Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

REDE Revista Eletrônica de Direito do Estado

Nº 33 – janeiro/fevereiro/março de 2013 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

PENSÃO POR MORTE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – FINALIDADE DO BENEFÍCIO - DA PRESUNÇÃO DE DEPENDÊNCIA

Edite Mesquita Hupsel
Procuradora do Estado da Bahia.

I - INTRODUÇÃO

Os ordenamentos jurídicos de Estados de Direito democráticos têm como base os direitos fundamentais que são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Como direitos subjetivos, outorgam os direitos fundamentais aos seus titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados.[1]

Os direitos fundamentais são, portanto, "*todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo ou não assento na constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo)*"[2]

A Constituição da República Federativa do Brasil, como a "*lei maior*" de um estado democrático de direito, enumera os direitos fundamentais consagrados no ordenamento jurídico brasileiro.

---

[1] MENDES, Gilmar Ferreira, Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade, 3ª ed, São Paulo, 2004, p.2.

[2] Sarlet, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 80)

Dentre eles, direitos sociais são consagrados. Dentre esses, a seguridade social é contemplada. Ainda, e dentro da seguridade social, a previdência social é assegurada como direito fundamental.

No que diz respeito ao aspecto formal, o direito à previdência social tem o seu fundamento acolhido pela Lei Maior no seu artigo 6º, que elenca como direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

Assegura a Constituição Federal esses e inúmeros outros direitos fundamentais. No capítulo específico que trata da seguridade social como uma garantia institucional, também menciona direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social – Título VIII, Capítulo II, Seções de I a IV.

Na Seção III – Da Previdência Social – traz um rol de direitos subjetivos de natureza previdenciária.

E também normatiza sobre os princípios que devem servir de vetores e balizas para que o legislador infraconstitucional, no exercício do dever constitucional de legislar com vistas à efetivação da garantia institucional de previdência social, venha a dar conformação àqueles direitos subjetivos assegurados no seu texto.

Se os cidadãos efetivamente têm direitos, contra o Estado, a ações estatais positivas com relação à previdência[3] essas ações, além de terem como objeto prestações positivas fáticas, no caso, ações concretas de prestação da previdência, têm como objeto ações positivas normativas, ou seja, direito a atos estatais de criação de normas previdenciárias.[4]

É na ação estatal positiva de criação de normas previdenciárias que surge a questão que ora se põe e que diz respeito ao direito subjetivo à pensão por morte do segurado para o cônjuge ou companheiro, assegurado pela Constituição àqueles beneficiários, na conformação a ser dada pelo legislador infraconstitucional - artigo 201, “caput” e inciso V, do texto constitucional.

Refletindo sobre essa ação estatal, surgem problemas que dizem respeito à interpretação de regras constitucionais à luz de princípios insculpidos na própria Constituição; aos limites impostos por normas constitucionais à atuação do legislador ordinário; à interpretação da lei no reconhecimento de um direito subjetivo e, finalmente, à legitimidade ou ilegitimidade da situação gerada por algumas interpretações equivocadas da lei.

Questões que devem ser analisadas à luz do próprio ordenamento jurídico brasileiro.

II - PENSÃO POR MORTE – DIREITO FUNDAMENTAL COMO DIREITO SUBJETIVO DO DEPENDENTE: ii.1 - da limitação dos direitos fundamentais

[3] Alexy, Robert - Teoria dos Direitos Fundamentais, tradução de Virgílio Afonso da Silva, Ed. Malheiros, SP., 2011 - p. 201/202 .

[4] .Mendes, Gilmar, Os direitos fundamentais e seus múltiplos significado na ordem constitucional. Revista Diálogo Jurídico, Revista Eletrônica de Direito do Estado, nº 23, julho/agosto/setembro 2010, Salvador.

Debruçando-se, mais uma vez, sobre o texto constitucional, temos que dispõe o seu artigo 201, "caput", que " *A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá**, nos termos da lei,** a - I - ... - ; 2 ...; - V – pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.*

No Título III, Capítulo VII, Seção II, que trata dos servidores públicos, ao tempo em que a Constituição a estes assegurou, no artigo 40, regime de previdência de caráter contributivo e solidário, com contribuição do respectivo ente público, dos servidores e pensionistas, no § 12 do mesmo artigo, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998, estabeleceu que "...*o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral da previdência* social".

Para ambos os regimes previdenciários – o regime geral da previdência e o regime próprio dos servidores públicos ocupantes de cargos efetivos – a Constituição convocou o legislador ordinário a atuar.

