

Juris Plenum Previdenciária

Ano IV - número 14 - maio de 2016

Coordenadora da Revista

Cirlene Luiza Zimmermann - Procuradora Federal

Conselho Editorial

Fábio Zambitte Ibrahim - Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela PUC/SP

José Ricardo Caetano Costa - Advogado Previdenciário. Coordenador e Pesquisador do Centro de Estudos e Pesquisas em Seguridade Social - CEPESS

Miguel Horvath Jr. - Doutor em Direito Previdenciário. Procurador Federal

Roberto Luis Luchi Demo - Juiz Federal no TRF da 1ª Região. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pelo IBEJ/PR

Wladimir Novaez Martinez - Advogado Especialista em Direito Previdenciário

Editora Plenum Ltda.

Av. Itália, 460 - 1º andar
CEP 95010-040 - Caxias do Sul/RS
Fone: (54) 3733-7447
plenum@plenum.com.br
www.plenum.com.br

O NOVO REGIME DE PENSÃO POR MORTE NO INSS E O CONFLITO COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF E DO STJ*

THE NEW DEATH BENEFIT IN SOCIAL SECURITY AND THE CONFLICT WITH THE JURISPRUDENCE OF THE SUPREME COURT AND THE SUPERIOR COURT

VINÍCIUS PACHECO FLUMINHAN

Advogado/SP. Especialista em Direito Previdenciário pela EPD. Mestre em Direito pela UNIMEP. Doutorando em Direito no Mackenzie. Professor Universitário. E-mail: viniciusfluminhan@terra.com.br.

MURILO REZENDE DOS SANTOS

Advogado/SP. Mestre em Direito pela PUC/SP. Doutorando em Direito na USP. Professor Universitário.

SUMÁRIO: Introdução - 1. A pensão por morte antes e depois da Lei nº 13.135/2015: 1.1. Como era? 1.2. As razões da mudança segundo o Ministério da Previdência Social; 1.3. Como ficou? - 2. As restrições da vitaliciedade para cônjuges e companheiros são legítimas? 2.1. O caráter substitutivo dos benefícios previdenciários; 2.2. A natureza alimentar da prestação previdenciária e sua irrenunciabilidade; 2.3. A ausência de motivação factível para a restrição da vitaliciedade - 3. O futuro da recente reforma à luz do pensamento do STF e do STJ - Conclusão - Referências.

RESUMO: No texto serão abordadas as recentes mudanças promovidas no regime geral de previdência em relação ao benefício de pensão por morte. O propósito do artigo é mostrar que dentre todas as mudanças efetuadas pela Lei nº 13.135/2015, há uma que merece maior reflexão: o fim da vitaliciedade do benefício para determinados cônjuges e companheiros(as). Essa alteração parece afrontar a jurisprudência firme do STF e do STJ, pois ela implica a quebra de uma prestação de caráter alimentar - que substitui outra prestação de caráter alimentar (salário) - ao mesmo em que as duas Cortes ressaltam em seu pensamento, a irrenunciabilidade da proteção alimentar a quem dela necessita.

* Data de recebimento do artigo: 04.02.2016.

Datas de pareceres de aprovação: 09.03.2016 e 15.03.2016.

Data de aprovação pelo Conselho Editorial: 01.04.2016.

O fim da vitaliciedade está amparado numa nova presunção legal que, infelizmente, não comporta exceção. Deste modo, é necessário compreender até que ponto a regra ora vigente se mostra compatível com a ordem jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: previdência social; pensão por morte; dependência econômica; presunção legal; constitucionalidade.

ABSTRACT: The text will address the recent changes made in the general pension scheme to the benefit of pension for death. The purpose of the article is to show that of all the changes made by Law nº 13.135/2015 there is one that deserves further consideration: the end of the tenure of the benefit for certain spouses and partners. This change seems to defy the settled case-law of the Supreme Court and the Superior Court, because it involves the breach of the provision of food character - replacing other provision of food character (salary) - the same in the two courts highlight in their thinking the non-waiver of food protection to those in need. The end of life tenure is supported in a new legal presumption that, unfortunately, does not include exception. Thus, it is necessary to understand to what extent the current rule now shown compatible with the legal system.

KEYWORDS: social security; death pension; economic dependence; presumption legal; constitutionality.

