

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO

RAFHAEL DOS SANTOS MOTOMURA

**ASPECTOS CONTROVERTIDOS ACERCA DA “QUALIDADE DE SEGURADO”
COMO REQUISITO À CONCESSÃO DA PENSÃO POR MORTE
PREVIDENCIÁRIA**

CURITIBA
2012

RAFHAEL DOS SANTOS MOTOMURA

**ASPECTOS CONTROVERTIDOS ACERCA DA “QUALIDADE DE SEGURADO”
COMO REQUISITO À CONCESSÃO DA PENSÃO POR MORTE
PREVIDENCIÁRIA**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Maria Cândida Pires Vieira do Amaral Kroetz.

CURITIBA

2012

Dedico o presente trabalho a minha avó, Sumiko Okada Motomura e ao meu pai, Edson Okada Motomura, pessoas sem as quais as grandes conquistas de minha vida sequer teriam acontecido, cujo apoio foi determinante para o término de mais esta conquista.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, o responsável pela celebração diária dessa dádiva que chamamos de VIDA.

À minha orientadora, Doutora Maria Cândida Pires do Amaral Krotez, pela compreensão e paciência em me guiar por este último desafio da graduação, uma pessoa sem a qual este trabalho não seria concretizado.

Também agradeço a todos os amigos da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná e da Universidade Estadual de Maringá, universidades estas que dividiram meu coração durante a graduação por circunstâncias da vida.

Não há como deixar de enaltecer todos os mestres das respectivas universidades, que souberam me mostrar o quão grandioso é o universo acadêmico jurídico visto através das ciências sociais aplicadas, pois me mostraram com sensibilidade ímpar o papel do jurista como agente transformador social da realidade que vivemos.

Por fim, e tão importante quanto todos os já citados, agradeço a toda minha família, pelo incondicional apoio prestado desde o início desta jornada.

RESUMO

A pensão por morte previdenciária se trata de prestação destinada aos dependentes do segurado que falecer quando comprovada a qualidade de segurado, o evento morte do instituidor e a qualidade de dependente do requerente. Para o segurado contribuinte individual, caracterizado principalmente pelo trabalho autônomo e pela inexistência de todos os requisitos caracterizadores da relação de emprego, o recolhimento das contribuições não é presumido, de forma que lhe incumbe o pagamento mensal de todas as contribuições devidas pelo exercício de sua atividade remunerada. Entretanto, dada a impossibilidade de fiscalização do recolhimento de suas contribuições e geralmente a hipossuficiência financeira desse tipo de segurado, a contribuição acaba por não ser realizada conforme determina a lei. Por outro lado, a legislação previdenciária o caracteriza como segurado obrigatório da Previdência Social, o que levou diversos tribunais a decidir no sentido de que se a lei o caracteriza como obrigatório, não poderia o INSS indeferir a pretensão de recebimento da pensão por morte pelo conjunto de seus dependentes ante a ausência do recolhimento das contribuições devidas à época do fato gerador. Entretanto, o reconhecimento da filiação desse segurado é condicionado ao recolhimento em dia de suas contribuições, não podendo esta ser realizada extemporaneamente pelos seus dependentes, sob pena de prejudicar o equilíbrio financeiro e atuarial do Regime. Assim, verificado que a jurisprudência dominante seria no sentido da impossibilidade de regularização da qualidade de segurado após o óbito, defender esta tese em juízo seria um abuso do direito de demandar quando verificado o dolo em requerer em juízo algo incontroversamente sabido que não é devido e contrário ao interesse público.

Palavras chaves: Previdência Social, Pensão por morte; Qualidade de segurado e abuso do direito de demandar.

ABSTRACT

Social security death benefits are provisions for the dependents of the deceased when proven his eligibility as an insured, the event of his death and the applicant's eligibility as a dependent. For the insured individual contributor, characterized mainly for his autonomous labour and for the inexistence of any requirements that could define an employment relationship, the collection of his contributions is not presumed, such that he is responsible for the monthly payment of all the contributions for the exercise of his remunerated activity. Nevertheless, due to the impossibility of monitoring the collection of his contributions and the common economic lack of sufficiency of this type of insured, the contributions often don't follow the determinations of the Law. On the other hand, the pension laws define him as a mandatory insured of the Social Welfare System, what took many courts to decide in the sense that if the law defines him as a mandatory insured, the INSS couldn't deny the dependent's presumption of receiving the death benefits solely based on the absence of collections of the due contributions at the time of the event. However, the acknowledgement of the affiliation of that insured is conditioned to the up-to-date collection of his contributions, which can't be made extemporaneously by his dependents, under penalty of harming the financial and actuarial compensation of the Regime. Thus, once verified that the dominant jurisprudence would affirm the impossibility of regularization of the eligibility of insured after his death, to defend this thesis in court would represent an abuse of the right to demand when verified the intent of requiring something that is uncontroversially known not to be due and contrary to the public interest.

Keywords: Social Welfare System, death benefits, eligibility of insured and abuse of the right to demand.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	01
2. O ESTADO E A PROTEÇÃO SOCIAL	03
2.1 A seguridade social: saúde, previdência e assistência social.....	06
3. PREVIDÊNCIA SOCIAL	14
3.1 Segurados e benefícios da previdência social.....	14
3.2 Da filiação, inscrição e recolhimento das contribuições pelo segurado contribuinte individual.....	16
4. DA PENSÃO POR MORTE PREVIDENCIÁRIA	20
4.1 Aspectos controvertidos acerca da qualidade de segurado.....	22
5. APLICABILIDADE DA TEORIA DO ABUSO DE PODER ÀS LIDES PREVIDENCIÁRIAS QUE DISCUTEM O TEMA	39
6. CONCLUSÃO	50
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	53

1. INTRODUÇÃO

A pensão por morte se trata de uma prestação do Regime Geral de Previdência Social devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, sendo este aposentado ou não, conforme disposto nos art. 18, II, “a” c/c 74 da Lei 8.213, de 24 de Julho de 1991.

É um benefício de suma importância ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, pois substituirá a renda do membro provedor da família, fazendo com que a fragilização desta seja ao menos atenuada no que tange ao aspecto financeiro da perda. O referido benefício demonstra uma característica do Estado Social Democrático, momento histórico em que se demonstrou uma maior preocupação com o indivíduo e suas necessidades, deixando claro uma nova realidade advinda de inúmeras lutas, tendo uma importante função social a cumprir para a concretização da dignidade da pessoa humana, em especial dos mais desamparados.

Apesar de ser devido o benefício independente da implementação de qualquer período de carência, verifica-se, por conseguinte, a necessidade de se comprovar todos os requisitos para o benefício pretendido, quais sejam: evento morte, qualidade de segurado e qualidade de dependente.

Muito embora, à primeira vista, o requisito “qualidade de segurado” transpareça como sendo um requisito objetivo para a concessão do benefício, verifica-se que, conforme entendimento exarado em diversas decisões judiciais, para o contribuinte individual tal análise não é tão objetiva assim, sobretudo pelas peculiaridades a serem analisadas para o reconhecimento de sua filiação.

Assim, este trabalho tem por finalidade analisar as controvérsias existentes acerca do reconhecimento extemporâneo da filiação do segurado contribuinte individual que exerce atividade por conta própria, visando implementar o requisito da qualidade de segurado ausente ao tempo do óbito do segurado instituidor. Para tanto, faz-se necessário o enfrentamento do tema desde a sua concepção constitucional, legal e infralegal.

Nesse sentido, verifica-se de suma importância a análise sistemática do tema não apenas no âmbito do Direito Previdenciário em si, que, apesar de se tratar

de ramo autônomo de nosso ordenamento jurídico, influencia diretamente em diversos outros ramos jurídicos, como Direito Constitucional, Direito do Trabalho, Direito Financeiro e Direito Processual Civil. Além das disciplinas jurídicas, o tema possui grande relevância no que tange às políticas públicas de Previdência e Assistência Social.

Para além da análise teórica e jurisprudencial do tema, há a necessidade de se enfrentar os principais reflexos que o seu não enfrentamento adequado pode ensejar na sociedade como um todo, levantando-se a análise financeira e atuarial que o princípio constitucional previdenciário homônimo pode causar nas contas públicas.

Por fim, há de se verificar o reflexo que o abuso no direito de demandar teses nocivas ao interesse público pode causar na sociedade. No mesmo sentido, não há como se escusar do custo que tal demanda pode ensejar na sociedade que busca o efetivo reconhecimento de seus direitos no judiciário, bem como os meios existentes em nosso ordenamento para coibir esse tipo de atitude, que contraria a boa fé, a moral, os bons costumes e os fins econômicos e sociais da norma.

2. O ESTADO E A PROTEÇÃO SOCIAL

Em que pese a limitação do poder ser a base do liberalismo¹, com o passar do tempo, da evolução do Estado e das relações sociais, percebeu-se que a mera ‘não intervenção’ do ente estatal não seria suficiente para suprir os novos anseios da sociedade.

Assim, após a superação do momento histórico em que a burguesia deixa de exercer o incontroverso poder sobre as demais classes sociais através do monopólio do poder político, nasce o Estado Social, que passará à busca da mitigação dos conflitos sociais a fim de pacificar as tensões entre trabalho e capital². Nesse sentido, segundo lições de Paulo Bonavides³, tem-se que:

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, de educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede o crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que antes pertenciam, em grande parte à área da iniciativa individual, nesse instante o Estado pode com justiça receber a denominação de Estado Social.

No histórico constitucional brasileiro do interregno de 1824 a 1988 verifica-se que a temática dos direitos sociais somente passou a constar expressamente do texto constitucional em 1934, sob a influência da Constituição de Weimar, de 1919.

A Constituição de 1824 foi a mais longa de nossa histórica constitucional, tendo durado 65 anos. Suas principais características foram: a instituição da

¹ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 5. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.p.183

² Ora, na atenuação dessa influência ou do domínio que a burguesia outrora exerceu incontrastavelmente é que se distingue também o Estado social. Quando o domínio daquele era completo, quando ele tinha em si virtualmente intacto o poder político, viveu a idade saudosa do liberalismo. À medida, porém, que o Estado tende a desprender-se do controle burguês de classe, e este enfraquece, passa ele a ser, consoante aspirações de Loren von Stein, o Estado de todas as classes, o Estado fato de conciliação, o Estado mitigador de conflitos sociais e pacificador necessário entre trabalho e capital. (id. p. 206-207).

³ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 5. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.p.208.

monarquia constitucional e a existência do poder moderador, que atribuía ao imperador poderes irrestritos e isento de quaisquer responsabilidades.

A Constituição de 1891, ao seu turno, foi a primeira constituição republicana de nosso país, cujo objetivo principal era o de instituir o regime da república e a federação. Atribuiu-se aos estados-membros, até então configurados sob a forma de províncias, a competência para elaborarem suas próprias Constituições.

Na Constituição de 1934, influenciada pelo momento histórico da crise da República Velha e da revolução de 1930, pode-se evidenciar pela primeira vez na história constitucional do Brasil a preocupação com a atuação do país nas searas econômicas e sociais.

Entretanto, apesar do nítido avanço no que tange a ampliação da abrangência da Constituição de 1934 em relação às anteriores em determinados temas, o documento viveu apenas até a outorga da Constituição de 1937, sob a regência de Getúlio Vargas. Influenciada pela Constituição polonesa, de cunho notadamente ditatorial, a carta de 1937 pode ser considerada um retrocesso, pois, ampliou os poderes do poder executivo, afastou da análise do poder judiciário de atos praticados no estado de guerra ou emergência e adotou a pena de morte para determinados crimes políticos.

Com o fim da Segunda Grande Guerra, em 1945, verifica-se a decadência dos regimes totalitários e o enfraquecimento da ordem política e constitucional instaurada pelo regime do Estado Novo. Nesse sentido, explicam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco⁴:

A Constituição de 1946 exprime o esforço por superar o Estado autoritário e reinstalar a democracia representativa, com o poder sendo exercido por mandatários escolhidos pelo povo, em seu nome, e por prazo certo e razoável. Reviva-se a importância dos direitos individuais e da liberdade política. Volta-se a levar a sério a fórmula federal do Estado assegurando-se a autonomia real aos Estados-Membros.

A Constituição de 1967, advinda após o turbulento momento político instaurado pelo golpe de 1964, deu grande importância ao contexto de segurança nacional, ampliando novamente os poderes do poder executivo, que teve sua tônica centralizadora reafirmada pela Emenda Constitucional 1/1969.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 113.

Por fim, após o turbulento momento instaurado pela ordem constitucional anterior, promulgou-se a Constituição de 1988, ampliando novamente os direitos e garantias fundamentais e respondendo pelo anseio abafado pela ordem militar vigente até então.

É no contexto da Constituição Federal de 1988, inserida no momento histórico do Estado Contemporâneo, que se verifica uma preocupação acentuada com a proteção social dos indivíduos em relação a determinados eventos que os possam surpreender, de forma a lhes causar a impossibilidade de subsistência por conta própria através da atividade laborativa⁵.

Após o surgimento das primeiras relações de emprego com a característica da retribuição pecuniária pelo trabalho, verifica-se que as condições de trabalho eram praticamente escravagistas, sem qualquer alusão à proteção social pelo Estado:

Nos primórdios da relação de emprego moderna, o trabalho retribuído por salário, sem regulamentação alguma, era motivo de submissão de trabalhadores a condições análogas às dos escravos, não existindo, até então, nada que pudesse comparar à proteção do indivíduo, seja em caráter de relação empregado-empregador, seja na questão relativa aos riscos da atividade laborativa, no tocante à eventual perda ou redução da capacidade de trabalho. Vale dizer, os direitos dos trabalhadores eram aqueles assegurados pelos seus contratos, sem que houvesse qualquer intervenção estatal no sentido de estabelecer garantias mínimas⁶.

Zenildo Bodnar⁷ afirma que o Estado Social e Democrático de Direito foi uma importante conquista da sociedade, congregando o resultado de importantes lutas pelo direito travadas ao longo da história da humanidade, e tem uma importante função social a cumprir em prol do bem comum e do pleno desenvolvimento da pessoa humana, em especial dos mais desamparados.

É, portanto, após todo o histórico de transições políticas e constitucionais demonstradas que surge a noção de proteção social, pois a efetiva preocupação com o indivíduo nem sempre possuiu as mesmas características em todos os momentos da história.

⁵ CASTRO, Carlos Alberto Pereira, de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 11. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 33.

⁶ *Ibid.*, p. 34.

⁷ BODNAR, Zenildo. In: *Curso Modular de Direito Previdenciário*. LUGON, Luiz Carlos de Castro; LAZZARI, João Batista (Orgs). *A concretização jurisdicional dos direitos previdenciários e sociais no Estado contemporâneo*. 1. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 15.

