-lo, adequando-o corretamente aos padrões reais uma vez tratar-se de indenização de caráter periódico sucessivo. Se a lei nova, qual seja, a Lei 9032/95, criou um benefício maior e o entendimento do Colegiado é de que a mesma deve ser aplicada, por ser mais benéfica, esta deverá incidir a todos os filiados da Previdência Social que se amoldarem a esta situação jurídica, sem acarretar nenhum direito a eventuais diferenças anteriores à sua edição. [...]

Superior Tribunal de Justiça - 3.ª Seção – Embargos de Divergência em Recurso Especial 200932 – AL - Ministro Relator Jorge Scartezzini - Decisão: 10.03.2004.

Dando continuidade na construção doutrinária que se deu no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Hamilton Carvalhido, didaticamente, ressaltou:

[...] Indissociável o benefício previdenciário das necessidades vitais básicas da pessoa humana, põe-se na luz da evidência a sua natureza alimentar, a assegurar aos efeitos continuados da relação jurídica a regência da lei nova que lhes recolha a produção vinda no tempo de sua eficácia, em se cuidando de norma nova relativa à modificação de percentual dos graus de suficiência do benefício para o entendimento das necessidades vitais básicas do segurado e de sua família [...].

Superior Tribunal de Justiça – 6.^a Turma – Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 862.433 – PB - Relator Ministro Hamilton Carvalhido - Decisão: 25.06.2007.

No que tange à retroatividade de lei alegada pelo órgão previdenciário – INSS –, de forma a negar a aplicabilidade do novo coeficiente da pensão por morte aos benefícios anteriores à Lei n.º 9.032/95, não se vislumbra a ocorrência do instituto, vez que o que se percebe aqui é a aplicação imediata da norma mais benéfica. A aplicabilidade da nova lei se dará para os benefícios anteriormente concedidos, a partir da sua vigência, surtindo efeitos sobre as parcelas que se seguirem a essa situação. O ato de concessão que reconhece o direito ao recebimento do benefício, bem como as parcelas já gozadas pelo beneficiário, permanecem imutáveis. Sendo assim, não há que se falar em desrespeito ao ato jurídico perfeito, já que o ato administrativo que fez a concessão da pensão, não será, em nenhum momento, modificado, apenas se adaptará à lei nova, mais benéfica, a partir da entrada em vigor desta.

Quanto à tese da falta de fonte de custeio, também levantada pelo INSS, não é cabível aceitar que este encargo recaia sobre aqueles que têm interesse final no benefício, vale dizer, se alguém deve observar a regra da contrapartida, esse alguém, por certo, não é o beneficiário, mas o legislador. Se este assim não fez no momento da criação da norma de majoração do benefício de pensão por morte, poderá fazê-lo por meio de nova norma, de forma a corrigir o erro, sem prejudicar os beneficiários.

O motivo que leva à majoração do benefício, mais do que a definição de qual seja sua fonte de custeio, é fator de suma importância para que se entenda a sua criação. As modificações, sem sombra de dúvidas, visam a adequar o

benefício às suas finalidades, em consonância com o momento histórico, econômico e social por qual passa o país, devendo, portanto, ser aplicado a todos os seus beneficiários.

Ainda, se há inconstitucionalidade quanto à questão de falta de fonte de custeio, não há óbice para que esta seja suscitada, desde que abranja todos os beneficiários de pensão por morte – e não apenas aqueles que tiveram o benefício concedido anteriormente à Lei n.º 9.032/95 – todavia, o que não se pode conceber é que se instaure critério de diferenciação entre aqueles que se encontram em iguais condições.

É de se concluir, pois, que a majoração do coeficiente da pensão por morte, prevista na Lei n.º 9.032/95, que alterou o art. 75 da Lei n.º 8.213/91, deveria ter sua aplicação estendida a todos os segurados, inclusive aqueles que já se encontravam com benefício em manutenção, pois, do contrário, estar-se-á ferindo o princípio constitucional da igualdade e, ainda, o princípio previdenciário da universalidade da cobertura e do atendimento.

4.4 Termo final da pensão por morte

Concedida a pensão, esta será mantida, pela previdência social, enquanto aproveitar a algum dependente do segurado falecido, extinguindo-se após todos eles perderem o direito ao benefício, pela ocorrência das hipóteses previstas nos incisos do § 2.º do art. 77, da Lei n.º 8.213/91:

Art. 77. [...] § 2º A parte individual da pensão extingue-se:

I - pela morte do pensionista;

II - para o filho, a pessoa a ele equiparada ou o irmão, de ambos os sexos, pela emancipação ou ao completar 21 (vinte e um) anos de idade, salvo se for inválido;

III - para o pensionista inválido, pela cessação da invalidez.

Vê-se, assim, que a morte, a emancipação ou maioridade do filho ou a este equiparado, ou ainda, a cessação da invalidez, para o filho maior ou irmão inválido, extinguem o direito do pensionista à percepção do benefício.

Como se observa, a legislação não prevê como causa de cessação do direito ao benefício, o fato do(a) viúvo(a) ou companheiro(a) do segurado falecido contrair novo casamento ou união estável. No entanto, ainda que inexistente na legislação essa hipótese, o INSS, por determinado período, sustentou a tese de que, com o novo casamento, não havia mais dependência econômica a justificar o recebimento da pensão, chegando a cancelar alguns benefícios.

A questão, submetida aos tribunais, levou o extinto Tribunal Federal de Recursos a aprovar, em 1984, a Súmula n.º 170, com o seguinte teor: “não se extingue a pensão previdenciária, se do novo casamento não resulta melhoria na situação econômico-financeira da viúva, de modo a tornar dispensável o benefício”.

Atualmente, ante a falta de expressa vedação legal, o próprio INSS reconhece a continuidade do direito do pensionista ao benefício, a despeito de ter contraído novo casamento.