INTRODUÇÃO

A pensão no regime geral de previdência sempre foi vista por alguns doutrinadores como uma prestação generosa, especialmente por: (1) ter longa duração para os cônjuges e companheiros(as) viúvos; (2) não pressupor prazo mínimo de carência; (3) e basear-se na presunção, nem sempre plausível, de dependência econômica do supérstite em relação ao *de cuius*.

Em meio à recente política de ajuste fiscal do Governo Federal, a pensão sofreu alterações significativas. Amparado no discurso de que as mudanças eram necessárias para ajustes técnicos, a nova disciplina trazida pela Lei nº 13.135/2015 aumentou as exigências para a concessão e manutenção do benefício.

Dentre todas as medidas, as restrições quanto à duração do pagamento do benefício para cônjuges e companheiros parecem ter sido criadas de modo aparentemente incompatível com a jurisprudência consagrada do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, deixando assim, sérias dúvidas quanto à sua legitimidade. O propósito do presente artigo é apresentar algumas reflexões sobre essas dúvidas.

Deste modo, procurar-se-á primeiramente, compreender as novas regras para a concessão de pensão. Em seguida, far-se-á uma incursão quanto aos fundamentos jurídicos e econômicos das prestações previdenciárias, especialmente com os parâmetros do pensamento do STJ e do STF sobre a matéria. Finalmente, o texto tentará verificar se existe compatibilidade entre a jurisprudência dos referidos Tribunais e o fim da vitaliciedade da pensão.

1. A PENSÃO POR MORTE ANTES E DEPOIS DA LEI Nº 13.135/2015

Antes de fazer o cotejo do pensamento do STF e do STJ com as novas regras envolvendo a pensão, é mister primeiramente comparar seu atual regime jurídico com a disciplina que vigorava até a edição da Lei nº 13.135/2015.

1.1. Como era?

Mantendo uma tradição anterior à sua edição, a Lei nº 8.213/1991 exigia basicamente, três requisitos para a concessão de pensão no INSS: (1) a morte, conhecida ou presumida, de uma pessoa; (2) a cobertura securitária da pessoa falecida pelo sistema previdenciário; e (3) a existência de dependentes para o recebimento da prestação.

Por se tratar de benefício cujo fato gerador está atrelado a um evento com data incerta, a legislação não previa um número mínimo de contribuições como pré-requisito para a concessão. Assim, com apenas uma única contribuição previdenciária vinculando o INSS ao falecido, o benefício, em tese, já poderia ser concedido para os dependentes.

Por outro lado, especificamente no caso de cônjuges ou companheiros(as) viúvos, não havia previsão de duração mínima do matrimônio ou da união estável condicionando a concessão do benefício, ou seja, o supérstite poderia se habilitar na pensão ainda que o óbito ocorresse imediatamente após a formalização do casamento.

No caso da união estável, em que pese a Lei nº 9.278/1996 exigir uma convivência duradoura entre os companheiros, tampouco havia na legislação previdenciária a previsão de período mínimo de convivência para o supérstite se habilitar no benefício, até porque nem mesmo a lei específica da união estável estabelece um parâmetro temporal.

Para alguns dependentes, a duração do benefício poderia levar muitos anos, como é o caso, por exemplo, de filhos menores ou seus equiparados - que recebiam a prestação até completarem os 21 anos. Para os cônjuges e companheiros, porém, a pensão sempre foi vitalícia sob a égide da Lei nº 8.213/1991.

Os técnicos do Ministério da Previdência Social e a própria doutrina¹ sempre apontaram inconsistências neste regime jurídico da pensão por morte, seja porque ele estimulava a prática de fraudes contra o INSS, seja porque gerava gastos desnecessários com dependentes que na verdade, não precisavam da prestação previdenciária. Faltava um pretexto político para a alteração legislativa. E ele veio...

¹ A título de exemplo, podem-se citar os seguintes trabalhos: STEPHANES, Reinhold. *Reforma da previdência sem segredos*. Rio de Janeiro: Record, 1998; MARTINS, Bruno Sá Freire. As(os) viúvas(os) e o sistema previdenciário. In: *Revista Síntese Previdenciária*, São Paulo: Síntese, n. 48, p. 229-235, maio/jun. 2012; MARTINEZ, Wladimir Novaes. Reforma da previdência social. In: *Revista de Direito Social*, n. 40, p. 09-32, out./dez. 2010; SALVADOR, Sérgio Henrique. O subjetivismo da dependência econômica no direito previdenciário. In: *Revista Síntese Previdenciária*, São Paulo: Síntese, n. 50, p. 25-28, set./out. 2012.