Isto porque o caráter institucional da seguridade social não somente permite, mas também exige a intervenção desse legislador para conferir efetividade às garantias institucionais previstas na Constituição, considerando que o artigo 201 da Lei Maior não instituiu um direito absoluto.

Buscando dar eficácia e conformação aos dispositivos constitucionais que tratam da previdência social, também obedecendo a comando inserto no "*caput*" do artigo 201 da Lei Maior federal, foi então editada a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os planos de benefícios dessa previdência.

Interessa, para o presente trabalho, o conteúdo do artigo 16, inciso I, e § 4ª, do mencionado diploma legal, dispositivo também aplicável aos servidores públicos por força do artigo 40, § 12 da Constituição. A partir da inclusão deste parágrafo no artigo 40, da Constituição, pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998, aplicam-se subsidiariamente os artigos 195, § 5º, e 201, inciso V, ao regime dos servidores públicos civis – RE nº 207.282, Rel. Min. Cezar Peluso. (vide art. 5º, da Lei nº 9.717, de 1998).

O dispositivo institui como beneficiários da pensão por morte, na condição de dependentes do segurado, o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido, dentre outros.

O § 4º do mesmo artigo explicita que "*a dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e as demais deve ser comprovada".*

A tarefa ora a ser enfrentada é a da verificação do que deve ser extraído desses dispositivos conformadores de um direito fundamental subjetivo, o da pensão por morte, com vista a indicar, precisamente, os sujeitos detentores do status positivo de beneficiário desse direito. Tudo à luz da Lei Maior federal.

II.1 - Da limitação dos direitos fundamentais

Visto o direito à pensão por morte como um direito fundamental, seus limites estão traçados por normas da própria Constituição e também por regras elaboradas pelo legislador ordinário, eis que, vale seja repetido, a Constituição, no seu artigo 201, parte final, fez juntar uma reserva legal àquela garantia jurídico-fundamental.[5]

Ficou, então, o legislador infraconstitucional autorizado a determinar os limites daquela garantia constitucional.

De importância registrar que nessa ação o legislador há que ter em mira que a limitação de direitos fundamentais deve ser adequada para produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada; deve ser necessária para isso; e deve, finalmente, ser proporcional no sentido restrito, isto é, guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental.[6]

Leis previdenciárias foram então editadas para dar efetividade a direitos fundamentais de natureza previdenciária, no cumprimento de ação estatal positiva normativa, prevista e imposta na Constituição.

III - NATUREZA E FINALIDADE DO BENEFÌCIO DA PENSÂO POR MORTE.

A pensão por morte é definida como *"o benefício previdenciário pago aos dependentes em decorrência do falecimento do segurado. Em sentido amplo, pensão é uma renda paga a certa pessoa durante toda a vida".*[7]

Esse benefício se traduz em prestação, aos dependentes do segurado necessitados, de meios de subsistência, substituidora dos seus salários, sendo de pagamento continuado, reeditável e acumulável com aposentadoria. Sua razão de ser é evitar que fiquem sem condições de existência aqueles que dependiam do segurado. Não deriva de contribuições aportadas, mas dessa situação de fato, admitida presuntivamente pela lei.[8]

Tem esse benefício natureza alimentar – vide art. 100, § 1º - A, da Carta Magna – e destina-se a propiciar a subsistência da família do segurado falecido.

Trata-se de um benefício isento de carência, que não exige um numero mínimo de contribuições para que seja concedido – art. 26, inciso I, da Lei nº 8.213, de 1991 -, nem deriva de contribuições aportadas, fazendo-se somente necessário que o "*de cujus*" na data do óbito possua a qualidade de segurado.

Enfim, ele existe e é assegurada para dar azo à proteção social garantida constitucionalmente. É um benefício tipicamente familiar, destinado ao amparo e sustento da família que perde o seu mantenedor, amparo dos dependentes do

[5] Hess, Konrad, Direitos Fundamentais, p. 253
[6] Hess, ob, cit, pág. 256.
[7] Martins, Sérgio Pinto, Direito da Seguridade Social, São Paulo: Atlas, 2004, p. 388.
[8] Martinez, Wladimir Novaes, in. Curso de Direito Previdenciário, tomo II, p. 699.

segurado, visando a garantir a continuidade desse sustento mesmo após o evento morte do mantenedor.