Mas essa “omissão legislativa” é criticada por doutrinadores como a professora Heloisa Derzi, para quem a circunstância de o pensionista contrair novo casamento e permanecer percebendo pensão por morte “constitui violação à finalidade protetora do benefício”, visto que, entre os direitos e deveres da nova união, está o de mútua assistência, o qual, “em princípio, descaracteriza o estado de necessidade de sobrevivência que originou o benefício”³²⁶.

No mesmo sentido, a crítica de Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

[...] a pensão securitária visa manter a família anteriormente sustentada – ou auxiliada materialmente – pelo segurado/falecido, razão pela qual o fundamento básico e essencial do direito à pensão é a solidariedade que, reconhecida juridicamente no campo da Seguridade Social, se associa a necessidade dos dependentes para fins de atribuição do benefício. Contudo, inexistindo mais necessidade, ou sendo a solidariedade substituída por outra relação jurídica existencial, como na hipótese do casamento do titular do direito à pensão securitária, na condição de viúvo ou ex-companheiro, a hipótese é logicamente de extinção da pensão, não sendo sustentável juridicamente que tal hipótese não seja expressamente elencada nas leis que regem os diversos Regimes de Previdência Social. Ora, ao lado da lei há outras fontes do direito que devem merecer atenção do intérprete e que, logicamente, se inserem no contexto de um ordenamento jurídico.³²⁷

³²⁶ DERZI, Heloisa Hernandez. op. cit. p. 231.

³²⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. op. cit., p. 126-7.

Ressalvadas as críticas que acreditamos pertinentes, a atual legislação previdenciária admite que o cônjuge beneficiário continue percebendo, sem qualquer restrição, a pensão do cônjuge falecido mesmo após novo casamento ou união estável.

4.5 Acumulação da pensão por morte

A pensão por morte pode ser recebida conjuntamente com outros benefícios previdenciários, exceto outra pensão por morte deixada por cônjuge ou companheiro(a), situação na qual o dependente deverá optar pela pensão mais vantajosa, ou seja, de maior valor, conforme dispõe o artigo 124, VI³²⁸, da Lei n.º 8.213/91.

A restrição foi introduzida somente em 28.04.1995, com a Lei n.º 9.032, que acrescentou o inciso VI ao artigo 124 da Lei n.º 8.213/91. Antes disto não havia nenhuma proibição legal de acumulação de pensões por morte no âmbito do regime geral, razão pela qual quem recebia ou tinha direito a receber mais de uma pensão, assim poderia fazer, tendo seu direito garantido mesmo após a alteração, em respeito ao direito adquirido, ressalvado expressamente no próprio art. 124, *caput*, da Lei n.º 8.213/91.

Destarte, a partir de 29.04.1995, data de publicação da Lei n.º 9.032, é vedada a acumulação de pensão por morte deixada por cônjuge ou companheiro, podendo o beneficiário optar pela mais vantajosa.

Diferentemente, é possível a acumulação de pensões por morte de outros contribuintes, como dos pais em favor do filho menor ou inválido, ou ainda, do filho em relação ao pai, quando este já receba pensão do cônjuge ou companheiro ou mesmo de outro filho. Isto porque, regra geral, a acumulação de benefícios previdenciários é permitida, desde que a lei não o proíba.

Cumpre advertir que as regras acima abordadas referem-se ao tratamento da matéria no âmbito do Regime Geral de Previdência Social, não se

³²⁸ Brasil. Lei n.º 8.213/91. “Art. 124. Salvo no caso de direito adquirido, não é permitido o recebimento conjunto dos seguintes benefícios da Previdência Social: [...] VI – mais de uma pensão deixada por cônjuge ou companheiro(a), ressalvado o direito de opção pela mais vantajosa.”

aplicando a benefícios de regimes diversos³²⁹. Infere-se, assim, que, a depender da disciplina de outros regimes de previdência, poderá o beneficiário do regime geral vir a acumular mais de uma pensão por morte de cônjuge ou companheiro.

Com relação a benefícios assistenciais, há de se ressaltar que, em algumas situações, será vedado seu recebimento conjuntamente com outros benefícios previdenciários, entre eles a pensão por morte, tais como:

a) Benefício de Prestação Continuada. Previsto no inciso V, do art. 2.º³³⁰, e art. 20, da Lei n.º 8.742/93, e regulamentado pelo Decreto n.º 6.214/07, denominado LOAS em razão da lei que o instituiu (Lei Orgânica da Assistência Social). Referido benefício é concedido somente às pessoas com deficiências e aos idosos que comprovem não possuir meios para prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família. Ainda, no art. 3º, inciso IV, do anexo do Decreto 6.214/07, consta que família incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou do idoso é aquela cuja renda mensal bruta familiar dividida pelo número de seus integrantes seja inferior a um quarto do salário mínimo.

b) Pensão Mensal Vitalícia aos Seringueiros. Instituído pelo art. 54 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) e regulamentado pela Lei n.º 7.986/89, o benefício “é assegurado aos seringueiros recrutados nos termos do Decreto-Lei n.º 5.813, de 14 de setembro de 1943, que tenham trabalhado durante a Segunda Guerra Mundial nos Seringais da Região Amazônica, amparados pelo Decreto-Lei n.º 9.882, de 16 de setembro de 1946, e que não possuam meios para a sua subsistência e da sua família [...]” (art. 1º da Lei n.º 7.986/89).

Reitera-se que somente quando houver disposição legal proibindo ou demonstrando a incompatibilidade é que a acumulação não será possível. Do contrário, o beneficiário da pensão por morte poderá acumular benefícios, como ocorre com as seguintes pensões:

a) Pensão Especial às Vítimas de Hemodiálise de Caruaru, regido pela Lei n.º 9.422, de 24 de dezembro de 1996, a qual possui natureza indenizatória e é “destinada ao cônjuge, companheiro ou companheira, descendente, ascendente e colaterais até segundo grau das vítimas fatais de hepatite tóxica, por contaminação em processo de hemodiálise no Instituto de Doenças Renais, com

³²⁹ ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. op. cit. p. 412-3.