1.2. As razões da mudança segundo o Ministério da Previdência Social

Em meio à decisão política anunciada no início de 2015, de conter os gastos públicos, o Governo Federal resolveu alterar as regras da pensão por morte através da Medida Provisória nº 664, de 30.12.2014.

Na ocasião, o Poder Executivo justificou o ato normativo apontando os defeitos do benefício com os seguintes argumentos na Exposição de Motivos formulada pelo Ministério da Previdência Social, *verbis*:

Como é do conhecimento de Vossa Excelência, a pensão por morte no âmbito do RGPS é um benefício concedido aos dependentes do segurado falecido, visando preservar a dignidade daqueles que dele dependiam. Ocorre, entretanto, que as regras de acesso a tal benefício têm permitido distorções que necessitam de ajuste [...]. Entre os principais desalinhamentos podem ser citados: a) ausência de carência para pensão por morte previdenciária [...]; b) ausência de tempo mínimo de casamento ou união estável; c) benefício vitalício para cônjuges, companheiros ou companheiras independentemente da idade.

De fato, a estipulação de um prazo de carência seria um meio eficaz para evitar recolhimentos repentinos dos segurados falecidos, geralmente *post mortem*, que vinham sendo feitos apenas para garantir a qualidade de segurado e assim permitir o pagamento da pensão.

Não raro se observava que quando o *de cujus* não detinha a qualidade de segurado, estranhamente, uma única contribuição era feita para o mês do óbito, uma vez que o recolhimento se dá sempre no mês seguinte ao da competência a ser recolhida.

Resultado: como a legislação não previa prazo de carência para a pensão, este recolhimento era o bastante para a concessão do benefício. Daí a preocupação do Ministério da Previdência em apontar como desajuste técnico na Exposição de Motivos a "ausência de carência".

Por outro lado, mesmo quando o *de cujus* vinha contribuindo de forma contínua ou recebendo aposentadoria, o Ministério da Previdência Social observou, em alguns casos, uma discrepância muito grande entre a idade dos falecidos e a idade dos cônjuges/companheiros, o que sugeriria a prática de fraude.

O Ministério observou, ademais, a concessão de pensões motivadas por casamentos formalizados em datas próximas às dos óbitos. E ao lado destas constatações, surpreendeu-se com as estatísticas das pensões por conta do aumento no número de concessões deste benefício, que passou de 5,9 milhões em dezembro/2005 para 7,4 milhões em outubro/2014.²

Resultado: o diagnóstico feito pelo Governo Federal é de que em tais casos havia nítida finalidade de fraudar o INSS, haja vista a ausência de um prazo mínimo razoável para

² Conforme Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 664/2014.

a caracterização da união estável para fins previdenciários, bem como de prazo razoável para o casamento gerar uma pensão. Daí a proposta de estipulação de um prazo mínimo de convivência entre cônjuges e companheiros, antes do óbito, como pré-requisito para a concessão da pensão.

Por fim, o problema da duração vitalícia do benefício também não passou despercebido pelo Ministério da Previdência Social, sobretudo quando cônjuges e companheiros supérstites apresentam pouca idade, *verbis*:

Submetemos, também, à apreciação de Vossa Excelência, que o prazo de duração da pensão por morte varie em função da idade do dependente, sendo vitalícia somente para cônjuge, companheiro ou companheira que tenha expectativa de sobrevida de até 35 anos, sendo reduzida a duração do benefício quanto maior seja a expectativa de sobrevida, após esse limite [...] a medida visa estimular que o dependente jovem busque seu ingresso no mercado de trabalho, evitando a geração de despesa à conta do RGPS para pessoas em plena capacidade produtiva [...].

Neste tocante, o ex-ministro da Previdência Social, Reinhold Stephanes, já nos anos 1990 defendia uma revisão legislativa da pensão, para que a sua concessão fosse orientada por "critérios relativos à idade, à renda e capacidade laboral do cônjuge beneficiário".³

A falta de critérios revela o absurdo da proteção previdenciária quando, por exemplo, o cônjuge ou o companheiro supérstite recebem pensão vitalícia apesar de eventualmente, auferirem renda no trabalho até maior do que o valor do benefício, hipótese em que a proteção previdenciária mostra-se claramente desnecessária.

