

PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC/SP

Priscilla Milena Simonato

**O conceito constitucional de dependência econômica na pensão
por morte**

MESTRADO EM DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS

SÃO PAULO
2012

PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC/SP

Priscilla Milena Simonato

**O conceito constitucional de dependência econômica na pensão
por morte**

MESTRADO EM DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS

**Dissertação apresentada à Banca
Examinadora da Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo, com exigência
parcial para obtenção do título de MESTRE
em Direito das Relações Sociais, sob
orientação do Professor Doutor Miguel
Horvath Júnior.**

SÃO PAULO
2012

Banca Examinadora

À Pietra, minha nova inspiração de vida!

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pela sua proteção.

*Ao meu prezado orientador, Doutor Miguel Horvath Junior, agradeço pelos
inestimáveis ensinamentos.*

*À minha irmã, que se dedicou ao nosso escritório nos momentos que estive
empenhada nos estudos.*

*À minha mãe, que sempre com muita paciência me amparou nos momentos em que
eu mais precisava.*

Ao meu marido, que me apoiou e me incentivou para a conclusão desse estudo.

*E finalmente, ao meu pai, in memoriam, que muito colaborou para que eu chegasse
até aqui!*

RESUMO

A presente dissertação versa sobre o conceito de dependência econômica para fins de concessão do benefício de pensão por morte. Visa analisar quem são os dependentes econômicos do segurado à luz da Constituição Federal. O benefício da Pensão por Morte, previsto constitucionalmente, bem como previsto na legislação ordinária n.º 8.213/91, é um benefício previdenciário concedido aos dependentes do segurado. No entanto, a legislação ordinária criou um rol taxativo de dependentes que fazem jus ao benefício previdenciário na ocorrência do risco morte. Tal rol de dependentes, por ter uma presunção de dependência, em muitos casos fere os preceitos constitucionais da busca da justiça social e a aplicação exata do princípio da dignidade da pessoa humana, direito este fundamental, o que leva na busca do real conceito da dependência econômico através de uma interpretação constitucional.

Palavras-chave: direito previdenciário, pensão por morte, dependentes, dependência econômica, presunção de dependência, interpretação constitucional.

ABSTRACT

This dissertation talks about the concept of economic dependence for getting the pension benefit for death. It aims to analyze who the insured's economic dependents are, according to the Federal Constitution. The pension benefit for Death, constitutionally provided, as well as listed in an ordinary law n. ° 8.213/91, is a social security benefit granted to the insured dependents. However, the common law has created an exhaustive list of dependents who have the real social security benefits in case of death risk. This list of dependents, besides having the reliant presumption, violates, in many cases, the constitutional principles about the social justice and exact application of the principle of human dignity, which is a fundamental right and lead us to search the real concept of economic dependence through a constitutional interpretation.

keywords: social security law, death benefits, dependents, economic dependence, presumption of dependency, constitutional interpretation.

Eu não recearia muito as más leis se elas fossem aplicadas por bons juízes. Não há texto de lei que não deixe campo à interpretação. A lei é morta. O magistrado vivo. É uma grande vantagem que ele tem sobre ela"

(Anatole France)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. O SISTEMA DA SEGURIDADE SOCIAL E A PENSÃO POR MORTE.....	13
1.1. Função da Seguridade Social.....	13
1.2. Princípios inerentes ao benefício da pensão por morte.....	14
1.2.2. Princípio da universalidade de cobertura e do atendimento.....	19
1.2.3. Princípio da seletividade e distributividade das prestações.....	23
2. A MORTE COMO RISCO SOCIAL.....	26
2.1. Da proteção sócia.....	26
2.2. O risco social.....	27
2.3. Conceito de morte no Direito Civil.....	29
2.3.1. A morte real.....	31
2.3.2. A morte presumida.....	32
2.3.2.2 A morte presumida por ausência.....	33
3. PENSÃO POR MORTE.....	36
3.1 Conceito de Pensão por Morte.....	36

3.2. Da ausência de carência.....	37
3.3. Da qualidade de segurado.....	39
3.3.1. Da perda da qualidade de segurado e a concessão do benefício.....	41
3.4. Da data de início e do término do benefício.....	45
3.5. Do critério pessoal.....	46
3.6. Do critério quantitativo.....	46
3.6.1 Da alíquota da Pensão por Morte. Questões polêmica.....	47
3.6.2. Da decisão do STF – Majoração das alíquotas da Pensão por Morte.....	48
 4. O CONCEITO CONSTITUCIONAL DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA.....	 50
4.1. Da Hermenêutica Jurídica.....	50
4.2. Da hierarquia das normas.....	52
4.3. Da interpretação conforme a Constituição.....	54
4.4. Do conceito constitucional de dependência econômica na pensão por morte.....	56
4.5. Do Direito Comparado - Os beneficiários da Pensão por Morte no Direito Espanhol.....	61
 5. DOS DEPENDENTES.....	 65
5.1. Conceito de Dependência Econômica.....	65
5.2. Conceito Constitucional de Dependentes.....	70
5.3. Dependentes na Lei n.º 8.123/91.....	72
5.3.1. Dependentes de Primeira Classe.....	73
5.3.1.1. Cônjuge.....	74
5.3.1.2 Da Súmula 336 do STJ.....	75

5.3.1.3. Da união estável.....	77
5.3.1.4 Do concubinato.....	80
5.3.1.5. Da separação de fato.....	82
5.3.1.6. Do companheiro homossexual.....	84
5.3.1.7. Dos Filhos.....	86
5.3.1.8. Equiparados a Filho: Enteadado e Menor Tutelado.....	91
5.3.1.9. Menor sob Guarda.....	92
5.3.2. Dependentes de Segunda Classe.....	95
5.3.3. Dependentes de Terceira Classe.....	96
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	98
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	100

INTRODUÇÃO

A morte do segurado é questão que, não raro, traz à tona diversos problemas e desigualdades decorrentes desta situação.

Com o tema "O conceito constitucional de dependência econômica na Pensão por Morte" objetiva-se, através de um paralelo traçado entre a pensão por morte e seus dependentes previstos na Constituição Federal e no Regime Geral da Previdência Social, trazer à baila algumas soluções de problemas desta natureza.

Inicia-se o presente trabalho através do estudo dos princípios da Previdência Social inerentes ao benefício de Pensão por Morte previstos na Constituição Federal, quais sejam: o princípio da solidariedade; princípio da universalidade de cobertura e do atendimento e princípio da seletividade e distributividade das prestações

É analisada a morte como risco social, delimitando o que é proteção social e qual o risco coberto na ocorrência da morte do segurado. Para tanto traz os conceitos de morte real e presumida, pois ambas geram efeitos para a Previdência Social.

Analisa-se, a seguir, o benefício da pensão por morte, demonstrando qual a sua função para a sociedade, bem como as suas hipóteses de incidência e requisitos para a concessão do benefício estudado. Faz-se um estudo comparado com o direito espanhol para demonstrar as mudanças que poderiam ser realizadas no nosso ordenamento jurídico, bem como discute-se acerca das mudanças das alíquotas que incidem sobre a renda mensal do benefício para a sua concessão.

No Capítulo 4, explana-se acerca do conceito de dependência econômica na Constituição Federal, e para isto faz-se um estudo da hermenêutica jurídica,

da hierarquia da norma e, sobretudo da interpretação conforme, que é um mecanismo para a tutela dos direitos fundamentais, interpretação esta que deverá ser feita pelo Poder Judiciário no caso em concreto.

Feito isto, será explorado o tema proposto, examinando quem são os dependentes da pensão por morte à luz da Carta Federativa e do Regime Geral da Previdência Social e qual foi a real intenção do legislador constituinte ao disciplinar acerca no benefício que será estudado.

Interessa, também, a verificação da classificação de cada dependente elencado na Lei n. ° 8.213/91, discutindo-se se há ou não a presunção da sua dependência econômica, correlacionando com questões de atualidade e com comportamento sociais, tais como a questão do menor sob guarda os homossexuais como dependentes na pensão por morte.

Sendo assim, tem-se que a pensão por morte e seus dependentes, tema de Direito Previdenciário, merece destaque e estudo aprofundado, em razão da sua importância social, buscando dessa forma a aplicação do direito de uma forma justa, igualitária, solidária, a fim de não ferir o nosso ordenamento jurídico que prevê um Estado Social e Democrático de Direito.

1. O SISTEMA DA SEGURIDADE SOCIAL E A PENSÃO POR MORTE

1.1. Função da Seguridade Social

A Seguridade social, com o seu novo conceito de proteção social, surgiu com o final da Segunda Guerra Mundial, com a instituição do Estado de Bem Estar Social (Welfare State).

A função da Seguridade Social é de garantir o desenvolvimento socioeconômico de forma equilibrada, para que haja uma distribuição da renda nacional.

Assim, de forma a garantir a proteção social, a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1.988, conceituou a Seguridade Social como sendo um conjunto de princípios, de regras e instituições.

A Seguridade Social visa estabelecer um sistema de proteção social aos indivíduos contra contingências que os impeçam de prover as suas necessidades pessoais básicas e de suas famílias, integrado por ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade visando assegurar os direitos relativos à saúde, à Previdência e à Assistência Social.

É através da Seguridade Social que o Estado se obriga a garantir que seus cidadãos não fiquem sem o mínimo de proteção necessária.

Trata-se a Seguridade Social de um sistema do qual fazem partes a Saúde, a Assistência Social e a Previdência Social, sendo esta última, o objeto do estudo deste trabalho em virtude do enfoque do tema ora adotado.

Destaque-se que, dos pilares existentes na Seguridade Social, somente a Previdência Social possui caráter contributivo. Sua finalidade é assegurar a manutenção dos beneficiários na ocorrência de riscos e contingências.

1.2. Princípios inerentes ao benefício da pensão por morte

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu artigo 201, I, a responsabilidade do legislador ordinário em disciplinar o benefício da pensão por morte.

O benefício de pensão por morte, bem como seus dependentes possuem características próprias que serão estudadas de forma detalhada no presente trabalho.

Todavia, antes de se adentrar ao benefício proposto, faz-se necessário discorrer acerca dos valores e princípios constitucionais pertinentes ao tema proposto.

Não se pode confundir os termos “valores” e “princípios”, pois possuem conteúdo semântico diferenciado, e para isso, faz-se necessário tecer algumas considerações acerca de tais termos, porém não se pretende esgotar o tema, uma vez que o objetivo principal deste trabalho é tratar sobre o benefício da pensão por morte e seus beneficiários.

Os valores, que também são considerados como fundamentos da estrutura normativa, não estão inclusos no ordenamento jurídico. Os valores fazem parte da existência humana e podem variar conforme a ética, são eles que orientam a conduta humana.

Os valores são ideias ou ideais intuitivos de que comungam um grupo de pessoas em determinado local, em determinada época acerca do que consideram correto sob o aspecto moral. A identidade de ideal, como conseqüência natural,

acaba por transformar-se em princípios que, uma vez sistematizados dão origem à sociedade, social e juridicamente organizada pela Constituição Federal.

Os princípios, por outro lado, são certos enunciados lógicos admitidos como base ou condição de validade para determinado campo do conhecimento. São eles os vetores, as vigas mestras sobre as quais se sustentam todo o ordenamento jurídico. É a cristalização de valores considerados éticos e morais pela sociedade em determinado período, determinada época. São os princípios que legitimam o Ordenamento Jurídico.

A utilização da palavra princípio é equívoca, pois aparece entre outros sentidos, com a acepção de começo, início, o ponto de partida de algo. Contudo, a palavra princípio empregada nos princípios inerentes ao benefício previdenciário exprime a noção de mandamento nuclear de um sistema, a pedra angular de qualquer sistema¹. Assim, pode-se dizer que os princípios são “verdades fundastes” de um sistema de conhecimento.

Nessa linha, Roque Antônio Carrazza define princípio como sendo:

(...) um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo, inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que como ele se conectam.²

Celso Antônio Bandeira de Mello também conceitua princípio:

Princípio é por definição o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes

¹ CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito Constitucional Tributário*, 12^a ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p.30.

² Idem, p.31-32.

componentes do lado unitário que há por nome sistema jurídico positivo.³

Destaque-se que não cabem aos princípios proibir, permitir ou exigir algo. Eles somente impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, dando ao intérprete do Direito o ponto de partida, para que se aplica a norma jurídica em um caso prático.

Alguns dos princípios são afirmados também pela Constituição Federal e dessa forma, tornam-se normas constitucionais com eficácia.

A Seguridade Social também possui os seus princípios, que são a base para o ordenamento jurídico pertinente ao tema ora estudado.

Busca-se a proteção social na Seguridade Social, tendo como base o primado do trabalho, o bem-estar e a justiça social.

No artigo 194, parágrafo único, da Constituição Federal estão elencados os princípios constitucionais da Seguridade Social, quais sejam: princípio da universalidade de cobertura e atendimento; uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços; irredutibilidade do valor dos benefícios; equidade na forma de participação no custeio; diversidade na base de financiamento; caráter democrático e descentralizado da administração, bem como o princípio da solidariedade, previsto no ordenamento jurídico, os quais conferem a Seguridade Social um perfil sistemático.

Os princípios acima transcritos são aplicáveis a todas as relações jurídicas da Seguridade Social (assistência social, saúde e previdência social).

Analisa-se, no presente estudo, somente o princípio da solidariedade, da universalidade e da seletividade e distributividade das prestações, haja vista

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*, 10^a ed, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 583-584.

serem pertinentes ao tema pensão por morte e o conceito de dependência econômica.

1.2.1. Princípio da solidariedade

O princípio fundamental de um sistema da Seguridade Social é o da solidariedade. A Constituição Federal estabelece em seu artigo 3º, inciso I, que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Tal princípio traduz o verdadeiro espírito da Previdência social, qual seja a proteção coletiva, no qual a contribuição individual é a responsável por gerar recursos suficientes para a proteção de todos, viabilizando a concessão dos benefícios previdenciários.

Caso assim não fosse, se as pessoas optassem pela a reserva individual das prestações, não teriam uma cobertura em curto prazo, pois não haveria tempo suficiente para compor um fundo para o seu sustento.

Conforme ensina Miguel Horvath Júnior *“Solidariedade social significa a contribuição do universo dos protegidos em benefício da minoria”*.⁴

Contudo, tendo em vista que a Previdência Social é de caráter contributivo, os benefícios previdenciários não serão somente concedidos àqueles que se encontram impossibilitados de obtenção de recursos para seu sustento e de sua família.

O sistema de proteção social visa proteger àqueles que por ocorrência de algum risco ou contingência teve a perda ou a diminuição de recursos para o seu sustento.

⁴ HORVATH JUNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. 7ª ed. São Paulo: Quartier Latin, p. 76.

Nesse sentido, concluiu Raimundo Nonato Bezerra Cruz: *“Todos devem ser solidários para termos uma sociedade mais justa e fraterna, portanto não é possível a existência da seguridade social sem a solidariedade”*.⁵

Lauro Cesar Mazetto Ferreira afirma que a proteção social é universal e por ser dessa maneira *“nada mais justo que toda a coletividade contribua para a manutenção desse sistema, pois qualquer indivíduo está amparado por ele.”*⁶

Quanto à aplicação do princípio da solidariedade, Sérgio Pinto Martins ensina:

Ocorre solidariedade na Seguridade Social quando várias pessoas economizam em conjunto para assegurar benefícios quando as pessoas do grupo necessitarem. As contingências são distribuídas igualmente a todas as pessoas do grupo. Quando uma pessoa é atingida pela contingência, todas as outras continuam contribuindo para a cobertura do benefício do necessitado.⁷

O princípio da solidariedade não está elencado no rol do artigo 194, parágrafo único, da Constituição, rol este específico da Seguridade Social, e sim no *caput* do mencionado artigo de forma implícita. Contudo, possui grande relevância no sistema.

Conforme já mencionado, o artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal prevê que o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil é construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Posteriormente, no artigo 195 da Constituição, é imposta a toda sociedade suportar o financiamento da seguridade social, de forma indireta e indireta.

É na solidariedade que se encontra a justificativa para a contribuição obrigatória ao sistema, pois os trabalhadores são coagidos a verter a cotização

⁵ CRUZ, Raimundo Nonato Bezerra. *Pensão por Morte no Direito Positivo Brasileiro*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003, p. 19.

⁶ FERREIRA, Lauro Cesar Mazetto. *Seguridade Social e Direitos Humanos*. São Paulo: Ltr, 2007, p. 163.

⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 77.

individual em prol da manutenção de toda a rede protegida, não sendo ele individualmente considerado.

Na visão do custeio da Seguridade Social, aplica-se subsidiariamente o princípio tributário da capacidade contributiva, no qual aqueles que ganham mais contribuem com mais, visando equilibrar o sistema perante os contribuintes de menor capacidade contributiva.

E finalmente, o artigo 194, caput, prevê que *“a Seguridade Social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade (...)”*⁸

Sendo assim, a sociedade financia a seguridade social, tanto de forma direta através de contribuições destinadas ao custeio da seguridade, quanto de forma indireta pela via orçamentária das pessoas políticas, caracterizando-se, portanto, o princípio da solidariedade.

1.2.2. Princípio da universalidade de cobertura e do atendimento

O princípio da universalidade é a concretização do princípio da igualdade em sede previdenciária, uma vez que visa proteger a todos que necessitam.

Conforme assinala Wladimir Novaes Martinez, *“a clientela protegida no seguro social é dos beneficiários, determinado na legislação e dos seus dependentes”*.⁹

⁸ Artigo 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. Parágrafo único - Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: I - universalidade da cobertura e do atendimento; II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; IV - irredutibilidade do valor dos benefícios; V - equidade na forma de participação no custeio; VI - diversidade da base de financiamento; VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Com relação à Saúde e a Assistência Social, a regra é que todos possam participar da proteção social patrocinada pelo Estado. Porém, a Previdência Social, por ser regime contributivo, é, via de regra restrita aos que exercem atividade remunerada. Atendendo a determinação constitucional, criou-se a figura do segurado facultativo, que mediante contribuição pode, sem obrigatoriedade, contribuir para a Previdência Social e fazer jus aos benefícios previdenciários por ela concedidos.

Há dois tipos de universalidade: o de cobertura e o de atendimento.

A universalidade de cobertura ampara todas as situações de necessidade em que o cidadão se encontre. A universalidade de atendimento concede proteção a todos que dela necessitam desde que contribuam.

Este princípio possui o viés objetivo e subjetivo.