Por fim, verifica-se que a proteção social do Estado destina-se precipuamente à cobertura dos diversos riscos sociais que eventualmente possam abalar a condição de vida dos indivíduos, privando-os de, por conta própria, darem cabo às necessidades básicas para a sobrevivência. É nesse contexto que João Ernesto Aragonés Vianna⁸ afirma que em qualquer modelo de proteção social e, sobretudo, nos modernos sistemas de seguridade social, é que se visa propiciar ao indivíduo a superação de um Estado de necessidade social gerado por uma incongruência social ou risco social.

2.1. A seguridade social: saúde previdência e assistência social

Em virtude das diversas transformações e ampliações dos direitos fundamentais do homem ao longo da história, afirma José Afonso da Silva⁹ quanto a dificuldade em definir-lhes um conceito sintético e preciso e cita expressões usualmente empregadas para a definição: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem, afirmando que o último, em sua concepção, constituiria a expressão mais adequada¹⁰.

⁸ VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de Direito Previdenciário*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.04.

⁹ SILVA, Jose Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35.ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional n.68, de 21.12.2011. [São Paulo, SP]: Malheiros, 2012. p. 175.

¹⁰ *Direitos fundamentais do homem* constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; *fundamentais do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do *homem* não como macho da espécie, mas no sentido de *pessoa humana*. *Direitos fundamentais do homem* significa *direitos fundamentais da pessoa humana* ou *direitos fundamentais*. É com esse conteúdo que a expressão *direitos fundamentais* encabeça o Título II da Constituição, que se completa como *direitos fundamentais da pessoa humana*, expressamente, no art. 17. (Op. Cit. p. 176).

Assim, verifica-se que a Previdência se trata de um direito social, previsto no art. 6º da Constituição Federal, sendo considerado como direito prestacional social de índole positiva no rol dos direitos fundamentais¹¹.

A seguridade social, conforme conceituada no art. 194, CF, “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”.

Nos dizeres de Fábio Zambitte Ibrahim:

A seguridade social pode ser conceituada como a rede protetiva formada pelo Estado e por particulares, com contribuições de todos, incluindo parte dos beneficiários dos direitos, no sentido de estabelecer ações para o sustento de pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes, providenciando a manutenção de um padrão mínimo de vida digna¹².

Portanto, na forma estabelecida pela Constituição Federal, pode-se concluir que a Seguridade Social se trata de gênero em que a saúde, previdência e assistência social são espécies, cada uma com as particularidades que lhe são próprias.

A saúde se trata de espécie de seguridade social mais ampla dentre as previstas pela Carta Magna, haja vista não haver restrição em sua promoção, conforme estabelecido pelo art. 196 da Constituição:

Art. 196 – A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Da redação do artigo transcrito depreende-se, portanto, que a saúde é devida a todos independente de qualquer contribuição prévia. Ou seja, independentemente da existência de seguro privado de saúde pelo indivíduo, não deve a Administração Pública se negar a prestar atendimento, sob pena de expressa ilegalidade.

Nesse sentido, verifica-se o teor do contido no Recurso Especial RE 271.286-AgR, de relatoria do Ministro Celso de Mello:

¹¹ TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário: Regime Geral de Previdência Social e Regimes Próprios de Previdência Social*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 01.

¹² IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 15.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p.06.

"O direito público subjetivo à saúde **representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República** (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, **não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional**. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – **não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente**, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (...) O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/Aids, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º caput e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF." RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12.10.2000, Segunda Turma – DJ de 24/11/2000. (sem grifos no original)

Na saúde, conforme sintetizado por Leda de Oliveira Pinho¹³, impera a regra do “todos por todos”, ou seja,

Todos pagam pela via dos impostos, das contribuições e de outras receitas, para financiar a prestação de serviços de saúde a todos, independentemente de qualquer condição. Extrai-se, daí, a universalidade e a uniformidade da função.

A Previdência social brasileira é o seguro social para a pessoa que contribui e tem como objetivo reconhecer e conceder direitos aos seus segurados. A renda transferida pela Previdência Social é utilizada para substituir a renda do trabalhador contribuinte, quando ele perde a capacidade para o trabalho, seja pela doença,

¹³ PINHO, Leda de Oliveira. In: *Curso Modular de Direito Previdenciário*. LUGON, Luiz Carlos de Castro; LAZZARI, João Batista (Orgs) O conteúdo normativo do princípio da solidariedade no sistema da seguridade social. 1. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 15.

invalidez, idade avançada, morte, desemprego involuntário, ou mesmo a maternidade e a reclusão¹⁴.

Dessa forma, consoante previsto no art. 1º da Lei nº. 8.213/1991:

Art. 1º – A Previdência Social tem por fim assegurar aos beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, idade avançada, desemprego involuntário, encargos de família e reclusão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.

Assim, justifica-se como fundamento da previdência social a intervenção do Estado e a dignidade da pessoa humana. Nas lições de Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari¹⁵:

Com efeito, o seguro social, imposto por normas jurídicas emanadas do poder estatal, caracteriza uma intervenção do Estado na Economia e na relação com os particulares. E não é outra a função do poder estatal, senão a de assegurar o bem comum da sociedade a que serve. A ação estatal se justifica a partir da constatação de que as relações de trabalho estabelecem, em regra, cláusulas para vigorarem enquanto o trabalhador as pode executar. A ausência de previsão para a hipótese de impossibilidade de execução dos serviços pelo obreiro, em face de sua incapacidade laborativa – temporária ou permanente –, acarreta a este a possibilidade, sempre presente, de vir a ser colocado à margem da sociedade, como um ser não útil, e, por esta razão, ignorado pelos detentores dos meios de produção, sem direito a qualquer retribuição por parte daquele que empregava sua mão de obra. Nesse sentido, impõe-se afirmar que concordamos que seja necessária a intervenção estatal, uma vez que, conforme a própria doutrina internacional preconiza, o Estado utiliza a regulamentação e a prestação de serviços no campo previdenciário para fazer frente às falhas do mercado, no que tange aos ingressos jubilatórios, ou seja, a fim de garantir um regime que trate isonomicamente a todos os trabalhadores – garantia esta não concedida por um regime de previdência puramente privada –, permitindo o acesso universal aos benefícios previdenciários.

Tem-se como ponto de partida da previdência social no Brasil o Decreto nº 4.682 de 24 de janeiro de 1923, a chamada Lei Elói Chaves, autor do respectivo projeto, em que se determinou a criação de uma Caixa de Aposentadoria e Pensões para os empregadores de cada empresa ferroviária. Em 30 de abril do mesmo ano criou-se o Conselho Nacional do Trabalho, cujas atribuições incluíam a de decidir sobre questões relativas à Previdência Social.

¹⁴ Disponível em <<http://www.previdencia.gov.br/conteudoDinamico.php?id=33>>, acesso em 13.03.2012, às 11h21

¹⁵ CASTRO, Carlos Alberto Pereira, de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 11. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 34-35.

Estendendo o regime da Lei Elói Chaves aos trabalhadores dos serviços telegráficos e radiotelegráficos, foi publicada a Lei nº. 5.485, de 30 de junho de 1928. O Decreto nº. 19.433, de 26 de novembro de 1930, por sua vez, criou o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, tendo como uma das atribuições orientar e supervisionar a Previdência Social, inclusive como órgão de recursos das decisões das Caixas de Aposentadorias e Pensões. Entre os anos de 1930 a 1933 foram também amparados pelo regime da Lei Elói Chaves os empregados no serviço de força, luz, bondes (Decreto nº. 19.947 de 17 de dezembro de 1930), empregados dos demais serviços públicos concedidos ou explorados pelo Poder Público (Decreto nº. 20.465, de 1º de outubro de 1931) e trabalhadores nas empresas de mineração e marítimos (Decreto 22.872 de 29 de junho de 1933)¹⁶.

Entre 1934 e 1939 diversos outros atos normativos foram publicados a fim de expandir a cobertura previdenciária a diversos outros trabalhadores e categorias profissionais. Temos, assim, a ampliação para os trabalhadores de empresas de transporte aéreo (Portaria Conselho Nacional do Trabalho nº 32 de 19 de maio de 1934), comerciários (Decreto nº. 24.272 de 21 de maio de 1934), trabalhadores em trapiches e armazéns (Decreto 24.274, de 21 de maio de 1934), operários e estivadores (Decreto nº. 24.275, de 21 de maio de 1934), bancários (Decreto 24.615, de 09 de julho de 1934), industriários (Lei nº. 367, de 31 de dezembro de 1936), servidores do estado (Decreto-Lei nº. 288, de 23 de fevereiro de 1938), empregados em transportes e cargas (Decreto-Lei nº 651, de 26 de agosto de 1938), condutores de veículos (Decreto-Lei nº. 1.142, de 09 de março de 1939) e operários estivadores (Decreto-Lei nº. 1.355, de 19 de junho de 1939).

Com a aprovação das Consolidações das Leis do Trabalho (CLT), por meio do Decreto-Lei nº. 5.452, de 01 de maio de 1943, houve a elaboração pelo Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio do primeiro projeto de Consolidação das Leis da Previdência Social. Entretanto, apenas em 1960, por meio da Lei nº. 3.807, de 26 de agosto de 1960, é que se criou a Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), unificando a legislação referente aos Institutos de Aposentadorias e Pensões, de forma que a Consolidação das Leis da Previdência Social, propriamente dita, fora

¹⁶ Histórico disponível em <<http://www.previdencia.gov.br/conteudoDinamico.php?id=64>>. Acesso em 13.03.2012 às 11h50.

expedida apenas em 1976 por meio do Decreto nº. 77.077, de 24 de janeiro de 1976.

Em 1966, criou-se o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), reunindo os seis Institutos de Aposentadorias e Pensões, criação esta consolidada pela publicação do Decreto-Lei nº 72, de 21 de novembro de 1966. A estruturação do Ministério da Previdência Social, tal como é tida atualmente, passou por inúmeras mudanças e diversas configurações distintas. Em 1971, por meio do Decreto nº. 69.014, de 04 de agosto de 1971, estruturou-se o Ministério do Trabalho e da Previdência Social (MTPS). Posteriormente, em 1974, criou-se o Ministério da Previdência e Assistência Social, desmembrado do Ministério do Trabalho e Previdência Social, conforme disciplina a Lei 6.036, de 01 de maio de 1974.

Passados mais de 15 anos da última alteração, extinguiu-se o Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS), restabelecendo o Ministério do Trabalho e da Previdência Social (MTPS), por meio da Lei nº. 8.029, de 12 de abril de 1990. Alterações posteriores vieram a extinguir, novamente, o Ministério do Trabalho e Previdência Social (MTPS) para restabelecimento do Ministério da Previdência Social (MPS) que, embora com algumas outras reestruturações (Lei nº. 8.490, de 19 de novembro de 1992, Medida Provisória nº. 813, de 01 de janeiro de 1995 e Lei 10.683, de 28 de maio de 2003), permaneceu com tal estrutura e denominação.

O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) foi criado por meio da Lei nº. 8.029, de 12 de abril de 1990, mediante a fusão da IAPAS com o INPS.

As leis 8.212 e 8.213, ambas de 1991, são as duas principais leis que regulam, respectivamente, o plano de custeio e de benefícios da Previdência Social, que é um direito social elevado à categoria de direito fundamental, conforme se verifica no caput do art. 6º da Constituição Federal.

O INSS é o responsável pela operacionalização, concessão e manutenção de todos os benefícios previdenciários, com exceção do seguro-desemprego, atualmente operacionalizado pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE). Além dos benefícios previdenciários, o INSS ainda é responsável por dois benefícios assistenciais, quais sejam: Benefício de Prestação Continuada ao Idoso e Benefício de Prestação Continuada ao Portador de Deficiência, ambos instituídos pela Lei nº. 8.472/1993 e custeados com recursos do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome.

Conforme leciona Sérgio Pinto Martins¹⁷,

É a Previdência Social o segmento de seguridade social, composta de um conjunto de princípios, de regras e de instituições destinados a estabelecer um sistema de proteção social, mediante contribuição, que tem por objetivo proporcionar meios indispensáveis de subsistência ao segurado e sua família, quando ocorrer a contingência prevista em Lei.

Portanto, fica nítido o caráter contributivo da Previdência Social, fato este que mais acentua a própria noção de *seguro social*, ou seja, para sua cobertura há a necessidade de prévio implemento de determinadas condições estabelecidas para cada tipo de contingência social e, conseqüentemente, para cada benefício previdenciário. É, pois, nesse contexto que Leda de Oliveira Pinho¹⁸ sintetiza a regra que impera na Previdência Social, qual seja, *alguns por alguns*, haja vista que, diferentemente da saúde e da assistência social a cobertura dos riscos sociais é custeado pelos próprios segurados do sistema previdenciário.

A assistência social, por sua vez, nos termos delineados pelo art. 203 da CF, “será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social”. Portanto, diferentemente da Previdência Social, verifica-se que a Assistência Social busca cobrir às vulnerabilidades sociais independentemente do recolhimento de qualquer contribuição previdenciária, desde que atendidos os requisitos estabelecidos tanto pelo legislador constituinte, quanto pelo legislador ordinário, conforme pode se observar da Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social.

Seus objetivos encontram-se arrolados nos incisos do art. 203 da Constituição Federal, quais sejam:

- I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
- II – o amparo às crianças e adolescentes carentes;
- III – a promoção da integração do mercado de trabalho;
- IV – a habilitação e a reabilitação das pessoas portadoras de deficiências e a promoção de sua integração à vida comunitária;
- V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

¹⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 292.

¹⁸ PINHO, Leda de Oliveira. In: *Curso Modular de Direito Previdenciário*. LUGON, Luiz Carlos de Castro; LAZZARI, João Batista (Orgs) *O conteúdo normativo do princípio da solidariedade no sistema da seguridade social*. 1. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p.68.

Nesse sentido, aduz Fábio Zambitte Ibrahim¹⁹:

Muitas pessoas não exercem atividades remuneradas, daí serem desprovidas de qualquer condição de custear a proteção previdenciária. Ao Estado, portanto, urge manter segmento assistencial direcionado a elas. Não compete à previdência social a manutenção de pessoas carentes; por isso, a assistência social é definida como atividade complementar ao seguro social.

Assim, diferentemente do que ocorre na saúde, em que todos pagam por todos, e da previdência, em que apenas alguns gozam das prestações em face da seletividade da função, Leda de Oliveira Pinho²⁰ sintetiza que, na assistência social, por sua vez, impera a regra do “todos por alguns”.

¹⁹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 15.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p.14.