Resultado: a proposta de alteração da Lei nº 8.213/1991 limitou no tempo a manutenção do benefício em função da idade do cônjuge ou companheiro supérstite, de modo a permitir maior tempo de gozo da pensão quanto maior a idade do dependente na data do óbito, e reservar a vitaliciedade apenas para beneficiários com idade mais avançada.

1.3. Como ficou?

A Lei nº 13.135, de 17 de junho de 2015, alterou a Lei nº 8.213/1991 nos três aspectos polêmicos abordados no item anterior.

Como pré-requisitos para a concessão da pensão aos cônjuges e companheiros(as) foram estipuladas duas novas regras: (1) um número mínimo de contribuições antes da data do óbito, cuja natureza jurídica assemelha-se à carência; e (2) um prazo mínimo de convivência entre cônjuges/companheiros.

O legislador estipulou um mínimo de 18 (dezoito) contribuições prévias à data do óbito para a concessão da pensão, exceto nos casos em que o óbito decorre de acidente

³ STEPHANES, Reinhold. *Reforma da previdência sem segredos*. Rio de Janeiro: Record, 1998. p. 221.

de qualquer natureza ou de doença profissional ou do trabalho, conforme § 2º-A do art. 77 da Lei nº 8.213/1991, inserido pela Lei nº 13.135/2015.

Caso o *de cujus* não tenha cumprido a carência de 18 (dezoito) contribuições, o benefício pode ser concedido, porém, o INSS pagará apenas 04 (quatro) prestações da pensão, conforme art. 77, § 2º, inciso V, alínea "b", inserida pela retromencionada lei, ainda que o beneficiário seja inválido ou deficiente.

A doutrina tem se posicionado a respeito deste novo requisito afirmando não tratar-se de carência propriamente dita, nos tradicionais moldes dos arts. 24, 25 e 26 da Lei nº 8.213/1991, mas apenas de um requisito que exige ao menos um histórico de 18 (dezoito) contribuições do segurado, ainda que de forma intercalada.⁴

Esta distinção é deveras importante, pois a se entender que não se trata propriamente de um prazo de carência, a qualidade de segurado não precisaria estar necessariamente atrelada aos ditames do parágrafo único do art. 24 da Lei nº 8.213/1991.

A ausência de alteração na redação do art. 25 parece corroborar esta tese, até porque a pensão pode ser concedida na ausência de 18 (dezoito) contribuições anteriores à data do óbito, porém limitada a 04 (quatro) prestações.

Portanto, a nova regra não criou um prazo de carência. Ela apenas estabeleceu um requisito específico para definir a duração do benefício aos cônjuges e companheiros(as), fato este já confirmado em Memorando do próprio INSS.⁵

Quanto ao prazo de convivência mínima entre cônjuges e/ou companheiros(as), a lei agora só permite o recebimento contínuo da pensão se os supérstites comprovarem a convivência com o *de cujus* por no mínimo 02 (dois) anos antes do óbito, conforme art. 77, § 2º, V, "c", inserida pela Lei nº 13.135/2015, exceto se o óbito decorre de acidente de qualquer natureza ou de doença profissional ou do trabalho.

Caso o matrimônio ou a união estável não tenham duração comprovada de pelo menos 02 (dois) anos anteriores ao óbito, o benefício poderá ser pago em apenas 04 (quatro) parcelas, de acordo com a nova redação do art. 77, § 2º, V, "b", dada pelo novel diploma legal.

Por outro lado, no que tange à manutenção da pensão, o legislador positivou a duração do benefício de forma proporcional à idade do beneficiário na data do óbito. A vitaliciedade foi mantida apenas no caso de dependentes com 44 (quarenta e quatro) anos ou mais de idade na data do óbito. Não sendo este o caso, a duração da pensão terá prazo pré-determinado pelas idades dos beneficiários, conforme o quadro abaixo:

⁴ CEREZA, Valber Cruz. Reformas previdenciárias e contraprestação. In: BERWANGER, Jane Lúcia Wilhelm; SERAU JR., Marco Aurélio; FOLMANN, Melissa (Org.). *Previdência em tempo de reformas*. Porto Alegre: Magister, 2015. p. 271.

⁵ FOLMANN, Melissa. Pensão por morte e auxílio-reclusão para cônjuge e companheiro(a) após a edição da Lei nº 13.135/2015. In: BERWANGER, Jane Lúcia Wilhelm; SERAU JR., Marco Aurélio; FOLMANN, Melissa (Org.). *Previdência em tempo de reformas*. Porto Alegre: Magister, 2015. p. 254.