O viés objetivo demonstra a universalidade da cobertura dos riscos e contingências sociais, sendo que a Previdência Social deve dar cobertura ao maior número de situações geradoras de necessidade, sem deixar de levar em consideração a realidade econômica financeira do Estado.

A tutela de toda a pessoa que está vitimada por uma situação de risco pertencente ao sistema protetivo se refere à universalidade de atendimento, sendo este o viés subjetivo do princípio aqui tratado.

Deve-se lembrar de que este princípio não atua isoladamente, mas em conjunto com os demais, pois está limitado por outros, como o da preexistência do custeio em relação ao benefício ou serviço, a fim de se preservar o equilíbrio atuarial e financeiro do sistema.

⁹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1995, p. 104.

Nesse sentido, Sérgio Pinto Martins tece comentários acerca da universalidade:

A universalidade da cobertura deve ser entendida como a necessidade daquelas pessoas que forem atingidas por uma contingência humana, como a impossibilidade de retornar ao trabalho, a idade avançada, a morte etc. Já a universalidade do atendimento refere-se às contingências que serão cobertas, não às pessoas envolvidas, ou seja, às adversidades ou aos acontecimentos em que a pessoa não tenha condições próprias de renda ou subsistência.¹⁰

Importante ressaltar que o legislador infraconstitucional deve respeitar as normas constitucionais.

Ao legislar sobre proteção social, conforme dispõe o artigo 22, inciso XXIII da Carta Federativa, sempre tem que visar ao melhoramento do sistema com base no princípio da universalidade.

Por outro lado, quanto à interpretação da norma, deve-se dizer que o princípio da universalidade não admite retrocesso. Isto porque, os Direitos Sociais, previstos na Carta Magna, são consagrados como direitos fundamentais.

Com relação ao princípio do não retrocesso social, José Afonso da Silva afirma que as normas constitucionais definidoras de direitos sociais seriam normas de eficácia limitada e ligadas ao princípio programático, que, não obstante tenham caráter vinculativo e imperativo, exigem a intervenção legislativa infraconstitucional para a sua concretização, vinculam os órgãos estatais e demandam uma proibição de retroceder na concretização desses direitos.¹¹

O princípio do não retrocesso social está ligado à segurança jurídica, que assumiu também o caráter de direito fundamental. Sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello¹² define que a segurança jurídica traduz-se numa das mais profundas aspirações do ser humano, viabilizando, mediante a garantia de certa

¹⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. op. cit., p. 78.

¹¹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 5^a ed. São Paulo: Malheiros, 2002,. p. 82 e 138.

¹² MELO, Celso Antônio Bandeira de. op. Cit., p. 113.

estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica como tal, tanto a elaboração de projetos de vida, bem como a sua realização, de tal sorte que desde logo é perceptível como a ideia de segurança jurídica encontra-se inserida na própria noção de dignidade de pessoal humana.

O princípio do não retrocesso social se funda na medida em que o Estado deve sempre garantir uma maior proteção social aos seus atingidos, garantindo a proteção e a preservação do estado das coisas até então conquistadas, vedando a diminuição ou vedação de direitos.

Canotilho, com a noção de segurança jurídica, assim define o princípio da proibição do não retrocesso social:

O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas (“lei da segurança social”, “lei do subsídio de desemprego”, “lei do serviço de saúde”) deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial. Não se trata, pois, de proibir um retrocesso social captado em termos ideológicos ou de garantir em abstracto um status quo, mas de proteger direitos fundamentais sociais, sobretudo no seu núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.¹³

A doutrina brasileira também discorre sobre o princípio do não retrocesso social, e afirma que a proibição do retrocesso se diz exclusivamente às normas infraconstitucionais que regulamentam direitos fundamentais. Luis Roberto Barros assim define o princípio da vedação do retrocesso:

Por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido. Nessa ordem de idéias, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2ª ed. brasileira. São Paulo: RT, 2008, p. 332-334.

promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na Constituição. O que se veda é o ataque à efetividade da norma, que foi alcançada a partir da sua regulamentação. Assim, por exemplo, se o legislador infraconstitucional deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito que dependia de sua intermediação, não poderá simplesmente revogar o ato legislativo, fazendo a situação voltar ao estado de omissão legislativa anterior.¹⁴

Importante destacar que o princípio do não retrocesso social somente se aplica a situações *in abstracto*, ou seja, ao ser elaboradas as leis. Ao ser concedida a proteção à determinada pessoa em determinada situação, não podendo tira-lhe determinada proteção, está se referindo ao direito adquirido, uma vez que já presente o caso em concreto.

Dessa forma, o princípio da universalidade somente concede mais amparo, abrange a norma jurídica. Jamais amputa proteção anteriormente concedida, *in abstracto*.

1.2.3. Princípio da seletividade e distributividade das prestações.

O princípio da seletividade faz com que o legislador, através da legislação ordinária, escolha os riscos que serão protegidos, observando a capacidade econômica do estado.

Tal princípio sempre deve ser conjuntamente aplicado com o princípio da universalidade para que não haja supressão dos direitos antes concedidos, conforme explanado no tópico anterior acerca do não retrocesso social.

Salienta Wagner Balera que:

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*. 5ª. Ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 158 e 159.

A diretriz da seletividade (...) permite a realização, pelo legislador, de legítima estimativa acerca daquele tipo de prestações que, em conjunto, concretizarem as finalidades da Ordem Social.¹⁵

A seletividade é a escolha dos riscos e contingências sociais a serem cobertos, que no nosso sistema foi destinado ao legislador constituinte que estabeleceu no artigo 201 quais seriam os riscos e sociais protegidos.

Entre os riscos e contingências protegidos está a morte, que será tratada no presente trabalho, doença, invalidez, idade avançada, proteção à maternidade, proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário, proteção aos segurados de baixa renda e o risco de acidente de trabalho.

Assim, a escolha de um plano básico compatível com a estrutura econômico e financeira do Estado e as reais necessidades dos protegidos está pautada na seletividade das prestações.

Por outro lado, tem-se que a distributividade, nas palavras de Wagner Balera:

A regra da distributividade, por seu turno, autoriza a escolha de prestações que - sendo direito comum a todas as pessoas - contemplam de modo mais abrangente os que demonstrem possuir maiores necessidades.¹⁶

No mesmo sentido, Miguel Horvath Junior afirma que a regra da distributividade *"implica na criação dos critérios/requisitos para acesso aos riscos objeto de proteção, de forma a atingir o maior número de pessoas, proporcionando assim uma cobertura mais ampla."*¹⁷

Ainda, a distributividade, nas palavras de Sérgio Pinto Martins:

¹⁵ BALERA, Wagner. *Noções preliminares de direito previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, . 50.

¹⁶ BALERA, Wagner. *op. cit.*, p. 50.

¹⁷ HORVATH JUNIOR, Miguel. *Op. cit.*, p. 87.

implica na necessidade de solidariedade para poderem ser distribuídos recursos. A idéia da distributividade também concerne à distribuição de renda, pois o sistema, de certa forma, nada mais faz do que distribuir renda.¹⁸

Tais princípios refletem o caráter social da Seguridade Social, buscando-se sempre a aplicação da justiça social e a igualdade dos indivíduos. Nesse sentido, Wagner Balera assinala:

A finalidade da seguridade social é a de proporcionar, a todos, melhores condições de vida. Nem todos possuem as mesmas necessidades e as prestações são precisamente os meios que a legislação coloca ao dispor dos indivíduos para que nenhuma necessidade deixe de ser suprida. Mas há uma escala de valores que implica em distinta distribuição dos bens sociais. A distributividade consiste na identificação daqueles bens que, mais do que por um direito próprio do indivíduo, são devidos por serem comuns, como sabiamente expressa São Tomás de Aquino¹⁹

Os dois princípios sempre devem ser aplicados conjuntamente, para não suprimir o caráter social buscado pelo Constituinte.

Ainda, não se pode olvidar que o princípio da seletividade e da distributividade devem ser coordenados com a equidade do custeio, com vistas ao princípio fundamental da solidariedade, sendo que as pessoas com menor poder aquisitivo devem auferir maiores benefícios sociais, com menor contribuição.

¹⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. Op. cit., p. 79.

¹⁹ BALERA, Wagner. *A seguridade social na Constituição de 1998*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 39-40

2. A MORTE COMO RISCO SOCIAL

2.1. Da proteção social

A Constituição Federal, em seu artigo 193, dispõe que a ordem social tem como primado o trabalho e como objetivo a busca do bem estar e da justiça social.²⁰ Assim, extrai-se a definição da proteção social, qual seja, a união de medidas passíveis de atender às necessidades de cada ser humano, sempre buscando a finalidade da ordem social.

Nas palavras de Celso Barroso Leite, tem-se a definição de proteção social:

Proteção social, portanto, é o conjunto das medidas de caráter social destinadas a atender a certas necessidades individuais; mais especificadamente, às necessidades individuais que, não atendidas repercutem sobre os demais indivíduos e em última análise sobre a Sociedade. É, sobretudo nesse sentido, que podemos afirmar, como afirmei que proteção social é uma modalidade de proteção individual.²¹

Resumindo, direi que a “proteção social” e “proteção individual” são a mesma coisa vista de ângulos diferentes; e que a proteção social é o conjunto de medidas que a Sociedade utiliza para atender a determinadas necessidades individuais.

A proteção se preocupa, sobretudo, com os problemas individuais de natureza social, assim entendidos aqueles que, não solucionados, se refletem sobre os demais indivíduos e em última análise sobre a Sociedade. Esta, então, por intermédio do seu agente natural, o Estado, se antecipa a eles, adotando para resolvê-los principalmente medidas de proteção social.²²

A proteção social é inerente ao Estado, atribuindo a ele a meta de garantir o mínimo de sustento a cada cidadão, conforme ensina Mattia Persiani:

²⁰ Art. 193 CF. ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

²¹ LEITE, Celso Barroso. *A proteção Social no Brasil*. São Paulo: Editora Ltr, 3ª Ed.. 1997, p. 20.

²² Idem, p. 26-27.

A eliminação das situações de necessidade, como qualquer outra, não pode ser concretizada por indivíduos que são seus titulares, mas deve ser garantida por toda a coletividade organizada no Estado, para a qual, portanto, essa libertação constitui fim a ser visado, recorrendo-se a uma solidariedade que é geral, na medida em que envolve todos os cidadãos.²³

Assim, tem-se que para a efetivação da tutela previdenciária, é necessário os seguintes sujeitos da relação jurídica: Estado, as entidades previdenciárias, os indivíduos responsáveis pelo pagamento das contribuições e os indivíduos tutelados.²⁴

No presente trabalho, busca-se a proteção social do risco morte, uma vez que, com o falecimento do segurado, a família deste, ou seja, seus dependentes, ficarão em situação de necessidade, uma vez que haverá a redução dos rendimentos mensais da família, devendo esta ser amparada pela Seguridade Social.

2.2. O risco social

Antes de analisar a morte como risco social, faz-se necessário delimitar o que vem a ser risco social.

Conforme exposto no item anterior, cabe ao Estado a cobertura da proteção social, que no caso do risco social, é realizado pela Previdência Social.

Em situações de necessidade, na qual o segurado por alguma razão, por algum evento aleatório que aconteça em sua vida, acarreta-lhe um desequilíbrio econômico por se ver impossibilitado de exercer o seu labor, faz-se necessário à intervenção da Previdência Social.

²³ PERSIANI, Mattia. *Direito da Previdência Social*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

²⁴ Idem, p. 83.

O conceito de risco surgiu no seguro privado e, em razão de ser agora o Estado o protetor da tutela antecipada, foi criado o conceito de risco social, pois passou a atingir toda a sociedade.

O artigo 201 da Constituição Federal elenca os riscos sociais que são cobertos pela Previdência Social, são eles:

- I- Cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;
- II- Proteção à maternidade, especialmente às gestantes;
- III- Proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;
- IV- Salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes de baixa renda;
- V- Pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes.

O conceito de risco social está nas palavras de Almansa Pastor, que o descreve como sendo todo acontecimento, futuro e incerto, cuja atualização não dependa exclusivamente da vontade do segurado:

El riesgo, para a doutrina tradicional Del seguro social, no es más que La posibilidad de que acaezca de um hecho futuro, incierto e involuntario que produce um dano de evaluación AL asegurado. Sin embargo, deahado ahora a um lado lãs notas de evento y dano, los rasgos propios del riesgo em sentido estricto son La futuridad y La incertidumbre, que lo configuran como riesgo-posibilidad.

- a) La futuridad implica que el riesgo como objeto de la relación jurídica de seguro social solo es valido cuando el hecho previsto no seia pretérito o pasado, sino que este por sobrevenir (posición ex ante de la relación);
- b) La incertindumbre implica o desconocimiento de si el hecho há de producir-se, ya em sentido absoluto, incertus na et quando (accidente, enfermedad, etc), ya em sentido relativo, incertud na (vejez) o incertus quando (muerte)²⁵

²⁵ PASTOR, José M. Almansa. *Derecho de La Seguridad Social*. Madri: Editorial Tecnos. 1991 p. 220. “O risco, para a doutrina tradicional do seguro, não e mais que a possibilidade de que aconteça um fato futuro, incerto e involuntário que produz um dano de avaliação do segurado. No entanto, deixando agora de um lado as notas de evento e dano, os traços próprios do risco em sentido estrito são a “futuridade” e a incerteza, que lhe configuram como risco-possibilidade. A) “futuridade” implica que o risco como objeto da relação jurídica de seguro social só é válido quando o fato previsto não seja pretérito nem passado, mas que esteja por acontecer (posição *ex ante* da relação; B) A incerteza implica o desconhecimento de si que no fato se produzirá, em

Mattia Persiani afirma que por risco deve-se entender “o juízo de possibilidade ou de probabilidade da ocorrência de um acontecimento...”²⁶

Feitas as considerações de modo genérico do que vem a ser o risco social, analisa-se agora a morte como risco social.

Com o falecimento do segurado que contribuía de forma total ou parcial para o sustento da família, a renda familiar resta prejudicada, uma vez que houve uma perda evidente no rendimento, que muitas vezes pode ser de forma total, leva aos integrantes da família a uma situação de necessidade e desamparo, sendo necessária à cobertura da proteção social, a qual será realizada pelo benefício de pensão por morte disciplinado nos artigos. 74 a 79 da Lei n.º 8.213/91.

Assim, o evento legal que dará início ao benefício de pensão por morte é a morte de quem se depende economicamente. O risco que se protege é a sobrevivência dos que dependiam economicamente do segurado falecido.

Dessa forma, não basta somente existir o evento morte para a existência do risco social, é necessário à existência de dependentes legalmente previstos, que dependem economicamente do segurado, parcial ou exclusivamente.

2.3. Conceito de morte no Direito Civil

O conceito de morte no Direito Civil, também utilizado no Regime Geral de Previdência Social, é a extinção da personalidade natural, que pode ser real ou presumida, com fulcro nos artigos 6º e 7º do Código Civil.

sentido absoluto, *incertur na et* quando (acidente, enfermidade, etc). e em sentido relativo, *incertud na* (velhice) ou *incertur* quando (morte).” (Tradução Livre)

²⁶ PERSIANI, Mattia. Op. Cit. p. 189.

A morte traz diversos efeitos jurídicos nas áreas do Direito. Como exemplo de efeitos jurídicos da morte, na esfera cível, temos a extinção da personalidade civil; a dissolução da sociedade conjugal; transmissão dos bens aos herdeiros; extinção do usufruto.

No Direito Civil, a personalidade civil começa com o nascimento com vida, ficando resguardado, desde a concepção os direitos do nascituro, conforme prevê o artigo 2º do Código Civil.

A personalidade civil não se confunde com a capacidade civil. O artigo 1º do Código Civil dispõe que "toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil". A expressão pessoa, na Carta Magna, tem a conotação de ser humano e a expressão *pessoa capaz de direitos e deveres*, refere-se à personalidade, pessoa esta que possui direitos, deveres e relações jurídicas.

Embora todos tenham a personalidade civil, a capacidade para a prática dos atos da vida civil possui limites previstos no nosso ordenamento jurídico.

Há a incapacidade absoluta e a incapacidade relativa para o exercício do direito.

Conforme assinala Haroldo Guilherme Vieira Fazano:

Pela capacidade absoluta, a pessoa não pode exercer, direta e pessoalmente, nenhum ato da vida civil. Somente pode agir por representantes, sob pena de nulidade do ato. Todos os absolutamente incapazes, pois, têm capacidade de direito (ou de gozo), mas não têm capacidade de fato (ou de exercício) ²⁷

O mesmo Autor traz o conceito de incapacidade relativa:

A incapacidade relativa prevista no artigo 4º (e se us incisos) do Código Civil diz respeito àquelas pessoas que podem praticar certos atos da vida civil desde que assistidos por quem as possa assistir, por força legal ou judicial, sob pena de anulabilidade do ato. ²⁸

²⁷ FAZANO, Haroldo Guilherme Vieira. *Curso de direito Civil - parte geral: das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos*. São Paulo: Lex, 2006. p. 177.

²⁸ Idem, p. 179.

O Direito Previdenciário, de forma geral, acompanha os mesmos conceitos de morte utilizados pelo Direito Civil, existindo em nosso ordenamento jurídico a morte real e a morte presumida.

É de grande valia a análise da ocorrência das mortes acima descritas, uma vez que ambas ensejam a concessão do benefício previdenciário de pensão por morte aos seus dependentes.

2.3.1. A morte real

A morte real é a comprovada por atestado de óbito emitida pelo cartório de registro de nascimentos, casamentos e óbito, firmado com base em atestado médico ou de duas pessoas qualificadas que tenham presenciado ou verificado a morte.²⁹

Não consta em nenhum dispositivo legal qualquer critério para estabelecer o momento exato da morte, utilizando-se para tanto conceitos extraídos da medicina, que fixa como marco do óbito a morte encefálica, que se dá com a falência total e irreversível do sistema nervoso central.

Antigamente, a morte somente era constatada com a cessação total e permanente de todas as funções vitais do ser humano.

Por morte encefálica, Maria Helena Diniz, conceitua que é a "*Abolição total e definitiva das funções do encéfalo, de que dependem todas as demais funções orgânicas. Nesta morte está atingida a coordenação da vida vegetativa.*"³⁰

A morte encefálica é definida no artigo 3º, da Lei n.º 9.434/97³¹, que dispõe: "A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano

²⁹ Brasil. Lei n.º 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos), art. 77.

³⁰ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*, vol.3. São Paulo: Saraiva: 1998, p.311.

³¹ Alterada pela Lei n.º 10.211, de 23 de março de 2001.

destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina".