²⁰ PINHO, Leda de Oliveira. In: *Curso Modular de Direito Previdenciário*. LUGON, Luiz Carlos de Castro; LAZZARI, João Batista (Orgs) *O conteúdo normativo do princípio da solidariedade no sistema da seguridade social*. 1. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 68.

3. PREVIDÊNCIA SOCIAL

3.1. Segurados e benefícios da previdência social

Os segurados da previdência social são agrupados em duas grandes vertentes, quais sejam: obrigatórios e facultativos. Nos dizeres de Fábio Zambitte Ibrahim²¹:

Segurados obrigatórios são aqueles vinculados obrigatoriamente ao sistema previdenciário, sem a possibilidade de exclusão voluntária. São explicitados no art. 12 da Lei n. 8.212/1991 e no art. 11 da Lei n. 8.213/1991. O Regulamento da Previdência Social também trata do tema no art. 9o. A lei divide-os em cinco espécies: empregado, empregado doméstico, avulso, contribuinte individual e segurado especial.

Sérgio Pinto Martins²², por sua vez, faz alusão ao contrato de seguro previsto no Direito Civil ao delinear a ideia de segurado, haja vista que a característica essencial, tanto na acepção previdenciária, quanto na civil, é no sentido da necessidade de cobertura contra determinados riscos. O autor ainda alerta quanto a exclusão da pessoa jurídica enquanto segurado em virtude de não se tratar de beneficiária do sistema, podendo, para fins fiscais, ser considerada contribuinte, uma vez que existe determinação em relação ao pagamento de determinadas contribuições para o financiamento da seguridade social. Nesse sentido, aduz o autor:

Essa definição compreende tanto os que ainda exercem atividade remunerada (que estão na ativa) como os que já estão aposentados. Tanto faz se a pessoa exerce ou não atividade remunerada, pois o estudante, o desempregado, a dona-de-casa e o síndico de condomínio não exercem atividade remunerada, mas são segurados do sistema em estudo. A atividade exercida pode ser tanto efetiva, diária, como a do trabalhador empregado, ou ocasional, como a do trabalhador eventual. Não há necessidade de haver vínculo empregatício para a configuração da condição de segurado, pois também são segurados o trabalhador avulso e o autônomo, e estes não têm vínculo de emprego. É segurado toda pessoa que usufrui ou pode usufruir de benefícios.

²¹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 15.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p.192.

²² MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 101.

São segurados obrigatórios da Previdência Social, nos termos do art. 11, da Lei 8.213/1991: o empregado, empregado doméstico, contribuinte individual, trabalhador avulso e o segurado especial.

Para fins do presente estudo, urge ressaltar que o contribuinte individual será o paradigma das controvérsias acerca da qualidade de segurado como requisito à concessão da pensão por morte previdenciária. Assim, conforme explana Fábio Zambitte Ibrahim²³ “esta categoria [de contribuinte individual], foi criada pela Lei 9.876/1999, a qual reuniu três categorias existentes (empresário, autônomo e equiparado a autônomo) em uma única, denominada contribuinte individual”. Em outras palavras, trata-se do típico trabalhador autônomo propriamente dito.

Os benefícios previdenciários, conforme leciona João Ernesto Aragonés Viana²⁴ visam suprir o estado de necessidade causada por algum fato que venha privar os segurados da manutenção da própria subsistência:

Por meio das prestações a previdência social vai oferecer condições para que os beneficiários superem o estado de necessidade social que dá ensejo às mesmas. As prestações dividem-se em benefícios e serviços. Os benefícios são prestações de natureza patrimonial, é dizer, são concedidos em dinheiro, enquanto que os serviços têm natureza não patrimonial.

A Lei 8.212/1991 buscou categorizar as prestações tendo em vista seus destinatários. Dessa forma, consoante disposto em seu art. 18, prevê benefícios destinados ao segurado: aposentadoria por idade, aposentadoria por invalidez, aposentadoria por tempo de contribuição, aposentadoria especial, auxílio-doença, salário-família, salário-maternidade e auxílio-acidente. Por outro lado, há, ainda, as prestações destinadas aos dependentes, quais sejam: pensão por morte e auxílio reclusão.

²³ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 15.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p.214.

²⁴ VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de Direito Previdenciário*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.432.

3.2. Da filiação, inscrição e recolhimento das contribuições pelo segurado contribuinte individual

A filiação, nos termos do art. 9, §12, do Decreto 3.048/1999, é o “vínculo que se estabelece entre pessoas que contribuem para a Previdência Social e esta, da qual decorrem direitos e obrigações”. Nesse sentido, dispõe ainda o Regulamento da Previdência Social no mesmo dispositivo citado, que “o exercício de atividade remunerada sujeita o segurado à filiação obrigatória ao Regime Geral de Previdência Social”.

Considera-se inscrição, nos ditames do art. 18 do Regulamento, “o ato pelo qual o segurado é cadastrado no Regime Geral de Previdência Social, mediante comprovação dos dados pessoais e de outros elementos necessários e úteis à sua caracterização”.

Nos termos exarados pela nossa Carta Magna em seu art. 201, verifica-se que a *filiação* dos segurados obrigatórios se dá de forma automática, não cabendo a estes disporem acerca de tal relação jurídica, conforme transcreve-se abaixo:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de **filiação obrigatória**, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) (sem grifos no original)

Em consonância com o texto constitucional, Miguel Horvath Júnior²⁵ aduz que “a filiação à previdência social decorre automaticamente do exercício de atividade remunerada para os segurados obrigatórios e da inscrição formalizada com o pagamento da primeira contribuição para o segurado facultativo”.

Dessa forma, verifica-se que *filiação* e *inscrição* se tratam de terminologias distintas, ou seja, esta se refere ao ato de formalização do segurado no Regime Geral de Previdência Social, sua inscrição perante a autarquia gestora do regime, qual seja, o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. A *filiação*, por sua vez, se

²⁵ JÚNIOR, Miguel Horvath. *Direito Previdenciário*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 5.ª edição, 2005, p. 147.

trata de uma consequência automática advinda a partir do exercício da atividade remunerada. Nesse sentido, defende Bruno Rezende Palmieri²⁶:

Decerto quando alguém exerce atividade remunerada, mesmo de forma autônoma, estará filiado ao RGPS, independentemente de desejar fazê-lo, desde que a aludida atividade esteja incluída no regime em comento. Claro que neste caso, o interessado deverá procurar o órgão previdenciário e informá-lo a respeito, obtendo sua inscrição. Importante esclarecer, entretanto, que inscrição e filiação são conceitos distintos. O segundo assinala o momento de ingresso no regime geral de previdência social, o primeiro, a prestação de informações ao órgão da previdência social acerca do segurado e o registro destas.

Nota-se, por conseguinte, que a inscrição e a filiação do segurado contribuinte individual, nos termos do art. 11, inciso V, da Lei 8.213/1991, podem ocorrer no mesmo momento – ocasião em que o segurado, a partir do início de sua atividade remunerada se inscreve no órgão previdenciário –, ou, então, podem ocorrer em momentos distintos, em que passado certo lapso de tempo a partir do exercício da atividade e auferimento de renda, este procede com sua formalização no regime.

Corroborando a lição quanto a diferenciação entre filiação e inscrição, aduz João Ernesto Aragonés Viana²⁷, de forma mais lacônica, que “filiação não se confunde com inscrição”.

Em relação à arrecadação e ao recolhimento das contribuições, dispõe o art. 216 inciso II, do Decreto 3.048/1999:

II- o segurado contribuinte individual, quando exercer atividade econômica por conta própria ou prestar serviço a pessoa física ou a outro contribuinte individual, produtor rural pessoa física, missão diplomática ou repartição consular de carreira estrangeiras, ou quando tratar-se de brasileiro civil que trabalha no exterior para organismo oficial internacional do qual o Brasil seja membro efetivo, ou ainda, na hipótese do § 28, e o facultativo **estão obrigados a recolher sua contribuição, por iniciativa própria**, até o dia quinze do mês seguinte àquele a que as contribuições se referirem, prorrogando-se o vencimento para o dia útil subsequente quando não houver expediente bancário no dia quinze, facultada a opção prevista no § 15; (Redação dada pelo Decreto nº 4.729, de 2003) (sem destaques no original).

Assim, verifica-se que, ainda que a filiação se dê de forma automática pelo exercício de atividade remunerada, não haveria como o contribuinte individual que

²⁶ PALMIERI, Bruno Rezende. *A importância do conceito jurídico de filiação ao Regime Geral de Previdência Social*. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1349>. Acesso em 13/04/2012, às 21h04.

²⁷ VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de Direito Previdenciário*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.429.

presta serviços por conta própria se eximir da responsabilidade quanto ao recolhimento de suas contribuições.

Segundo Leandro Ferreira Bernardo e Wiliam Fracalossi²⁸, o entendimento jurisprudencial dominante se dá no sentido de que o segurado contribuinte individual é responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, sob pena de não reconhecimento do vínculo para fins previdenciários. Aduzem ainda que não é possível o reconhecimento do vínculo sem a respectiva contrapartida contributiva para fins de concessão do benefício previdenciário, ainda que condicionada ao desconto no próprio benefício. Nesse sentido:

(...) No caso de contribuinte individual, o próprio segurado é responsável exclusivo pelas contribuições, cuja falta de recolhimento não pode ser justificada pela ausência de fiscalização pelo órgão previdenciário. Na hipótese, apesar do significativo histórico contributivo, o autor perdeu a qualidade de segurado em face da ausência de recolhimento como segurado individual (art. 11, V, alínea h, da Lei 8.213/1991), no período em que desempenhou as atividades de “vendedor de churrasquinho”, ainda que eventualmente. (...) (TRF1, Recurso contra sentença do juizado cível 200835007016728/GO, Relator Carlos Augusto Tórres Nobre, Primeira turma recursal/GO, Data da decisão: 03/12/2008, DJGO 19/12/2008).

E ainda:

O contribuinte individual (antigo autônomo) sempre foi responsável pelo recolhimento de suas próprias contribuições, ou seja, não é possível transferir tal ônus ao empregador, conforme ocorre com os trabalhadores empregados. Assim, tendo em vista que a Autora não efetuou o recolhimento das contribuições devidas à Previdência Social, é impossível o cômputo e concessão do benefício vindicado. (...) (TRF3, AC 930593, Processo: 200403990129229/SP, Relator: Juiz Antônio Cedenho, sétima turma, data da decisão: 03/07/2006, TRF300106532, DJU 05/10/2006, p. 407)

Portanto, fica evidente que, diferentemente dos segurados empregados, trabalhadores avulsos e empregados domésticos, cabe exclusivamente ao contribuinte individual que presta serviços por conta própria o recolhimento de suas respectivas contribuições no prazo estabelecido pelo Decreto 3.048/1999. Tal diferenciação de procedimento se justifica pela natureza distinta das referidas categorias de segurado, bem como a forma que o exercício da atividade remunerada se dá em cada um dos casos. Ratificando tal diferenciação, tem-se:

²⁸ BERNARDO, Leandro Ferreira; FRACALOSS, Wiliam. *Direito Previdenciário na Visão dos Tribunais: Doutrina e Jurisprudência*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010, p. 14.

Na sistemática da Lei 8.213/1991, aos segurados empregados, avulsos e empregados domésticos – em que a obrigação do recolhimento e pagamento das contribuições é do empregador – é possível a concessão de benefício ainda que haja débito relativamente a contribuições; outra é a situação dos contribuintes individuais (obrigatórios e/ou facultativos), em que é sua a obrigação de verter aos cofres previdenciários as respectivas contribuições. Mais do que isso, tal recolhimento é condição para o reconhecimento de vínculo previdenciário e, sendo assim, não é possível reconhecer tempo de serviço como autônomo condicionado a posterior recolhimento e/ou desconto no próprio benefício a ser, em tese, concedido; não fosse assim, “seria possível a concessão de benefício pelo mero exercício da atividade como contribuinte individual, sem qualquer recolhimento”, como bem refere o voto divergente. (...) (TRF4, EAC 2001.71.00.000071-9/RS, Rel. Juiz Federal Alcides Vettorazzi, Terceira Seção, j. 03/07/2008, de 09/07/2008).

4. DA PENSÃO POR MORTE PREVIDENCIÁRIA

A pensão por morte se trata de um benefício destinado ao dependente do segurado que vier a óbito e que tenha preenchido, ao tempo deste, os requisitos exigidos pela lei para sua concessão. Está prevista no art. 74 da Lei 8.213/1991 e art. 105 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3.048/1999. No plano constitucional, tem-se 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 cobertura dos eventos de (...) morte”, conforme se verifica no art. 201, incisos I e V, da Constituição Federal.

Conforme leciona Sérgio Pinto Martins²⁹,

Em sentido amplo, pensão é uma renda paga a certa pessoa durante toda a sua vida. Para Pedro Orlando (1959), pensão é uma “renda vitalícia ou temporária” que o Estado ou o particular se obriga a pagar, mensal o anualmente, a determinada pessoa em decorrência dos serviços prestados. Vê-se que nesta afirmação também há a previsão do pagamento da pensão, não só pelo Estado, mas também pelo particular. Mostra-se que o vocábulo “pensão” é muito amplo, ou seja, é gênero do qual são espécies a pensão alimentícia do Direito Civil e a pensão por morte do Direito Previdenciário.

Wladimir Novaes Martinez³⁰, por sua vez, preceitua que:

Pensão por morte é benefício de pagamento continuado, substituidor da remuneração do segurado falecido (provedor), devido aos seus dependentes. Designada na lei como pensão por morte, compreende também a morte presumida, nos casos de ausência ou desaparecimento.

A lei não exige carência para sua concessão, sendo esta considerada o número de contribuições mensais mínimas que o segurado deve efetivar para ter direito a benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de

²⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social: custeio da seguridade social, benefícios, acidente do trabalho, assistência social, saúde*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 382.

³⁰ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários à lei básica da previdência social*: tomo I, plano de custeio lei n. 8.213/91, decreto n. 3.048/99. 4. ed.-. São Paulo: LTr, 2003. p. 480

suas competências³¹, mas tão somente a **qualidade de segurado** do instituidor ao tempo do óbito.

Possui a “qualidade de segurado” perante a Previdência Social o trabalhador que exerce a atividade remunerada e está em dia com suas contribuições mensais, situação em que terá direito a todos os benefícios previdenciários quando ocorrido seu evento gerador e presentes os demais requisitos. Entretanto, há situações em que mesmo sem contribuir o trabalhador permanece amparado pelo Regime Geral de Previdência Social. Essas situações encontram-se arroladas no art. 15 da Lei 8.213/1991, quais sejam:

Art. 15. Mantém a qualidade de segurado, **independentemente de contribuições:**

I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício;

II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;

III - até 12 (doze) meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória;

IV - até 12 (doze) meses após o livramento, o segurado retido ou recluso;

V - até 3 (três) meses após o licenciamento, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar;

VI - até 6 (seis) meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo.