E da lei que institui o regime geral da previdência se extrai que os direitos nela instituídos destinam-se a "assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente" - artigo 1º da Lei nº 8.213/91.

IV - DO FINANCIAMENTO DO BENEFÌCIO

Segundo a Constituição, a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das contribuições sociais – art. 195, "*caput".* O § 1º do mesmo artigo prevê que as receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinados à seguridade social constarão dos respectivos orçamentos, não integrando o orçamento da União.

Enquanto o financiamento direto é feito pelas contribuições sociais, enquadradas no conceito de tributo - art. 3º do Código Tributário Nacional - o financiamento indireto vem a ser o realizado por meio de dotações orçamentárias fixadas no orçamento fiscal de todos os entes federativos.

Como foi visto, a Previdência Social é mantida pela forma contributiva, pelos empregadores, pelos trabalhadores e demais segurados da previdência social – art. 195, incisos I e II da Constituição Federal -, mas também é mantida de forma social e de caráter solidário.

No âmbito federal, o orçamento da Seguridade Social é composto de receitas da própria União, receitas das contribuições sociais e de receitas de outras fontes – art. 11 e incisos, da Lei nº 8.212, de 1991.

E é de responsabilidade da União a cobertura de eventuais insuficiências financeiras da Seguridade Social, para o pagamento dos benefícios de prestação continuada da Previdência Social, de acordo com a Lei Orçamentária Anual – parágrafo único do artigo 16, do diploma legal acima mencionado.

É de responsabilidade da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a cobertura de eventuais insuficiências financeiras do respectivo regime próprio de previdência de seus servidores, decorrentes do pagamento de benefícios previdenciários – art. 2º, § 1º, da Lei nº 9.717, de 1998, que dispõe sobre regras gerais para organização e funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos seus servidores públicos.

Assentada a natureza e a finalidade dessa pensão, e identificadas as fontes de financiamento do benefício, há que se passar à análise da própria Constituição, das regras pertinentes, e das leis previdenciárias que foram editadas, buscando fazer a correta interpretação de seus comandos.

V - DA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 201, INCISO V, DA CONSTITUIÇÃO E DAS LEIS PREVIDÊNCIÁRIAS, À LUZ DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.

V.1 - Do direito – interpretação

As normas constitucionais, na forma de princípios ou regras, irradiam-se sobre todo o sistema normativo e os processos hermenêuticos instaurados com vistas à aplicação de outras regras do ordenamento jurídico não as pode afastar, sob pena de se concluir sobre a existência de direitos ou o reconhecimento de situações não amparadas pelo próprio ordenamento jurídico.

A interpretação do Direito é tarefa das mais relevantes, posto que traz vida a textos legais instituidores de direitos, deveres e proibições, disciplinadores de situações e criadores de penalidades.

A hermenêutica jurídica, como técnica de aproximação do objeto estudado, qual seja, o próprio ordenamento jurídico positivo, a fim de extrair o conteúdo normativo das diversas previsões dos diplomas legais em vigor, vem se desenvolvendo no sentido de reconhecer ao Direito o seu poder transformador, e ao intérprete sua função de co-partícipe na construção do sentido da norma.

Não mais comanda a interpretação da lei a escola da exegese, que impunha a desvalorização do direito natural frente ao direito positivo.

Vem de há muito sendo afastado o positivismo formalista científico, com sua lógica matemática da subsunção do fato à norma, com sua máxima de que o jurista não cria o direito, mas apenas descreve o direito posto com neutralidade e objetividade, e com a compreensão do sistema jurídico como um sistema autônomo, coerente, fechado, que fornece todas as soluções jurídicas, de forma segura e objetiva.

A mudança dos paradigmas ocorrida no estudo do Direito leva à conclusão de que este não mais pode ser estudado e aplicado em dissonância com os valores consagrados na Constituição.

O afastamento do positivismo está, então, dando lugar, na perspectiva do pós-positivismo, a discussões valorativas e à idéia de sistema jurídico aberto, com coerência e unidade garantidas pelos princípios jurídicos.

Repita-se: o pós-positivismo leva à interpretação da norma a serviço da realidade, defendendo que o direito é criado pelo seu aplicador, no papel de co-participação na construção do sentido da norma.

V.2 – Da aplicação do inciso V do artigo 201 da Constituição – Do cônjuge ou companheiro beneficiário da pensão por morte - Da interpretação do dispositivo à luz das demais normas constitucionais.

Dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil traz o artigo 3º, inciso I, da Constituição o de "*construir uma sociedade livre**, justa** e solidária.*

O princípio da **moralidade,** insculpido no "*caput*" do artigo 37 do texto constitucional, irradia a sua força por toda a Administração Pública, de todas as esferas, de todos os poderes.

Os princípios da **seletividade** e da **distributividade** na prestação dos benefícios previdenciários são mencionados no artigo 194, parágrafo único, inciso III, da Constituição Federal.

Frente aos princípios constitucionais mencionados, e em um processo hermenêutico amparado pela própria finalidade do benefício da pensão por morte de segurado, não é dado ao intérprete extrair da regra contida no inciso V, do artigo 201 da Constituição que aqueles destinatários, independente da sua condição financeira e da efetiva necessidade da pensão, têm direito ao benefício.

"*Nos termos da lei*", dispõe o "*caput*" do artigo. Aí foi dada ao legislador a tarefa de dar conformação ao benefício, à luz das demais normas constitucionais.
A interpretação do dispositivo constitucional deve estar a serviço da realidade, eis que o direito também é criado pelo seu aplicador, no papel de co-participação na construção do sentido da norma.

Nessa ação, o intérprete **também** deve ter em mira que a interpretação de dispositivos que assegurem direitos fundamentais deve ser adequada para produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada; que deve ser necessária para isso; e que deve, finalmente, ser proporcional no sentido restrito, isto é, guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental.

V.3 - Da interpretação das Leis nºs 8.212 e 8.213, de 1991 - Dos objetivos da República Federativa do Brasil - Princípios constitucionais da moralidade e da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços da seguridade social.

Como registra Canotilho, "*Em alguns casos, as remissões constitucionais para as leis significa abertamente a concretização da constituição segundo as leis. Todavia, este reenvio aberto não implica arbítrio legislativo de conformação, pois sempre se terá de admitir que o cerne da regulamentação legal é determinado materialmente, de forma expressa ou implícita, por princípios recebidos na lei constitucional".*[9]

Nesta esteira, a norma legal infraconstitucional, mesmo sendo emanada do Estado, não pode conflitar com os valores consagrados na constituição.

Não foi nem é dado ao legislador, pois, ao tratar em lei própria sobre a previdência social, ao dar eficácia aos comandos constitucionais sobre a matéria, especificamente ao regulamentar o inciso V, do artigo 201 da Constituição, deixar de considerar e de observar que dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil traz o artigo 3º, inciso I, da Constituição o de *"construir uma sociedade livre**, justa** e solidária".*

[9] in Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a concretização das normas constitucionais programáticas. Coimbra Editora, 1994, reimpressão, p. 485.

Também a ele não foi nem é dado afrontar ao princípio da **moralidade,** insculpido no "*caput*" do artigo 37 do texto constitucional e que irradia a sua força por toda a Administração Pública, de todas as esferas, de todos os poderes.

Ainda, não lhe foi autorizado a desconsiderar os princípios da **seletividade** e da **distributividade** na prestação dos benefícios previdenciários, mencionados no artigo 194, parágrafo único, inciso III, da Constituição Federal.

Segundo estes últimos, declinados como objetivos da seguridade social, os benefícios e serviços somente poderão ser concedidos de acordo e na medida das possibilidades do sistema securitário e que o legislador deverá realizar as denominadas *"escolhas trágicas*", diante do reconhecimento moderno da insuficiência do orçamento.[10]

Transcrevendo Wagner Balera *"a seletividade é um comando dirigido ao legislador, a quem compete, no ato mesmo da elaboração da norma de proteção, selecionar dentre as prestações possíveis aquelas que pretende concretizar na lei".* E com o mesmo doutrinador: *"Mas o legislador não pode fazer a escolha de modo discricionário. Deve pautar seu agir com o critério da distributividade, selecionando prestações que carreguem consigo manifesto potencial distributivo, para que tais bens permitam a concretização da justiça social, com o cumprimento do fim estampado no artigo 193 da Constituição de outubro de 1988"*[11]

De tudo então se extrai que o legislador ordinário, objetivando a realização da justiça; servo da moralidade; atentando para a razoabilidade de suas escolhas e considerando a capacidade econômica do Estado, veio a dar conformação aos benefícios previdenciários instituídos pela Lei Maior Federal, disciplinando os direitos fundamentais individuais nela previstos através de normas justas e adequadas.