Idade do beneficiário na data do óbito	Duração da pensão
Menos de 21 anos	3 anos
Entre 21 e 26 anos	6 anos
Entre 27 e 29 anos	10 anos
Entre 30 e 40 anos	15 anos
Entre 41 e 43 anos	20 anos
44 anos ou mais	Vitalícia

Das três novas regras que incidem sobre a pensão por morte aos cônjuges e companheiros(as), as duas primeiras estão claramente atreladas ao propósito de proteger o regime geral de previdência contra fraudes. Daí a sua aceitação ser menos resistida pela doutrina. O fim da vitaliciedade, contudo, ainda merece reflexão.

2. AS RESTRIÇÕES DA VITALICIEDADE PARA CÔNJUGES E COMPANHEIROS SÃO LEGÍTIMAS?

Apresentadas as mudanças na lei, bem como as justificativas que lhes deram amparo, resta agora refletir acerca da legitimidade das mudanças. Elas teriam amparo constitucional? São aceitáveis pelos princípios jurídicos que regem a matéria?

Nossa análise está assentada em duas premissas básicas inerentes às prestações previdenciárias: (1) a sua finalidade e (2) o seu caráter alimentar.

2.1. O caráter substitutivo dos benefícios previdenciários

Os sistemas previdenciários têm como objetivo primordial oferecer prestações pecuniárias aos seus beneficiários quando estes sofrem o revés de algum risco social.

Conforme Sérgio Pinto Martins, a Previdência Social é a área da Seguridade Social que "tem por objetivo proporcionar meios indispensáveis de subsistência ao segurado e à sua família, contra contingências de perda ou redução da remuneração".⁶ No mesmo sentido é a lição de Wladimir Martinez, quando afirma que "a prestação substitui a fonte de ingressos do obreiro".⁷

Os segurados vertem contribuições justamente com o propósito de receberem uma contraprestação que compense a perda da renda devido a contingências sociais como a velhice, a invalidez, etc., ou seja, para que não fiquem desamparados.

Deste modo, pode-se afirmar que os benefícios previdenciários só existem em virtude da sua vocação de oferecer uma renda substitutiva àquela oriunda do trabalho.

⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 300.

⁷ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de direito previdenciário*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2001. p. 111.

A Constituição Federal confirma este conceito quando prevê no art. 201, § 2º, que “nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo”. Resta patente, pois, o caráter substitutivo da prestação previdenciária.

Os riscos sociais que geram as prestações previdenciárias foram eleitos pelo constituinte e estão dispostos expressamente nos incisos do art. 201 da Constituição Federal, a saber: doença, invalidez, idade avançada, proteção à maternidade, especialmente à gestante, desemprego involuntário, reclusão e morte.

Portanto, só há efetiva proteção previdenciária aos beneficiários do regime geral (INSS) quando a legislação infraconstitucional contempla prestações pecuniárias voltadas à cobertura dos riscos expressamente elencados pela CF.

Embora o legislador tenha certa liberdade para dar a forma final aos benefícios previdenciários, definindo seus titulares, valores, prazos de carência e outros aspectos secundários dos benefícios, conclui-se da leitura da Constituição que para cada risco social dos incisos do art. 201 deve haver uma prestação correspondente, sem o que não há efetiva proteção previdenciária.

2.2. A natureza alimentar da prestação previdenciária e sua irrenunciabilidade

O conceito jurídico de alimentos compreende a obrigação imposta a alguém de prestar a outrem, periodicamente, o necessário para a sua subsistência de forma digna, consistindo em valor que permita a alimentação, moradia, saúde, educação e lazer.

Trata-se de instituto afeto originariamente ao Direito de Família, mas que tem aplicação também em outras áreas do Direito, pois sempre que uma prestação é destinada à subsistência de alguém, como ocorre com o salário, os honorários profissionais ou a indenização por morte, afirma-se que aquela prestação tem natureza alimentar.

Os benefícios previdenciários indiscutivelmente compõem esse rol, pois, por meio deles, o Estado busca garantir o sustento daqueles que, sem esse auxílio, não poderiam subsistir de forma digna.

Ao pagar os benefícios previdenciários a quem deles necessita, a Previdência Social nada mais faz do que cumprir o superior mandamento que emana da Constituição Federal.