§ 1º O prazo do inciso II será prorrogado para até 24 (vinte e quatro) meses se o segurado já tiver pago mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado.

§ 2º Os prazos do inciso II ou do § 1º serão acrescidos de 12 (doze) meses para o segurado desempregado, desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

§ 3º Durante os prazos deste artigo, o segurado conserva todos os seus direitos perante a Previdência Social.

§ 4º A perda da qualidade de segurado ocorrerá no dia seguinte ao do término do prazo fixado no Plano de Custeio da Seguridade Social para recolhimento da contribuição referente ao mês imediatamente posterior ao do final dos prazos fixados neste artigo e seus parágrafos. (sem grifos no original)

A *contrariu sensu*, dispõe o art. 102 do mesmo diploma legal que a perda da qualidade de segurado importa em caducidade dos direitos inerentes a essa qualidade.

Nesse sentido, Leandro Ferreira Bernardo e Wiliam Fracalossi³² levantam como entendimento jurisprudencial dominante quanto aos requisitos do benefício “1)

³¹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 15.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p.574.

a qualidade de segurado do instituidor ao tempo do óbito; 2) a comprovação da qualidade de dependente e; 3) o evento morte”.

Portanto, à primeira vista pode-se inferir que os critérios ensejadores do direito à pensão por morte no RGPS sejam, de plano, objetivamente considerados. Ou seja, cumpridos os requisitos estabelecidos pelo legislador ordinário, maiores controvérsias não haveriam, haja vista a clareza com que se estabelecem seus requisitos, a saber: morte, qualidade de segurado e qualidade de dependente.

Todavia, não é essa a realidade que se tem nos tribunais, sobretudo no que tange ao direito da pensão por morte do contribuinte individual, cuja responsabilidade pelo recolhimento das contribuições é do próprio filiado, de forma que, não havendo fiscalização quanto ao cumprimento de tal obrigação previdenciária, correm os dependentes o risco de ficar à margem do sistema de proteção social, terminando por depositar suas pretensões para apreciação do judiciário brasileiro, conforme se analisará a seguir.

Na esfera administrativa, acompanhou-se a redação da Lei 8213/1991 quanto aos requisitos de sua concessão, conforme se depreende da redação do art. 318 da Instrução Normativa nº 45, de 6 de agosto de 2010, que afirma que “a pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não”. Ou seja, só fará jus a pensão por morte quem se enquadrar na condição de “dependente” do “segurado” que “falecer”, em outras palavras, a concessão do benefício está condicionada a demonstração da qualidade de segurado do instituidor, qualidade de dependente do requerente, combinado com o evento morte daquele.

4.1. Aspectos controvertidos acerca da qualidade de segurado

O entendimento jurisprudencial dominante é no sentido de que, para ser concedido o benefício de pensão por morte, a qualidade de segurado deve ser aferida à época do óbito, sendo esta devida aos dependentes do segurado que

³² BERNARDO, Leandro Ferreira; FRACALLOSSI, William. *Direito Previdenciário na Visão dos Tribunais: Doutrina e Jurisprudência*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010, p. 248.

falecer, independentemente de carência (art. 74 e 26, inciso I, da Lei 8.213/1991), sendo, porém, imprescindível a condição de segurado, conforme disciplina o art. 15 da Lei 8.213/1991³³.

Nesse sentido, tem-se que

A perda da qualidade de segurado, quando ainda não preenchidos os requisitos necessários à implementação de qualquer aposentadoria, resulta na impossibilidade de concessão do benefício de pensão por morte. (AgRgE-REsp nº 547.202/SP, Relator Ministro Paulo Gallotti, in DJ 24/04/2006).

A perda da qualidade de segurado constitui óbice à concessão da pensão por morte quando o de cujus não chegou a preencher, antes de sua morte, os requisitos para obtenção de qualquer aposentadoria concedida pela Previdência Social, tal como ocorre nas hipóteses em que, embora houvesse preenchido a carência, não contava com tempo de serviço ou com idade bastante para se aposentar. (...) (STJ, EREsp 263.005/RS, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, Terceira Seção, DJE 17/03/2008).

Ou seja, uma das hipóteses em que se admite a concessão da pensão morte independentemente da existência da qualidade de segurado do instituidor, seria quando este já tivesse direito adquirido a qualquer das aposentadorias no RGPS, isto é, conceder-se-ia a pensão por morte previdenciária quando todos os requisitos da aposentadoria estivessem implementados ao tempo do óbito. Por outro lado, ainda pode ser evidenciado o direito à pensão por morte quando o trabalhador deixa de contribuir para a Previdência Social por período superior a doze meses, em razão de estar incapacitado para o trabalho, ocasião em que este não perderia sua qualidade de segurado, a saber:

(...) A Egrégia 3ª Seção desta Corte Superior de Justiça firmou já entendimento no sentido de que o trabalhador que deixa de contribuir para a Previdência Social por período superior a doze meses, em razão de estar incapacitado para o trabalho, não perde a qualidade de segurado (...). (STJ, REsp 543.629, Relator Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 24/05/2004)

O óbito do alegado companheiro da Autora deu-se na vigência da Lei nº 8.213/1991, com as alterações em sua redação operadas pelas Leis nº 9.032/1995 e 9.528/1997, sendo esta a legislação previdenciária aplicável. Caso em que o de cujus era portador e leucemia mielóide crônica (câncer), e faria jus ao auxílio-doença de acordo com o art. 30, III do Decreto 3.048/1999 e o art. 151 da Lei nº 8.213/1991, não havendo que se falar em perda da qualidade de segurado, a teor da interpretação dada ao inciso I do art. 15 da Lei nº 8.213/1991. Entendimento jurisprudencial já firmado no Colendo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o trabalhador que

³³ BERNARDO, Leandro Ferreira; FRACALOSSI, William. *Direito Previdenciário na Visão dos Tribunais: Doutrina e Jurisprudência*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010, p. 250.

deixa de contribuir para Previdência Social por período superior a doze meses, em razão de estar incapacitado para o trabalho, não perde a qualidade de segurado (...). (TRF2, AC 2002.51.01.511972-0, Des. Relator Abel Gomes, Primeira Turma Especializada, DJ 17/04/2007, p. 318 e 319).

Assim, em que pese não ter havido requerimento administrativo do auxílio-doença previdenciário, entende a jurisprudência dominante que, comprovada a incapacidade para o trabalho e estando o segurado na qualidade de segurado quando da fixação da Data de Início da Incapacidade pela perícia médica oficial realizada no INSS, não haveria que se falar em perda da qualidade de segurado para este filiado, sendo devida a pensão por morte ao conjunto de seus dependentes.

Excetuados os casos delineados, em que se pode verificar que a jurisprudência tem sido pacífica, há de se analisar os casos de pensão por morte de contribuinte individual que não está em dia com seus recolhimentos previdenciários quando do fato gerador, cuja regularização destes se daria após o óbito do segurado instituidor.

Nesses casos, pode-se evidenciar certa divergência jurisprudencial quanto à possibilidade de regularizar o recolhimento das contribuições após o óbito do segurado contribuinte individual para concessão do benefício.

Conforme leciona Leandro Ferreira Bernardo e William Fracalossi³⁴, existem três correntes divergentes acerca do tema, uma que permite sem ressalvas a regularização de contribuições não pagas em vida pelo segurado instituidor, outra que veda tal possibilidade e, por fim, uma terceira mais ampliativa, que entende ser cabível a concessão do benefício independentemente do recolhimento das contribuições correspondentes³⁵.

³⁴ BERNARDO, Leandro Ferreira; FRACALLOSSI, Wiliam. *Direito Previdenciário na Visão dos Tribunais: Doutrina e Jurisprudência*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010, p. 250.

³⁵ Uma primeira corrente jurisprudencial entende ser plenamente possível a regularização de contribuições não pagas em vida pelo de cujus, desde que seja comprovado o exercício da atividade, uma vez que o contribuinte individual se trata de segurado obrigatório do RGPS. Neste caso seria possível o recolhimento post mortem das contribuições previdenciárias (indenização) ou através de desconto/abatimento das contribuições pretéritas sobre os proventos da própria pensão. Outra corrente, por sua vez, nega tal possibilidade, entendendo que o mero exercício da atividade remunerada não basta para o reconhecimento da qualidade de segurado do contribuinte individual. Segundo este raciocínio, é imprescindível o recolhimento das contribuições respectivas pelo próprio segurado quando em vida para que seus dependentes possam receber o benefício de pensão por morte. Desta forma, esta posição entende que não existe base legal para uma inscrição post mortem ou para que sejam regularizadas as contribuições pretéritas, não recolhidas em vida pelo de cujus. Uma terceira corrente, por fim, de forma mais flexível, entende que seria cabível a pensão por morte sem necessidade de recolhimento de contribuições, desde que seja comprovado o exercício da atividade. (*Ibid*).

Fica evidente, portanto, que as mais variadas interpretações da norma surgem quando se analisa a questão do direito da pensão por morte pelo contribuinte individual. Tal sensação de incerteza jurídica deve-se, sobretudo, a não presunção do recolhimento das contribuições por esta categoria de segurado, diferente do que ocorre, por exemplo, com o segurado empregado, cujos recolhimentos são presumidamente efetuados pelo empregador, ou, ainda, para o segurado especial, que apenas após o infortúnio é que os dependentes farão a prova do exercício da atividade rural do *de cujus*.

Assim, não há que se negar que principalmente as atividades dos trabalhadores autônomos, marcadas historicamente pela informalidade e precariedade, acabam por ser prejudicadas, haja vista que tais trabalhadores, ao viverem dos famosos “bicos”, ou prestação informal de serviços para outras pessoas físicas ou, até mesmo, jurídicas, não podem dispor da parcela previdenciária que lhe cabe da remuneração paga pelo seu tomador de serviços, muitas vezes insuficiente para dar cabo às necessidades vitais de todo seu grupo familiar, para cumprimento da obrigação previdenciária de recolhimento da contribuição.

Portanto, ao se analisar fria e objetivamente o art. 216, inciso II, do Decreto 3.048/1999, não há dúvidas de que a responsabilidade no recolhimento das contribuições previdenciárias seja, de fato, do contribuinte individual que presta serviço a uma ou mais pessoas físicas sem relação de emprego.

Todavia, no caso concreto, a situação fática ganha outro contorno, sobretudo pelo fato de que, não se reconhecendo o direito à pensão por morte de uma família fragilizada pela perda de um de seus membros e estando esta sem meios de se manter, talvez não se estivesse aplicando a lei segundo os fins sociais a que esta se destinaria, conforme preceituado pelo art. 5º da Lei de Introdução de Normas do Direito Brasileiro.

Entretanto, deve-se verificar que, além de atender aos fins sociais que determinada norma se destinaria, a mesma Lei de Introdução finaliza o referido artigo relativizando que se deve, ainda, atender as exigências do bem comum. Nesse sentido, não podemos nos olvidar que se está analisando o direito a um benefício previdenciário à luz de um plano de benefícios de previdência, e não de uma lei orgânica de assistência social. Ou seja, deve-se atender determinados

princípios constitucionais que assegurem o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, em respeito ao princípio constitucional homônimo, de forma a garantir que quem hoje financia o sistema possa, no futuro, também ser beneficiado por este.

Verifica-se que a primeira corrente citada – a qual entende ser possível a regularização das contribuições não pagas em vida pelo segurado instituidor do benefício – não se trata de corrente nascida exclusivamente na jurisprudência dos tribunais. Nesse mesmo sentido, entende Wladimir Novaes Martinez³⁶ que

Não inscrito antes do óbito, se o segurado estava filiado em decorrência do exercício de atividade remunerada abrangida pelo RGPS, a inscrição pode ser promovida pelos dependentes após o falecimento, cabendo aos sucessores, provavelmente os dependentes, para quem instituiu o benefício, saldar eventual dívida para com o INSS.

Corroborando tal tese, tem-se que

O PREVIDENCIÁRIO – PENSÃO POR MORTE – AUTÔNOMO – FILIAÇÃO AUTOMÁTICA – SEGURADO OBRIGATÓRIO – RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES EM ATRASO – ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA – JUROS DE MORA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – CUSTAS PROCESSUAIS.

1 O instituidor da pensão, na condição de autônomo, era segurado obrigatório da Previdência Social, uma vez que a filiação é automática, pois decorre do exercício da atividade vinculada ao Regime Geral de Previdência Social, independente de qualquer ato do segurado.

2 O trabalhador autônomo está obrigado a recolher sua contribuição por iniciativa própria, de modo que não ocorrendo recolhimento em lapso superior ao período de graça, enseja a perda da qualidade de segurado, mas nada impede que a autora, sua dependente, proceda ao pagamento das contribuições atrasadas após a sua morte, pois se trata de mera regularização de valores devidos.

3 Preenchidos os requisitos exigidos na Lei 8.213/1991, concede-se à autora o benefício de pensão por morte a contar da data do óbito. (TRF4, AC nº 2003.70090153999, pub. 13/11/2007 – sem grifos no original).

No sentido exposto no acórdão *supra*, entendeu o magistrado que a filiação do segurado contribuinte individual se deu de forma automática, independente do recolhimento da contribuição previdenciária a seu cargo, muito embora afirme o art. 20 do RPS que “filiação é o vínculo que se estabelece entre as pessoas que contribuem para a previdência social e esta, da qual decorrem direitos e obrigações”. Dessa forma, aplicou-se o §1º do artigo citado de forma isolada, o qual afirma que a *filiação à Previdência Social decorre automaticamente do exercício de atividade*

³⁶ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários à lei básica da previdência social*: tomo I, plano de custeio lei n. 8.213/91, decreto n. 3.048/99. 4. ed.-. São Paulo: LTr, 2003. p. 480

remunerada para os segurados obrigatórios, concluindo que o recolhimento em dia das contribuições se trataria de detalhe menos relevante, podendo tal fato ser meramente “regularizado” após fato gerador do benefício pleiteado.

No mesmo sentido, tem-se ainda:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. QUALIDADE DE SEGURADO. CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. NECESSIDADE DE REGULARIZAÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES.

1. A filiação do contribuinte individual à Previdência Social se dá com o exercício de atividade remunerada. À época do óbito, todavia, na medida em que competia ao trabalhador autônomo o ônus de provar que efetivamente contribuiu (art. 30, II, da Lei 8.212/91), o recolhimento das contribuições constituía condição necessária para assegurar a proteção previdenciária para si e para seus dependentes.