Nessa ação o legislador deve ter tido em mira – vale aqui mais uma vez a repetição – que a limitação de direitos fundamentais deve ser adequada para produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada; que deve ser necessária para isso; e que deve, finalmente, ser proporcional no sentido restrito, isto é, guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental.

Nessa limitação buscou assegurar proteção àqueles que de proteção necessitam.

VI - PRESUNÇÃO LEGAL DE DEPENDÊNCIA – Tipos de presunção: absoluta e relativa

Importante, para o trabalho, porque busca enfrentar os beneficiários da pensão por morte de segurado, especificamente aqueles mencionados no artigo 16, inciso I, da Lei nº 8.213, de 1991, considerando o disposto no seu § 4ª, seja feita uma regressão ao conceito de presunção legal, seus tipos e as conseqüências que dela advêm.

[10] Jorge, Tarsis Nametala, in. Elementos de Direito Previdenciário – Custeio, Ed. Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2005, p. 17.
[11] Sistema de Seguridade Social, 3ª ed, LTR; pp. 156-157.

Por presunção entende-se a dedução que identifica o fato desconhecido, a partir do fato conhecido.

As presunções legais, diversamente das presunções simples, são estabelecidas pela própria lei, quando ela retira conseqüências de um fato certo, para afirmar a existência de outro fato desconhecido.

Aquele que tem uma presunção legal a seu favor está dispensado do ônus da prova do fato. Dividem-se em absolutas ou peremptórias (iuris et de iure), que não admitem prova em contrário, e relativas (iuris tantum), que admitem prova em contrário para quebrar a presunção da verdade. Estas últimas invertem o ônus da prova, mas não o eliminam, porque quem as tem em seu favor não precisa prová-la, mas quem quiser quebrá-la deverá fazer prova em sentido contrário.

VI.1 - A presunção de dependência econômica do segurado, fixada no § 4º do artigo 16, da Lei nº 8.213, de 1991, para o cônjuge, o companheiro ou companheira – presunção relativa.

Frente a esses conteúdos da presunção legal e em face das conseqüências que de seus tipos se extraem, cabe refletir sobre a presunção de dependência econômica do segurado, fixada no § 4º do artigo 16, da Lei nº 8.213, de 1991, para o cônjuge, o companheiro ou companheira. Cabe interpretar a lei para dela extrair regra que se compatibilize com as normas constitucionais, com os princípios insculpidos na Lei Maior.

Vejamos como dispôs o legislador:

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

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

II - § 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 art. 226 da Constituição Federal.

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

VI. 2 – Da posição da doutrina e dos tribunais

Qual é o tipo de presunção instituída nesse dispositivo pelo legislador, é o que se busca identificar.

Foi priorizado na lei previdenciária o núcleo familiar, composto dos cônjuges, companheiros e filhos.

Muitos entendem, mesmo tecendo críticas à ação do legislador, que "*os membros da família strictu sensu são beneficiários por presunção absoluta: dependem do titular.*

E para usufruir dos benefícios não precisam fazer a demonstração, têm direito mesmo quando dele não precisam para subsistir, anacronismo devido à história da previdência social, surgido quando a mulher não trabalhava ou os filhos maiores de 14 anos não colaboravam na constituição da renda familiar"..... "A presunção da lei é absoluta, e, portanto, não comprova prova em contrário".[12]

Outros somente mencionam que a lei instituiu uma dependência econômica presumida do cônjuge, em face do dever recíproco de assistência material constante do inciso III, do artigo 1.566 do novo Código Civil, sem se adentrar no tipo de presunção legal instituída.[13]

Sem maiores digressões, os tribunais vêem, reiteradamente, afirmando da presunção absoluta de dependência econômica para cônjuge ou companheiro - RESP 203.722/PE, Rel .Min. Edson Vidigal; RESP 461.150/RS; Rel. Min. Jorge Scartezzini; RESP.348.133/RS, Rel. Min. Vicente Leal.

No sentido, porém, de que o fator determinante para a manutenção do cônjuge ou companheiro na qualidade de dependente do segurado, nos casos de separação ou divórcio, é o fato de haver, ou não, o recebimento de alimentos, foi editada a Súmula nº 336, do Superior Tribunal de Justiça. No caso, a efetiva necessidade é considerada como fator determinante do direito ao benefício.