³³⁰ Brasil. Lei n.º 8.742/93. “Art. 2º. A assistência social tem por objetivos: [...] V - a garantia de 1 (um) salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.”

sede na cidade de Caruaru, no Estado de Pernambuco, no período compreendido entre fevereiro e março de 1996, mediante evidências clínico-epidemiológicas determinadas pela autoridade competente” (art. 1º, da Lei n.º 9.422/96).

b) Pensão Especial às Pessoas Atingidas pela Hanseníase. Prevista, inicialmente, pela Medida Provisória 373 de 24 de maio de 2007 e convertida na Lei n.º 11.520/07, é devida “[...] às pessoas atingidas pela hanseníase e que foram submetidas a isolamento e internação compulsórios em hospitais-colônia, até 31 de dezembro de 1986, que a requererem, a título de indenização especial, correspondente a R\$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais)” (art. 1º da Lei n.º 11.520/07). Além desta pensão possuir natureza indenizatória, há previsão no parágrafo único, do artigo 3.º da Lei n.º 11.520/07, de que “o recebimento da pensão especial não impede a fruição de qualquer benefício previdenciário”.

c) Pensão Especial para os Portadores de Síndrome da Talidomida³³¹. Instituída pela Lei n.º 7.070/82, com alterações introduzidas pela Lei n.º 8.686/93, é destinada “[...] aos portadores da deficiência física conhecida como ‘Síndrome da Talidomida’ que a requererem” (art. 1º da Lei n.º 7.070/82). Assim como a pensão destinada aos atingidos pela hanseníase, referida pensão possui natureza indenizatória, havendo possibilidade expressa de acumulação com outros benefícios previdenciários, conforme §1.º, do art. 3.º, da referida Lei.

Assim, temos como regra geral que a acumulação da pensão por morte com outros benefícios, sejam previdenciários ou assistenciais, é permitida, desde que a lei não o proíba ou não apresente condições incompatíveis para o respectivo recebimento. Portanto, deve-se observar cada benefício em particular, para que não haja posterior cessação do benefício ou da pensão por morte.

4.6 A pensão por morte na pauta do Fórum Nacional de Previdência Social

³³¹ A pensão Especial destinada aos portadores da Síndrome da Talidomida é um reconhecimento do Estado brasileiro, em decorrência da demora em proibir o uso de medicamentos que continham Talidomida (substância que pode ocasionar certo tipo de deformação fetal), e que eram receitados para mulheres grávidas ou em idade fértil.

O Fórum Nacional de Previdência Social foi um evento que ocorreu entre 12 de fevereiro e 31 de outubro de 2007 (última reunião), em que se discutiram diversos temas polêmicos relacionados à Previdência e Assistência Social.

Foi criado pelo Decreto n.º 6.019/07, com a finalidade de: “I - promover o debate entre os representantes dos trabalhadores, dos aposentados e pensionistas, dos empregadores e do Governo Federal, com vistas ao aperfeiçoamento e sustentabilidade dos regimes de previdência social e sua coordenação com as políticas de Assistência Social; II - subsidiar a elaboração de proposições legislativas e normas infralegais pertinentes e; III - submeter ao Ministro de Estado da Previdência Social os resultados e conclusões sobre os temas discutidos” (art. 1º).

Em uma primeira etapa, foi feito um diagnóstico da previdência social, com apresentações de pesquisas e estudos de especialistas de diversas origens e matizes, tais como do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), e da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Posteriormente, foram debatidos vários temas polêmicos, como relacionados ao mercado de trabalho, benefícios, gestão do sistema previdenciário e seu financiamento, entre outros. Após os debates, foram enumerados os pontos de consenso para elaboração de propostas a serem enviadas ao Congresso Nacional, que, segundo os membros do fórum, visam a melhorias e sustentabilidade da previdência social e sua coordenação com as demais políticas de Seguridade Social, de forma a serem aplicadas para resultados a longo prazo.

Dentre os diversos temas polêmicos, discutiu-se sobre o benefício da pensão por morte. Uma das propostas estudadas foi de graduar o valor do benefício devido ao cônjuge de acordo com o número de filhos. Outra, foi de pagamento de benefícios maiores às pensionistas que são mães, qualquer que seja o número de filhos, pelo reconhecimento de sua maior dificuldade em sustentar a si e à sua prole. Em relação aos pensionistas sem filhos, os benefícios seriam menores ou, ainda, temporários quando se tratassem de jovens, tendo em vista a maior facilidade de sua inserção no mercado de trabalho.

Entretanto, em razão das diversas divergências existentes, houve dissenso quanto à reavaliação das regras dos benefícios de pensão por morte, não resultando propostas neste sentido.

Por outro lado, ainda quanto à pensão por morte, houve consenso de que se deve reconhecer o direito do benefício do companheiro/a homossexual no Regime Geral da Previdência Social, aplicando-se a eles as mesmas regras utilizadas para as concessões a companheiros de diferentes sexos. Nota-se a tentativa de se regulamentar situação que vem sendo discutida e reconhecida judicialmente.

Conclui-se, portanto, que um dos temas de relevância e controvérsia no fórum foram as regras de concessão do benefício pensão por morte, especialmente em relação ao cônjuge e companheiro, que, hoje, recebe benefício integral e vitalício, independentemente da efetiva dependência econômica e de qualquer incapacidade.

4.7 A pensão por morte à luz da regra-matriz de incidência

Partindo-se de uma visão ampla da proteção social engendrada no nosso ordenamento jurídico, foi possível identificar alguns princípios, comandos e regras gerais, para, então, percorrendo normas diversas, chegar à esfera da previdência social, de onde foi trazida a lume uma série de proposições que, direta ou indiretamente, formatam o benefício pensão por morte no Regime Geral, estabelecendo os diversos requisitos para sua concessão e manutenção.