2. Comprovado o exercício de atividade que justifique o enquadramento, nada obsta o recolhimento post mortem das contribuições devidas pelo contribuinte individual, para fins de concessão de pensão, haja vista o disposto no § 1º do artigo 45 da Lei 8.212/91. Possibilidade, a propósito, expressamente autorizada pelo artigo 282 da Instrução Normativa do INSS nº 118/2005.

3. Não tendo sido efetuado o recolhimento post mortem de todas as contribuições até o óbito do segurado, não faz jus a parte autora a concessão da pensão por morte, reconhecendo-se apenas a qualidade de segurado do falecido na data do óbito, bem como reconhecido o direito da parte autora em promover o recolhimento de todas as contribuições em atraso, a fim de viabilizar a concessão do benefício de pensão por morte. (TRF 4, APELREEX 4280 2008.70.00004280-9, Relator Luis Roberto D’Azevedo Aurvalle, Sexta Turma, D.E. de 02.08.2010 – sem grifos no original)

No caso em análise, reconheceu também o magistrado a filiação automática do contribuinte individual e, embora consigne expressamente que o recolhimento das contribuições previdenciárias se trate de *condição necessária* para assegurar a proteção social, admite, tão somente pela comprovação do exercício da atividade remunerada, o recolhimento *post mortem* das contribuições devidas pelo contribuinte individual. Entretanto, consigna-se na decisão que, pelo não recolhimento até o óbito do segurado de todas as contribuições, reconhece-se apenas a qualidade de segurado, bem como o direito do dependente recolher em atraso as contribuições para fins de obtenção da pensão por morte.

Em sentido análogo, mas tratando-se do segurado contribuinte individual empresário, verifica-se que:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. QUALIDADE DE SEGURADO. CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. REGULARIZAÇÃO APÓS A MORTE. POSSIBILIDADE. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

1. Comprovado que o falecido mantinha a qualidade de segurado na data do óbito. 2. Em sem tratando de segurado obrigatório (contribuinte individual/empresário), embora não tivesse efetuado o recolhimento das contribuições previdenciárias no período reconhecido, não há óbice ao pagamento em atraso de tais contribuições após a morte, tratando-se de mera regularização dos valores devidos. 3. Não tendo sido recolhidas as contribuições previdenciárias devidas e não podendo o juízo proferir veredicto condicional, não há como deferir o pedido de pensão por morte, mas somente reconhecer que o falecido mantinha a qualidade de segurado como contribuinte individual na data do óbito e, em consequência, o direito da parte autora de promover o recolhimento das contribuições em atraso a fim de viabilizar a concessão de tal benefício. 4. Tratando-se de sucumbência recíproca, a verba honorária e as custas processuais devem ser suportadas pelos demandantes em partes equivalentes. (TRF4, AC 200770990060430/PR, Relator João Batista Pinto Silveira, Sexta Turma, DE 25/07/2008)

No caso, não se questiona o direito da pensão por morte em si, haja vista que, ao tempo do óbito, possuía o *de cujus* a qualidade de segurado, entretanto, autoriza a turma o recolhimento das contribuições em atraso, por se tratar de mera regularização de valores e a filiação do segurado contribuinte individual se dar de forma automática.

À primeira vista, verifica-se que não haveriam maiores complicações doutrinárias ou até mesmo legais em se autorizar, após o óbito, o recolhimento das contribuições devidas pelo contribuinte individual. Entretanto, há de se levar em conta que em nosso país é comum que, principalmente os contribuintes individuais empresários, se abstenham de declarar e recolher suas contribuições previdenciárias a fim de se esquivar dos eventuais valores devidos à Previdência Social. Ou, quando o fazem, geralmente declara-se a retirada de *pro labore* no valor do salário mínimo tão somente para permanecerem cobertos no caso de eventual infortúnio da vida. Todavia, conforme se verifica no próprio acórdão em análise, nada impediria que após o óbito fosse comprovado o exercício de atividade remunerada com o auferimento não do valor correspondente ao salário mínimo, mas muitas vezes no teto previdenciário, o que soaria, no mínimo, estranho aos olhos do fisco. Estariam os dependentes do segurado que negligenciou o recolhimento de suas contribuições no exato valor em que seria devido à Previdência Social valendo-se da torpeza do *de cujus*?

Por outro lado, decisões que se aliam à corrente que nega a possibilidade de “regularização” das contribuições previdenciárias após o evento morte com fortíssimos argumentos também se multiplicaram nos Tribunais Regionais Federais do Brasil.

Nesse sentido, tem-se que

Conquanto a parte autora tenha noticiado a existência de vínculo laboral do falecido com várias pessoas e empresas na cidade de Passa Tempo, não foram acostados ao feito documentos que comprovassem o recolhimento das respectivas contribuições previdenciárias na qualidade de contribuinte individual. Para que alguém se beneficie da previdência social existe a necessidade de observância da filiação obrigatória e seu cunho contributivo, previsto na Constituição Federal, art. 201. (TRF1 AC 200101990248936/MG, Segunda Turma, e-DJF1 17/07/2008, Relator Juiz Federal Pompeu de Souza Brasil – sem grifo no texto original)

Complementando os argumentos *supra*, verifica-se que

O mero exercício da atividade remunerada não basta para o reconhecimento da qualidade de segurado do contribuinte individual, o que se faz com o efetivo recolhimento das contribuições previdenciárias, ônus que cabe exclusivamente a ele, nos termos do art. 30, inciso II, da Lei 8.213/1991. A ausência de recolhimentos pelo período de 3 (três) anos, entre junho de 1996 e junho de 1999, sem prova de desemprego, da percepção de benefícios ou da ocorrência de algum mal incapacitante, importou na perda da qualidade de segurado do de cujus. A partir da edição da Instrução Normativa nº 15/2007 e da 20/2007 que a revogou, o INSS deixou expressamente consignado que não seriam consideradas, para efeito de manutenção da qualidade de segurado, a inscrição realizada pelos dependentes após a morte do segurado e as contribuições por ele vertidas após a extemporânea inscrição (art. 282, §2º), dispondo em seu art. 282, §1º, que a permanência da situação de segurado perante a previdência social dependeria do recolhimento em vida, até a data do falecimento. O empregador rural ou empresário havia perdido a qualidade de segurado e não a readquiriu nos três anos anteriores à data de seu falecimento. Impossibilidade de os pretensos beneficiários de pensão por morte recuperar por ele, após a sua extinção, esse atributo e, ainda, pretenderem que essa condição retroaja à data do fato gerador do benefício que pleiteiam, de forma que ali se verifiquem preenchidos todos os requisitos exigidos pela legislação previdenciária. Os riscos a que o autônomo se submeteu após haver perdido a sua qualidade de segurado não estavam cobertos sob o ponto de vista do direito previdenciário, de forma que lhes assegurassem algum amparo pessoal por parte da Previdência. Portanto a concessão de qualquer benefício da mesma natureza previdenciária aos seus dependentes, em decorrência daquele não haver resistido vivo, seria, no mínimo, um contrassenso jurídico. Apelação improvida. (TRF3, AC 200603990306082/SP, Nona Turma, DFJ3 10/12/2008, Relator Nelson Bernardes – sem grifos no original)

A partir da análise dos dois acórdãos elencados, pode-se evidenciar que os magistrados discordam da posição jurisprudencial, segundo a qual a partir do mero exercício da atividade remunerada ter-se-ia filiação automática com geração de direitos e obrigações, independentemente do recolhimento das respectivas contribuições previdenciárias. Além do mais, consigna a primeira decisão que qualquer decisão que não se leve em conta o efetivo cumprimento da obrigação

previdenciária de recolhimento da contribuição vai de encontro com o próprio Princípio Contributivo, inerente a todas as prestações do Regime Geral de Previdência Social, diferentemente do que ocorre com as prestações assistenciais, cujo princípio norteador é a “universalidade da cobertura e do atendimento”, tal qual previsto no art. 194, inciso I, da CF, princípio este inserido nas disposições concernentes à Seguridade Social enquanto gênero, e não à Previdência Social.

A segunda decisão, complementando os argumentos elencados na primeira, destaca que o status de *segurado* somente possui quem, em vida, estava em dia com suas obrigações, de forma que os riscos inerentes à atividade autônoma em não ter regularizado sua vida contributiva devem ser por ele suportados e não pela sociedade, que financiaria o recebimento vitalício da pensão por morte pelos dependentes deste de *cujus* que não adimpliu suas obrigações previdenciárias. Por fim, conclui o relator que qualquer entendimento diverso se trataria de, no mínimo, um contrassenso jurídico, posição esta que nos parece pertinente.

Há, ainda, uma terceira corrente muito mais flexível que, além de entender que a filiação do contribuinte individual decorre do mero exercício de atividade remunerada, independentemente de qualquer recolhimento em dia da parcela previdenciária, exime o recolhimento de todo e qualquer valor eventualmente devido pelo *de cuius*, assegurando o direito ao benefício aos dependentes sem qualquer contribuição ou mesmo “regularização” de valores:

A condição de contribuinte individual, mesmo que não conste o pagamento das respectivas contribuições em todo o período, é suficiente para caracterizar a persistência do vínculo, já que se trata de segurado obrigatório, desde que comprovado, minimamente, o exercício de atividade, como no caso vertente. (TRF2 AC 200050010053586/RJ, Relatora Desembargadora Andréia Cunha Esmeraldo, Segunda Turma Especializada, DJU 18/12/2008).

A mesma decisão ainda exprime que:

Com efeito, não seria o recolhimento das contribuições previdenciárias que ensejaria a condição de segurado, mas o vínculo para com a Previdência Social pelo exercício de uma das atividades elencadas em lei em moldes a configurar tal vínculo. Ora, a vinculação à Previdência, gerando o status de segurado, decorre das situações de fato a que a lei se refere para determinar a proteção social, independentemente de quaisquer outras circunstâncias, inclusive, do recolhimento das contribuições. Assim, dá-se a filiação, no caso de empregado, em decorrência do vínculo empregatício, e, no caso de contribuinte individual, no decorrer da atividade exercida. (Sem grifos no original).

Ou seja, entende a relatora do caso que o recolhimento da contribuição previdenciária se trata de mera “circunstância”, independentemente de qualquer preceito legal ou constitucional, no sentido de estabelecer a obrigação do contribuinte individual em recolher sua própria contribuição, quiçá garantir o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.

Sustenta, por fim, a decisão de que o ato de inscrição, no caso do autônomo, é meramente declaratório, enquanto que a contribuição não é fator do direito à prestação. Citando Feijó Coimbra³⁷, lembra ainda que “o que define, propriamente, o segurado, não é o fato de que tenha recolhido as contribuições, mas a situação declarada em lei como deferindo-lhe este status”.

Assim, entende a magistrada que, tendo a lei definido que o contribuinte individual se trata de segurado “obrigatório”, qualquer outro requisito elencado como condição para obtenção de qualquer prestação do RGPS se trataria de mera circunstância, devendo ser o benefício obrigatoriamente concedido.

O tema, apesar de ainda controvertido, já foi superado na via administrativa, de forma que a Autarquia Previdenciária tem como certo quanto a impossibilidade de inscrição ou qualquer recolhimento *post mortem* do contribuinte individual.

Verifica-se que, até 20/10/2007, o INSS, através da Instrução Normativa INSS/PRES nº 11, de 20/09/2006, bem como atos normativos anteriores, entendia ser possível a regularização dos valores pós-óbito, a saber:

Art. 282 **Caberá a concessão** nas solicitações de pensão por morte em que haja débito decorrente do exercício de atividade do **segurado contribuinte individual**, desde que comprovada a manutenção da qualidade de segurado perante o RGPS.

§1º A manutenção da qualidade de segurado de que trata o caput deste artigo, far-se-á mediante, pelo menos, uma contribuição vertida em vida até a data do óbito, desde que entre uma contribuição e outra ou entre a última contribuição recolhida pelo segurado em vida e o óbito deste, não tenha transcorrido o lapso temporal a que se refere o art. 13 do RPS e demais disposições contidas nesta Instrução normativa, observando-se que:

(...)

III Admitir-se-á ainda a **regularização espontânea do débito pelos dependentes**, nas seguintes hipóteses:

a) exista inscrição e contribuições regulares, efetivadas pelo segurado, **com paralisação dos recolhimentos por período superior aos prazos estabelecidos para manutenção da qualidade de segurado;**

b) exista apenas inscrição formalizada pelo segurado, sem o recolhimento da primeira contribuição. (sem grifos no original).

³⁷ COIMBRA, Feijó. *Direito Previdenciário Brasileiro*, Rio de Janeiro, Edições Trabalhistas, 1999, 10ª edição, p. 69.

Conclui-se pelo ato normativo transcrito, sobretudo quanto ao disposto nas alíneas “a” e “b” do inciso III, que a condição para regularização do débito ensejador do direito à pensão por morte pelos dependentes seria a existência de inscrição do segurado contribuinte individual nesta condição junto à Previdência Social.

Exemplificando os casos previstos nas alíneas “a” e “b”, do inciso III, poder-se-ia ter as seguintes situações hipotéticas elaboradas com dados fictícios para o presente estudo:

EXEMPLO “A”
<ul style="list-style-type: none"> • Segurado: José da Silva • Data de Nascimento: 01/01/1955. • Estado civil: Casado. • Data do óbito: 01/07/2005 • Requerimento do benefício: 15/07/2005
<p>Exerceu atividade com registro em CTPS de 01/01/1975 a 31/12/1979.</p> <p>Inscrito na condição de “Autônomo” em 01/01/1990, com recolhimentos para as competências 01/1990 a 12/2000, sem baixa na inscrição, sempre exercendo a atividade de servente de pedreiro até a data do óbito.</p>
CONCLUSÃO
<p>A dependente faria jus à pensão por morte com fundamento no art. 282, §1º, inciso III, alínea “a” da IN INSS/PRES 11/2006, desde que houvesse a regularização do período de débito de 01/2001 a 06/2005 pelos dependentes, haja vista que apesar de ter havido a paralisação das contribuições por período superior ao prazo de manutenção da qualidade de segurado, existiam contribuições anteriores regulares.</p>

EXEMPLO “B”
<ul style="list-style-type: none"> • Segurado: Maria Pereira • Data de Nascimento: 01/01/1970. • Estado civil: Divorciada com 2 filhos menores na data do óbito. • Data do óbito: 01/12/2005 • Requerimento do benefício: 01/01/2006
<p>Compareceu em 01/01/2005 junto a Agência da Previdência Social de seu município e formalizou sua inscrição na condição de “Contribuinte Individual - Costureira”. Apesar de sempre ter exercido a atividade de costureira, nunca recolheu qualquer contribuição à Previdência Social até o óbito, haja vista que a renda auferida era praticamente insuficiente para saldar as despesas mensais da família.</p>
CONCLUSÃO
<p>Os dependentes fariam jus à pensão por morte com fundamento no art. 282, §1º, inciso III, alínea “b” da IN INSS/PRES 11/2006, desde que regularizado o débito do período de 01/2005 a 11/2005, haja vista que embora sequer tenha havido o recolhimento da contribuição, a segurada exercia a atividade como autônoma e possuía inscrição formalizada junto à Previdência Social.</p>

Entretanto, a Instrução Normativa INSS/PRES nº 20, de 11/10/2007, revogou a IN INSS/PRES 11/2006, fazendo supressões ao aludido art. 282 do ato normativo anterior. Assim, manteve-se a redação do §1º do art. 282, suprimindo o inciso III do aludido parágrafo, de forma que a partir de 11/10/2007 as concessões exemplificadas nas situações hipotéticas “A” e “B”, acima ilustradas, não mais seriam devidas administrativamente.