VII – INTERPRETAÇÃO COMPATÍVEL COM A CONSTITUIÇÕ FEDERAL: ilegitimidade da interpretação que vem sendo feita pela doutrina e pelos tribunais e que gera a concessão do benefício a quem dele não necessita

A expressão "Direito" corresponde historicamente ao termo latino "*justus*", de justiça. As normas de direito positivo requerem um fundamento moral, ou seja, normas morais que lhe outorguem validade axiológica.[14]

Se o direito positivo se destina à realização da Justiça e dos demais valores por ela implicados, devem os cientistas do jurídico, em suas funções interpretativas, guiar-se pelos mesmos propósitos que animam o Direito escrito que manejam.[15]

O princípio constitucional da igualdade consiste em tratarem-se desigualmente situações desiguais. E aí fazer justiça.

Na verdadeira interpretação do ordenamento jurídico não se pode apartar a visão do Direito, cujo sentido axiológico é o de estar a serviço do ideal da Justiça. Direito injusto vem a ser uma "*contradictio in adjecto*".[16]

---

[12] Martinez, Waldimir Novaes, in Curso de Direito Previdenciário, Tomo II, Previdência Social, Editora LTR, São Paulo, p. 179.
[13] Daniel Machado da Rocha e José Baltazar Júnior, in. Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social, Livraria do Advogado, Ed. Porto Alegre, 9ª edição, p. 96.
[14] Vernengo, apud. Sergio Cademartori, in Estado de direito e legitimidade, Uma abordagem garantista, Millennium Editora, Campinas/SP, 2007, 2ª edição, p.190.
[15] Siches, Luis Recanses, in Tratado General de Filosofia del Derecho, Segunda Edicion, Editorial Porrua S.A., México, 1961, p.4.
[16] Viegas, Carlos Henrique de Souza, in Legalidade e Legitimidade: em torno do sistema jurídico – Idéias e Letras, São Paulo, 2007, p.106.

Tantos argumentos e tantas citações servem para levar o intérprete e o aplicador da lei a uma conclusão, no que pertinente à questão levantada no presente trabalho.
Interpretar a lei previdenciária no sentido de ter buscado o legislador - com a sua omissão em apontar o tipo de presunção legal fixado naquele dispositivo - instituir uma presunção absoluta de dependência econômica para o cônjuge ou companheiro é elaborar um processo hermenêutico em desconformidade com o direito, em desconformidade com o justo, em desconformidade com a moralidade.

E, também, em desconformidade com os princípios da seletividade e da distributividade.

Essa interpretação é ilegítima, e ilegitima um dispositivo legal ao promover a sua desconformidade com o direito e com as normas constitucionais.

Situações desiguais devem ser tratadas desigualmente, e aqueles que efetivamente não dependem economicamente do segurado falecido não devem ser beneficiários da pensão por sua morte.

Ao interpretar o dispositivo em análise há que faze-lo o interprete *"em conformidade com a Constituição*", visto também essa figura como um princípio hermenêutico, ao lado do princípio de controle da constitucionalidade, de conservação de normas, de técnica de decisão.[17]

Hoje, mais do que nunca, espera-se do intérprete um comportamento que compatibilize a aplicação da lei com a realidade social.

VIII- CONSEQUENCIAS

A resposta à questão apresentada vem a ser no sentido de ser a presunção instituída naquele dispositivo uma presunção relativa*, juris tantum,*- que, sem dúvida, admite prova em contrário.

Voltando ao objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, de instituir uma sociedade justa e solidária; voltando ao princípio constitucional explícito da moralidade, constante do "caput" do artigo 37; voltando aos princípios da seletividade e da distributividade na prestação dos benefícios previdenciários, estes declinados no artigo 194, parágrafo único, inciso III, da Constituição Federal, há que se concluir que o legislador constitucional, ao instituir como direito fundamental do cônjuge ou companheiro do segurado a pensão por morte, pretendeu proteger aqueles dependentes economicamente do falecido.

E, para tal fim, delegou ao legislador infraconstitucional a tarefa de dar os contornos do benefício, de forma que trouxesse o necessário amparo previdenciário àqueles que desse amparo necessitassem.

Daí veio o legislador ordinário a instituir uma presunção relativa de dependência para o cônjuge e companheiro, no artigo 16, inciso I, da Lei nº 8.213, de 1991, considerando o disposto no seu § 4º.

[17] de Andrade, André Gustavo C.. artigo Dimensões da Interpretação conforme a Constituição, in Revista da Emerj, vol 6, nº 21, 2003, p. 119.