A Constituição estabelece, em seu artigo 1º, III, a dignidade da pessoa humana, como um dos princípios orientadores da República Federativa do Brasil. Além disso, a solidariedade social, prevista em seu artigo 3º, I, é alçada pela Carta Magna como um dos objetivos a serem seguidos pela nação brasileira. Não fosse o bastante, a alimentação é um direito social garantido a todos os brasileiros pelo artigo 6º da Constituição.

Por isso, está correta a lição de Edgard de Moura Bittencourt, de que a legislação que disciplina os alimentos é de ordem pública, pois além de tutelar o interesse da pessoa beneficiada, tutela também o interesse do Estado em proteger a família, pois essa proteção resulta em benefícios à própria coletividade.⁸

⁸ BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Alimentos*. 4. ed. São Paulo: Leud, 1979. p. 11.

Sendo de ordem pública, os alimentos são absolutamente irrenunciáveis, conforme o entendimento consagrado na Súmula 379 do Supremo Tribunal Federal, *verbis*: “No acordo de desquite, não se admite a renúncia aos alimentos, que poderão ser pleiteados ulteriormente, verificados os pressupostos legais”.

Atualmente, a matéria é da competência do Superior Tribunal de Justiça, que tem jurisprudência afirmando que, na ação de separação ou de divórcio, o cônjuge pode renunciar ao direito de receber alimentos.⁹ Não obstante, a Corte Superior entende que essa renúncia opera efeitos somente em relação ao ex-cônjuge, não produzindo efeitos em relação à Previdência. Tal entendimento está consolidado na Súmula 336, *verbis*: “A mulher que renunciou aos alimentos na separação judicial tem direito à pensão previdenciária por morte do ex-marido, comprovada a necessidade econômica superveniente”.

A Súmula 336 é oriunda de controvérsias envolvendo a concessão de pensão por morte, tanto no regime geral quanto no regime próprio de previdência, nas hipóteses em que o *de cuius* era separado(a) ou divorciado(a), e não tinha obrigação formalizada de pagar alimentos aos ex-cônjuges ou ex-companheiros(as).

Segundo dispõe o art. 76, § 2º, da Lei nº 8.213/1991 (que suscitou a interpretação do STJ), o cônjuge divorciado ou separado judicialmente, ou de fato, só tem direito à pensão previdenciária quando comprova que vinha recebendo alimentos do *de cuius*.

Portanto, a renúncia aos alimentos na separação ou no divórcio é razão suficiente para a recusa da concessão do benefício pelo INSS.

O disposto no art. 76, § 2º, da Lei nº 8.213/1991 possui a utilidade de indicar a inexistência da dependência econômica do ex-cônjuge ou ex-companheiro(a) de forma bem objetiva, pois se não há previsão de pagamento de alimentos na separação ou no divórcio, não se pode inferir *a priori* que haja dependência econômica.

Todavia, em todos os precedentes que resultaram na edição da Súmula 336 percebe-se que o fator determinante para a concessão ou não do benefício na visão do STJ foi a efetiva comprovação da dependência econômica, independentemente da renúncia formal aos alimentos na separação ou divórcio.

Para aquele colendo Tribunal, a proteção social está acima de regras técnicas que levam à presunção da dependência econômica. Não importa que tenha havido renúncia formalizada na sentença ou acordo da separação/divórcio/dissolução de união estável. Importa saber se o(a) pretendente à pensão previdenciária era de fato amparado pelo *de cuius*.

A inteligência da Súmula 336 é muito clara: a matéria fática se sobrepõe à presunção legal. O STJ não vê no art. 76, § 2º, da Lei nº 8.213/1991 uma proibição, mas tão somente uma presunção legal que pode ceder frente à prova efetiva da necessidade do benefício.

Portanto, é a necessidade do cônjuge/companheiro(a) supérstite que determina o direito ou não à prestação previdenciária. Em alguns precedentes, aliás, o STJ corrobora a tese

⁹ Nesse sentido, exemplificativamente, os seguintes julgados do STJ: EDcl no REsp 832.902/RS. Quarta Turma. Rel. Ministro João Otávio de Noronha. J. 06.10.2009, DJe 19.10.2009; AgRg no Ag 1.044.922/SP. Quarta Turma. J. 22.06.2010. DJe 02.08.2010.

da Súmula 379 do STF, afirmando que não faz sentido uma prestação de natureza alimentar deixar de ser paga pelo INSS quando há prova da dependência econômica superveniente.