Apesar da supressão acima citada, o INSS manteve o art. 282, §3º, que permitia a regularização de débitos do contribuinte individual, desde que ao tempo do óbito houvesse a qualidade de segurado, nos seguintes termos:

§3º Na hipótese de débitos remanescentes, deverá ser encaminhado expediente ao setor competente do INSS para providências cabíveis,

observando quanto ao efetivo exercício da atividade, o disposto no art. 51 desta Instrução Normativa.

Contudo, apesar de ter suprimido a possibilidade e regularização do débito pelos dependentes do segurado instituidor para fins de manutenção da qualidade de segurado e conseqüente direito à pensão por morte, entendeu o Ministério Público Federal de São Paulo que a redação do art. 282, §3º, acima citado, ofereceria ensejo à fraude.

Respondendo à Solicitação do MPF/SP, a Procuradoria Federal Especializada do INSS, por meio de sua Coordenação Geral de Matéria de Benefícios, expediu a NOTA TÉCNICA CGMBEN/DIVCONS Nº 102/2008, cujos trechos merecem destaque:

O procedimento em epígrafe tem por finalidade apurar as concessões indevidas de benefícios, as quais se fundamentam em norma infra-legal contrária ao ordenamento jurídico, uma vez que autoriza o recolhimento de contribuições previdenciárias pelos dependentes do segurado, após o óbito deste.

(...)

O §3º do artigo supracitado possibilitava que os dependentes regularizassem as contribuições não recolhidas pelo contribuinte individual para assegurar a manutenção da qualidade de segurado. Com isso, bastaria aos dependentes do segurado, alegando que este era segurado/contribuinte autônomo, recolher uma única contribuição para usufruírem da pensão por morte, visto que este benefício não exige carência. Com isso, a qualidade de segurado seria assegurada com o recolhimento pós-morte.

Após consignar que a revogação do dispositivo permissivo da regularização das contribuições do contribuinte individual que perdeu a qualidade de segurado resolveu parte de uma possível fragilidade normativa ensejadora de fraude, ainda ponderou que:

Nesse sentido, muito embora a atual redação da norma infra-legal (art. 282 da Instrução Normativa nº 20/2007 INSS/PRES) não permita aos dependentes recolherem contribuições para garantir a qualidade de segurado do de *cujus*, verificamos que há a possibilidade do recolhimento posterior ao óbito, conforme disposto no §3º do art. 282 da Instrução Normativa supracitada, uma vez que os dependentes daquele que ainda mantinha a qualidade de segurado poderão recolher as contribuições em atraso.

Ocorrido o risco social (morte), os dependentes do segurado que iniciaram suas atividades a partir de 29/11/1999 terão a oportunidade de, eventualmente, comprovarem remunerações e recolherem valores superiores aos declarados em vida por aquele, aumentando, com isso, o salário de benefício da pensão.

Isso se dará na prática, uma vez que os contribuintes individuais recolhem sobre o valor que declaram, sem qualquer comprovação (observa-se que a grande maioria recolhe valores inferiores ao que seria a remuneração real), mas, para aumentar o benefício, principalmente considerando a forma de cálculo do benefício de pensão, irão demonstrar com facilidade a remuneração efetivamente auferida e recolherão sobre ela, que certamente será maior que a declarada.

A Procuradoria Federal Especializada do INSS, por sua vez, asseverou que o citado dispositivo questionado pelo MPF/SP atende ao comando vigente na legislação previdenciária e também atende à realidade vivenciada pelos dependentes dos chamados contribuintes individuais, que acabam surpreendidos pelo evento morte do provedor alimentício e, apenas então, verificam o não pagamento das contribuições previdenciárias em momento anterior ao óbito. Afirmou ainda que é certo que o não pagamento das contribuições em momento anterior ao óbito (por breve período) ocorre algumas vezes por desídia, mas em outros momentos, na maioria das vezes, o não pagamento acontece por circunstância da própria vida atribulada dos contribuintes individuais, de forma que o legislador previdenciário, atento à realidade, abriu espaço para o pagamento das contribuições pelos herdeiros após o óbito, apenas quando ainda presente a qualidade de segurado. O saneamento das contribuições em atraso pelos herdeiros tem, portanto, respaldo legal nos termos do art. 181-C do Decreto 3.048/1999.

Por fim, conclui a PFE-INSS quanto a impossibilidade de alteração do dispositivo citado sem prévia alteração legislativa e que **“eventuais fraudes devem ser evitadas por mecanismo de fiscalização não por medidas restritivas de direitos”**.

Ao teor da redação do dispositivo correspondente na Instrução Normativa INSS/PRES nº 45, de 6/10/2010, atualmente vigente, evidencia-se que a Secretaria de Políticas da Previdência Social – órgão que detém a competência para elaborar, promover, em articulação com os demais órgãos envolvidos, o aperfeiçoamento da legislação, atualização e a revisão dos planos de custeio e de benefícios da Previdência Social, inclusive com a avaliação do impacto da medida no que se refere à política socioeconômica do Governo Federal –, nos termos da Portaria MPS 173, de 02/06/2008 – DOU de 04/06/2008 –, entende da mesma maneira que a PFE-INSS.

Assim, o art. 327 da IN INSS/PRES 45/2010 (sucedâneo ao art. 282 em discussão) possui idêntica eficácia em relação ao sucedido, no sentido de restringir

a possibilidade de recolhimento *post mortem* de contribuições com vistas a suprimir a perda da qualidade de segurado para fins de concessão da pensão por morte.

A despeito da grande divergência entre os diversos juizados especiais federais do Brasil, no que concerne ao tema, verifica-se que a Turma Nacional de Uniformização (TNU) dos Juizados Especiais Federais se posicionou recentemente por meio da Súmula nº 52, de 18/04/2012, qual seja:

SÚMULA 52 - DOU DATA 18/04/2012

Para fins de concessão de pensão por morte, é incabível a regularização do recolhimento de contribuições de segurado contribuinte individual posteriormente a seu óbito, exceto quando as contribuições devam ser arrecadadas por empresa tomadora de serviços.

Ao que parece, pelo menos no âmbito dos juizados, a questão está menos divergente, situação esta que representa um avanço, sobretudo no que tange à segurança jurídica de quem busca a implementação de seu direito via Juizados Especiais Cíveis.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), por sua vez, apesar de não ter sumulado o assunto, tem o posicionamento quanto a impossibilidade de concessão da pensão morte quando, ao tempo do óbito, o segurado instituidor não detinha a qualidade de segurado. Nesse sentido é o REsp 531.143/RS:

RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. BENEFÍCIO INDEVIDO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 102 DA LEI Nº 8.213/91. INOCORRÊNCIA.

1. É requisito da pensão por morte que o segurado, ao tempo do seu óbito, detenha essa qualidade. Inteligência do artigo 74 da Lei nº 8.213/91.

2. 'A perda da qualidade de segurado após o preenchimento de todos os requisitos exigíveis para a concessão de aposentadoria ou pensão não importa em extinção do direito a esses benefícios.' (artigo 102 da Lei nº 8.213/91).

3. O artigo 102 da Lei 8.213/91, ao estabelecer que a perda da qualidade de segurado para a concessão de aposentadoria ou pensão não importa em extinção do direito ao benefício, condiciona sua aplicação ao preenchimento de todos os requisitos exigidos em lei antes dessa perda. (REsp 329.273/RS, da minha Relatoria, in DJ 18/8/2003).

No mesmo sentido também é o REsp 652.937/PE, de relatoria da Ministra Laurita Vaz:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE. DE CUJUS. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. POSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO DA PENSÃO, NOS TERMOS DO ART. 102 DA LEI N.º 8.213/91, SE RESTAR COMPROVADO O

ATENDIMENTO DOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DE APOSENTADORIA, ANTES DA DATA DO FALECIMENTO.

1. É assegurada a concessão do benefício de pensão por morte aos dependentes do de *cujos* que, ainda que tenha perdido a qualidade de segurado, tenha preenchido os requisitos legais para a obtenção de aposentadoria, antes da data do falecimento.
2. Recurso especial desprovido.

Para fundamentar o voto, a relatora inicialmente cita os ensinamentos de Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior³⁸ ao aduzir que

a qualidade de segurado é adquirida pelo exercício laboral em atividade abrangida pela previdência social ou pela inscrição e recolhimento das contribuições no caso de segurado facultativo. Em uma palavra, aquisição da qualidade de segurado equivale à filiação. No momento em que o cidadão se filia à previdência, adquiriu a qualidade de segurado, o que implicará recolhimento de contribuições. [...] Em linha de princípio, então, o segurado manterá essa qualidade enquanto estiver recolhendo as contribuições.

Dessa maneira, entende a ministra que a qualidade de segurado se mostra como requisito imprescindível para a concessão da pensão por morte, refutando qualquer má interpretação do art. 102 da Lei 8.213/1991. Tal possível controvérsia no dispositivo se referia a uma interpretação dúbia do art. 102 da Lei de Benefícios em sua redação original, dispondo que “a perda da qualidade de segurado após o preenchimento de todos os requisitos exigíveis para a concessão de aposentadoria ou pensão não importa em extinção do direito a esses benefícios. (Redação original)”.

Ou seja, aduzia o dispositivo que após o preenchimento de todos os requisitos para a concessão de aposentadoria – idade e carência, ou, tempo de contribuição –, e pensão – evento morte, qualidade de segurado e qualidade de dependente –, a perda da qualidade de segurado não importaria na extinção de tais direitos. Entretanto, soa no mínimo contraditório afirmar que a perda da qualidade de segurado não extingue direito a benefício cujo requisito mais importante seria, de fato, a existência da qualidade de segurado quando da ocorrência do evento gerador.

Diante da controvérsia, a Lei 9.528/1997 alterou a redação do aludido artigo 102, que passou a dispor:

³⁸ Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social, Ed. Livraria do Advogado, 2ª Edição, 2002, págs. 74/75

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 à 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. (Redação dada pela Lei 9.528/1997 – sem grifos no original).

Portanto, entende a ministra que, tanto na redação original do dispositivo, quanto na alteração posterior, não deveria ser concedida a pensão por morte quando inexistente a qualidade de segurado quando do óbito.

Dessa forma, conclui-se quanto a impossibilidade de concessão do benefício, bem como autorização de recolhimento das contribuições *post mortem* a fim de implementar a qualidade de segurado visando a concessão do benefício. Isso porque, conforme muito bem assevera a relatora no Recurso Especial citado,

como os dependentes não possuem direito próprio, junto à Previdência Social, estando ligados de forma indissociável ao direito dos respectivos titulares, são estes que devem, primeiramente, preencher os requisitos exigíveis para a concessão de aposentadoria, a fim de poder transmiti-la, oportunamente, em forma de pensão aos seus dependentes.

Por fim, reforçando sua tese, a julgadora ainda destaca os ensinamentos de Wladimir Novais Martinez³⁹

O benefício segue a regra do direito adquirido. O segurado falecendo após perder a qualidade de segurado, os dependentes não podem usufruí-la. Mas se o óbito se der após o preenchimento de requisitos legais das aposentadorias, ele se mantém.

Assim, há de se verificar que, embora tenha havido diversas alterações em atos administrativos normativos, legislações e jurisprudência, essa nos parece a posição mais condizente com o objetivo da norma previdenciária, sistematicamente interpretada a partir dos preceitos e diretrizes constitucionais, sobretudo pelo fato da Carta Magna consignar expressamente que o Regime Geral de Previdência Social é eminentemente contributivo e evidenciar, por fim, que o equilíbrio financeiro e atuarial é mandamento nuclear do sistema constitucional previdenciário.

³⁹ MARTINEZ, Wladimir Novais. *Curso de Direito Previdenciário*, 2a Edição. 2003. Ed. LTr, p. 747.

5. APLICABILIDADE DA TEORIA DO ABUSO DE PODER ÀS LIDES PREVIDENCIÁRIAS QUE DISCUTEM O TEMA

Entende-se como abuso de direito, segundo lições de Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁴⁰, “o instrumento de correção, destinado a evitar desvios morais, praticáveis à outrance de um direito”. Ou seja, trata-se do exercício de um direito subjetivo que apesar de tutelado pela norma jurídica, extrapola os limites estabelecidos pelas regras de convivência em sociedade, de forma a subverter a finalidade social para qual foi projetado quando conferida a seu titular. Assim, tem-se utilizado como parâmetro de limitação do exercício de um direito o princípio da boa fé objetiva, visando a não torná-lo abusivo em relação aos demais, a fim de tutelar a observância dos valores sociais como a própria boa fé, bons costumes e a destinação social ou econômica do direito.

A teoria do abuso de direito, apesar de ter sua origem atrelada ao Direito Medieval, inicialmente observada nos atos emulativos – que podem ser compreendidos como atos praticados pelos indivíduos com a intenção deliberada de causar prejuízos a terceiros – passou a ser construída pela doutrina e jurisprudência a partir do século XX. Dentre as teorias relacionadas ao abuso de direito, temos as teorias negativistas e as que justificam o instituto. As primeiras negam a existência do abuso de direito, equiparando-o ao ato ilícito e as justificadoras, por seu turno, as concebem como a violação ao espírito do direito ou seu fim social. Pelas teorias justificadoras da existência do instituto, há quem entenda que o abuso se trate tão somente de princípio geral de interpretação das normas jurídicas, visando adaptar o direito positivo à realidade social.

Segunda Helena Carpena⁴¹:

A René Savatier deve-se a caracterização do abuso segundo o dano causado, sendo o ‘dano anormal’ a circunstância que evidenciaria se o exercício do direito excede ou não a medida fixada pelos costumes. George Ripert retomou a linha de pensamento traçada por Planiol, sustentando que o abuso de direito não faz parte das qualificações jurídicas, mas é o resultado da subordinação da lei positiva aos princípios morais, à regra moral. O ato abusivo, então, é aquele que não apenas causa dano a

⁴⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Ética na Administração Pública (Moralidade Administrativa: do conceito à efetivação)*. Coletânea Ética no Direito e na Economia. Editora Pioneira. p. 108.