Para o Direito Previdenciário é irrelevante a *causas mortis* para a concessão do benefício previdenciário. Somente se se faz necessário verificar se a morte foi em razão de acidente de trabalho ou não para fins estáticos.

2.3.2. A morte presumida

A pensão por morte decorrente por morte presumida apresenta maiores peculiaridades, tendo em vista as exigências previstas na lei. Por força do artigo 78 da Lei n.º 8.213/91, a pensão por morte, quando há morte presumida, terá início a partir da data da decisão judicial que declarar o segurado ausente, promovida após seis meses de ausência do segurado, ou da ocorrência de acidente, desastre ou catástrofe.

Nesses casos, há a necessidade de declaração pela autoridade judicial competente, da ausência do segurado, quando for o caso, ou a morte em decorrência de acidente, desastre ou catástrofe.

2.3.2.1. A morte presumida em casos de acidente, catástrofe e guerra

A morte presumida, prevista no art. 7º do Código Civil, será declarada na extrema possibilidade da morte de quem estava em perigo de vida, como em caso de acidente, catástrofe e guerra.

A declaração da morte presumida somente será declarada depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data do

provável falecimento. No caso de guerra, somente será declarada a morte, se o desaparecido não encontrado até dois anos após o término da guerra.

Contudo, para o Direito Previdenciário não há a exigência com relação ao cumprimento dos prazos acima mencionados. Dispõe o art. 78 da Lei n.º 8.213/91 que, caso o beneficiário tenha como fazer prova do acidente, desastre ou catástrofe, a pensão por morte será concedida independentemente de qual declaração ou prazo.

2.3.2.2 A morte presumida por ausência

A Lei n.º 8.213/91, em seu art. 78, dispõe que será concedida a pensão por morte aos dependentes do segurado, no caso de morte seja presumida, desde que declarada pela autoridade judicial, depois de 6(seis) meses de ausência.

A morte presumida por ausência ocorre quando uma pessoa desaparece do seu domicílio sem informar o seu paradeiro e sem deixar procurador para administra-lhe os bens.

É importante destacar que a ausência disciplinada no *caput* do art. 78 da Lei n.º 8.213/91 não se confunde com a ausência regulamentada no Código Civil e Código de Processo Civil, senão vejamos:

O instituto da ausência está previsto no Código Civil e visa proteger os interesses do desaparecido e de sua família, não só interesses de cunho patrimoniais e sucessórios, mas também relativos ao casamento, poder família, adoção, entre outros.

Conforme explanado acima e a letra do art. 6º do Código Civil, com a morte extingui-se a existência da pessoa natural, e no caso dos ausentes, esta será presumida, autorizando à lei a abertura de sucessão definitiva.

O mesmo diploma legal, em seu art. 22, define a ausência como sendo o desaparecimento de uma pessoa de seu domicílio, sem dela haver notícia, se não houver deixado representante ou procurador a quem caiba administrar-lhe os bens. Para ser declarada a ausência, não basta somente o desaparecimento, faz-se necessária dúvida com relação à vida do desaparecido.

Para ser declarada a ausência com fulcro no Código Civil judicialmente, é preciso o cumprimento de três fases.

A primeira fase, disposta no art. 22 do Código Civil, consiste no desaparecimento do segurado, sem o cumprimento de nenhum prazo mínimo, desde que dela não se tenha notícias, o juiz, a requerimento da parte ou de qualquer interessado ou do Ministério Público, declarará a ausência e nomeará curador.

Na sequência, o art. 26 do mesmo diploma legal disciplina a segunda fase do procedimento de declaração de ausência, no sentido de que, se passado um ano de ausência do desaparecido, ou três anos, se o desaparecido tiver deixado procurador ou representante legal, os interessados poderão requerer que se declare a ausência e abra provisoriamente a sucessão. Na segunda fase é nítida a dúvida com relação à vida do desaparecido, razão pela qual se autoriza a sucessão provisória.

O art. 37 do Código Civil dispõe acerca da terceira fase do processo de declaração de ausência, possibilitando após dez anos de passada em julgada a sentença que concede a abertura da sucessão provisória, que se requeira a sucessão definitiva e o levantamento das cauções prestas. O prazo de dez anos é reduzido para cinco, caso o desaparecido conte com oitenta anos de idade.

Assim como a morte real, a morte presumida também interessa ao Direito Previdenciário, uma vez que desaparecido o segurado, seus dependentes estão expostos ao risco social, não possuindo mais condições de manter o seu sustento.

O benefício de pensão por morte será concedido aos dependentes do segurado, com fulcro no inciso III do art. 74 da Lei n.º 8.213/91, a partir da data da decisão judicial que declarar a ausência. Contudo, conforme se observa no procedimento de ausência acima exposto, a ausência somente será decretada pela Justiça Estadual após pelo menos onze anos de desaparecimento do segurado. (um ano de desaparecimento para a abertura da sucessão provisória, mais dez anos, para a conversão em sucessão definitiva).

Para que os dependentes do segurado não fiquem por longos onze anos desprotegidos, o art. 78 da mesma lei permite a concessão da pensão por morte, após 6 (seis) meses de ausência, devendo o dependente a cada seis meses, apresentar o documento da autoridade competente, contendo informações acerca do andamento do processo, até que seja apresentada a pensão por morte.³²

Dessa forma, será concedido aos dependentes do segurado, provisoriamente, o benefício de pensão por morte, a partir de 6 (seis) meses de ausência, podendo o benefício de pensão por morte ser revestido no caráter definitivo, após finalizado os procedimentos do reconhecimento da ausência na Justiça Estadual. Em qualquer dessas hipóteses, o aparecimento do ausente fará cessar o pagamento do benefício, não obrigando aos dependentes a devolução dos valores recebidos, salvo na comprovação de má fé.

Caso o processo de declaração de ausência somente busque o amparo previdenciário, sua competência será da Justiça Federal.

³² Instrução Normativa INSS/PRES n.º 45, de 6 de agosto de 2010. Art. 330. Nas situações de morte presumida relacionadas no *art. 112 do RPS*, 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.

3. PENSÃO POR MORTE

3.1 Conceito de Pensão por Morte

A pensão por morte está preceituada nos seguintes Diplomas Legais: Artigo 201, I, da Constituição Federal, artigos 74 a 79 da Lei 8.213/91, bem como dos artigos 105 a 115 do Decreto 3.048/99.

A Pensão por morte é uma espécie de benefício previdenciário devido aos dependentes do segurado falecido.

De acordo com os ensinamentos de Heloisa Hernandez Derzi:

A morte de segurado do Regime Geral da Previdência Social, seja obrigatório ou facultativo, que tenha deixado dependente, é evento apto a provocar o nascimento da relação jurídica previdenciária, a qual irá culminar com a concessão do benefício em estudo.³³

A morte é o evento gerador do estado de necessidade do dependente, é o critério material da norma jurídica. A hipótese de incidência do benefício somente existirá se o segurado falecer. Este benefício é exclusivo dos dependentes.

A Constituição Federal, no seu artigo 201, V, demonstra uma preocupação em conferir proteção social aos dependentes do falecido, delineando quando será concedido o benefício de pensão por morte:

Assim, conclui-se que a pensão por morte nasce com o falecimento de um segurado, filiado a Previdência Social.

³³ DERZI, Heloisa Hernandez. *Os beneficiários da pensão por morte*, São Paulo: Lex, 2004, p. 183.

Além por óbvio, da necessidade do falecimento, para que haja a concessão da pensão por morte, o segurado falecido deve possuir dependentes, dos quais dependem dele economicamente.

3.2. Da ausência de carência

O benefício de prestação continuada em questão independe de carência nos termos do art. 26, inciso I, da Lei 8.213/91.

A carência está prevista no art. 24 da Lei 8.213/91 como o *“número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências.”*

O objetivo da carência é decorrente da natureza contributiva da Previdência Social e tem como finalidade a sustentação do equilíbrio financeiro e atuarial. A carência é disciplinada pela legislação infraconstitucional e varia de acordo com o impacto da ocorrência do risco e contingência social na sociedade.

Assim, tem-se que a carência tem como finalidade impedir a filiação daqueles que já possuem os requisitos almejados para determinados benefícios previdenciários, mas que nunca tenha contribuído aos Cofres Previdenciários.

A carência está intimamente ligada à seleção de riscos estudada no capítulo II, ou seja, quanto mais eminente o risco social, maior serão o número de contribuições necessárias para ter direito ao benefício pleiteado.

A análise do cumprimento da carência é pressuposto para a concessão ou não do benefício previdenciário.

Há a previsão da carência na Carta Federativa, em seu artigo 201, ao mencionar que a Previdência Social, organizada sob a forma de regime geral, de

caráter contributivo e de filiação obrigatória, deve-se observar os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

Nesta mesma linha de pensamento, Daniel Pulino afirma: "Sua existência (carência) tem origem constitucional tanto no princípio da contributividade das prestações previdenciárias, quanto no dever de observância de critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema (art. 201, *caput* da Constituição)." ³⁴

Uma das formas de aplicação do princípio da seletividade é a imposição da carência para a concessão dos benefícios previdenciários, somente sendo estes deferidos quando cumpridas as contribuições mínimas exigidas em lei.

Como forma de preservar o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, temos a regra da contrapartida, que muito guarda relação com a carência ora estudada.

Nas palavras de Wagner Balera explica-se a regra da contrapartida: "Não pode haver, diz a regra da contrapartida, benefício ou serviço sem fonte de custeio (...) É que o sistema da seguridade social somente poderá cumprir suas finalidades se estiver calcado em rígido equilíbrio econômico e financeiro".³⁵

Uma ressalva acerca da carência e da regra da contrapartida, é que a primeira encontra-se prevista no regime geral de Previdência Social, atuando como mecanismo de seleção de risco, e a segunda está prevista constitucionalmente, impedindo a criação de benefício e serviço sem a devida fonte de custeio.

A regra, para se preservar o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, após já estar o benefício previsto no regime previdenciário, é que não se pode haver a concessão de prestação sem o número mínimo de contribuições mensais,

³⁴ PULINO, Daniel. *A Aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro*. São Paulo: LTr, 2001, p. 74

³⁵ BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*, 2ª. ed. São Paulo: Ltr, 2002, p. 147

com exceção de alguns benefícios, como é o caso ora estudado, uma vez que não se exige o cumprimento de carência para a concessão da pensão por morte.

3.3. Da qualidade de segurado

Embora o benefício em questão seja devido sem carência, ele é somente devido aos dependentes do segurado caso esse detenha a qualidade de segurado no momento do óbito.

O sistema da Seguridade Social é de caráter contributivo, devendo sempre buscar o equilíbrio atuarial e financeiro, por esta razão se justifica a manutenção da qualidade de segurado para concessão do benefício de pensão por morte.

O art. 15 da Lei 8.213/91 concede ao segurado o chamado período de graça, período em que independentemente do pagamento de contribuições, o segurado detém os direitos perante a Previdência Social, ou seja, é uma extensão da proteção previdenciária em situações taxadas exclusivamente na legislação previdenciária.

Se após verificar o período de graça, o segurado perder a qualidade de segurado, este perderá todos os seus direitos inerentes a esta condição.

Para que os segurados resguardec seus direitos perante a Previdência Social, caso não consigam recolocacão no mercado de trabalho que o enquadre como contribuinte obrigatório, deverão contribuir na modalidade de segurado facultativo.

A qualidade de segurado será mantida independentemente de contribuiçãoc:

- a) Sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício;
- b) Até doze meses após a cessacão do benefício por incapacidade ou após a cessacão das contribuições, o segurado que deixar de exercer

atividade remunerada abrangida pela previdência social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;

- c) Até doze meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória;
- d) Até doze meses após o livramento, o segurado detido ou recluso;
- e) Até três meses após o licenciamento, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar; e
- f) Até seis meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo.

O prazo constante na letra “b” poderá ser prorrogado para vinte e quatro meses, caso o segurado obrigatório tenha vertido aos cofres previdenciários mais de cento e vinte contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado.

Ainda, o prazo da letra “b” será prorrogado por mais doze meses para o segurado desempregado, desde que comprovada a sua situação de desemprego, a qual não precisa necessariamente ser feita no órgão do Ministério do Trabalho.

Nesse sentido, a Súmula nº 27 da Turma Nacional de Uniformização (TNU) dos Juizados Especiais Federais assim dispôs:

A ausência de registro em órgão do Ministério do Trabalho não impede a comprovação do desemprego por outros meios admitidos em direito.

A perda da qualidade de segurado somente 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 no art. 15, da Lei 8.213/91, ou seja, o segurado deterá a qualidade de segurado até o dia dezesseis do segundo mês do término do prazo.

Caso o segurado não detenha a qualidade de segurado no momento do óbito, há duas possibilidades que a pensão por morte será concedida, quais sejam:

- Se o segurado, no momento do óbito, tenha implementado todos os requisitos de uma aposentadoria os dependentes fazem jus à pensão por morte.
- Se ficar reconhecido, através de parecer médico pericial, por meios de exames médicos, que o segurado durante o período de graça encontrava-se incapaz de forma permanente ou temporária.

3.3.1. Da perda da qualidade de segurado e a concessão do benefício

A pensão por morte somente, via de regra, será concedida aos dependentes do segurado que no momento do óbito detiver a condição de segurado.

Caso ocorra a perda da qualidade de segurado, impõe-se como requisito à percepção do benefício o preenchimento dos requisitos para a concessão da aposentadoria.

Nesse sentido, conforme disciplinado no art. 25 da Lei n. 8.213/91, para a concessão de alguns benefícios previdenciários, como por exemplo a aposentadoria por invalidez, aposentadoria por tempo de contribuição, aposentadoria por idade e aposentadoria especial é necessário o cumprimento do prazo de carência, que nunca será superior a 180 (cento e oitenta) meses de contribuição.

Um exemplo de concessão de benefício com apenas 180 (cento e oitenta) meses de contribuição é a aposentadoria por idade, que uma vez

cumprida a carência mínima estipulada, o segurado somente terá que completar o requisito etário, de 60 anos para mulher e 65 anos para homem.

Em muitas situações, o segurado, no momento do óbito, já cumpriu o prazo de carência mínimo previsto no artigo 142 da Lei nº 8.213/91 para qualquer benefício que viesse a requerer no sistema previdenciário vigente.

Ainda que, na data do óbito, o segurado não contasse com o requisito idade, é certo que quando completasse a idade mínima necessária (60 anos de idade se mulher e 65 anos de idade se homem), possuiria a carência exigida pela tabela do artigo 142 para pleitear o benefício da Aposentadoria por idade.

O art. 102, parágrafo 2º da Lei nº 8.213/91, determina que a pensão por morte será concedida aos dependentes do segurado será concedida, mesmo nos casos de caducidade da perda da qualidade de segurado, caso tenha este preenchidos os requisitos para a obtenção da aposentadoria, *in verbis*:

Art. 102. A perda da qualidade de segurado importa em caducidade dos direitos inerentes a essa qualidade.

§ 1º A perda da qualidade de segurado não prejudica o direito à aposentadoria para cuja concessão tenham sido preenchidos todos os requisitos, segundo a legislação em vigor à época em que estes requisitos foram atendidos.

§ 2º 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.

O parágrafo 2ª do artigo transcrito foi incluído pela Lei nº 9.529 de 1997, afastando, expressamente, a concessão da pensão por morte aos dependentes do segurado que falecer após a perda da qualidade de segurado,

salvo se a época do óbito estivessem preenchidos os requisitos para obtenção da aposentadoria.

Ocorre que a interpretação sistemática do disposto no parágrafo 2º, do artigo 102, da Lei nº 8.213/91, levando-se em consideração o advento da Emenda Constitucional nº 20/98, que deu caráter contributivo à Previdência Social, conduz a entendimento diverso, ainda mais considerando-se a edição da Lei nº 10.666 de 2003, que afasta expressamente o quesito da qualidade de segurado para a concessão do benefício pleiteado.

Conforme dispõe o artigo 201 da Constituição Federal, a Previdência Social tem caráter contributivo, motivo pelo qual não mais se justifica a interpretação até então dada ao parágrafo 2º, do artigo 102, da Lei nº 8.213/91 que simplesmente despreza a carência já cumprida por quem veio a falecer após perder a qualidade de segurado e sem ter atingido a idade mínima para a aposentadoria por idade.

Tanto é que o próprio legislador ordinário já buscou a harmonia da lei previdência com o novo modelo da Previdência Social, em relação às aposentadorias por tempo de contribuição, especial e por idade, com a edição da Lei nº 10.666 de 2003, que em seu artigo 3º, dispõe:

Art. 3º A perda da qualidade de segurado não será considerada para a concessão das aposentadorias por tempo de contribuição e especial.

§ 1º 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.

§ 2º A concessão do benefício de aposentadoria por idade, nos termos do § 1º, observará, para os fins de cálculo do valor do benefício, o disposto no art. 3º, caput e § 2º, da *Lei no 9.876, de 26 de novembro de 1999*, ou, não havendo salários de contribuição recolhidos no período a partir da competência julho

de 1994, o disposto no art. 35 da *Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991*.

Desta forma, a aposentadoria por idade passou a ter dois requisitos cujo preenchimento não precisa mais ser simultâneo, quais sejam, o cumprimento de carência exigida e a idade mínima.

Estando a proteção social referente ao evento morte prevista no inciso I, do artigo 201, da Constituição Federal, juntamente com os eventos invalidez, doença e idade avançada, não há razões para o entendimento de que o legislador ordinário tenha efetuado a opção de somente conceder a proteção social ao evento idade.

Analizando os dispositivos mencionados, resta insofismável que com a edição da Emenda 20/98, a ressalva efetuada no parágrafo 2º, do artigo 102, da Lei nº 8.213/91, passou a abranger aquele que à época do óbito contava com a carência mínima necessária para a obtenção da aposentadoria por idade, mas perdeu a qualidade de segurado e veio a falecer antes de completar a idade exigida para obtenção desse benefício, pois, se assim não fosse, não haveria razão de caracterizar o Regime da Previdência Social como um regime contributivo.

Nesse sentido, a 5ª Turma do E. Superior Tribunal de Justiça ao julgar em 05 de fevereiro de 2001 o Recurso Especial 263.005/RS, no voto proferido pelo senhor Ministro Relator Jorge Scartezzini embora com fundamento diverso, chegou à mesma conclusão de que se é possível a concessão do benefício de pensão por morte aos dependentes do segurado que tenha perdido a qualidade de segurado, uma vez que já preenchidos os requisitos da carência para a concessão de qualquer benefício previdenciário.