Como visto, antes de se afirmar categoricamente que alguém faz jus à pensão por morte, é necessário verificar se todos os pressupostos foram atendidos; se a realidade fática se identifica perfeitamente à norma enunciada.

E a norma jurídica, atente-se, não se mostra sempre explícita. Cabe ao intérprete – o operador do direito – extrair do complexo sistema do direito positivo, a conduta social prescrita, a norma jurídica.

Diante disto, o jurista Paulo de Barros Carvalho criou instrumento a auxiliar neste trabalho. A partir de sua obra *Teoria da Norma Jurídica*, aperfeiçoada, primeiramente, em seu *Curso de Direito Tributário*, e, após, em sua obra *Direito Tributário, Fundamentos Jurídicos da Incidência*, o cientista do direito identificou a estrutura da norma, concebendo a chamada *regra-matriz de incidência*. Embora tenha sido elaborada com base em normas tributárias, a *regra-matriz de incidência*

possui estrutura própria para as normas de comportamento, essencialmente as que instauram relações jurídicas obrigacionais, típicas não só do direito tributário, mas também do direito previdenciário, adotada a concepção de *obrigação* como dever de prestação de caráter patrimonial, suscetível de avaliação econômica ou pecuniária³³².

A metodologia desenvolvida pelo autor consiste em focalizar a norma jurídica a partir de uma estrutura dual, composta por um fato hipotético, ao qual é imputada uma consequência, que será sempre uma relação jurídica. Abstrai, portanto, o autor, no interior da norma, dois elementos: a *hipótese, suposto, ou antecedente* e a *consequência, ou mandamento*. Esses elementos encontram-se ligados por uma *cópula deôntica, o dever-ser que caracteriza a imputação jurídico normativa*³³³.

A partir daí, Paulo de Barros Carvalho³³⁴ se debruça sobre o fenômeno da incidência da norma, identificando ali uma constante, uma fórmula geral:

Seja qual for a natureza do preceito jurídico, sua atuação dinâmica é sempre a mesma: opera-se a concreção do fato previsto na hipótese, propalando-se os efeitos jurídicos prescritos na consequência.

Decompondo esses elementos, o jurista encontra certos critérios que identificam a hipótese normativa cuja realização fará nascer uma relação jurídica. O primeiro critério, designado *critério material*, corresponde à descrição de um comportamento, que deve ocorrer em determinadas condições de espaço - *critério espacial* - e de tempo - *critério temporal*.

Antes de prosseguirmos, cumpre esclarecer que Paulo de Barros Carvalho distingue dois tipos de normas no interior do ordenamento jurídico: normas de comportamento e normas de estrutura. As primeiras destinam-se a regular o comportamento das pessoas, no âmbito de suas relações. As segundas definem competências, disciplinam procedimentos legislativos³³⁵.

Portanto, após a definição do suposto normativo, ou hipótese normativa, passamos à análise do consequente ou mandamento normativo, que,

³³² CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 18 ed. Saraiva: São Paulo, 2007, p. 301.

³³³ Ibidem, p. 252.

³³⁴ Ibidem, p. 259.

³³⁵ Ibidem, loc. cit.

como previamente abordado, será sempre a instauração de uma relação jurídica, cujo objeto será uma obrigação de cunho patrimonial.

O autor distingue os componentes do conseqüente: *critério pessoal*, que identifica os sujeitos ativo e passivo da relação jurídica e o *critério quantitativo*, que fixa a base de cálculo e a alíquota da prestação obrigacional objeto da relação jurídica.

Feita esta breve apresentação, vejamos, para fim de estruturação esquemática e visual, como se procede à análise jurídica da norma de pensão por morte nos moldes da regra-matriz de incidência desenvolvida pelo eminente professor.

4.7.1 Critério material

O *critério material* enuncia um fato desvinculado de suas condições de tempo e espaço. É uma abstração que isola determinado componente do fato, o comportamento tipo. Consiste sempre em um modo de agir, um fazer algo, daí expressar-se necessariamente por um verbo pessoal e de predicação incompleta, requerendo, portanto, complemento³³⁶.

O critério material da regra matriz de incidência da pensão por morte é sobreviver à morte, real ou presumida, do segurado.

Vê-se que a morte do segurado, em si, não é suficiente para materializar a hipótese normativa, visto que não há incidência da norma se o segurado falecido não deixa dependentes. Ademais, o verbo morrer, intransitivo, não é apto a integrar o critério material da hipótese, que se expressa, necessariamente, por um verbo pessoal e de predicação incompleta e um complemento, ligados por um conectivo. Conforme o Prof. Paulo de Barros Carvalho: “isso concerne ao sujeito, que pratica a ação, e bem assim ao complemento do predicado verbal, que, impreterivelmente, há de existir. Descabe falar-se, portanto, de verbos de sentido completo [...]”³³⁷.

³³⁶ Ibidem, p. 267.

³³⁷ Ibidem, p. 269.

Note-se que nosso critério material – sobreviver à morte do segurado – atende a essas exigências do esquema da regra-matriz.

Depreende-se da materialidade da norma da pensão por morte que esta se refere à necessidade social que a morte do segurado gera. Dito de outra forma, a morte do segurado só constitui contingência social a merecer a proteção previdenciária, enquanto gere necessidade social para seus dependentes.

4.7.2 Critério espacial

O critério espacial diz respeito às circunstâncias de espaço que condicionam o critério material. Conforme a norma, faz-se necessário local mais ou menos específico para a ocorrência do fato. Pode ser um espaço geográfico exato ou, de forma mais ampla, um tipo de local, indicado expressamente pelo critério espacial.