⁴¹ CARPENA, Helena. *Abuso de direito à luz do novo Código Civil*. TEPEDINO, Gustavo. Coord. A parte geral do novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil constitucional. 2ed. Renovar, 2003. p. 378-379.

outrem, mas torna reprovável por infringir deveres morais de justiça, equidade e humanidade. Destaca-se a teoria de Josserand, que concebeu o abuso como violação ao espírito ou ao seu fim social”.

Sílvio de Salvo Venosa⁴², por sua vez, caracteriza o abuso de direito como:

Juridicamente, abuso de direito pode ser entendido como fato de usar de um poder, de uma faculdade, de um direito ou mesmo de uma coisa, além do que razoavelmente o Direito e a sociedade permitem. O titular de prerrogativa jurídica, de direito subjetivo, que atua de modo tal que sua conduta contraria a boa fé, a moral, os bons costumes, os fins econômicos e sociais da norma, incorre em ato abusivo. Nessa situação, o ato é contrário ao direito e ocasiona responsabilidade.

A partir deste viés, importante se faz diferenciar o ato ilícito do abuso de direito. Tem-se um ato ilícito ao descumprir um preceito legal, enquanto no abuso de direito o sujeito age dentro do aparente exercício regular de direito, afrontando a função social ou econômica do direito.

No Direito brasileiro, a teoria do abuso de direito não havia sido consagrada expressamente, sendo um exercício doutrinário e jurisprudencial a partir do que estabelecia o art. 160, inciso I, do Código Civil de 1916, que dispunha:

Art. 160 Não constituem atos ilícitos:
I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito.

Dessa forma, ao considerar que o exercício regular de direito não constitui ato ilícito, admitia o CC16, *a contrariu sensu*, que seu exercício abusivo, sim, existia. A par da construção efetuada em torno do tema, diversas teorias foram defendidas sobre a natureza e o regime jurídico aplicável.

Em relação à natureza jurídica do instituto, boa parte da doutrina entendia o abuso do direito como um tipo de ato ilícito, de forma que o exercício abusivo de um direito possuía as mesmas consequências da reparação civil geral, ou seja, a necessidade de indenização quando da ocorrência de prejuízo a terceiros. Nesse sentido, Rui Stoco⁴³ aduz que

Ensinou Cunha de Sá ‘a antijuricidade do ato abusivo, revelada na sua contrariedade ao elemento axiológico da prerrogativa individual exercida, acarreta-lhe como reação lógica por parte do ordenamento jurídico a recusa da tutela que, não fora tal contrariedade, seria adequada ao caso concreto.

⁴² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Volume 01*. 3.ed. São Paulo, Atlas. 2003, p. 603-604.

⁴³ STOCO, Rui. *Abuso de Direito e má-fé processual*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003, vol. 1; p. 65.

Logo, sendo o abuso do direito um ato antijurídico ou contrário ao direito, acrescenta, “haverá de concluir-se que as suas consequências normativas serão as mesmas de todo e qualquer ato antijurídico em geral”.

Em sentido oposto, tinha-se os defensores da autonomia do instituto do abuso de direito, visando escapar das fronteiras tão somente da responsabilização civil. Sílvio Rodrigues ensina que:

O problema que agora se propõe é o de saber se a teoria do abuso de direito deve ficar circunscrita ao âmbito da responsabilidade civil, ou se adquiriu ela autonomia, podendo ser aplicada em outros campos do Direito. A resposta oferece interesse porque seu habitat é apenas da responsabilidade civil, a única consequência ao ato abusivo seria a sujeição, de quem o praticou, ao pagamento da indenização reparadora do dano; enquanto que, se se entender que ela se aplica a outros campos do Direito, outras consequências que não a indenização poderão advir.

Além da discussão acerca da natureza jurídica, tem-se, por fim, a divergência entre os defensores da Teoria Subjetivista e os adeptos à Teoria Objetivista. Para a primeira, entende-se quanto a necessidade do elemento intencional de causar prejuízo a outrem, de forma que Washington de Barros Monteiro⁴⁴ chegou a afirmar que “a teoria do abuso de direito é a mesma teoria da responsabilidade civil fundada na culpa”.

Para a Teoria Objetivista, por sua vez, não seria imprescindível a existência do ânimo específico de causar prejuízo a outrem, de forma que para sua configuração bastaria o desvio de finalidade no exercício do direito para que determinado ato se configurasse como abusivo.

Entretanto, com a publicação do Código Civil de 2002, passou o instituto a constar expressamente em nosso ordenamento, a saber:

Art. 187 Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé e pelos bons costumes.

Após o advento do atual Código Civil, consagrou-se a ideia de que inexistem direitos absolutos, de forma que qualquer atuação, ainda que no exercício regular de direito, deve ser alinhada com os fins sociais e econômicos como cláusulas gerais de nosso ordenamento, visando sempre o bem comum.

⁴⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, 5ª ed. São Paulo: RT, 1999; p. 67.

Portanto, conforme leciona João Álvaro Quintiliano Barros⁴⁵

A doutrina do abuso de direito está em sintonia com a atual tendência da racionalidade jurídica, a qual não mais se coaduna com a ideia da completude do ordenamento e sim com a consagração dos princípios como valores fundamentais do sistema jurídico nacional, os quais, em sua maioria, se encontram constitucionalizados. Vale destacar, em especial, para o estudo do abuso de direito, a incidência dos princípios da socialidade e eticidade, ambos consagrados pelo Código Civil de 2002.

É nesse contexto que se deve analisar a teoria do abuso de direito aplicada às lides previdenciárias, ou seja, partindo-se da premissa de que tal teoria se trata de categoria jurídica, cláusula geral do ordenamento e orientadora de todas as relações jurídicas, não reduzindo-a a teoria dos atos ilícitos para tão somente apurar-se uma eventual necessidade de reparação civil.

Nesse sentido, importante se faz a observação de Rui Stoco⁴⁶, segundo a qual a teoria do abuso de direito seria perfeitamente aplicável a diversos outros ramos do direito, como o Direito Administrativo, Tributário, Penal, Trabalhista, Processual, Comercial e Econômico. Portanto, aplicá-la ao Direito Previdenciário é consagrar a autonomia do instituto tal como a melhor doutrina tem entendido sobre o assunto.

Cumprе salientar, preliminarmente, que a aplicação da teoria que ora se discorre no âmbito previdenciário, parte do princípio de que as *controvérsias acerca da qualidade de segurado como requisito à concessão da pensão por morte no RGPS*, título do presente trabalho, estejam devidamente pacificadas pela jurisprudência majoritária do STJ, bem como pelo atual entendimento da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, conforme amplamente demonstrado no presente estudo.

Desta feita, em se admitindo a possibilidade de regularização do débito do contribuinte individual que não possui qualidade de segurado ao tempo do óbito, além de se estar defendendo tese contrária a disposição expressa de texto da lei, estar-se-ia advogando contra posição que se encontra pacificada pela jurisprudência. Assim, ao se admitir a hipótese de “regularização da qualidade de

⁴⁵ BARROS, João Álvaro Quintiliano. *Abuso de Direito*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 727, 2.ed., 2005. Disponível em: <www.jus.com.br/revista/texto/6944>. Acesso em 16 de Agosto de 2012.

⁴⁶ STOCO, Rui. *Abuso de Direito e má-fé processual*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003, vol. 1; p. 63.

segurado” com a única finalidade de ensejar o direito à pensão por morte, não podemos nos olvidar de enfrentar algumas hipóteses, a saber:

- Impossibilidade de se mensurar o *quantum* devido pelo segurado instituidor, quando da impossibilidade de comprovação do valor real das contribuições devidas, nos casos em que se faz prova apenas do exercício de atividade sujeita a filiação obrigatória ao RGPS;
- Possibilidade de recolhimento à maior do que efetivamente devido, visando apenas o recebimento de uma prestação de valor superior ao que ordinariamente seria devido, ou seja, apenas influenciar o cálculo do salário-de-benefício;
- O possível estímulo da inadimplência, possibilitando a regularização de eventual débito apenas após a ocorrência do sinistro (morte)

Aliada a superada *controvérsia acerca da qualidade de segurado como requisito à concessão da pensão por morte previdenciária*, há de se retomar o *caput* do art. 201 de nossa Carta Magna, a saber:

Art. 201 A Previdência Social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial. (sem grifos no original)

Além do princípio contributivo, já discorrido no decorrer do presente trabalho, há que se atentar para o Princípio do Equilíbrio Financeiro e Atuarial, que norteia a Previdência Social, organizada sob a forma de regime geral.

Em outras palavras, cuida o presente princípio da necessidade de que o sistema seja sustentável, de forma que as contribuições, hoje arrecadadas, sejam suficientes para o custeio dos benefícios a serem pagos. O *caput* do art. 201, alterado pela Emenda Constitucional nº 20, de 16 de dezembro de 1998, visa dar efetividade ao regime geral de previdência, autorizando o legislador ordinário a promover as alterações necessárias para que o regime possa saldar suas obrigações para com os segurados.

Daniel Machado da Rocha⁴⁷, por sua vez, complementa que:

⁴⁷ ROCHA, Daniel Machado da. *O Direito Fundamental à Previdência Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 157.

Sendo a previdência social um método da gestão da economia coletiva destinada ao enfrentamento dos riscos sociais, a ideia reitora desse princípio é que as prestações previdenciárias contempladas pelo sistema de previdência possam ser efetivamente honradas, no presente e no futuro, em razão do sistema de financiamento e suas fontes estarem dimensionadas de forma a permitir o cumprimento dos compromissos assumidos ao longo do tempo.

Assim, distingue Wladimir Novaes Martinez⁴⁸ que o equilíbrio financeiro se trata do fato de que as reservas matemáticas efetivamente constituídas sejam suficientes para garantir os ônus jurídicos das obrigações assumidas, presentes e futuras. Equilíbrio atuarial, por seu turno, compreende as ideias matemáticas – como a taxa de contribuição, experiência de risco, expectativa média de vida, tábuas biométricas, margem de erro, variações, etc. –, e as relações biométricas que, de igual modo, tornem possível estimar as obrigações pecuniárias em face do comportamento da massa e o nível da contribuição e do benefício. Conclui o autor ainda que a essência do equilíbrio econômico é técnica, funcionando como pressuposto da efetividade da proteção, consubstanciando com a realização do ponto ideal entre custeio e benefício.

Para destacar a importância da observância da dicção constitucional no que tange a sustentabilidade do sistema, há de se verificar quanto à existência de três regimes básicos de previdência: repartição simples, capitalização e capitalização virtual. O regime de repartição simples se trata do modelo securitário em que os segurados contribuem para um fundo geral, que detém a competência para saldar todos os beneficiários do sistema. Ou seja, os atuais segurados-contribuintes custeiam os benefícios de quem já é beneficiário do sistema. O regime de capitalização, por sua vez, se trata do sistema em que os recursos do fundo são administrados pelos seus gestores por modalidades de investimentos, de forma que os valores pagos no futuro oscilarão de acordo com os ganhos obtidos pela opção do investimento realizado por seus administradores. Por fim, tem-se o regime de capitalização vertical, que se trata de um misto entre os dois regimes anteriormente definidos, ou seja, não há uma opção pela capitalização individualizada por trabalhador, mas sim na aplicação de uma relação atuarial do cálculo do benefício a

⁴⁸ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de direito Previdenciário*. 4 ed., São Paulo : LTr, 2001; p. 94.

ser pago, de modo que o valor final do benefício variará de acordo com o período pago pelo segurado, relacionando-se, portanto, com sua expectativa de sobrevida.

No Brasil, adota-se o regime de capitalização simples, caracterizado e demasiadamente criticado pela sua fragilidade frente ao aumento da expectativa de sobrevida do trabalhador, de forma que, conseqüentemente, o beneficiário passa a usufruir do benefício por mais tempo. Ademais, evidencia-se, ainda, que, com a potencial alteração da pirâmide etária brasileira, verifica-se que o número de idosos em um futuro muito próximo será superior ao número de jovens, o que indica novo alerta ao atual regime de repartição adotada pelo RGPS, traduzindo tal cenário em uma possível situação de insustentabilidade do sistema, haja vista que o número de contribuintes não será suficiente para financiar o pagamento dos beneficiários do sistema.

Consubstanciando tal tese, tem-se as observações de Reinhold Stephanes⁴⁹:

No que diz respeito à Previdência Social, os impactos da dinâmica demográfica refletem-se tanto nas despesas com benefícios quanto no lado das receitas. Em um sistema de repartição simples como o brasileiro, o elemento fundamental para manter seu equilíbrio, considerando-se somente as variáveis demográficas, é a estrutura etária da população em cada momento, pois é ela que define a relação entre beneficiários (população idosa) e contribuintes (população em idade ativa)

Tratando do Princípio do Equilíbrio Financeiro e Atural do sistema, cumpre analisar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2111, do STF, cuja ementa aduz, em síntese, que:

EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA SOCIAL: CÁLCULO DO BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.876, DE 26.11.1999, OU, AO MENOS, DO RESPECTIVO ART. 2º (NA PARTE EM QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO ART. 29, "CAPUT", INCISOS E PARÁGRAFOS DA LEI Nº 8.213/91, BEM COMO DE SEU ART. 3º. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI, POR VIOLAÇÃO AO ART. 65, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E DE QUE SEUS ARTIGOS 2º (NA PARTE REFERIDA) E 3º IMPLICAM INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL, POR AFRONTA AOS ARTIGOS 5º, XXXVI, E 201, §§ 1º E 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E AO ART. 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. MEDIDA CAUTELAR.
(...)

⁴⁹ STEPHANES, Reinhold. *Reforma da Previdência sem Segredos*. Rio de Janeiro: Record, 1998. p. 131.

Aliás, com essa nova redação, não deixaram de ser adotados, na Lei, **critérios destinados a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, como determinado no "caput" do novo art. 201**. O equilíbrio financeiro é o previsto no orçamento geral da União. E o equilíbrio atuarial foi buscado, pela Lei, com critérios relacionados com a expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria, com o tempo de contribuição e com a idade, até esse momento, e, ainda, com a alíquota de contribuição correspondente a 0,31. 4. Fica, pois, indeferida a medida cautelar de suspensão do art. 2 da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91. (sem grifos no original).

A medida cautelar em sede de ação direta de inconstitucionalidade a que se refere o excerto *supra* foi indeferida por maioria e, durante os debates do julgamento, o ministro Nelson Jobim explicou toda a sistemática do cálculo do fator previdenciário, diferenciando o que se entende por equilíbrio financeiro do que se entende por equilíbrio atuarial, a fim de decidir se concederiam a medida liminar para suspender a aplicação do fator previdenciário ou não.