Em suma, se o direito a alimentos é irrenunciável e se ele vinha sendo prestado pelo alimentante em vida, então pela mesma razão (necessidade) deve ser mantido na morte através da prestação previdenciária.

Conclui-se, portanto, por dedução lógica, que a pensão previdenciária também seria irrenunciável se comprovada a necessidade de fato do supérstite na data do óbito.

2.3. A ausência de motivação factível para a restrição da vitaliciedade

Conforme já exposto, o Governo Federal apresentou na Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 664/2014 todas as razões que exigiram ajuste técnico no benefício de pensão.

A estipulação de um prazo de carência e de um prazo de convivência mínima no casamento e na união estável foram medidas que procuraram evitar as fraudes que vinham vitimando o INSS. As explicações técnicas foram claras a este respeito.

A Exposição de Motivos, entretanto, não abordou com profundidade as restrições criadas quanto à duração do benefício. A proposta de acabar com a vitaliciedade para pensionistas jovens baseou-se no seguinte argumento, *verbis*:

Senhora Presidenta, a medida visa estimular que o dependente jovem busque seu ingresso no mercado de trabalho, evitando a geração de despesas à conta do RGPS para pessoas em plena capacidade produtiva, permitindo, ao mesmo tempo, o recebimento de renda por certo período para que crie as condições necessárias ao desenvolvimento de atividade produtiva.

O foco da mudança feita pela Lei nº 13.135/2015 foi eliminar a vitaliciedade para pensionistas com menos de 44 anos de idade, ou seja, pessoas que provavelmente perderam seus cônjuges ou companheiros precocemente.

A perda precoce do cônjuge ou companheiro(a) é um fato marcante e doloroso para a família. A dor exige tempo para ser superada. As adaptações econômicas dos entes da família também, especialmente quando o óbito atinge o provedor do lar.

O mercado de trabalho é competitivo e não oferece oportunidade para todos de forma igual. O tempo que uma advogada de 35 anos levará para adaptar-se, ao tornar-se viúva e com um filho, evidentemente, não é igual ao tempo que levará uma dona de casa com a mesma idade e baixo grau de instrução sendo mãe de quatro filhos.

Ocorre que a nova lei estabeleceu tratamento jurídico igual para situações que podem ser bem diferentes. Os prazos estabelecidos para a pensão paga aos supérstites jovens podem ser até desnecessários em alguns casos, mas em outros eles são manifestamente insuficientes!

A Lei nº 8.213/1991 sempre recebeu críticas por prever a presunção absoluta de dependência econômica para os cônjuges e companheiros(as). Esse desajuste vem sendo

debatido há muito tempo na doutrina, já que a opção do legislador foi evitar a casuística na análise do direito à pensão, adotando um critério objetivo de dependência econômica através das relações de parentesco.

O modelo obviamente provoca eventuais desacertos, pois nem sempre o falecido era provedor do lar e nem sempre o supérstite dependia do falecido. Daí a presunção ser tão criticada. O propósito da Lei nº 13.135/2015 foi quebrar esta presunção.

Todavia, a pretexto de aperfeiçoar a falha técnica da presunção absoluta da dependência, a nova regra trazida para a duração da pensão implica a presunção de que após os períodos elencados na nova redação do art. 77, § 2º, V, "c", da Lei nº 8.213/1991, o pensionista não necessitará mais do benefício, ou seja, o legislador apenas trocou uma presunção por outra!

Resultado: com essa nova presunção as distorções continuarão. Muitos(as) viúvos(as) que não necessitam do benefício - ou não necessitam por muito tempo - vão recebê-lo, e outros que têm mais necessidade ficarão desprotegidos. Portanto, as razões trazidas na Exposição de Motivos da MP nº 664/2014 não justificam satisfatoriamente as mudanças implementadas.

3. O FUTURO DA RECENTE REFORMA À LUZ DO PENSAMENTO DO STF E DO STJ

A troca de uma presunção legal por outra indica que o legislador optou por estabelecer um critério objetivo na lei, até mesmo para facilitar a rotina administrativa do INSS.

A escolha de um critério prático não é tarefa fácil. A generalidade da regra invariavelmente torna imprópria sua aplicação diante de circunstâncias excepcionais que são contrárias ao seu texto.

No caso da pensão, a generalidade pode eventualmente, levar à concessão da pensão a quem não precisa e à recusa de proteção previdenciária a quem dela precisa.