Pode ainda ser genérico – qualquer local onde a vigência da lei possa incidir – deixando o texto legal de mencioná-lo expressamente³³⁸. É o que ocorre em relação à norma da pensão por morte, que incide, independentemente do lugar onde esteja o dependente previdenciário.

4.7.3 Critério temporal

O *critério temporal*, por sua vez, delimita o instante em que o comportamento tipo – previsto no critério material – deve ocorrer, gerando a incidência da norma e o nascimento da relação jurídica. É o “marco de tempo em que se dá por ocorrido o fato”, nas palavras do Prof. Paulo de Barros Carvalho³³⁹. Esse marco é dado pela norma jurídica.

A norma incide no momento em que se realiza o critério material, qual seja, no momento em que o sujeito ativo sobrevive à morte do segurado.

³³⁸ Ibidem, p. 270.

³³⁹ Ibidem, p. 274.

Não obstante, diante do teor do inciso I do art. 74 da Lei n.º 8.213/91, que define prazo de trinta dias para que o dependente requeira o benefício e tenha direito a ele desde a data do óbito, a doutrina e a jurisprudência majoritárias têm condicionado o direito à pensão ao seu requerimento junto ao órgão previdenciário. Consideram, assim, que o critério temporal da norma é a data do óbito, quando o benefício for requerido em até trinta dias depois deste, ou a data do requerimento, quando formalizado depois deste prazo.

A esse respeito, Fábio Lopes Vilela Berbel ensina que o critério temporal, além de definir o momento de ocorrência do critério material, também poderá delimitar o início da consequência normativa. Diz o autor:

[...] o aspecto temporal, em princípio, tem como escopo delimitar, no âmbito temporal, qual evento descrito no critério material gerará consequência normativa. Essa, todavia, não é a única função do critério temporal, visto que será responsável por delimitar o momento inicial da consequência (relação ou situação jurídica).³⁴⁰

Assim, como explicitamos no item 4.2, há incidência da norma no momento do óbito do segurado, mas para o início do benefício são previstos termos diversos.

Na morte presumida em decorrência de catástrofe, acidente ou guerra, o critério temporal, será a data da ocorrência.

Quanto à morte presumida por ausência, a legislação prevê como critério temporal a data da decisão judicial que a declarar, prevendo-se concessão provisória do benefício a partir de seis meses de ausência judicialmente declarada.

4.7.4 Critério pessoal

O *critério pessoal* revela os sujeitos, ativo e passivo, que participam da relação jurídica que se instaura a partir da incidência da norma. O sujeito ativo é aquele que tem o direito subjetivo ao objeto da relação jurídica obrigacional, ou prestação. O passivo é o que tem o dever de cumprir a prestação.

³⁴⁰ BERBEL, Fábio Lopes Vilela. op. cit. p. 109.

São sujeitos ativos desta relação jurídica de proteção previdenciária os dependentes previdenciários do segurado falecido, conforme rol legal previsto na Lei n.º 8.213/91 e ainda, por força de decisões judiciais, os companheiros homossexuais e os menores sob guarda judicial do segurado.

O sujeito passivo é o Instituto Nacional do Seguro Social, órgão autárquico da administração pública responsável pela gestão da previdência social.

4.7.5 Critério quantitativo

O *critério quantitativo*, por sua vez, é aquele que define o “quantum” da prestação, no caso, previdenciária. Compõe-se de uma base de cálculo, sobre a qual incide uma alíquota, que dimensionam a prestação pecuniária, que constitui o ponto de encontro entre o direito subjetivo do qual é titular o sujeito ativo, e o dever jurídico que incumbe ao sujeito passivo³⁴¹.

Conforme ensina Paulo de Barros Carvalho, necessariamente a alíquota ou a base de cálculo da obrigação pecuniária deve se constituir de importância em dinheiro.

Na pensão por morte, a base de cálculo é o valor da aposentadoria, se percebida pelo segurado, ou do seu salário-de-benefício, calculado conforme a legislação previdenciária. A alíquota, ou coeficiente, na linguagem da legislação previdenciária, é de 100% (cem por cento).