Outra compreensão dessa regra levará, fatalmente, ao entendimento segundo o qual na aplicação do dispositivo legal haverá uma afronta à Lei Maior Federal.

Ao fazer o pagamento de pensão por morte ao cônjuge ou companheiro que não dependia economicamente do segurado, porque auferia renda própria, suficiente para cobrir suas necessidades, e mais elevada até do que o salário ou proventos do segurado falecido, o Instituto Nacional da Seguridade Social - INSS retira recursos da clientela protegida, diminuindo, injustificadamente, o patrimônio coletivo.

Considerar-se como absoluta a presunção instituída nesse dispositivo é interpretar o mesmo em dissonância com todo o sistema, sem atentar para as normas constitucionais, especificamente para princípios insculpidos na Constituição.

É tornar inconstitucional, é "*inconstitucionalizar*" o referido dispositivo, extraindo, em algumas situações, injustiças do seu texto e imoralidades na sua aplicação.

Há que ser lembrado que o sistema previdenciário foi instituído considerando que nem todas as pessoas terão os benefícios nele previstos. Algumas terão, outras não, gerando, então, o conceito de distributividade. A cada um segundo as suas necessidades, vale seja repetido.

Registre-se que a "*seguridade social busca amparar os segurados nas hipóteses em que não possam prover suas necessidades*".[18]

Não se compatibiliza com essa idéia e com essa compreensão do sistema previdenciário, extraídas do texto da Lei Maior, o deferimento de pensão por morte a quem dela não precisa, porque não dependia economicamente do segurado.

Ao se conceder um benefício previdenciário a quem efetivamente dele não precisa, transfere-se indevidamente um encargo ao Estado, promovendo um enriquecimento sem causa do beneficiário.

Pratica-se uma injustiça, afrontando princípio basilar da República Federativa do Brasil.

Recomenda a hermenêutica jurídica que o aplicador da lei dê a melhor interpretação possível dos textos legais, à luz das regras e princípios constitucionais.

Nessa esteira, na interpretação do conteúdo do artigo 16, § 4º, da Lei nº 8.213, de 1991, não se há de extrair conseqüências não queridas nem desejadas pela Lei Maior Federal, no sentido de concessão da proteção, que é a "*ratio legis*" da pensão por morte, àqueles que dessa proteção não necessitam.

Injustiça traz a compreensão segundo a qual a seguridade social, financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e também

[18] Martins, Sérgio, in Ética e Direito – São Paulo, Martins Fontes 1996 p 25/27.

por contribuições sociais, e daqueles vinculados ao sistema previdenciário, venha a dar proteção àqueles que dessa proteção não necessitam.

Há que se observar, também, que o falecimento do segurado vem a gerar redução das despesas familiares, com redução dos gastos do antigo casal, na medida em que o cônjuge ou companheiro supérstite passa a fazer as despesas meramente pessoais.

A interpretação do artigo 16, § 4º, da Lei Previdenciária Social no sentido de que a presunção de dependência nele prevista é uma presunção absoluta, que não admite prova em contrário, vem a gerar, pois, em algumas situações de não dependência econômica, um enriquecimento injustificado daquele tido pela lei como "*dependente*".

Compreendendo, à luz de princípios constitucionais e também extraindo da própria natureza da pensão por morte do segurado, que o legislador instituiu, naquele texto, uma presunção relativa de dependência, que admite prova em contrário, há de se chegar à conclusão de que a intenção do mesmo foi no sentido da desnecessidade daqueles beneficiários comprovarem aquela dependência, no momento do requerimento da pensão.

Acobertado por uma presunção relativa de dependência, basta a protocolização do requerimento da pensão para que o beneficiário legal tacitamente se declare dependente do segurado falecido.

Cabe à Administração Pública, em situações flagrantes de indiscutível independência econômica, a obrigação de demonstrar ao contrário e fazer afastar, no caso em concreto, a presunção legal de dependência, agindo no cumprimento do dever da boa-administração e atendendo aos princípios da razoabilidade e da moralidade, e àqueles princípios específicos previdenciários, da seletividade e da distributividade. Sob pena de configuração de improbidade administrativa na conduta omissiva do agente público responsável pela concessão do benefício – Lei nº 8.429, de 1992, art. 10, incisos VII e IX.

Seja porque aquele cônjuge ou companheiro goza de sinais aparentes de riqueza ou independência econômica; seja porque o mesmo integra o quadro de pessoal da própria Administração Pública, como servidor, ou servidora, suficientemente remunerado pelos cofres públicos, em ambas as situações a presunção de dependência resta definitivamente afastada.