Arthur B. de Vaconcello Weintraub, na Legislação Comentada Organizada por Wagner Balera, também argumenta que não se justifica a necessidade da qualidade de segurado para a concessão da pensão por morte:

Se houve filiação ao Regime Geral da Previdência Social, a morte do segurado num momento de prolongamento da inadimplência das contribuições não se justifica a negação da proteção social aos dependentes (filiados indiretos). Da mesma forma que a Lei n. 10.666 garante o benefício ao segurado que restou inadimplente por interstícios prolongados, seus dependentes não podem ver negada uma pensão por morte pelo mesmo motivo.³⁶

Assim sendo, mesmo que o *de cujus* tenha perdido a qualidade de segurado e não tenha completado a idade mínima exigida para obtenção da aposentadoria por idade, não há fato impeditivo ao seu dependente em receber o benefício de pensão por morte, já que a legislação previdenciária prevê que o benefício independe de carência.

3.4. Da data de início e do término do benefício

A pensão por morte terá início da data do óbito quando requerida pelo dependente maior de 16 anos de idade até trinta dias depois; e pelo dependente menor de 16 anos de idade, até trinta dias após completar essa idade.

Para os demais, quando a pensão por morte for requerida após 30 dias da data do óbito, a data de início será a do requerimento.

Por fim, a pensão por morte iniciará a partir da data da decisão judicial que declarar a ausência ou desaparecimento no caso de morte presumida.

Quanto ao desaparecimento súbito decorrente de acidente, desastre ou catástrofe, os dependentes do segurado farão jus à pensão provisória a contar da data do acontecimento do evento, mediante prova do ocorrido.

³⁶ BALERA, Wagner. *Previdência Social Comentada*, São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 685

O término da pensão por morte dá-se quando houver a morte do pensionista; o filho ou pessoa por ele equiparado for emancipado ou completar 21 anos de idade e não for inválido e quando cessa a invalidez do pensionista inválido, casos estes que serão estudados minuciosamente no próximo capítulo.

3.5. Do critério pessoal

Como toda a relação jurídica, a pensão por morte possui o sujeito ativo e o sujeito passivo.

O sujeito ativo do benefício em questão é o dependente do segurado, que será abrangido de forma minuciosa no próximo capítulo.

O sujeito passivo do benefício é o Poder Público. Contudo, não é o Estado que presta o serviço público da Previdência Social diretamente, e sim uma pessoa jurídica criada especificamente para isso: o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, Autarquia Federal.

3.6. Do critério quantitativo

A renda mensal do benefício da pensão por morte será de 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 do seu falecimento (caso o segurado não seja aposentado).

A base de cálculo do benefício em questão é o salário de benefício, a ser apurado em conformidade com o art. 29 da Lei n.º 8.213/91, o qual não poderá ser inferior ao salário mínimo e nem superior ao teto.

3.6.1 Da alíquota da Pensão por Morte. Questões polêmicas

Na Lei Orgânica da Previdência Social de 1960, estava disposto em seu artigo 37 que a pensão por morte devida aos dependentes do segurado iniciava-se com uma parcela familiar igual a 50% (cinquenta por cento) do valor da aposentadoria que o segurado percebia ou daquela a que teria direito se na data do 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), atingindo o coeficiente de 100% (cem por cento).

Ainda, o parágrafo único determinava que a importância total obtida, em nenhuma hipótese inferior a 50% (cinquenta por cento) do valor da aposentadoria, que o segurado percebia ou que teria direito, será rateada em quotas iguais entre todos os dependentes com direito à pensão, existentes ao tempo da morte do segurado.

Posteriormente, a Consolidação das Leis da Previdência Social de 1976 em seu art. 56, e, a Consolidação das Leis da Previdência Social de 1984, em seu art. 48, determinavam que o valor da pensão devida ao conjunto de dependentes é constituído de uma parcela familiar de 50% (cinquenta por cento) do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou a que teria direito se na data do falecimento estivesse aposentado, mais tantas parcelas de 10% (dez por cento) do valor da mesma aposentaria quantos forem os seus dependentes, até o máximo cinco.

Com a instituição do Plano de Benefício, Lei n. 8.213/91, houve uma alteração nas alíquotas da Pensão por Morte no art. 75, trazendo um aumento na alíquota do benefício, bem como uma diferenciação na concessão da pensão por morte em razão de acidente:

Art. 75. O valor mensal da pensão por morte será:

- a) Constituído de uma parcela, relativa à família, de 80% (oitenta por cento) do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou a que teria direito, se estivesse aposentado na data do seu falecimento, mais tantas parcelas de 10% (dez por cento) do valor da mesma aposentadoria quantos forem os seus dependentes, até o máximo de 2(duas).
- b) 100% (cem por cento) do salário-de-benefício ou do salário-de-contribuição vigente no dia do acidente, o que for mais vantajoso, caso o falecimento seja consequência de acidente do trabalho

A Lei n. 9.032/95 deu nova redação ao art. 75 da Lei n. 8.213/91, majorando o coeficiente de cálculo da pensão por morte para 100% independente de ser a morte decorrente de acidente do trabalho ou não:

Art. 75. O valor mensal da pensão por morte, 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.

Por derradeiro, a Lei n. 9.528 de 1997 deu nova redação ao *caput* do art. 75 da Lei n. 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 que teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data do seu falecimento, observado o disposto no art. 33 desta Lei (...)

Assim, atualmente, a alíquota da pensão por morte é de 100% (cem) por cento do salário de benefício do segurado, sendo esse valor rateado entre os dependentes habilitados ao recebimento da pensão por morte.

3.6.2. Da decisão do STF – Majoração das alíquotas da Pensão por Morte

A alíquota da pensão por morte sofreu diversas alterações no transcorrer do tempo, beneficiando evidentemente os dependentes do segurado que tiveram a sua pensão por morte concedida após a edição da Lei n 9.032/95.

O STJ, no Recurso Especial de n.º 359.370 RN da 5ª Turma, relatado pelo Ministro Félix Fischer, reconheceu que não é possível retroagir a Lei n 9.032/95 para revisar os benefícios concedidos antes da sua vigência, contudo, é possível a incidência imediata, alcançando todas as pensões por morte, independentemente da lei vigente na data do fato gerador do benefício, uma vez que não faz sentido premiar somente os dependentes do segurado que faleceram após a vigência da Lei n 9.032/95.

O STF, reconhecendo a repercussão geral do tema em questão, julgou, em fevereiro de 2.007, o Recurso Extraordinário 416.827/SC e 415.454/SC interpostos pelo INSS em face do acórdão da Turma Recursal do Juizado Especial Federal, que semelhante a decisão do STJ acima citada, determinava a revisão do benefício de pensão por morte, para o aumento da renda mensal inicial para 100% (cem por cento) do salário de benefício, independentemente da ocorrência do óbito, com os efeitos retroativos a vigência da Lei 9.032/95.

Entretanto, o STF considerou que aos benefício previdenciários é aplicado o princípio *tempus regit actum*, ou seja, o cálculo do benefício deve ser feito de acordo com a legislação vigente à época de sua concessão. Trouxe ainda à baila o princípio da precedência de custeio na Seguridade Social, ao defender a impossibilidade de majoração dos coeficientes de cálculo das pensões por morte em razão da ausência de custeio anterior a Lei n. 9.032/95 para a concessão de benefícios com a alíquota de 100% (cem por cento).

A Seguridade Social, conforme já discutido, é de caráter contributivo, somente sendo possível a concessão ou majoração dos benefícios com a devida instituição da fonte de custeio. Dessa forma, concluiu o STF ser inadmissível a aplicação retroativa da Lei 9.032/05 aos benefícios concedidos anteriormente a sua vigência.

4. O CONCEITO CONSTITUCIONAL DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA

4.1. Da Hermenêutica Jurídica

A aplicação do direito consiste em enquadrar um caso concreto na norma jurídica adequada, por isso, há a necessidade da interpretação da lei, ou seja, deve-se analisar a vontade do legislador, naquela determinada norma.

Miguel Reale ensina que:

O primeiro dever do intérprete é analisar o dispositivo legal para captar o seu pleno valor expressional. A lei é uma declaração da vontade do legislador e, portanto, deve ser reproduzida com exatidão e fidelidade. “Para isto, muitas vezes é necessário indagar do exato sentido de um vocábulo ou do valor das proposições do ponto de vista sintático”.³⁷

Das lições acima expostas, conclui-se que a primeira interpretação da lei que deve ser feita é no ponto de vista morfológico ou sintático, ou seja, deve-se analisar gramaticalmente a norma imposta.

Mas não basta apenas a análise gramatical do texto para interpretar a lei. É necessário também enquadrá-la no sistema, pois a norma encontra-se no ordenamento jurídico. Analisar um preceito e correlata-lo com o ordenamento jurídico, denomina-se a interpretação lógico-sistemática.

Sendo assim, o ponto de partida para a interpretação jurídica é a análise gramatical do texto conjuntamente com a interpretação lógico-sistemática.

³⁷ REALE, Miguel REALE. *Lições Preliminares de Direito*. 25ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 281.

Nesse sentido, conceitua-se a interpretação nas palavras de Carlos Maximiliano:

Incumbe ao intérprete aquela difícil tarefa. Procede à análise e também a construção ou síntese. Examina o texto em si, o seu sentido, o significado de cada vocábulo. Faz depois obra de conjunto; compara-o com outros dispositivos da mesma lei, e como os de lei diversas, do país ou de fora. Inquire qual o fim da inclusão da regra no texto, e examina este tendo em vista o objetivo da lei toda e do Direito em geral. Determina por este processo o alcance da norma jurídica, e assim, realiza, de modo completo, a obra moderna da hermeneuta.³⁸

Contudo, a lei não pode ser analisada tão somente pela interpretação lógico-sistematica e gramatical. É preciso que englobe na hermenêutica o fim social que aquela norma abrange. Nesse sentido, Miguel Reale comenta a respeito:

Interpretar uma lei importa, previamente, em compreendê-la na plenitude de seus fins sociais, a fim de poder-se, desse modo, determinar o sentido de cada um de seus dispositivos. Somente assim ela é aplicável a todos os casos que correspondam àqueles objetivos.³⁹

Carlos Maximiliano, também, chama a atenção para os fatores sociais, pregando que:

Os julgadores hodierno preocupa-se com o bem e o mal resultante do seu “verdictum”. Se é certo que o juiz deve buscar o verdadeiro sentido e alcance do texto; todavia este alcance e aquele sentido não podem estar em desacordo com o fim colimado pela legislação – o bem social. Toda a ciência que se limita aos textos de um livro despreza as realidades é ferida de esterilidade. Cumpre ao magistrado Ter em mira um ideal superior de justiça, condicionado por todos os elementos que informam a vida do homem em comunidade. Não se pode conceber o Direito a não ser no seu momento dinâmico, isto é, com o desdobramento constante da vida dos povos. A própria evolução desta ciência realiza-se no sentido de fazer prevalecer o interesse coletivo embora timbre a magistratura em o conciliar com o indivíduo. Até mesmo relativamente ao domínio sobre imóveis a doutrina mudou: hoje o considera fundado mais no interesse social do que no individual; o direito de cada homem é

³⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 19ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 8.

³⁹ REALE, Miguel. *Op. cit.*, p. 291.

assegurado e, proveito comum e condicionado pelo bem de todos. Eis, porque os fatores sociais passaram a ter grande valor para a Hermenêutica, e atende o intérprete hodierno, como especial cuidado, as consequências prováveis de uma ou outra exegese.⁴⁰

Diante do exposto, concluí-se que o Direito não pode isolar-se do ambiente no qual ele vigora, há a necessidades de atender outras manifestações, principalmente o fim social para qual esta se destina. Mesmo que a lei não atenda o fim social, por não se alterar evolução da sociedade, cabem aos magistrados, através da jurisprudência, adequarem conforme a as leis ao caso concreto, buscando assim a interpretação correta.

4.2. Da hierarquia das normas

A Hierarquia das normas possui a sua base na teoria do ordenamento jurídico, que encontra a sua mais coerente expressão no pensamento de Kelsen.

A teoria do ordenamento jurídico fundamenta-se em três características, quais sejam, a unidade, a coerência e a completitude. São essas características que fazem com que o Direito, no seu conjunto, se torne um Ordenamento Jurídico, distinto das normas que o compõe.

Segundo Norberto Bobbio:

... o direito constitui uma unidade num outro sentido: não porque as suas normas possam ser deduzidas logicamente uma da outra, mas porque elas todas são postas (direta ou indiretamente, isto é, mediante delegação a autoridades subordinadas) pela mesma autoridade, podendo assim serem reconduzidas à mesma fonte originária constituída pelo poder legitimado para criar o direito.⁴¹

Ainda, além do ordenamento jurídico ser unitário, ele é lógico e coerente. Pode-se observar essa característica em qualquer código vigente. Todos eles são

⁴⁰ MAXIMILIANO, Carlos. Op. cit., p. 130

⁴¹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito*, São Paulo: Ícone, 1995, p. 199.

distribuídos em Livros, subdivididos em Títulos, que por sua vez se subdividem em Capítulos e Seções. Dentro dos capítulos existem os artigos, que se desdobram em incisos, alíneas ou parágrafos.

Essa distribuição lógica obedece à estrutura de uma pirâmide. Na base encontram-se as normas particulares, que estão subordinadas as leis de Direito Público e Privado, que por sua vez, estão vinculadas à norma suprema, a norma Constitucional.

Seguindo esta idéia, Miguel Reale ensina:

A validade de todo o ordenamento depende, segundo Kelsen, do disposto na "primeira Constituição", devendo-se, porém, notar que o adjetivo "primeira" não indica uma precedência cronológica, mas sim uma prioridade lógica. Assim, a Constituição de 1988 seria, segundo kelsianos, a "norma primeira" na ordem da vigência, subordinando-se toda a legislação anterior, desde, por exemplo, o nosso Código Comercial de 1850 até à mais recente das leis.⁴²

As regras jurídicas se ordenam de forma hierárquica e lógica, como uma escada, sendo que na base encontram-se as normas de menor incidência e no topo as disposições constitucionais.

Um bom conceito de Constituição encontra-se nas palavras de Alexandre de Moraes:

Deve ser entendida com a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competência, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. Além disso, é a Constituição que individualiza os órgãos competentes para a edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas.⁴³

Tem-se que a Lei Maior prevê as bases que deverão conter o ordenamento jurídico, traçando os passos que o legislador infraconstitucional deverá percorrer, dando, dessa forma, mais segurança jurídica a sociedade.

⁴² REALE, Miguel. Op. cit., p. 193.

⁴³ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 13ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 36.

Conclui-se, portanto, que o ordenamento jurídico somente possui validade se traçado em razão do modelo constitucional, o qual deve, sem distinção, se adaptar todos os modelos jurídicos.

4.3. Da interpretação conforme a Constituição

Diante das diversas modificações no cenário jurídico brasileiro, não se admite mais do Judiciário uma postura passiva na interpretação das normas. O atual modelo do Estado Democrático e Social de Direito exige do Judiciário uma postura ativa na interpretação e concretização do ordenamento jurídico.

Para que haja a efetivação judicial dos Direitos fundamentais, que constitui o núcleo essencial das Constituições contemporâneas, é utilizada a interpretação judicial criadora ou também chamada de interpretação conforme. Nesse sentido, Jorge Miranda afirma que somente a interpretação judicial é viável para a efetivação dos direitos fundamentais, afirmando que “*interpretar a Constituição é ainda realizar a Constituição*”.⁴⁴

A partir da segunda metade do Século XX, passou-se a exigir do juiz a tarefa de interpretar as normas constitucionais. Antes, tal tarefa de aplicação e interpretação dos direitos fundamentais era feita apenas pelo legislador, e somente com a sua imposição é que vinculavam os órgãos administrativos e judiciários.

O Juiz ou Tribunal quando aplica a interpretação conforme, não só objetiva o controle de constitucionalidade, como também, aplica os valores permanentes de justiça, a fim de que se tutele ou concretize da melhor forma possível o direito fundamental buscado.

⁴⁴ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais e Interpretação Constitucional*. In: REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL – QUARTA REGIÃO, Porto Alegre, ano 9, n. 30, p. 25, 1998.

Fernando Appio afirma que os direitos fundamentais, que estão ligados intimamente a dignidade da pessoa humana, merecem ser protegidos por mecanismos de efetividade jurisdicional, entre eles a interpretação conforme, fazendo com que o julgador busque “...saídas interpretativas possíveis, dentre as quais a aplicação dos princípios constitucionais e a própria interpretação conforme, na qual se cria o Direito para o caso concreto.”⁴⁵

Tem-se assim que, as normas infraconstitucionais devem ser interpretada de acordo com Constituição, buscando sempre a melhor forma de efetivação dos direitos fundamentais. Nesse sentido, ensina Lenio Streck:

De pronto, torna-se importante referir que os institutos (mecanismos) da interpretação conforme e da nulidade (inconstitucionalidade) parcial sem redução de texto enquadram-se na contemporânea concepção de justiça constitucional, entendida sob a ótica do Estado Democrático de Direito, onde a função do Poder Judiciário perpassa, de longe, a concepção de ‘legislativo negativo’ própria do Judiciário do Estado Liberal Absenteísta [...] Dito de outro modo, se no Estado Democrático de Direito o Direito assume uma função transformadora, torna-se evidente que a concretização das promessas da modernidade constantes em uma Constituição Compromissória e Dirigente demanda uma nova postura do Poder Judiciário (e em especial da Justiça Constitucional). [...] A interpretação conforme e a inconstitucionalidade parcial sem redução do texto são, pois, mecanismos aptos a fazer cumprir – o limite- a função ‘intervencionista’ do Poder Judiciário para pôr freios à ‘liberdade de conformação do legislador’ de índole liberal clássica, no interior do qual se concebe a Constituição apenas em seu aspecto formal, sendo o seu texto entendido tão somente como um anteparo do cidadão contra a arbitrariedade do Estado. Não há dúvida, assim, de que os citados institutos representam importantes mecanismos ‘corretivos’ da atividade legislativa (seja do Poder Legislativo, da atividade normativa proveniente do Poder Executivo, bem como dos atos normativos oriundos dos tribunais da república). Isto porque, além de a atividade interpretativa representar, sempre, um processo de atribuição de sentido (interpretar é, sempre, aplicar), há que se considerar que é impensável que um Tribunal, sem sede de justiça constitucional, considere-se desligado da ordem política que o envolve, o que implica mecanismos adaptativos/corretivos a serem aplicados nos textos legais contrastados com a Constituição. Isto parece evidente.⁴⁶

⁴⁵ APPIO, Eduardo Fernando. *Interpretação conforme a Constituição: Instrumentos de Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 125.