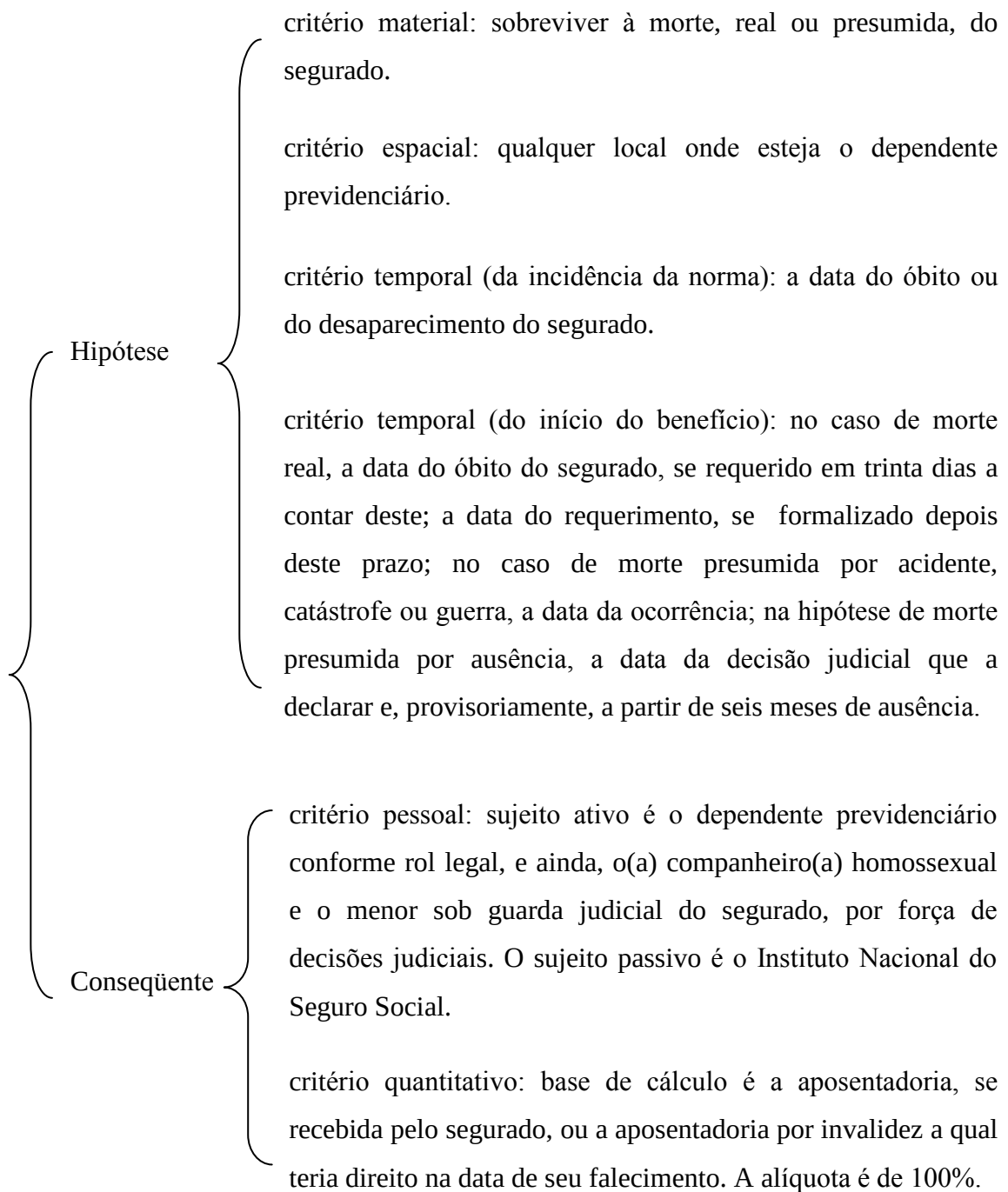
4.7.6 A regra-matriz de incidência da norma da pensão por morte

Preenchemos, a seguir, o esquema lógico desenhado por Paulo de Barros Carvalho com os critérios normativos extraídos dos dispositivos legais estudados, evidenciando a norma geral e abstrata da pensão por morte, em sua tipicidade. Instrumento que servirá para a análise dos fatos jurídicos, com vistas a aferir o fenômeno da incidência desta norma, que faz nascer a relação jurídica da proteção previdenciária, cujo objeto é o benefício da pensão por morte.

³⁴¹ Ibidem, p. 338.

Segue, na página seguinte esquema visual da norma jurídica previdenciária da pensão por morte.

Norma previdenciária da pensão por morte:



CONCLUSÃO

Diante do estudo realizado, foi possível constatar que, embora em linhas gerais, o benefício da pensão por morte no Regime Geral da Previdência Social proporcione, de forma relativamente satisfatória, proteção aos familiares do segurado que se vêem em situação de necessidade devido à sua morte, apresenta alguns aspectos críticos, a serem aprimorados.

Primeiramente, causa espanto que ainda sobrevivam, no âmbito da previdência social, regimes próprios, destinados exclusivamente aos servidores públicos, com direitos diversos daqueles previstos para os trabalhadores vinculados ao Regime Geral. Isto, entendemos, configura clara afronta aos princípios da igualdade e da universalidade, pois não há diferença na situação dos servidores públicos e dos trabalhadores da iniciativa privada capaz de justificar tratamento desigual no que se refere à sua proteção previdenciária.

No que diz respeito ao regime geral, estão arrolados como beneficiários do segurado seus familiares ou a eles equiparados. Estes, sendo seus dependentes econômicos, presumida ou comprovadamente, farão jus à pensão por morte, prestação pecuniária, apta a substituir o rendimento mensal auferido pelo trabalhador falecido.

Neste aspecto, cumpre em parte, sua finalidade reparadora. Isto porque o fato de os dependentes serem ordenados em classes que se excluem pode afastar desta proteção dependentes econômicos do segurado, como por exemplo, seus pais ou irmãos inválidos.

Também merece crítica a norma previdenciária vigente, por não garantir aos filhos do segurado falecido, estudantes universitários, o recebimento do benefício da pensão por morte, ao menos até os vinte e quatro anos. A prestação previdenciária limitada aos vinte e um anos enfraquece o suprimento da necessidade básica do pensionista objetivado pelo legislador constitucional, pois, diante do modelo e da estrutura educacional do país, não é incomum que os filhos efetivamente dependam dos pais até a conclusão da formação superior.

No que tange à vitaliciedade do benefício da pensão por morte do cônjuge, por sua vez, o excesso se dá no sentido oposto, na medida em que o

recebimento do benefício pode se estender por muito tempo em razão de uma dependência econômica presumida que pode ser logo cessada, ou nunca ter existido. Em que pese a crítica feita, reconhecemos ser válida a presunção de dependência econômica do cônjuge, diante da dificuldade em se apurar a real necessidade deste beneficiário, porém, tal não obsta que a menção seja feita para fim de que se busque, sempre, atender aos preceitos que justificam a prestação previdenciária.

Igualmente passível de críticas é o fato de que aumentado o coeficiente da pensão por morte para 100% (cem por cento), em 1995, tal não seja aplicado às pensões concedidas anteriormente, com coeficiente inferior, de até 60% (sessenta por cento). Parece-nos um contra-senso que diante do entendimento de que seja esse novo coeficiente aquele que melhor supra as necessidades básicas daqueles dependentes – até por que, apenas este entendimento justificaria tal majoração – não se lhe aplique a todos os pensionistas. Este posicionamento do Instituto Nacional do Seguro Social e que acabou confirmado pelo Supremo Tribunal Federal deixa marcas na sociedade atual e demonstra uma grave falha do sistema, o qual deve se pautar, sempre, pela isonomia.