A interpretação em sentido contrário cunha de ilegalidade o mencionado dispositivo legal, na medida em que faz com que dele se extraia, muitas vezes, o reconhecimento de um direito que é ilegítimo, se visto pelo senso comum.

A prova em contrário da dependência econômica, à cargo da Administração da Previdência Social, tem a necessária objetividade.

IX - CONCLUSÕES

A interpretação de um texto legal deve estar sempre associada aos fatos sobre os quais incidirá a norma.

Pensão é proteção. E proteger àquele que não precisa de proteção, às expensas de um sistema já deficitário, complementado pelos cofres públicos, é contribuir para o desequilíbrio da previdência social.

O princípio da seletividade impõe que se extraia do texto da lei previdenciária uma presunção relativa de dependência, ao assegurar o direito fundamental subjetivo de pensão por morte ao cônjuge ou companheiro do segurado.

Assim se procedendo estar-se-á atendendo às regras de hermenêutica jurídica e compatibilizando o dispositivo com princípios constitucionais já mencionados, da busca da sociedade justa, da moralidade, da seletividade e distributividade e conformando-se com a natureza do benefício da pensão por morte, instituído como um direito subjetivo fundamental na Constituição Federal.

Assim sendo feita a interpretação da regra contida no nosso sistema previdenciário, restará a sua aplicação mais consentânea com o princípio da necessidade social e o da dignidade da pessoa humana, afastando as distorções hoje existentes de concessão de pensão por morte em casos flagrantes de desnecessidade.

A atual interpretação das regras que tratam do benefício da pensão por morte para cônjuge ou companheiro do segurado da Previdência Social, como vem sendo feita pelos tribunais superiores, não se legitima.

Caberá a esse Poder Judiciário a revisão dessa orientação, dentro da legalidade constitucional e na busca de aplicar uma ordem jurídica justa, no papel de intérprete final das normas que asseguram o benefício da pensão por morte.

Sem esquecer que fazer Direito é fazer Justiça!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

– MENDES, Gilmar Ferreira, Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade, 3ª ed, São Paulo, 2004.

- SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

- ALEXY, Robert - Teoria dos Direitos Fundamentais, tradução de Virgílio Afonso da Silva, Ed. Malheiros, SP., 2011.

- MENDES, Gilmar, Os direitos fundamentais e seus múltiplos significado na ordem constitucional. Revista Diálogo Jurídico, Revista Eletrônica de Direito do Estado, nº 23, julho/agosto/setembro 2010, Salvador.

- HESS, Konrad, Direitos Fundamentais.

- MARTINS, Sérgio Pinto, Direito da Seguridade Social, São Paulo: Atlas, 2004.

- MARTINEZ, Wladimir Novaes, in. Curso de Direito Previdenciário, tomo II , Previdência Social, Editora LTR, São Paulo.

- CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes - Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a concretização das normas constitucionais programáticas. Coimbra Editora, 1994, reimpressão.

- NAMETALA, Jorge Tarsis, Elementos de Direito Previdenciário – Custeio, Ed. Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2005.

- BALERA, Wagner, Sistema de Seguridade Social, 3ª ed, LTR;

- ROCHA, Daniel Machado da e JUNIOR, José Baltazar - Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social, Livraria do Advogado, Ed. Porto Alegre, 9ª edição.

- VERMEGO, apud. Sergio Cademartori, in Estado de direito e legitimidade, Uma abordagem garantista, Millennium Editora, Campinas/SP, 2007, 2ª edição.

- SICHES, Luis Recanses, in Tratado General de Filosofia del Derecho, Segunda Edicion, Editorial Porrua S.A., México, 1961.

- VIEGAS, Carlos Henrique de Souza, in Legalidade e Legitimidade: em torno do sistema jurídico – Idéias e Letras, São Paulo, 2007.

- ANDRADE,, André Gustavo de - Dimensões da Interpretação conforme a Constituição, in Revista da Emerj, vol 6, nº 21, 2003.

- MARTINS, Sérgio, in Ética e Direito – São Paulo, Martins Fontes 1996.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

HUPSEL, Edite Mesquita. PENSÃO POR MORTE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – FINALIDADE DO BENEFÍCIO - DA PRESUNÇÃO DE DEPENDÊNCIA. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 33, janeiro/fevereiro/março de 2013. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-33-JANEIRO-2013-EDITE-HUPSEL.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.