⁴⁶ STRECK, Lenio. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 200, p. 571-572.

Dessa forma, a interpretação conforme não é apenas um princípio hermenêutico, é uma técnica de decisão, que deve ser aplicada como instrumento de proteção e efetivação dos direitos fundamentais, no caso em concreto.

4.4. Do conceito constitucional de dependência econômica na pensão por morte

Conforme amplamente restará demonstrado nesse trabalho, a lei ordinária n.º 8.213/91, em seu artigo 16, elenca o rol de dependentes que terão direito a pensão por morte, caso o segurado da Previdência faleça.

Ressalta-se, de antemão, que esse rol é taxativo, e também classifica os dependentes em classes, sendo que, a existência de dependentes da primeira classe, exclui o direito das classes subseqüentes.

Contudo, observando os fatos sociais, a aplicação indistinta do rol de dependentes pode acarretar injustiças para a sociedade, injustiças estas que não foram previstas pelo Constituinte.

Como exemplo dessas injustiças, Marcus Orione Gonçalves Correia e Marisa Ferreira dos Santos descrevem uma questão ocorrida freqüentemente:

Um segurado casado, sem filhos, cuja esposa desfruta de privilegiada situação financeira por exercer atividade remunerada, e que sempre sustentou sua mãe pobre. Falecendo o segurado, terá direito ao benefício de pensão por morte a dependente da 1ª classe – o cônjuge, o que exclui os dependentes das demais classes – no caso, a mãe pobre, caso a interpretação dada ao art. 16, I, da Lei 8.213/91, seja meramente literal. Esta solução, porém, não se mostra adequada ao conceito de previdência e à proteção social que a Constituição Federal quis garantir aos dependentes (art. 201). No exemplo, no campo dos fatos, o cônjuge sobrevivente não era dependente do marido falecido, e terá o direito à pensão por morte; a dependente dele, de fato, era a mãe, que ficará sem proteção social por ser da segunda classe de dependentes.⁴⁷

⁴⁷ CORREIA, Marcus Orione; SANTOS, Marisa Ferreira. *Revista da Previdência Social*, n° 295, São Paulo, junho de 2005, ano 29, p. 375.

A Constituição Federal não tem como objetivo desamparar os necessitados, mesmo porque a Carga Magna no artigo 201, V, garante “*pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes*”.

Analisando o dispositivo acima transcrito, com base na interpretação gramatical, resta clara qual a intenção do Constituinte:

A *Lex Maxima* cita quem pode receber a pensão por morte, descrevendo duas classes de dependentes, que são: I – ao cônjuge ou companheiro e II – dependentes.

Sendo assim, a Constituição Federal não distingue que a pensão por morte é para um OU para outro dependente, e sim que será devida para ao cônjuge ou companheiro E dependentes, independentemente de qual classe eles estejam.

A palavra “dependente” utilizada pelo legislador constituinte é um termo genérico, que não admite restrição, razão pela qual o legislador ordinário não podia fazê-la, haja vista que agindo dessa maneira fere, os princípios constitucionais e da Previdência Social, deixando muitas vezes de amparar aqueles que dependem realmente do segurado.

Nesse sentido, Marcus Orione Gonçalves Correia ensina:

Ressalta-se que, sendo possível a comprovação do estado real de dependência econômica concomitante entre os dependentes de “classes” diferentes e o segurado, no caso concreto, tal presunção relativa de prevalência de um grupo sobre o outro deve ser afastado pelo juiz, uma vez que comprovada a dependência fática de todos os dependentes do segurado, sob pena de verdadeira inversão democrática pela negação do conceito constitucional de dependência do art. 201 da CF e conseqüente quebra de toda racionalidade do sistema jurídico, o qual não se admite que direitos fundamentais sejam arbitrariamente restringidos por normas infraconstitucionais.⁴⁸

⁴⁸ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Legislação Previdenciária Comentada*. São Paulo: DPJ, 2008.

Assim, com base no exemplo dado por Marcus Orione Gonçalves Correia e Marisa Ferreira dos Santos, a solução correta para dirimir o conflito seria a possibilidade de, no mínimo, haver a divisão do valor do benefício entre os dependentes do segurado.

Não há o que se falar em solução *contra legem* nesse caso, com relação ao artigo 16, da Lei n.º 8.213/91, já que de acordo com os princípios constitucionais. E, ainda, a lei não deixará de existir, pelo contrário, servirá como base para solucionar as questões previdenciárias.

Ainda, conforme exposto no subtítulo anterior, deve ser aplicada a interpretação conforme, ao analisar o caso concreto. O Direito à Previdência Social é evidentemente um Direito Fundamental, que sempre tem que atingir o ideal da dignidade da pessoa humana.

O Artigo 16 da Lei n.º 8.213/91 fere o princípio da universalidade de duas formas:

A primeira porque não protege a todos que necessitam realmente do sustento do segurado, dando segurança econômica somente aos dependentes elencados no rol.

A segunda porque o legislador infraconstitucional, ao legislar sobre proteção social, nunca pode piorar o sistema, ou seja, retrocede-lo. Quando o constituinte concedeu proteção ao cônjuge ou companheiro e dependentes de forma genérica, ele já ampliou o leque de proteção. Não pode assim, a Lei n.º 8.213/91 restringir a proteção aos dependentes do segurado.

Os Tribunais têm julgados casos, classificados por eles como excepcionais, que garantem a concessão de pensão por morte a dependentes que não estão elencados no rol. Contudo, tal situação não se encontra pacificada. Os julgadores

não estão fundamentando suas decisões nos princípios constitucionais, e sim nos seus sentimentos, conforme enfatizado por Marcus Orione Gonçalves Correia e Marisa Ferreira dos Santos ao transcreverem a seguinte jurisprudência em seu artigo:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. AVÔ. ÓBITO DO NETO. SITUAÇÃO ESPECIALÍSSIMA DOS AUTOS. NETO QUE FORA CRIADO COMO SE FILHO FOSSE EM DECORRÊNCIA DA MORTE DE SEUS PAIS. POSSIBILIDADE.

1. A teor do art. 16 da Lei n.º 8.213/91, o avô não é elencado no rol dos dependentes do segurado, razão pela qual, a princípio não faria jus à pensão gerada pelo óbito do neto em cuja companhia vivia.

2. Presença, nos autos, de hipótese singular, em que a criação do segurado pelo avô, desde o nascimento, acrescida da morte precoce de seus pais, demonstram que o segurado tinha para com o Autor, na verdade, uma relação filial, embora sangüínea e legalmente fosse neto.

3. Impossibilidade de exigência da adequação legal da relação que existia à real situação fática, uma vez que é vedada a adoção do neto pelo avô, a teor do disposto no art. 42, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

4. Direito à pensão por morte reconhecido.

5. Recurso especial conhecido e provido. ⁴⁹

Há muitos outros casos, nos quais, com a morte do segurado, o dependente do segurado fica a mercê do amparo da proteção judicial, somente por não estar elencado no rol de dependentes fixados categoricamente por uma lei infraconstitucional. Uma mãe pode precisar da ajuda econômica do seu filho, a irmã é sustentada pelo segurado, um filho com mais de 21 (vinte e um) anos pode estar cursando uma faculdade, a qual é financiada pelo seu pai. Nesses casos, há a dependência econômica, no entanto, o dependente é afastado dos legitimados, não percebendo a pensão por morte.

A teoria do ordenamento jurídico é explícita ao dizer que as normas são escalonadas, sendo que a Constituição Federal encontra-se no ápice da pirâmide, ou seja, ela é à base do sistema, nenhuma lei pode ir de encontro com os princípios nela contidos.

⁴⁹ Ementa da decisão da 5ª Turma, do STJ, Relatora: Ministra Laurita Vaz, REsp 528987 / SP, data de julgamento: 06/11/06.

Interpretando-se o artigo 201, V, da Constituição como sendo a norma maior verificar-se-ão duas classes de dependentes, quais sejam, a classe dos cônjuges ou companheiro e dos dependentes, e não como faz crer o artigo 16, da Lei n.º 8.213/91.

É necessário destacar que não há a necessidade de se modificar a norma infraconstitucional para fazer valer os direitos dos dependentes a pensão por morte. Somente se faz necessário interpretar corretamente a Constituição Federal, sempre tendo em mente que o direito a Seguridade Social tem como primado a busca da dignidade da pessoa humana. Assim, o juiz no caso concreto, deve aplicar a norma constitucional mais favorável para a efetivação do direito fundamental a prestação previdenciária.

Os cônjuges, por razões históricas, são necessariamente dependentes do segurado, haja vista que a criação do instituto foi feita para beneficiá-los. Contudo, para os outros dependentes, uma lei ordinária poderia até criar classes e presunções, com a condição de serem mais favoráveis. O que a lei não pode é diminuir a dimensão constitucional do conceito de dependentes.

Nesse sentido, Marcus Orione Gonçalves Correia e Marisa Ferreira dos Santos dizem:

... qualquer membro da família que demonstre a dependência, no instante do falecimento do segurado, deve perceber o benefício – ou mesmo tê-lo dividido –, independentemente da relação infraconstitucional. Caso contrário, estaríamos conspirando contra o preceito (o termo) constitucional. Portanto, a expressão ‘nos termos da lei’ do art. 201 deve ser lida com cuidado, já que não se pode dispor de forma a infirmar a própria Carta Magna.⁵⁰

A Constituição Federal tem a intenção de proteger todos os dependentes do segurado da Previdência Social. Por ser ela a Lei Maior, de acordo com a teoria do ordenamento jurídico, não pode qualquer outro dispositivo legal, nesse caso, o artigo 16 da Lei n.º 8.213/91 e outros Decretos, que separam os dependentes em classe, desproteger os dependentes na acepção da palavra.

⁵⁰ CORREIA, Marcus Orione; SANTOS, Marisa Ferreira. Op. Cit. p. 378

Conclui-se, portanto, que a hierarquia de classes de dependentes, estabelecida pela Lei n.º 8.213/91 a seguir estudada, em algumas situações, desvirtua toda a proteção social que o Constituinte concedeu aos eventuais dependentes da Pensão por Morte, na medida em que protege os não necessitados e desampara os dependentes econômicos do segurado.

4.5. Do Direito Comparado - Os beneficiários da Pensão por Morte no Direito Espanhol

Ao contrário do que ocorre no nosso ordenamento jurídico, no Direito Espanhol, não só existe o benefício de pensão por morte, como também existe a pensão de sobrevivência, ambos disciplinados pelo Real Decreto Legislativo 1/1994.⁵¹

Com a ocorrência do evento morte, é outorgada as seguintes prestações pelo Direito Espanhol: prestação de viuvez; orfandade; pensão em favor dos familiares; auxílio defunto; indenização por acidente do trabalho e enfermidade profissional; e prestação temporária de viuvez.

Não será abordado neste trabalho os requisitos legais para a concessão de cada um destes benefícios, uma vez que não são pertinentes ao tema. Somente serão trazidos a baila os requisitos para ser beneficiários dos benefícios acima mencionados.

Para a concessão do benefício de **pensão de viuvez**,⁵² caso tenha sido a morte decorrente de doença comum, o cônjuge sobrevivente será beneficiário da pensão, caso tenha sido o casamento celebrado um ano antes do falecimento ou

⁵¹ Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

⁵² Artículo 174 Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

se existirem filhos em comum. Não será exigido o prazo de um ano, caso o casal tenha convivido em união estável antes do matrimônio por no mínimo 2 (dois) anos.

Os separados e os divorciados também estão cobertos pela legislação espanhola, desde que recebam pensão alimentícia do segurado e que não tenham contraído novas núpcias.

O companheiro também está protegido pela legislação, desde que a união estável esteja constituída mediante registro público ou formalizada mediante escritura pública.

Há também o benefício da **pensão por orfandade**⁵³ que é destinado aos filhos do falecido nos termos do art. 175 da Lei Geral de Seguridade Social (Real Decreto Legislativo n.º 1/1994).

Os enteados estão igualmente acobertados pela legislação, desde que, a celebração do casamento entre o filiado e o cônjuge sobrevivente tenha ocorrido há pelo menos dois anos antes do falecimento; que o falecido tenha contribuído financeiramente para o sustento do filho do cônjuge sobrevivente e que não receba nenhuma outra pensão da seguridade social e que não tenha nenhum familiar com obrigações de lhe prestar alimentos, conforme dispõe a legislação civil.

Tanto o filho do falecido como seu enteado, para fazer jus ao benefício da pensão por orfandade, devem ser menores de 18 anos ou, caso sejam maiores, que tenham sua redução da capacidade laborativa em razão de invalidez; menores de 22 anos, caso o beneficiário não exerça atividade laborativa que lhe garanta a sobrevivência ou que o seu salário proveniente do trabalho não seja maior ao SMI (salário mínimo interprofissional); e por fim, menores de 24 anos se

⁵³ Artículo 175 Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

não possui nenhum dos pais, ou, caso apresente uma incapacidade igual ou superior 33%.

Outro benefício concedido em razão do falecimento do segurado é a **pensão em favor dos familiares**.⁵⁴

Tal benefício protege os netos, irmãos, mães, pais, avós e avôs do segurado falecido, desde que obedeça alguns requisitos.

Para que os netos e irmãos recebam o benefício de pensão em favor dos familiares, faz-se necessário que estes sejam órfãos de pai e mãe e que na data do falecimento do segurado sejam: menores de 18 (dezoito) anos ou maiores que tenham sua capacidade de trabalho reduzida no mesmo grau da incapacidade de invalidez permanente; menores de 22 anos, quando não exerçam trabalho lucrativo ou se a remuneração auferida pelo trabalho não superar o limite de 75% do SMI (salário mínimo interprofissional).

As mãe e as avós devem ser solteiras, viúvas, separadas, divorciadas, ou caso sejam casadas, que o marido seja maior de 60 anos ou incapacitado para o trabalho. Os pais e avôs somente terão direito ao benefício, caso sejam incapacitados para o trabalho.

A legislação espanhola também protege os filhos (as) e irmãos (as) do pensionista de aposentadoria ou incapacidade permanente ou que no falecimento reunia requisitos para a concessão destes benefícios. Para que recebam o benefício em questão é necessário que sejam maiores de 45 anos, solteiros, viúvos, separados judicialmente ou divorciados e tenham dedicado cuidados prolongados ao falecido.

Os filhos e os irmãos, maiores de 22 anos, solteiros, viúvos, separados judicialmente ou divorciados que tenham convivido 2 (dois) anos antes do

⁵⁴ Artículo 176 Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

falecimento com o segurado e dependam economicamente deste; que não tenha direito à pensão pública, não possuir meios de subsistência por ter remuneração igual ou inferior ao SMI (salário mínimo interprofissional) e não ter familiares com obrigações e possibilidade de lhe sustentar, terá direito ao recebimento do **benefício de subsídio em favor dos familiares.**⁵⁵

Analisando a legislação espanhola, percebe-se que não há a adoção da presunção absoluta com relação aos beneficiários do segurado em razão da ocorrência da morte. O ordenamento jurídico protege todos aqueles que dependiam economicamente do segurado, não fazendo distinção de classes de dependentes como é feito em nosso ordenamento jurídico pátrio, conforme será explanado de forma pormenorizada no capítulo a seguir.

⁵⁵ Artículo 174 Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

5. DOS DEPENDENTES

5.1 Conceito de Dependência Econômica

A lei previdenciária brasileira prevê duas espécies de dependentes, são elas:

- 1) preferenciais ou presumidos e
- 2) dependentes sujeitos a comprovação.

São dependentes preferenciais ou presumidos os elencados no item I do artigo 16 da Lei n.º 8.213/91, ou seja, o cônjuge, filhos menores, inválidos ou que tenha deficiência física ou mental que o torne relativa ou absolutamente incapaz e companheiro(a). Estes possuem a dependência econômica do segurado presumida, ou seja, não precisa ser comprovada.

É importante salientar que, de acordo com a Lei n.º 8.213/91, a confirmação de dependência dos dependentes é automática, não estando condicionada a nenhum tipo de comprovação de dependência. Isso é, possuem presunção absoluta *juiris et iure*. Destaca-se que a presunção é tida como *juiris et jure*, porque nenhuma prova as destrói, seja literal ou testemunhal, ou até mesmo a confissão.

Esta presunção absoluta, também chamada de presunção jurídica, que é feita por expressa determinação de lei, não admite prova em contrário nem impugnação. Portanto, os fatos ou os atos que por elas se deduzem, são tidos como provados, e, conseqüentemente, são tidos como verdadeiros, ainda que se tente demonstrar o contrário.

Conforme ensinamentos de Pontes de Miranda: “a *presunção legal* deve ser considerada absoluta se a probabilidade contrária legal ao que se presume for

extremamente pequena, ou se as discussões sobre prova forem desaconselháveis".⁵⁶

Nesse sentido, embora os dependentes de primeira classe possuam a presunção absoluta de dependência econômica, é admissível a prova em contrário, uma vez que é princípio da presunção admitir tal prova.

Sérgio Carlos Covello, na sua obra "A presunção em matéria civil" afirma que:

É da essência da presunção admitir prova em contrário, pois se assim não fosse ela se equipararia a qualquer outra norma que se impõe desde logo como absoluta. Na presunção legal, a persuasão do juiz é imposta por lei.⁵⁷

Dessa forma, embora se tenha uma presunção absoluta na lei, é possível, no caso em concreto, mediante a análise de provas, afastar tal presunção, uma vez que esta não possui caráter probatório.⁵⁸

No Direito Previdenciário, tem-se que a presunção da dependência econômica com relação aos cônjuges se originou na estrutura da sociedade conjugal trazida pelo Código Civil de 1916, no qual havia uma família patriarcal, hierarquizada e heterossexual, na qual, necessariamente, o homem era o chefe da família, contribuindo exclusivamente para o sustento da esposa e dos filhos, sendo que estes somente tinham o dever de respeito e obediência.

No entanto, interpretando-se a Constituição Federal de 1988, verifica-se que houve uma pretensão de desvincular a figura do cônjuge e do companheiro da dos dependentes, não havendo mais o que se falar em presunção absoluta de dependência econômica com relação aos cônjuges e companheiros.

⁵⁶ Cf. Pontes De Miranda, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, t.4, p. 236, *apud* Helena Hernandez DERZI, *Os beneficiários da Pensão por morte*, p. 222

⁵⁷ COVELLO, Sergio Carlos. *A presunção em matéria civil*. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 71.