Outra alteração legislativa que pode distorcer a proteção engendrada no regime geral é a possibilidade de segurados contribuintes individuais contribuírem com base no salário mínimo, e não sobre sua efetiva remuneração, e terem direito a benefícios, inclusive a pensão por morte, nos valores mínimos.

Destarte, apesar de relativamente bem estruturado, o benefício da pensão por morte requer rigorosa observância dos princípios constitucionais da Seguridade Social, pelo legislador, pela administração pública e pelos aplicadores do direito, de forma a evitar distorções como as apontadas no transcorrer deste trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFFONSO, Almiro. *A Conscientização da previdência supletiva*. In: A previdência supletiva no Brasil. São Paulo, LTr, 1978.

ALENCAR, Francisco; RAMALHO, Lúcia Carpi; RIBEIRO, Marcus Venício Toledo. *História da sociedade brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1985.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALONSO LIGERO, Maria de Los Santos. Los servicios sociales y la seguridad social. *Revista Ibero Americana de Seguridad Social*. v. 6, p. 1497 e 1501-2, 1971.

ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coord.) *Comentários ao Código Civil Brasileiro: parte geral*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

AMORIM, Sebastião Luiz. Considerações práticas sobre o processo com relação aos bens do ausente. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 535, p. 241-243, 1980.

ARAÚJO, Odília Souza de. O direito à seguridade social. In: BENECKE, Dieter W. e NASCIMENTO, Renata (orgs). *Política social preventiva: desafio para o Brasil*. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer – Stiftung, 2003.

ASSEMBLÉIA-GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração universal dos direitos humanos 1948. 4. ed. CESE e Paulinas. 1978.

ASSIS, Armando de Oliveira. Em busca de uma concepção moderna de “Risco Social”. *Revista do I.A.P.I.*, v. 17, p. 24-37, 1975. Monografia.

AURVALLE, Luís Alberto d’Azevedo. A pensão por morte e a dependência econômica superveniente. *Revista de Doutrina da 4.^a Região - Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4^a Região – EMAGIS*, Porto Alegre, n. 18. jun.2007. Revista eletrônica. Disponível em <<http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br>>. Acesso em 10.mar.2008.

BALERA, Wagner. Contribuições destinadas ao custeio da seguridade social. *Cadernos de Direito Tributário* n.º 49. p. 110- 120.

_____. Da proteção social à família. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, p. 214-241, 2003.

_____. Direito Internacional da Seguridade Social. *Revista de Doutrina da 4.^a Região - Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4.^a Região – EMAGIS*, Porto Alegre, n. 7. jul.2005. Revista eletrônica. Disponível em <<http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br>>. Acesso em 26.mar.2008.

_____. Introdução à seguridade social. In: Introdução ao direito previdenciário. São Paulo: *Revista LTr*, p. 10-85, 1998.

_____. *Noções preliminares de direito previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

_____. O valor social do trabalho. *Legislação do trabalho e previdência social*. São Paulo: Ltr, v. 58, n. 10. p. 1167-1178, 1994.

_____. *Sistema de seguridade social*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002.

BARRA, Washington Epaminondas Medeiros. Dos alimentos no direito de família. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coord.). *O novo Código Civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003.

BARRETO, Paulo Ayres. *Contribuições: regime jurídico, destinação e controle*. São Paulo: Noeses, 2006.

BARROSO, Luis Roberto, Constitucionalidade e legitimidade da reforma da previdência. In: TAVARES, Marcelo Leonardo (org.). *A reforma da previdência social: Temas polêmicos e aspectos controvertidos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: _____ (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 1-48, 2003.

BENECKE, Dieter W. Política social em tempos de reformas. In: BENECKE, Dieter W., NASCIMENTO, Renata (orgs). *Política social preventiva: desafio para o Brasil*. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer – Stiftung, 2003.

BERBEL, Fábio Lopes Vilela. *Teoria Geral da Previdência Social*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CARNEIRO, Maria José. *Ruralidade: novas identidades em construção*. Texto publicado integralmente nos Anais do XXXV Congresso da Sociedade Brasileira de Sociologia e Economia Rural. Natal, ago.1997. Disponível em <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/brasil/cpda/estudos/onze/zeze11.htm>>. Acesso em 22 mar. 2008.

CARVALHO, Maria do Carmo Brant de. et al. *Serviços de proteção social às famílias*. São Paulo: IEE/PUC-SP; Brasília: Secretaria de Assistência Social/MPAS, 1998.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2003.

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. *A união estável e o novo Código Civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 58, ago.2002. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3083>>. Acesso em 28 mar. 2008.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Contribuições no direito brasileiro: seus problemas e soluções*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Curso de direito da seguridade social*. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA, Eliane Romeiro. Política Social de Inclusão Previdenciária do Trabalhador de Baixa Renda. *Revista NEPJUR – Núcleo de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Universidade Católica de Goiás*, n. 3, out.2006. Revista Eletrônica. Disponível em <http://agata.vcg.br/formularios/vcg/institutos/nepjur/revista_III.asp>. Acesso em 04 mar. 2008.

CRUZ, Raimundo Nonato Bezerra. *Pensão por morte no direito positivo brasileiro*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

CUNHA, Alexandre Sanches. *Todas as constituições brasileiras*. Ed. comentada. Campinas: Bookseller, 2001.

DEMO, Roberto Luis Luchi; SOMARIVA, Maria Salute. Pensão por morte previdenciária. Aspectos materiais e processuais. Atualidades, sucessão legislativa e jurisprudência dominante. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 735, 10 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6977>>. Acesso em: 07.fev.2008.