Após simular o cálculo de uma aposentadoria de um segurado com 35 anos de contribuição e 60 anos de idade em comparação a outro segurado com o mesmo tempo de contribuição, mas com 50 anos de idade e mesma média aritmética simples dos valores contribuídos, chegou-se a conclusão de que a aplicação do fator previdenciário se trataria, grosso modo, em um critério de justiça, de forma que se conclui que quem receberá o benefício por mais tempo, em virtude de possuir uma maior expectativa de vida, deverá ter seu valor reduzido, de forma a não prejudicar a coletividade, haja vista que pelo sistema de repartição simples, os atuais segurados não criam um fundo individual para uma futura aposentadoria, mas custeiam, desde já, o pagamento de todos os beneficiários do sistema.

Dessa forma, aceitar que o valor do benefício de quem usufruirá por mais tempo seja menor do que o benefício de quem contribui por igual período de tempo, mas com uma expectativa de sobrevida menor, seria, de fato, cumprir o mandamento constitucional do equilíbrio financeiro e atuarial, pois, diferente fosse, colocar-se-ia em cheque a liquidez do Estado em pagar os futuros benefícios previdenciários.

Após terminado tal debate, o Ministro Marco Aurélio, ainda responde que: “- Como se obrigação terminasse com a morte do contribuinte, sem imaginar-se, portanto, a passagem para os dependentes”, para afirmar que a premissa do mandamento constitucional do equilíbrio atuarial não é absoluta, pois, ainda que se leve em conta todo o equilíbrio para fins do cálculo do valor de uma aposentadoria,

de nada valeria o cálculo no termo principiológico discutido, pois não há como prever por quanto tempo um pensionista permaneceria usufruindo do benefício, haja vista que o falecido poderia deixar uma pensionista de 20 anos de idade, uma de 60 ou, ainda, sequer deixar qualquer dependente.

Portanto, é cristalino que a necessidade de preocupação com o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário não se trata de pura análise técnica do disposto no art. 201, *caput*, da CF, mas se trata de dar efetividade à política pública de previdência social entendida como medida de justiça social, ou seja, cumpri-la é garantir cumprimento ao preceito constitucional de proteção ao nascimento, incapacidade, idade avançada e morte de todos os potenciais beneficiários do sistema.

É, pois, nesse sentido, que poderia caber a aplicação da teoria do abuso de direito às lides previdenciárias, partindo-se do pressuposto, tal qual perfilhado por Wladimir Novaes Martinez⁵⁰:

À evidência, é mandamento postado à base do sistema protetivo, entendido como ferramenta indispensável a consecução de seu objetivo maior: o cumprimento regular, material e formal, do ônus protetivo. O motivo deste primado ter sido guinado à altura constitucional é sua absoluta imperiosidade no contexto do ordenamento. Sem seu perfilhamento dificilmente o administrador público ou o particular lograrão a intenção inicial a que se propuseram, vale dizer a segurança da ordem previdenciária.

Ou seja, ainda nos dizerem de Martinez, “se ignorado pelo administrador ou legislador ordinário, vale dizer, pelo aplicador da regra previdenciária, a providência a ser tomada **reveste-se da classificação jurídica de inconstitucional**, sobrevivendo os consectários inerentes”.

Assim, em que pese o direito de ação inculcado no art. 5º, inciso XXXV, afirmar que “a lei não excluirá da apreciação do poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”, conforme discorrido, é pacífico que o abuso no exercício regular de um direito pode configurar abuso de poder. Nesse sentido, o Código de Processo Civil, em seu art. 17, dispõe que:

⁵⁰ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de direito Previdenciário*. 4 ed., São Paulo : LTr, 2001; p. 92.

Art.17. Reputa-se **litigante de má-fé** aquele que: (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 1980)

I - deduzir pretensão ou defesa **contra texto expresso de lei ou fato incontroverso**; (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 1980)

II - alterar a verdade dos fatos; (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 1980)

III - usar do processo **para conseguir objetivo ilegal**; (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 1980)

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 1980)

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 1980)

VI- provocar incidentes manifestamente infundados. (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 1980)

VII- interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório. (Incluído pela Lei nº 9.668, de 1998) (sem grifos no original).

Portanto, diante do exposto no decorrer deste trabalho, há de se concluir que quem ingressa em juízo a fim de pleitear o direito da pensão por morte, quando da inexistência da qualidade de segurado para tanto, deduz uma pretensão contra texto de lei e fato incontroverso. Nesse sentido, aduz Rui Stoco⁵¹ que:

Embora a primeira parte da regra pareça redundante e até superfetação, mostra-se didática e esclarecedora, pois o pedido ou a defesa com fundamento que contrarie texto legal expresso coloca-se contra a lei e constitui pretensão ou defesa imoral e desconforme. Se é fato incontroverso, não pode mais ser discutido ou posto em dúvida, **sob pena desse comportamento assumir feição de abuso do direito de demandar**. (sem grifos no original)

Assim, quando verificado o dolo em se obter prestações previdenciárias indevidas defendendo-se tese contrária ao texto de lei e do entendimento jurisprudencial majoritário, deveria o demandante ser condenado na forma prevista no art. 18 do Código de Processo Civil, qual seja: o pagamento de multa de até 1% do valor da causa e a indeniza a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

Tal entendimento parte do pressuposto de que, além de ilegalidade, tal demanda ainda visa obter o objetivo ilegal e inconstitucional de desequilibrar o sistema previdenciário, na forma do art. 201, caput da CF. Ou seja, em franco prejuízo aos cofres públicos e dos próprios segurados.

Por fim, há que se ressaltar que, além de potencialmente causar um prejuízo ao equilíbrio do sistema, é sabido que boa parte das demandas de competência da Justiça Federal são abarcadas por ações de natureza previdenciária, o que acaba

⁵¹ STOCO, Rui. *Abuso de Direito e má-fé processual*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003, vol. 1; p. 84.

por gerar um alto custo para o Estado e resultar em lentidão na obtenção do provimento jurisdicional do direito de quem efetivamente ou potencialmente o tenha.

Portanto, hoje não há mais dúvida nem confusão quanto ao que se entende por Previdência e o que se entende por Assistência Social, haja vista que o próprio Ministério da Previdência Social hoje é tão somente da Previdência Social, superando a própria confusão do século passado em que por diversas alterações legislativas, abordadas no capítulo 01 deste trabalho, confundiu-se, via ministerial, a Previdência com a Assistência Social.

Nesse contexto, o dever de lealdade e boa fé processual deve ser estritamente observado e, sobretudo, exigido das partes, a fim de não se causar um duplo prejuízo aos cidadãos, quais sejam: desequilíbrio das contas previdenciárias e morosidade no judiciário, pois, há muito é sabido que justiça tardia acaba se tornando, tão e puramente, injustiça.

6. CONCLUSÃO

Diante do exposto, verifica-se que é incontroverso que o Estado Social trouxe à tona a necessidade de prover os indivíduos em seus momentos de desamparo e que os infortúnios da vida devem ser apaziguados pelo ente estatal, sobretudo quando se trata de um trabalhador que gerou renda, pagou tributos e fez com que a economia local a sua volta também circulasse bens, rendas e serviços.

O segurado contribuinte individual é segurado obrigatório da Previdência Social conforme estabelecido no art. 11, inciso V, da Lei 8213/1991. Sua filiação obrigatória é advinda do próprio texto constitucional, nos termos de seu art. 201, em que configura o RGPS com caráter contributivo e de filiação obrigatória. Nesse sentido, a obrigatoriedade de sua filiação é corroborada com a obrigatoriedade de contribuição, entendimento este extraído do próprio dispositivo constitucional retro indicado.

Nesse sentido, o Decreto 3048/1999 deixa claro essa ideia ao afirmar em seu art. 9, §12º, que a filiação é o vínculo que se estabelece entre as pessoas que contribuem para a Previdência Social e esta, da qual decorrem direitos e obrigações. Somado a isso, estabelece ainda o mesmo decreto que o segurado contribuinte individual que exercer atividade por conta própria está obrigado a recolher sua contribuição por iniciativa própria, conforme art. 216, inciso II.

Dessa maneira, não haveria a possibilidade de se considerar que exista direitos e obrigações entre a Previdência Social e pessoas que não contribuam, sob pena de se desrespeitar o mandamento constitucional que caracteriza o RGPS como eminentemente contributivo.

Assim, conclui-se pela impossibilidade de concessão da pensão por morte previdenciária quando não demonstrado o implemento de todos os seus requisitos ao tempo do óbito. Ou seja, a partir do evento morte do segurado instituidor haveria a necessidade de verificação se o dependente que requer o benefício de fato ostenta tal condição e se ao tempo do óbito este segurado mantinha sua qualidade de segurado.

Diferente fosse, estar-se-ia estimulando a inadimplência das obrigações legais impostas aos contribuintes individuais, que apenas teriam seus valores

recolhidos após o evento gerador do benefício, ideia esta diametralmente oposta à própria noção de seguro social, destinada a cobrir os infortúnios da vida, quando preventivamente haja ações para que se mantenha a qualidade de segurado para futura fruição do benefício.

O art. 102 da Lei de Benefícios da Previdência Social ainda afirma que a perda da qualidade de segurado importa em caducidade dos direitos inerentes a essa qualidade, dispositivo este que retira qualquer dúvida quanto a impossibilidade de concessão do benefício sem que, ao tempo do óbito, houvesse a qualidade de segurado. Ademais, conforme se verifica pelo teor das decisões sobre o tema pelos tribunais superiores, pode-se verificar que a tese quanto a possibilidade de regularização da qualidade de segurado pelos dependentes não pode prosperar. Isso porque os dependentes não possuiriam direito próprio à Previdência Social, estando indissociavelmente ligados ao direito dos respectivos titulares, devendo estes ter preenchido os requisitos exigíveis para a concessão do benefício.

Portanto, tido que é pacífico o entendimento pelos tribunais superiores, não haveriam aspectos controversos quanto à qualidade de segurado, mas sim, a interpretação deste requisito é que o seria. Assim, verifica-se que o abuso de direito de demandar, caracterizado, sobretudo, pela defesa de teses pacificadas, já enfrentadas e devidamente amparadas pelo judiciário, se trata de conduta extremamente nociva à sociedade como um todo.

Primeiro porque tal abuso acentuaria a morosidade do judiciário, obstando e atrasando a análise de direitos de quem potencialmente o tenha. Segundo porque o equilíbrio financeiro e atuarial é princípio basilar em Direito Previdenciário, visando que os atuais contribuintes possam, de fato, usufruir dos benefícios quando do cumprimento dos requisitos de cada um deles. Assim, partindo-se do pressuposto que o regime atuarial da Previdência Social brasileira é de repartição simples, a defesa de teses, como a do direito à pensão quando ausente a qualidade de segurado pelo não recolhimento das contribuições, seria nociva a todos os potenciais beneficiários do sistema, além de flagrantemente inconstitucional.

Longe de defender qualquer tese contra o direito fundamental de ação, insculpido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição, o que se propõe no presente trabalho é apenas indicar possíveis formas de coibir tais práticas processuais nocivas ao judiciário e ao interesse público nos casos restritos em que ficar evidenciado o dolo específico de advogar contra entendimento pacificado, letra de lei

e contrariamente ao interesse público.

Por fim, não se deve estar alheio ao fato de que, muito embora o conjunto de dependentes não sejam titulares do direito à pensão por morte, estes não podem e nem devem ficar à margem da sociedade.

Nesse sentido, faz-se necessário ressaltar que esses dependentes à margem do sistema previdenciário, quando impossibilitados de prover seu próprio sustento e de tê-lo provido por sua família, devem ser alvo das políticas públicas de assistência social. Esta, conforme definição constitucional insculpida no art. 203 da Constituição, será prestada a quem dela necessitar, independentemente do recolhimento de qualquer contribuição, visando amparar as vulnerabilidades sociais que podem acometer qualquer indivíduo, a fim de não se confundir os objetivos da Previdência Social com os atribuídos constitucionalmente à Assistência Social.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, João Álvaro Quintiliano. *Abuso de Direito*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 727, 2.ed., 2005. Disponível em: <www.jus.com.br/revista/texto/6944>. Acesso em 16 de Agosto de 2012.

BERNARDO, Leandro Ferreira; FRACALOSSI, Wiliam. *Direito Previdenciário na Visão dos Tribunais: Doutrina e Jurisprudência*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

BODNAR, Zenildo. In: *Curso Modular de Direito Previdenciário*. LUGON, Luiz Carlos de Castro; LAZZARI, João Batista (Orgs). A concretização jurisdiccional dos direitos previdenciários e sociais no Estado contemporâneo. 1. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 5. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

CARPENA, Helena. *Abuso de direito à luz do novo Código Civil*. TEPEDINO, Gustavo. Coord. A parte geral do novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil constitucional. 2ed. Renovar, 2003.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira, de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 11. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 33.

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

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 15.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

JÚNIOR, Miguel Horvath. *Direito Previdenciário*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 5.^a edição, 2005.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários à lei básica da previdência social: tomo I, plano de custeio lei n. 8.213/91, decreto n. 3.048/99*. 4. ed.-. São Paulo: LTr, 2003.

MARTINEZ, Wladimir Novais. *Curso de Direito Previdenciário*, 2a Edição. 2003. Ed. LTr.

_____ *Princípios de direito Previdenciário*. 4 ed., São Paulo : LTr, 2001.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, 5^a ed. São Paulo: RT, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Ética na Administração Pública (Moralidade Administrativa: do conceito à efetivação)*. Coletânea Ética no Direito e na Economia. Editora Pioneira.

PALMIERI, Bruno Rezende. *A importância do conceito jurídico de filiação ao Regime Geral de Previdência Social*. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1349>. Acesso em 13/04/2012, às 21h04.

PINHO, Leda de Oliveira. In: *Curso Modular de Direito Previdenciário*. LUGON, Luiz Carlos de Castro; LAZZARI, João Batista (Orgs) O conteúdo normativo do princípio da solidariedade no sistema da seguridade social. 1. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SILVA, Jose Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35.ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional n.68, de 21.12.2011. [São Paulo, SP]: Malheiros, 2012.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário: Regime Geral de Previdência Social e Regimes Próprios de Previdência Social*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de Direito Previdenciário*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011. Disponível em <<http://www.previdencia.gov.br/conteudoDinamico.php?id=33>>

Todas as legislações citadas no trabalho foram consultadas na página de Legislação do Palácio do Planalto, disponível em www.planalto.gov.br