⁵⁸ Idem, . p. 89

Nesse sentido, o modelo trazido pelo artigo 16 da Lei n.º 8.213/91, no qual pressupõe a existência de dependência econômica do cônjuge, companheiro e filhos menores de 21 (vinte e um) anos ou inválidos, foi de encontro com a intenção do legislador constituinte.

Os dependentes sujeitos a comprovação são aqueles previstos nos incisos II e III do artigo 16 da Lei n.º 8.213/91, ou seja, os pais, os irmãos não emancipados, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos, inválido ou que tenha deficiência física ou mental que o torne relativa ou absolutamente incapaz. Estes necessitam demonstrar que dependem economicamente do segurado falecido.

Em relação aos dependentes sujeitos a comprovação, para a concessão da pensão por morte será necessária à comprovação do elo de sujeição econômica, cabendo prova em contrário em função do caráter *juris tantum*. Diante disto, a dependência deve ser analisada minuciosamente, a fim de conferir se o eventual habilitado à pensão por morte tem que receber um auxílio substancial, o qual deve ser permanente e necessário, sendo que a falta desse auxílio vai acarretar um desequilíbrio nos meios de subsistência do assistido.

As presunções *juris tantum* não possuem caráter absoluto ou como verdade indestrutível, e sim caráter relativo, podendo ser destruída por uma prova em contrário.

Para constatação de dependência destes acima mencionados, deve-se levar em conta a satisfação prestada pelo segurado. Neste sentido transcreve-se as seguintes decisões:

PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - AGRAVO RETIDO - PAIS - DEPENDÊNCIA ECONÔMICA - QUALIDADE DE SEGURADO - TERMO INICIAL DA PENSÃO - CORREÇÃO MONETÁRIA - JUROS DE MORA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - 1- A teor do *artigo 523, §1º, do Código de Processo Civil*, a apreciação do agravo retido deve ser expressamente requerida, o que não foi feito. 2 - Afasto a preliminar de cerceamento de defesa. O juiz de primeira instância,

ao verificar no curso do processo que, independente da produção da prova oral requerida, a autora não teria direito ao benefício postulado, pode dispensar a respectiva elaboração. Assim determina o *artigo 130 do Código de Processo Civil*, e os fundamentos do princípio da economia processual. 3 - Nos termos do *artigo 15, inciso I, da Lei nº 8.213/91*, o de cujus, na ocasião do óbito, mantinha a qualidade de segurado, por estar no gozo de benefício - Auxílio-doença. 4 - Comprovada a dependência econômica da genitora em relação a seu falecido filho, cabível a pensão por morte, tendo em vista o disposto no *artigo 16, inciso II e § 4º da Lei nº 8.213/91*. 5 - Não se exige a dependência exclusiva da requerente em relação ao falecido, consoante o disposto na Súmula nº 229 do extinto Tribunal Federal de Recursos. 6 - Termo inicial do benefício fixado a partir da data do requerimento administrativo. 7 - A pensão por morte corresponderá a 100% (cem por cento) do valor da aposentadoria que o segurado teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data do seu falecimento, nos termos dos *artigos 75 e 33 da Lei nº 8.213/91*, acrescida de abono anual, nos termos do -. 8 - Correção monetária nos termos da Súmula nº 08, deste tribunal, Lei nº 6.899/81, e legislação superveniente, art. 454, do provimento nº 64, de 28.04.2004, da corregedoria-geral do tribunal regional federal da 3ª região, em consonância com a portaria nº 242, de 03.07.2001, do CJF. 9 - Juros de mora, conforme entendimento da 9ª turma deste tribunal, serão, a partir da citação, de 06% (seis por cento) ao ano, até a vigência da Lei nº 10.406/2002. Posteriormente, serão de 01% (hum por cento) ao mês, consoante o *art. 406, do Código Civil*, C. C. O *art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional*. 10- Honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre a soma das parcelas devidas até a data da prolação da sentença, excluídas as vincendas, conforme o *§ 3º, do art. 20, do Código de Processo Civil*, a orientação desta turma e da *Súmula 111 do STJ*. 11 - isenção do instituto previdenciário do pagamento de custas processuais, consoante o *art. 4º, inciso I, da Lei Federal nº 9.289/96*, *art. 6º, da Lei do Estado de São Paulo nº 11.608/2003* e das Leis do mato grosso do sul, de nº 1.135/91 e 1.936/98, alteradas pelos arts. 1º e 2º, da Lei nº 2.185/2000, com exceção das respectivas despesas processuais, além daquelas devidas à parte contrária. 12 - Tutela antecipada concedida de ofício, para que o INSS proceda à imediata implantação do benefício, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária, tendo em vista o caráter alimentar do benefício. 13 - Agravo retido não conhecido. 14 - Matéria preliminar rejeitada. 15 - Provimento à apelação da autora. Reforma da sentença.⁵⁹

“Previdenciário. Pensão por morte do filho. Dependência econômica. Para fins de obtenção de pensão por morte do filho há que ser comprovada a dependência econômica em relação ao de cujus, ainda que não exclusiva, falecendo direito ao

⁵⁹

Ementa da decisão da 9ª Turma, do TRF 3ª Região, Relatora: Juíza Federal convocada Vanessa Mello, AC n.º 2006.61.11.004694-0 – DJU 10.04.2008 – p. 484

pensionamento se o auxílio prestado não era vital à manutenção dos genitores”⁶⁰

Desta forma, está claro que o legislador teve a intenção de caracterizar a dependência econômica das pessoas sujeitas à comprovação, sob o argumento de que os mesmos vivem a expensas do segurado.

Diante do exposto, conceitua-se a dependência econômica sem fazer distinção entre presumida ou comprovada.

Um excelente conceito de dependência econômica encontra-se nas palavras de Maria Helena Diniz: “*Condição de quem vive às expensas ou às custas de outrem, dele dependendo para sobreviver e atender às suas necessidades de alimentação, habitação, vestuário, educação etc*”.⁶¹

Ainda, Feijó Coimbra conceitua dependência econômica especificamente para a lei previdenciária:

Dependência econômica, para a lei previdenciária, consiste na situação em que certa pessoa vive, relativamente a um segurado, por ele sendo, no todo ou em parte, efetivamente ou presumidamente, mantida e sustentada.⁶²

Ressalta-se que a dependência econômica se caracteriza mesmo quando não é total, basta que o dependente necessite somente parcialmente do sustento do segurado

Também, não se confunde dependência econômica com o recebimento de pequenos presentes, mesmo que em pecúnia. Diante disso a dependência econômica resta comprovada quando o segurado, mesmo que não integralmente, seja provedor do dependente.

⁶⁰ Ementa da decisão da 3ª Seção, do TRF 4ª Região, Relatora: Juíza Virgínia Scheibe, AC n.º 97.04.26.508-5/SC – DJU 1º.11.2000 – p. 161.

⁶¹ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*, vol.2. São Paulo: Saraiva: 1998, p.65.

⁶² COIMBRA, Feijó. *Direito Previdenciário*. 10ª ed., Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1999, p.. 99.

Nesse sentido, pode-se fazer uma analogia entre dependência econômica e obrigação de prestar alimentos, haja vista que ambas fundam-se no mesmo princípio, qual seja da solidariedade familiar.

Nesse sentido, Maria Helena Diniz ensina:

Assim, na obrigação alimentar um parente fornece a outro aquilo que lhe é necessário a sua manutenção, assegurando-lhe meios de subsistência, se ele, em virtude de idade avançada, doença, falta de trabalho ou qualquer incapacidade, estiver impossibilitado de produzir recursos materiais com o próprio esforço.⁶³

E ainda, Maria Helena Diniz diz o que são alimentos:

Compreende o que é imprescindível à vida da pessoa como alimentação, vestuário, habitação, tratamento médico, diversões, e, se a pessoa alimentada for menor de idade, ainda verbas para a sua instrução e educação....⁶⁴

Sendo assim, a dependência econômica não é só caracterizada quando a pessoa necessita do mínimo para viver, como por exemplo, da alimentação. Compreende um conjunto de necessidades que a pessoa possui, incluindo lazer e vestimentas.

5.2. Conceito Constitucional de Dependentes

A Constituição, no seu artigo 201, V, menciona quem são os dependentes na pensão por morte. Transcreve-se o dispositivo:

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, nos termos da lei, a:
(...)

⁶³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro - Direito de Família* - 5º Vol. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004., p. 496

⁶⁴ Idem, p. 496.

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

Há, portanto, aqui, um conceito genérico de dependentes, que amparam todos que dependem economicamente do segurado da Previdência Social, competindo ao legislador infraconstitucional elencar os dependentes da pensão por morte.

Somente para reiterar, o legislador infraconstitucional sempre tem que respeitar a regra constitucional hierarquicamente superior, ou seja, aparaar conjuntamente o cônjuge, companheiro e dependentes, caso ocorra a morte do segurado.

Quanto à palavra “dependentes”, sua compreensão não deve ser maneira genérica. Temos que buscar o seu conceito no ordenamento jurídico.

A Constituição Federal, no artigo 226, § 3º e § 4º traça o conceito de entidade familiar:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendente.

Nesse sentido, Silvio de Salvo Venosa, no mesmo caminho da definição de entidade familiar prevista na Constituição define que “... *família compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o pátrio poder*”.⁶⁵

Resta claro, portanto, que, obrigatoriamente, no texto de lei infraconstitucional deve constar no rol de dependentes, o cônjuge, o companheiro e os filhos, uma vez que o artigo 201 da Constituição Federal não criou uma ordem de precedência de beneficiários.

⁶⁵ VENOSA, Silvo de Salvo. *Direito Civil - Direito de Família - Volume 5*. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2005, p. 18.

Por fim, com base no princípio da universalidade, o legislador deve ampliar o seu leque de proteção social, ou seja, proteger pessoas além do que previsto na Carta Federal, não se baseando somente no conceito mínimo de dependentes.

Esse também é o entendimento doutrinário, no sentido que a pensão por morte deve ser concedida àqueles que dependam economicamente do segurado, não sendo justificável a exclusão de um em favor de outros, conforme afirma Aguinaldo Simões:

Finalmente, tendo como arimo a unidade da mesma economia doméstica, os dependentes devem formar um só e único grupo com igualdade de condições em face da segurança social. Dividi-los em grupos preferenciais, como faz a nossa legislação do seguro social, equivale a negar aos dependentes excluídos a satisfação de necessidades vitais (...). As prestações do seguro social destinam-se a proteger tanto o segurado como aqueles familiares que dele economicamente dependem contra determinados riscos a que estão sujeitos.⁶⁶

5.3 Dependentes na Lei n.º 8.123/91

Os dependentes na Lei n.º 8.213/91, como a redação dada pela Lei n. 12.470/11 estão elencados no rol do artigo 16, *in verbis*:

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

I- o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;

II- os pais;

III- o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente.

⁶⁶ SIMÕES, Aguinaldo. *Princípios de segurança social: previdência social e assistência social*, São Paulo: Saraiva, 1967, p. 139

Sendo assim, faz-se necessário destacar que os dependentes encontram-se divididos em classes, as quais serão apresentados de forma pormenorizada a diante.

5.3.1. Dependentes de Primeira Classe

Conforme acima enumerado, os dependentes da primeira classe são aqueles contidos no Inciso I, do artigo 16, da Lei 8.213/91.

São classificados como sendo de 1ª classe por possuírem privilégios em relação aos dependentes elencados nos incisos II e III.

Essa preferência é em decorrência do que preceitua o §1º, do artigo 16, no qual dispõe: *“§1º A existência de dependentes de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes”*.

Sendo assim, o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos, inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz são considerados dependentes preferenciais na pensão por morte, ou seja, a existência de um deles exclui o direito dos demais dependentes previstos nos outros incisos.

Ressalta-se que existindo mais de um dependente de primeira classe ocorre o a denominada concorrência, como bem nos ensina Raimundo Nonato Bezerra Cruz:

... as pessoas indicadas na primeira classe não têm precedência sobre as demais e sim existe concorrência entre elas e o benefício que deve ser rateado de maneira igualitária.⁶⁷

⁶⁷ CRUZ, Raimundo Nonato Bezerra Cruz. *Pensão por Morte no Direito Positivo Brasileiro*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003, p. 129.

Nesse sentido, o caput do artigo 77 da Lei n. 8.213/91 prevê que havendo mais de um pensionista da mesma classe, a pensão por morte será rateada entre todos em partes iguais.

Estuda-se agora, de forma individualizada, cada dependente de primeira classe:

5.3.1.1. Cônjuge

A Lei Orgânica da Previdência Social, Lei n. 3.807/60, dispunha em seu art. 11 que somente a esposa possuía o direito em receber o benefício de pensão por morte em razão do falecimento de seu cônjuge. Para que o marido pudesse receber o benefício previdenciário decorrente da morte da sua esposa, deveria comprovar a sua invalidez.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1.988, com base no princípio da igualdade entre homens e mulheres, bem como em face do contido no artigo 201, V, tanto o homem e a mulher têm direito a pensão por morte advinda de seu cônjuge

Não se faz mais necessário que o marido sobrevivente tenha que comprovar a sua invalidez para o recebimento do benefício em questão, bastando somente comprovar o vínculo matrimonial com o cônjuge falecido, conforme nos ensina Heloisa Hernandez Derzi:

Como beneficiário com direito a pensão por morte, o cônjuge supérstite precisa comprovar tão somente o vínculo matrimonial com o cônjuge falecido, considerando ser o convívio entre os consortes um dos requisitos que dão eficácia ao casamento.⁶⁸

⁶⁸ DERZI, Heloisa Hernandez Derzi. Op. cit., p.225.

Sendo assim, está presente aqui o requisito da dependência presumida, haja vista que basta para concessão da pensão por morte a relação de casamento entre os cônjuges.

5.3.1.2 Da Súmula 336 do STJ

O casamento, instituição protegida pela Carta Magna, também é passível de rompimento do vínculo matrimonial com a separação judicial ou o divórcio.

O artigo 76 da Lei n.º 8.213/91, em seu parágrafo 2º, dispõe que 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 da mesma Lei.

A Lei n.º 8.213/91, contrariando o disposto no art. 1.707 do Código Civil, confere a renunciabilidade aos alimentos implicitamente, ao somente conceder o benefício da pensão por morte aos cônjuges que não tenham renunciado os alimentos na separação ou no divórcio.

No Direito Civil, os alimentos são irrenunciáveis por possuírem natureza humanitária, com raízes no direito natural, e portanto, recebem tutela especial do estado, sendo o encargo alimentar de ordem pública.

Contudo, a doutrina e a jurisprudência trataram de forma diferenciada a concessão do benefício de pensão por morte mesmo aos cônjuges que tenham renunciado os alimentos na separação ou no divórcio.

Raimundo Nonato Bezerra Cruz, afirma que:

A dispensa de alimentos não é óbice para a concessão do benefício desde que atendidos os outros requisitos e que o órgão

julgador conclua, através do conjunto probatório, que havia necessidade o benéfico há de ser concedido.⁶⁹

E ainda, Luis Luchi Demo e Maria Salute Somariva ensinam o seguinte:

Importante destacar que o cônjuge separado judicialmente, ainda que não tenha dispensado a pensão alimentícia, no processo de separação, tem direito à percepção de pensão previdenciária em decorrência do óbito do ex-marido, desde que comparada a ulterior necessidade econômica, pois o direito de alimentos é irrenunciável.⁷⁰

Portanto, a interpretação da lei vai além, podendo em determinados casos, ser concedida pensão por morte ao cônjuge que tenha renunciado os seus alimentos.

Para tanto, o cônjuge sobrevivente precisa comprovar a dependência econômica, ou seja, tem que demonstrar que mesmo com a renúncia dos alimentos na separação ou divórcio, por alguma situação posterior, necessita dos alimentos que não estavam sendo prestados.

Nesse sentido, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na Súmula 336 pacificou a questão com relação à concessão do benefício à viúva que tenha renunciado os alimentos:

A mulher que renunciou aos alimentos na separação judicial tem direito à pensão previdenciária por morte do ex-marido, comprovada a necessidade econômica superveniente.

Assim, mesmo os cônjuges separados continuam fazendo jus ao recebimento do benefício de pensão por morte, desde que comprovada a sua dependência econômica.

⁶⁹ BEZERRA, Raimundo Novato. Op. cit., p. 131.

⁷⁰ DEMO, Luiz Luchi; SOMARIVA, Maria Salute. Revista da Previdência Social, n.º 293, São Paulo, abril de 2005, ano 29, p. 242.

5.3.1.3. Da união estável

O artigo 16, §3º, da Lei n.º 8.213/91 considera companheiro (a) a *“pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o (a) segurado (a), de acordo com o art. 226, §3º, da Constituição.”*

Importante salientar que a Constituição Federal considera união estável somente as uniões entre pessoas aptas a casarem legalmente, ou seja, não pode ser configurada entre pessoas impedidas de se casar.

A Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, a disciplinou o instituto da união estável, em seu artigo 1º:

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

Com a definição feita pelo legislador, tornou-se possível distinguir as relações que estão em conformidade com a intenção do legislador e as relações adulterinas, ou seja, aquelas que não se enquadram nas margens estabelecidas pela lei, não sendo possível a sua conversão em casamento.

Assim, são requisitos da união estável: convivência duradoura; pública; contínua; entre homem e mulher; com objetivo de constituir família, o que enseja, por decorrência lógica, a ausência de impedimento para casar, pois, sendo o ordenamento jurídico um organismo harmônico, é inconcebível configurar como união estável uma relação que não tem aptidão para ser convertida em casamento, já que no direito pátrio é vedada a possibilidade de pessoa casada contrair novas núpcias, como se depreende do artigo 1.521, VI, do Código Civil.