DERZI, Heloisa Hernandez. *Os beneficiários da pensão por morte: Regime geral de previdência social*. São Paulo: Lex, 2004.

DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA. Rio de Janeiro: Instituto Antônio Houaiss, 2001.

DICIONÁRIO JURÍDICO MARIA HELENA DINIZ. São Paulo: Saraiva, 1998.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

DWORKING, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPINOLA, E. *A família no direito civil brasileiro*. Campinas: Bookseller, 2001.

FREITAS Jr. Roberto Mendes de. *Direitos e Garantias do Idoso – Doutrina, Jurisprudência e Legislação*. Del Rey: Belo Horizonte, 2008.

FREITAS, Vladimir Passos de (org). *Direito previdenciário: Aspectos matérias, processuais e penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A constituição de 1988 e as pensões securitárias no direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 2001.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. v.1, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

HISTÓRIA EM REVISTA. 5. ed. Rio de Janeiro: Abril Livros, v. 1800-1850 e v.1925-1950, 1996.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. 7. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. Análise preliminar do estatuto do idoso (Lei n.º 10.741, de 1.º de outubro de 2003). *Revista de Direito Social*, ano 4, n. 13, p. 11-15, jan/fev.2004.

_____; SANTOS FILHO, Oswaldo de Souza. A renúncia da pensão alimentícia e seus efeitos na relação jurídica previdenciária. *Revista de Direito Social*, ano 5, n. 20, p. 35-46, out/dez. 2005.

INFANTE, Vidal Sunción. Enriquecimento sem causa: uma visão holística. *Revista Espaço Acadêmico*, n. 45, fev.2005. Revista Eletrônica. Disponível em <<http://www.espacoacademico.com.br/045/45cinfante.htm>>. Acesso em 10.mar.2008.

ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: Doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 1998.

LEITE, Celso Barroso. *Dicionário enciclopédico de previdência social*. São Paulo: LTr, 1996.

MAIOR, A. Souto. *História geral*. 11. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1970.

MARCHESA, Ana Maria Moreira. Colocação em família substituta: Aspectos controvertidos. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, v. 689, p. 297-300, mar. 1993.

MARTINS, Ana Paula Oriola. A Pensão por morte e sua relação com a pensão alimentícia. Porto Alegre: *Revista de Direito Social*, ano 2, n. 8, p. 33-48, out/dez. 2002.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1978.

MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 26. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2005.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

NEGRÃO, Theotonio (org., sel. e notas). *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. São Paulo: Saraiva, 2000.

NERI, Marcelo. Desemprego, informalidade e pobreza. *Conjuntura econômica*, Fundação Getúlio Vargas, abr. 2001.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante: atualizado até 1.º de março de 2006*. 9 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. _____. *Código Civil Comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Guarda, tutela e adoção*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

PEGINI, Adriana Regina Barcellos. *Os limites impostos pelo princípio da proporcionalidade e a possibilidade de penhora de faturamento de empresa na execução fiscal*. Disponível em <<http://www.boletimjuridico.com.br>> Acesso em 27.mar.2008.

PERSIANI, Mattia. *Diritto della previdenza sociale*. 12. ed. Padova: CEDAM, 2002.

PETROVICH, Enélio Lima. Prescrição quinquenal no direito previdenciário. In: MARTINEZ, Wladimir Novaes (coord.). *Temas atuais de previdência social*. p. 106-115. LTr: São Paulo, 1998.

PÓVOAS, Manuel Sebastião Soares. *Previdência privada – Planos empresariais*. v. 1. São Paulo: FUNENSEG, 1990.

_____. *Na rota das instituições do bem-estar: seguro e previdência*. São Paulo: Green Forest do Brasil, 2000.

REIS, Douglas Sathler dos. *O rural e o urbano no Brasil*. In: Encontro nacional de estudos populacionais, ABEP, 15, 2006, Caxambu. p. 3-8. Caxambu: ABEP, 2006. Disponível em <http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2006/docspdf/ABEP2006_777.pdf>. Acesso em 22 mar.2008.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Esmafe, 2007.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de previdência social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____(org.). *A constituição concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. *O princípio da seletividade das prestações de seguridade social*. São Paulo: LTr, 2003.

SAVARIS, José Antonio. Algumas reflexões sobre a data de início das aposentadorias voluntárias do RGPS concedidas judicialmente. *Revista de Doutrina da 4.ª Região - Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região – EMAGIS*, Porto Alegre, n. 17. abr.2007. Revista eletrônica. Disponível em <<http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br>>. Acesso em 10.mar.2008.

SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. *Direito previdenciário avançado*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

SILVA, Aarão Miranda da. O Idoso como dependente previsto no Estatuto do Idoso e os efeitos previdenciários. 2007. <www.saraivajur.com.br> . Acesso em 06.mar.2008.

SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. ver. e atual. nos termos da Reforma Constitucional (até EC 35). São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Dissolução da Sociedade e do Vínculo Conjugal. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coord.). *O novo Código Civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003.

SONEGO, Atila Nedi Leães; SOUZA, Magna Virgínia Silveira de. A união homoafetiva em perspectiva. *Revista de Doutrina da 4.ª Região - Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região – EMAGIS*, Porto Alegre, n. 11, mar.2006. Revista eletrônica. Disponível em <<http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br>>. Acesso em 5.mar.2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Previdência e assistência social*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

_____ (coord.); IBRAHIM, Fábio Zambitte; VIEIRA, Marco André Ramos. *Comentários à reforma da previdência*. 3 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

TSUTIYA, Augusto Massayuki. *Curso de direito da seguridade social*. São Paulo: Saraiva, 2007.

VELLOSO, Andrei Pitten. Contribuições sobre a Receita de Concursos de Prognósticos. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo, Dialética, n.º 114. p. 07-22. mar. 2005.

VENOSA, Silvio. *Direito civil*. v. 6. São Paulo: Atlas, 2004.