Nesse sentido, os ensinamentos de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias:

Afirma a norma constitucional (art. 226, § 3º): 'para efeito da proteção do Estado é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento' . Por seu turno, o Estatuto Civil, igualmente, reconhece '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' . Já em seu § 1º, dispõe que 'a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso IV no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou juridicamente' , enquanto no § 2º informa que 'as causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável' . Confrontando tais dispositivos, infere-se, com tranquilidade, que a união estável está submetida a alguns elementos essenciais: i) diversidade de sexos; ii) estabilidade; iii) publicidade; iv) continuidade; v) ausência de impedimentos matrimoniais. É bem verdade que esses elementos, necessariamente, precisam estar conectados a um elemento principal, que é o ânimo de constituir família, isto é, a intenção de estar vivendo como se casados fossem (a chamada convivência *more uxório*). É possível perceber, inclusive, que a intenção de estar convivendo como se casados fossem apresenta-se como elemento principal, fundamental para a caracterização de entidade familiar. Enfim, é verdadeira *conditio sine qua non*. Os demais elementos, assim, podem ser compreendidos de forma acessória, pois a presença deles, sem o *animus familiae* , não implicará o reconhecimento de uma união estável⁷¹

A legislação previdenciária sempre buscando a proteção da família e seus dependentes, e se adequando ao preceito constitucional, amparou os companheiros desde a edição da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que no artigo 16, § 3º da sua redação original assim classificava os companheiros:

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

O Decreto nº 357, de 7 de dezembro de 1991, que regulamentou a Lei nº 8.213/91, em seus artigos 13, parágrafo 5º, 19 e 20, parágrafo 1º, estabeleceu:

Art. 13. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

⁷¹ ROSENVAL, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves. *Direito das Famílias*. Bahia: Juspodivin, 2011, p. 392.

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho de qualquer condição menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

§ 5º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que mantenha união estável com o segurado ou segurada, desde que inscrita pelo mesmo nessa condição."

"Art. 19. Considera-se inscrição de dependente, para os efeitos da Previdência Social, o ato pelo qual o segurado o qualifica perante ela e decorre da apresentação de:

I - para os dependentes preferenciais:

b) companheira ou companheiro - documento de identidade do dependente e certidão de nascimento ou casamento com averbação da separação judicial ou divórcio, quando um dos companheiros ou ambos já tiverem sido casados, ou do óbito, se for o caso;

§ 4º O segurado casado está impossibilitado de realizar a inscrição de companheira, exceto se separado de fato.

§ 5º O cônjuge divorciado ou separado judicialmente pode inscrever seu companheiro ou companheira.

"Art. 20. Ocorrendo o falecimento do segurado, sem que tenha sido feita a inscrição do dependente, cabe a este promovê-la, na forma do art. 19.

§ 1º No caso de companheira ou companheiro faz-se necessária a comprovação da existência de união estável, observado o disposto nos Superior Tribunal de Justiça

§§ 5º e 6º do art. 13, o que poderá ser feito através de uma das seguintes

provas:

a) mesmo domicílio;

Posteriormente, a Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995, manteve a redação original do artigo 16 da Lei nº 8.213/91:

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

(...);

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

O Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, no entanto, conferiu ao artigo 16 da Lei nº 8.213/91 a seguinte modificação, permanecendo em consonância com a disposição constitucional:

§ 5º. Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que mantenha união estável com o segurado ou segurada.

§ 6º. Considera-se união estável aquela verificada entre o homem e a mulher como entidade familiar, quando forem solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, ou tenham prole em comum, enquanto não se separarem.

E por fim, o Decreto nº 6.384, de 28 de fevereiro de 2.008, deu nova redação ao art. 16 do Decreto nº 3.048/99, reconhecendo a união estável aquele entre pessoas que estejam separadas de fato ou judicialmente:

§ 6º Considera-se união estável aquela configurada na convivência pública, contínua e duradoura entre o homem e a mulher, estabelecida com intenção de constituição de família, observado o § 1º do art. 1.723 do *Código Civil*, instituído pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Diante de todas as modificações legislativas, a figura da união estável permanece com a exigência de que sejam os companheiros solteiros, ou ou separados judicialmente ou de fato, ou viúvos, e que convivam, de forma pública, duradoura e contínua, com o objetivo de constituir família, ainda que não sob o mesmo teto.

5.3.1.4 Do concubinato

O artigo 1.727 do Código Civil determina que as relações não eventuais entre o homem e mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

A concubina é a amante, é a mulher que mantém um relacionamento com um homem que já tem esposa e com esta possui uma vida conjugal notável perante a sociedade.

Importante destacar que a Constituição Federal, no art. 226, § 3º, reconhece a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento, conforme exposto acima.

Estão excluídos do conceito de união estável aqueles que são casados e mesmo não estando separados judicialmente ou de fato mantêm relacionamento extraconjugal, denominando o concubinato adúltero.

Não se pode igualar o concubinato a entidade familiar por questões éticas e morais, sendo o direito da concubina também afastado no direito previdenciário, no não reconhecimento como dependente.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário em 27 de março de 2.009, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio, corrobora o entendimento que o concubinato não está protegido pelo manto da proteção previdenciária, uma vez que este não é legítimo:

COMPANHEIRA E CONCUBINA - DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel.

UNIÃO ESTÁVEL - PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato.

PENSÃO - SERVIDOR PÚBLICO - MULHER - CONCUBINA - DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina." (RE nº 590.779/ES, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe de 27/03/2009) ⁷²

Também é este o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que no julgamento do Recurso Especial REsp 1104316 / RS em 28 de abril de 2.009, tendo como relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, da Sexta Turma, não reconheceu a concessão do benefício de pensão por morte à concubina:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. COMPARTILHAMENTO DA PENSÃO ENTRE A VIÚVA E CONCUBINA. IMPOSSIBILIDADE. CONCOMITÂNCIA ENTRE CASAMENTO E CONCUBINATO ADULTERINO IMPEDE A CONSTITUIÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL, PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Para fins previdenciários, há união estável na hipótese em que a relação seja constituída entre pessoas solteiras, ou separadas

⁷² Ementa da decisão do STF, Relator Ministro Marco Aurélio, RE nº 590.779/ES, DJU 1º.11.2000.

de fato ou judicialmente, ou viúvas, e que convivam como entidade familiar, ainda que não sob o mesmo teto.

2. As situações de concomitância, isto é, em que há simultânea relação matrimonial e de concubinato, por não se amoldarem ao modelo estabelecido pela legislação previdenciária, não são capazes de ensejar união estável, razão pela qual apenas a viúva tem direito à pensão por morte.

3. Recurso especial provido.⁷³

Dessa forma, a união estável é legalmente protegida, sendo somente afastada dessa proteção às relações que não se pode ser convertidas em casamento, como o concubinato adúltero

5.3.1.5. Da separação de fato

Outro ponto controverso com relação à dependência econômica é a separação de fato.

Nesta situação, os cônjuges não formalizaram a sua separação ou seu divórcio, porém não mais convivem maritalmente. Em alguns casos, com a separação de fato, o cônjuge passa a conviver maritalmente com outra pessoa, sendo inclusive reconhecida a união estável.

A separação de fato e a nova união estável não se confunde com o concubinato. Neste o cônjuge permanece casado de fato e de direito e mesmo assim convive maritalmente com outra pessoa. Mantém duas famílias simultaneamente.

Na separação de fato não existe mais a convivência e as obrigações maritais, razão pela qual traz debates no direito previdenciário.

Dispõe o §1º do artigo 16 da Lei n.º 8.213/91 que o cônjuge ausente não exclui do direito à pensão por morte o companheiro ou a companheira, que

⁷³ Ementa da decisão do STJ, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, da Sexta Turma, Recurso Especial REsp 1104316 / RS em 28 de abril de 2.009.

somente fará jus ao benefício a partir da data da sua habilitação e mediante prova de dependência econômica.

Nesse caso, não existe mais a presunção de dependência, haja vista que com a ausência do segurado, presume-se que o dependente tem meios para prover sua subsistência.

Assim como decorre com a separação de fato, na qual a dependência econômica da viúva deixa de ser presumida, ou seja, necessita de comprovação da necessidade econômica. Nesse sentido, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região assim se manifestou:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE . QUALIDADE DE SEGURADO. EXTENSÃO DO PERÍODO DE GRAÇA. SEGURADO DESEMPREGADO. ESPOSA. SEPARAÇÃO DE FATO. . DEPENDÊNCIA ECONÔMICA NÃO COMPROVADA. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. IMPROCEDÊNCIA. I. Para a concessão do referido benefício previdenciário torna-se necessário o implemento dos requisitos legalmente exigidos, nos termos da legislação em vigor à época do óbito. II. O segurado da Previdência Social mantém esta condição pelo período de 24 (vinte e quatro) meses após a cessação das contribuições, quando comprovado seu desemprego (art. 15, § 2º, Lei n.º 8.213/91). Sendo assim, tendo o de cujus falecido antes do término do período de graça, não houve perda da qualidade de segurado. III. Com a separação de fato dos cônjuges, a dependência econômica deixa de ser presumida (art. 16, § 4º da Lei n.º 8.213/91), de modo que seria necessário que a parte autora comprovasse que continuou a depender economicamente do falecido após a separação , o que não se verificou no presente caso. IV. Apelação da parte autora improvida.⁷⁴

Caso o *de cujus* tenha deixado uma viúva e uma companheira, e a viúva comprove a dependência econômica mesmo com a separação de fato, a pensão por morte será rateada em partes iguais.

⁷⁴ Ementa da decisão do TRF da 3ª Região, Relator: Des. Federal Walter do Amaral. Apelação Cível nº2003.61.06.013553-2/SP. 7ª Turma do TRF da 3ª Região.. Sessão do dia 15 de março de 2.010.

5.3.1.6. Do companheiro homossexual

Uma questão bastante polêmica e nova é o companheiro homossexual como dependente da pensão por morte, mas em razão da relevância do assunto, tal debate já ganhou espaço inclusive no Supremo Tribunal Federal.

A Lei n.º 8.213/91 não dispõe de nenhuma norma regulando se os dependentes homossexuais fazem ou não jus a pensão por morte. Em razão disso, diversos debates jurisprudencial foram travados acerca do tema, sendo que recentemente, o Supremo Tribunal Federal colocou um termo a injustas divisões e discriminações entre os homossexuais, tornando efetivo o princípio da igualdade, da tolerância e da liberdade.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 tinham como objeto a obrigatoriedade do reconhecimento no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

As ações foram julgadas procedentes, por votação unânime, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante pelo Plenário do Superior Tribunal de Justiça em 05 de maio de 2011.

A mencionada decisão reconheceu a relação homossexual como sendo uma união estável. Tal embate já havia sido reconhecido para fins previdenciários na concessão da pensão por morte aos dependentes homossexuais.

O Ministério Público Federal ajuizou Ação Civil Pública perante a 3ª Vara Federal Previdenciária – Seção Judiciária de Porto Alegre/RS, sob n.º2000.71.00.009347-0, e já havia nesta ação sido reconhecido o direito do companheiro homossexual ao recebimento do benefício de pensão por morte,

desde que presentes os mesmos requisitos necessários à concessão, para os casais heterossexuais.

Destaque-se que, a decisão acima citada somente demonstra que o direito deve acompanhar as evoluções sociais, e a ausência de norma não pode ser motivo plausível para o reconhecimento de uma relação jurídica emergente de fato público e notório.

Assim, os homossexuais que até então eram vítimas de tratamento discriminatório, passaram a serem tratados em consonância com o princípio da dignidade humana, rompendo obstáculos que os impediam a buscar a felicidade.

Primeiramente, com a decisão proferida na Ação Civil Pública, o INSS expediu a Instrução Normativa n.º 25/200, a qual exigia para a concessão do benefício de pensão por morte a comprovação da união estável entre o consorte homossexual e o segurado e a dependência econômica.

Contudo, algumas decisões dos tribunais não exigem a comprovação da dependência econômica:

PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - COMPANHEIRO DO MESMO SEXO - RECONHECIMENTO DA SOCIEDADE DE FATO - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS - A preferência sexual do indivíduo não deve ser fator de discriminação, sob pena de malferir preceito vigente na Carta Política de 1988 que contempla, dentre os princípios fundamentais da república federativa do Brasil, o objetivo de promover o bem estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (at. 3º, inciso III). O reconhecimento legal das uniões homossexuais, constitui, na verdade, consequência natural de uma situação fática que não pode mais ser renegada pelo estado contemporâneo, estando, assim, a merecer a tutela jurídica. Preenchidos os requisitos exigidos pela Lei nº 8.213/91, vigente à data do óbito do segurado, restando comprovada a qualidade de segurado do companheiro falecido, a convivência pública e duradoura e a dependência econômica, que, inclusive é presumida, consoante o artigo 16, §4º, da Lei nº 8.213/91, o autor faz jus ao benefício de pensão. Recurso provido.⁷⁵

⁷⁵ Ementa da decisão da 4ª Turma, do TRF 2ª Região, Relator: Juiz Fernando Marqueso, AC n.º 2002.51.01.500478-3 – DJU 24.06.2004 – p. 516

Dessa forma, pode haver a concessão da pensão por morte aos companheiros homossexuais, mesmo sem fazer prova da dependência econômica.

Nesse sentido, em 06 de agosto de 2010, o Instituto Nacional do Seguro Social expediu a Instrução Normativa n.º 45, a qual no seu artigo 322, garantindo aos homossexuais o benefício de pensão por morte, desde que preenchidos os requisitos exigidos aos companheiros heterossexuais, ou seja, sem a exigência da comprovação da dependência econômica.

5.3.1.7. Dos Filhos

Os filhos estão elencados no inciso I como sendo dependentes preferenciais da pensão por morte.

Ressalta-se que para o Direito Previdenciário não existe a distinção entre filhos para fins de proteção. Tanto faz se eles foram gerados fora do ambiente conjugal ou adotados, pois possuem a mesma proteção social.

O inciso I, do artigo 16, diz que são dependentes filhos de qualquer condição. isto porque, o artigo 227, § 6º, da Constituição não admite discriminação:

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibida quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Não basta que o dependente seja filho para deter dessa condição. São necessários outros requisitos para a concessão do benefício previdenciário a eles, quais sejam: ser menor de 21 (vinte e um) anos, não emancipado, ou ser inválido que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente.

Destaca-se que a Lei nº 12.470, de 31 de agosto de 2011 deu nova redação ao art. 16 da Lei nº 8.213/91 fazendo incluir no rol de dependentes de primeira classe o filho que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente.

Se o filho completar 21 (vinte e um) anos perde a condição de dependente do segurado. Uma das discussões aqui presente é acerca da redução da maioridade civil no Código Civil.

Nesse sentido, Heloisa Hernandez Derzi ensina:

Em sendo assim, urge que a legislação previdenciária seja alterada no sentido de reduzir o limite de idade, na forma da maioridade de 18 (dezoito) anos, trazidas pelo Novo Código Civil, em razão de a sociedade brasileira, como um todo, ter elegido a idade, como critério que atesta a aptidão para reger sua própria pessoa e patrimônio, podendo, inclusive, exercer livremente atividade laboral que lhe propicie sustento. Não se pode perder de vista o objetivo precípua da pensão por morte, destinada a prover o sustento das pessoas que dependiam economicamente do segurado à época de sua morte. Assim, com a maioridade, presume-se que o jovem esteja apto a trabalhar e ser remunerado pelo desempenho da atividade laboral.⁷⁶

Contudo, prevalece no sistema a idade de 21 (vinte e um) anos, prevista no sistema previdenciário, por ser uma lei específica da Seguridade Social.

Ainda apresentam-se como requisito da qualidade de dependente filho, não ser emancipado na forma da lei civil.

O Código Civil, no seu artigo 5º, parágrafo único elenca as formas de emancipação pelo menor:

Art. 5º. (...)
Parágrafo único. Cessará para os menores a incapacidade:

⁷⁶ DERZI, Heloisa Hernandez. Op. cit. p. 257.

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

Também, tem-se a invalidez como requisito da qualidade de dependente. Nessa hipótese é dispensado o requisito idade.

O filho faz jus à percepção do benefício, desde que seja considerado inválido na data do óbito do segurado:

O conceito de invalidez é dado pelo artigo 42 da Lei n.º 8.213/91:

Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição". (grifamos)

Nesse caso, o pensionista submete-se a exames periódicos feitos pelo INSS. Nesse sentido, Sérgio Pinto Martins ensina:

O pensionista inválido está obrigado, independentemente de idade, sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da Previdência Social, processo de reabilitação profissional por ele prescrito e custeado e tratamento dispensado gratuitamente, exceto o cirúrgico e a transfusão de sangue que são facultativos.⁷⁷

Com a alteração trazida pela Lei nº 12.470/11, a comprovação da invalidez não se dará tão somente pela prova pericial feita pelo o Instituto Nacional do Seguro Social.

⁷⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. Op. cit., p. 385.

Nesse sentido, faz-se necessário tecer alguns comentários acerca da atual redação do artigo 16 da Lei n.º 8.213/91, delimitando-se o conceito de "deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente".

Conforme já explanado no Capítulo 2, existem duas espécies de incapacidade: a incapacidade absoluta e a incapacidade relativa.

O artigo 3º do Código Civil, dispõe acerca da incapacidade absoluta, enumerando que são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos; os que por enfermidade ou deficiência mental, não estiverem o necessário discernimento para a prática desses atos e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

A incapacidade relativa está elencada no artigo 4º do mesmo diploma legal, determinando que são incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer os maiores de 16 (dezesesseis) anos e menores de 18 (dezoito) anos; os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo e os pródigos.

De acordo com a Resolução aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas – ONU- em 09 de dezembro de 1975, que proclamou o Direito das Pessoas Deficientes, considera-se assim toda pessoa *“incapaz de assegurar por si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais.”*

Verifica-se, portanto, que a deficiência caracteriza-se por desvantagens física, intelectual, mental, ou sensorial, que limitam as capacidades de seus portadores para interação e execução de atividades cotidianas.

Tendo em vista essas dificuldades, é que o Estado Democrático de Direito deve almejar um tratamento privilegiado aos deficientes, a fim de garantir a sua igualdade e dignidade.

A nova redação da lei foi um avanço social na concessão do benefício de pensão por morte aos dependentes. Isto porque, antes a legislação somente afirmava que o benefício seria concedido aos inválidos, não fazendo qualquer menção a anterior declaração judicial de tal invalidez.

Assim, mesmo os deficientes intelectuais e mentais que tiveram tal situação reconhecida perante a justiça cível, eram obrigados a ser submetido a uma perícia médica administrativa para a verificação da sua incapacidade.

Hoje, a perícia médica para a constatação da incapacidade, somente se faz necessária nos casos de incapacidade física e naqueles casos que a incapacidade intelectual e mental não foi reconhecida, por inércia dos responsáveis, na justiça cível.

Para ser declarada a incapacidade absoluta ou relativa judicialmente, é necessário ingressar com o processo de interdição, que poderá ser promovida pelo pai, mãe ou tutor; pelo cônjuge ou algum parente próximo; pelo órgão do Ministério Público, conforme preceitua o artigo 1.177 do Código de Processo Civil, com o fim de obter o encargo público para cuidar do curatelado, administrando-lhes os bens e defendendo os seus interesses.

Após ter sido interposta a petição inicial pelo interessado e ter sido especificado os fatos que revelam a anomalia psíquica e assinalar a incapacidade do interditando para reger a sua pessoa e administrar os seus bens, o interditando será citado para que, em dia designado, compareça perante o juiz, que o interrogará para analisar o seu estado mental.

Também será necessária a nomeação de um perito para se proceder ao exame do interditando, a fim de se verificar se realmente este encontra-se em

situação que caracterize a incapacidade civil absoluta ou relativa. Constatando a incapacidade civil, o juiz proferirá a sentença expedindo o termo de curatela, documento necessário para a concessão da pensão por morte aos deficientes mentais ou intelectuais, conforme nova redação da Lei n. °8.213/91.

Quanto ao filho nascituro, o seu direito previdenciário a percepção do benefício está garantido, visto que o artigo 2º do Código Civil dispõe:

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

5.3.1.8. Equiparados a Filho: Enteadado e Menor Tutelado

O § 2º do artigo 16, da Lei n.º 8.213/91 estabelece que:

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

Enteado é parente por afinidade, revela-se por ser filho da pessoa com quem alguém venha contrair matrimônio ou estabelecer união estável. Quanto à tutela, temos o conceito nas palavras de Sílvio de Salvo Venosa:

Para assistência e proteção de menores que não estão sob autoridade dos pais, o ordenamento estrutura a tutela, instituto pelo qual uma pessoa maior e capaz é investida dos poderes necessários para a proteção de menor. A tutela é utilizada quando o menor não tem pais conhecidos ou forem falecidos e quando os genitores forem suspensos ou destituídos do pátrio poder.⁷⁸

Sendo assim, o enteado e os tutelados são equiparados aos filhos, gozando, portanto, do privilégio do § 1º do artigo 16, ou seja, são dependentes

⁷⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo VENOSA. Op. cit. p. 457.

preferenciais. Contudo, por expressa determinação do § 2º, já transcrito, a dependência econômica para os enteados e tutelados não é presumida, ou seja, ela deverá ser comprovada.

5.3.1.9. Menor sob Guarda

Primeiramente, faz-se necessário relatar que o § 2º, do artigo 16 da Lei n.º 8.213/91, em sua redação original dispunha que:

§ 2º Equiparam-se a filho, nas condições do inciso I, mediante declaração do segurado: o enteado; o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda; e o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação. *(grifamos)*

Ocorre que a Lei n.º 9.528/97 retirou do sistema, na qualidade de equiparado a filho, o menor que por determinação legal esteja sob a guarda do segurado, ocasionando muitas polêmicas se este permanece como equiparado a filho, e, ainda, se há uma inconstitucionalidade no dispositivo, já que o artigo 227, § 3º, II da Carta Magna assegura a garantia de direitos previdenciários à criança e ao adolescente.

Helena Hernandez Derzi nos ensina que:

A guarda, figura estatutária que visa à colocação do menor em família substituta, apresenta um caráter transitório aliado à possibilidade de revogação a qualquer tempo, os quais não se compaginam inteiramente com o benefício da pensão por morte do Regime Geral de Previdência Social, do ponto de vista meramente técnico.⁷⁹

A lei civil determina que os genitores sejam responsáveis pela guarda, educação e sustento de seus filhos. Caso ocorra a morte do pai, o filho menor não emancipado ou inválido terá direito a pensão por morte prevista pela lei

⁷⁹ DERZI, Heloisa Hernandez. Op. cit., p.283.

previdenciária. Já a lei civil, incumbe à mãe exercer o poder familiar, antes exercido por ambos.

O problema encontra-se nos menores que são colocados em famílias substitutas:

Como já dito acima, a guarda de menor, apesar de ser um instituto definitivo, pode ser revogada a qualquer tempo, como por exemplo, pela a morte do seu guardião.

É certo que, caso ocorra a morte do guardião, a guarda será transferida ao genitor sobrevivente, ou caso não exista, caberá o instituto da tutela.

Nesse sentido, Heloisa Hernandez Derzi conclui:

Não se pode, todavia, ignorar que a morte do guardião possa provocar imediato estado de necessidade para o menor que estava sob sua assistência material e educacional. Por isso, não se pode conceber que esse menor fique desassistido. Outra pessoa capaz será designada para a função, e tal procedimento pode levar certo tempo. Nessas circunstâncias, caberia a previsão de uma pensão temporária, até que se regularizasse a situação da substituição da guarda.⁸⁰

Os tribunais têm se manifestado em duas correntes, uma delas sustentando que o dispositivo da Lei n.º 9.528/97 não deve ser aplicado, posto que não é a lei específica que determina a proteção do menor:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. DEPENDENTE DO SEGURADO. EQUIPARAÇÃO A FILHO. LEGISLAÇÃO DE PROTEÇÃO AO MENOR E ADOLESCENTE. OBSERVÂNCIA.

1. 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 § 3º, inciso II) e o Estatuto da Criança e do Adolescente – é conferido

⁸⁰ DERZI, Heloisa Hernandez. Op. cit., p. 285

ao menor sob guarda a condição de dependente para todos os efeitos, inclusive previdenciários (art. 33, § 3º, Lei n.º 8.069/90).
3. Recurso especial desprovido.⁸¹

Outra posição sustenta que os benefícios previdenciários estão regidos pelo princípio *tempus regit actum*, sendo perfeitamente aplicados a Lei n.º 9.528/97:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA JUDICIAL. BENEFICIÁRIO. ÓBITO POSTERIOR AO ADVENTO DA MP 1.523/96. ART. 16, §2º, DA LEI Nº 8.213/91, COM REDAÇÃO DA LEI Nº 9.528/97. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. INAPLICABILIDADE.

I - Em regra, os benefícios previdenciários são regidos pelo princípio *tempus regit actum*.

II - O menor sob guarda judicial, nos moldes do art. 16, §2º da Lei 8.213/91, não tem direito a perceber pensão por morte se a condição fática necessária à concessão do benefício, qual seja, o óbito do segurado, sobreveio à vigência da Medida Provisória nº 1.523/96, posteriormente convertida na Lei 9.528/97, que alterando o disposto no art. 16, §2º da Lei 8.213/91, acabou por afastar do rol dos dependentes da Previdência Social a figura do menor sob guarda judicial.

III - O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) não garante a qualidade de dependente do menor sob guarda judicial por ser norma de cunho genérico, inaplicável aos benefícios mantidos pelo RGPS, os quais, por sua vez, são regidos por lei específica. Agravo regimental provido.⁸²

Sendo assim, a questão acerca da guarda do menor para a concessão de pensão previdenciária ainda não está pacificada no ordenamento jurídico. Contudo, restará comprovada a inconstitucionalidade da Lei n.º 9.528/97, uma vez que a *Lex Maxima*, em seu artigo 227, § 3º, inciso II, garante direitos previdenciários a Criança e ao Adolescente, e ainda porque o direito previdenciário, com base no princípio da universalidade, não admite retrocesso da norma.

⁸¹ Ementa da decisão da 5ª Turma, do STJ, Relator: Ministra Laurita Vaz, Resp n.º 762329/RS

⁸² Ementa da decisão da 5ª Turma, do STJ, Relator: Ministro Felix Fischer, AgRg no Resp n.º 627474/RN.

5.3.2. Dependentes de Segunda Classe

Os dependentes de Segunda Classe, conforme preceitua o inciso II do artigo 16 da Lei n.º 8.213/91, são os pais do segurado falecido.

Para que os pais tenham o direito a perceber a pensão por morte é necessário comprovar a dependência econômica do segurado, à época do falecimento ou da ausência.

Heloisa Hernandez Derzi ensina que:

Conforme o disposto no referido § 1º do art. 16 do Plano de Benefícios, alojados os pais na segunda ordem de vocação previdenciária, o direito ao benefício ocorre se – à época da morte ou ausência – não existir qualquer dos dependentes da primeira classe, em razão destes gozarem especial preferência sobre os demais membros familiares. Além disso, a dependência econômica dos pais, in casu, não deriva de presunção, havendo de ser comprovada na forma estatuída pelo Regulamento.⁸³

Saliente-se que não é necessário que a dependência econômica dos pais seja absoluta, podendo esta ser parcial. Nesse sentido, o Ilustre doutrinador Marcus Orione Gonçalves Correia nos ensina:

... nas hipóteses em que se requer a prova da dependência econômica, como no caso dos pais do segurado (inciso II), não se quer dizer, por outro lado, que a tal dependência econômica deva ser completa ou em termos absolutos, devendo também ser considerada para a concessão de benefícios a existência de uma dependência econômica parcial.⁸⁴

Também é este o entendimento dos tribunais, conforme ementa a seguir:

PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - PAIS - DEMONSTRADA A QUALIDADE DE SEGURADA - COMPROVADA A DEPENDÊNCIA ECONÔMICA - AGRAVO RETIDO IMPROVIDO - REMESSA OFICIAL NÃO CONHECIDA - PREQUESTIONAMENTO - APELAÇÃO INTERPOSTA PELO INSS PARCIALMENTE PROVIDA.

⁸³ DERZI, Heloisa Hernandez DERZI. Op. cit., p. 286

⁸⁴ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves CORREIA. Op. cit. p. 261

- Não está sujeita ao duplo grau de jurisdição a sentença em que a condenação não exceder a 60 salários-mínimos (art. 475, parágrafo 2º, CPC, acrescentando pela Lei nº 10352 de 26/12/2001).
- Demonstrado, nos autos, que a falecida detinha a condição de segurada da Previdência, conforme consignado no artigo 15 da Lei 8.213/91.
- Deve ser comprovada, não apenas presumida, a dependência econômica dos pais, com relação ao filho ou filha segurados, de acordo com o preconizado pela Lei 8.213/91, art. 16, II, parágrafo 4º. Tal dependência restou amplamente evidenciada nos autos.
- Em caso de morte do filho e, provada a dependência econômica, ainda que não exclusiva, farão jus, o pai do segurado, ao recebimento da pensão previdenciária, com fulcro na Súmula nº 229 do Tribunal Federal de Recursos.
- Os honorários advocatícios devem incidir em 10% sobre o total das parcelas vencidas até a data de prolação da r. sentença de Primeiro Grau.
- Termo inicial do benefício mantido à data do óbito, nos termos do inciso I, do artigo 74 da Lei 8.213/91.
- Presentes os requisitos ensejadores ao benefício, não há que se falar em ofensa ou negativa de vigência à lei federal ou à Constituição.
- Remessa oficial não conhecida. Agravo retido improvido. Apelação parcialmente provida.⁸⁵

Sendo assim, a pensão por morte somente é devida aos pais do segurado, desde que não existam dependentes de primeira classe, e se comprovada a dependência mesmo que relativa.

5.3.3. Dependentes de Terceira Classe

Os dependentes de terceira classe são aqueles previstos no inciso III do artigo 16, quais sejam, o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;

Os dependentes desta classe só farão jus ao benefício de pensão por morte, caso não existam dependentes incluídos no inciso I ou II. Isto porque, há a aplicação do § 1º do artigo 16.

⁸⁵ Ementa da decisão da 7ª Turma, do TRF da 3ª Região, relatora: Juíza. Eva Regina, Apelação n.º 2002.03.99034145-3./SP.

Também, nesse caso, há necessidade da comprovação da dependência econômica.

Tudo o que foi dito acerca da invalidez, a emancipação e a maioridade civil podem ser aqui transportadas na íntegra.

Por fim, Heloiza Hernandez Derzi faz uma ressalva com relação a expressão utilizada pelo legislador com relação aos filhos, denominando-os de qualquer condição, vejamos: *“Sejam, dependentes ou segurado, irmãos de pais comuns ou distintos, ou tenham adquirido esse status jurídico em razão de adoção, a proteção social há de ser concedida”*.⁸⁶

Dessa forma, a pensão deverá ser concedida aos irmãos do segurado que cumprirem as exigências do inciso III do artigo 16 da Lei n.º 8.213/91.

⁸⁶ DERZI, Heloisa Hernandez. Op. cit., p. 290.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve por objetivo focalizar a pensão por morte e seus dependentes no Regime Geral de Previdência Social, fazendo um comparativo com o conceito de dependentes disposto na Constituição Federal, a fim de demonstrar o real conceito da hierarquia de classe por dependentes imposta pela Lei n.º 8.213/91.

A Seguridade Social é norteada por princípios constitucionais e por princípios que são específicos da Previdência Social, que são as diretrizes necessárias para traçar as normas e regras de concessão dos benefícios previdenciários. Nenhuma lei pode contrariar os princípios contidos no nosso ordenamento jurídico.

O benefício de pensão por morte, objeto de estudo desse trabalho, é concedido aos dependentes do segurado falecido, desde que preenchido o requisito legal da qualidade de segurado, independentemente de carência.

Ao dissertar sobre o conceito de dependentes na Constituição, percebe-se que a Carta Magna dispõe de somente duas classes de dependentes, quais sejam, cônjuge/companheiros e dependentes. Sendo que, a palavra "dependente", se analisada de forma sistemática a Carta Federativa, bem como, se utilizada a interpretação conforme, é abrangente, ou seja, dependente é aquele que necessita da ajuda econômica do segurado da Previdência Social.

Contudo, após avaliar o conceito de dependentes na Lei n.º 8.213/91, percebe-se que há uma distinção entre eles, com critérios nem sempre seguros, com base em presunções que, por muitas vezes não condizem com a intenção do Constituinte: dar proteção social a todos que necessite.

A lei n.º 8.213/91 divide os dependentes em classes, sendo que a existência de uma classe, exclui o direito das classes subsequentes.

Com base na hermenêutica jurídica e na teoria do ordenamento jurídico, concluiu-se que o artigo 201, V, da Constituição Federal, que assegura a pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, não remeteu a legislação infraconstitucional à fixação do rol de dependentes.

Se a expressão "dependentes" na Constituição é abrangente, protegendo todas as pessoas cuja sobrevivência com dignidade era provida pelos ganhos do segurado falecido, não pode o artigo 16 da Lei n.º 8.213/91 fixar um rol taxativo e rígido, afastando eventuais dependentes.

Os critérios estabelecidos pela lei n.º 8.213/91 são meramente subjetivos, que causam muitas vezes uma imensa desigualdade social, e por não ser esta a intenção Constituinte, cabe ao Poder Judiciário, no caso em concreto, analisar quem são os reais dependentes do segurado para a concessão do benefício da pensão por morte.

A Carta Federativa é a base do ordenamento jurídico, sendo que todas as normas inferiores devem traçar a finalidade buscada pelo Constituinte em legislar, em especial, sobre a proteção social.

Dessa forma, com o escopo de aplicar o real sentido do disposto na Carta Magna, deve o artigo 16 da Lei n.º 8.213/91 ser aplicado com cautela, observando-se o real conceito de dependência econômica da Carta Federativa, somente assim, será assegurada a toda a sociedade a ampla proteção social dada pelo Constituinte.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Hermes Arrais. *Benefícios Previdenciários*. 3ª ed, rev. e atual. São Paulo: LEUD, 2007.

ALMANSA PASTOR, José Manuel. *Derecho de la seguridad social*. 7ª ed., Madrid: tecnos, 1991.

APPIO, Eduardo Fernando. *Interpretação conforme a Constituição: Instrumentos de Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2002.

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

_____. *A seguridade social na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

_____. *Noções preliminares de direito previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

_____. *Previdência Social comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. *Sistema de seguridade social*. 2ª. ed. São Paulo: Ltr, 2002.

BALERA, Wagner (Coord.). *Curso de direito previdenciário: homenagem a Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira*. São Paulo: LTr, 1992.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

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

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5^a ed.. Coimbra: Almedina, 1991.

_____; *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2^a ed. brasileira. São Paulo: RT, 2008

_____; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional*. 12^a ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

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

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Legislação Previdenciária Comentada*. São Paulo: DPJ, 2008.

_____; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Curso de direito da seguridade social*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____; SANTOS, Marisa Ferreira. *Revista da Previdência Social*, nº 295, São Paulo, junho de 2005, ano 29.

COVELLO, Sergio Carlos. *A presunção em matéria civil*. São Paulo: Saraiva, 1983.

CRUZ, Raimundo Nonato Bezerra Cruz. *Pensão por Morte no Direito Positivo Brasileiro*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

DEMO, Luiz Luchi; SOMARIVA, Maria Salute. *Revista da Previdência Social*, n.º 293, São Paulo, abril de 2005, ano 29.

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

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro - Direito de Família - 5º Vol.* 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Dicionário Jurídico*, col. 3. São Paulo: Saraiva: 1998.

FAZANO, Haroldo Guilherme Vieira. *Curso de Direito Civil - parte geral: das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos*. São Paulo: Lex, 2006.

FERREIRA, Lauro Cezar Mazetto. *Seguridade Social e Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 2007.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário Técnico Jurídico*. 14ª ed. São Paulo: Riddel, 2011.

HORVATH JUNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. 7ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

LEITE, Celso Barroso. *A proteção Social no Brasil*. 3ª ed., São Paulo: LTr, 1997.

_____. *Curso de direito previdenciário*. São Paulo: LTr, 1992.

LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. México: Universidad Iberoamericana, 2006.

PERSIANI, Mattia. *Direito da Previdência Social*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário, tomo II: previdência social*. São Paulo: Ltr, 1998.

_____. *Princípios de Direito Previdenciário*. 3ª ed. São Paulo: Ltr, 1995.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais e Interpretação Constitucional*. In: Revista do Tribunal Regional Federal - Quarta Região, Porto Alegre, ano 9. n. 30.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil. Direito de Família*. 35ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 13ª ed., São Paulo: Atlas, 2003.

NASCIMENTO, Sérgio do. *Interpretação do direito previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

OLIVEIRA, Aristeu de. *Manual Prático da Previdência Social*. 12ª ed., São Paulo: Atlas, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

PULINO, Daniel. *A aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro*. São Paulo: LTr, 2001.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

ROSENVAL, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves. *Direito das Famílias*. Bahia: Juspodivin, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2^a ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. *Direito Previdenciário Avançado*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

STRECK, Lenio. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, José Afonso da Silva. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 5^a ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Comentários contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 20^a ed., São Paulo: Malheiros.

SIMÕES, Aguinaldo. *Princípios de segurança social: previdência social e assistência social*. São Paulo: Saraiva, 1967.

VENOSA, Silvo de Salvo. *Direito Civil - Direito de Família - Volume 5*. 5^a ed., São Paulo: Atlas, 2005.

VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.