A técnica da presunção legal de (in)dependência econômica não é infalível, e por isso, a Lei nº 13.135/2015 comete um claro deslize à medida que mantém essencialmente as falhas que já vigoravam na Lei nº 8.213/1991.

O pretexto de que a antiga dependência econômica gerava distorções técnicas no benefício só serviu para a adoção de uma nova - e também distorcida - presunção legal.

Segundo Igor Ajouz, a presunção no direito se presta a "facilitar e acelerar a construção de convicção ou solução jurídica a partir da revelação de uma premissa e da confiança em um prognóstico",¹⁰ premissa esta geralmente amparada estatisticamente.

Portanto, a presunção não é prova. É apenas um caminho que nos aproxima da verdade. E desta verdade mais nos distanciamos quanto mais equivocadas forem as premissas que amparam a presunção.

¹⁰ AJOUZ, Igor. A presunção da dependência econômica em favor de cônjuges e companheiros de segurados do regime geral de previdência social: a inconsistência do sistema previdenciário brasileiro. In: *Revista de Direito Social*, n. 41, p. 165-185, jan./mar. 2011. p. 169.

Além da concessão da pensão no INSS continuar sendo amparada por uma presunção, agora a manutenção do benefício também obedece a uma presunção, qual seja, a de que a partir de determinada idade o cônjuge ou companheiro(a) supérstite não necessitam da prestação previdenciária. Uma presunção, aliás, que não comporta exceção!

O legislador reputou imprópria a presunção absoluta de dependência vitalícia e a substituiu por outra presunção baseada em prazos mais ou menos aleatórios. A nova regra, aliás, é muito pior em termos de proteção previdenciária. Se antes a distorção na presunção implicava a concessão do benefício, hoje o benefício pode ser cessado por conta de uma presunção.

A Lei nº 13.135/2015 poderia ter procurado outros caminhos para corrigir as distorções técnicas do benefício de pensão.

Poderia ter reduzido seu valor paulatinamente a partir de determinado momento na vida do viúvo(a), nos moldes do que chegou a ser cogitado na redação da Medida Provisória 664/2014. Poderia ensejar uma análise casuística para a manutenção do benefício a partir de determinado prazo. Poderia até prever a cessação do benefício ressaltando seu restabelecimento em caso de necessidade superveniente.

O legislador tinha várias opções... Mas optou pela mais simplista.

Ora, não se pode admitir que uma mera presunção elimine a proteção previdenciária! As propostas mencionadas acima conciliariam melhor a necessidade da prestação previdenciária pelo supérstite e o dever do Estado em oferecer uma prestação previdenciária para o risco morte, conforme determina o art. 201, V, da Constituição Federal.

A flexibilidade no amparo previdenciário não seria um mal em si. O mal em si está numa presunção que elimina por completo este amparo!

A eliminação do benefício por conta de uma presunção não parece compatível com o pensamento do STJ e do STF expressos em suas Súmulas 336 e 379, respectivamente. A *ratio* dos verbetes reside no fato de que, a ausência da renda familiar antes oferecida pelo seu provedor, precisa ser suprida em caso de necessidade.

Do ponto de vista previdenciário, esta lógica é ainda mais clara porque o sistema de prestações previsto no art. 201 da Constituição tem por objetivo justamente substituir a renda antes obtida com o trabalho do *de cuius*.

Se a renda não mais existe em função do óbito e o sistema previdenciário nega o amparo, é de se concluir que o propósito de substituição de renda em caso de necessidade do cônjuge/companheiro(a) supérstite acaba sendo negado. Uma negativa, portanto, inconstitucional.

O conflito não se dá apenas com súmulas do STJ e do STF. As novas regras sobre a duração da pensão atentam contra a própria lógica da proteção previdenciária na medida em que o art. 201, V, CF pode ter sua vigência negada por conta de uma mera presunção.

CONCLUSÃO

De acordo com as lições do Direito de Família, sendo uma norma de ordem pública, os alimentos são absolutamente irrenunciáveis. Este entendimento está consagrado no âmbito do Supremo Tribunal Federal através de sua Súmula 379.

Por outro lado, embora o Superior Tribunal de Justiça venha admitindo a possibilidade da renúncia aos alimentos (a despeito de previsão expressa contrária no Código Civil), a Corte ressalva que a renúncia opera efeitos somente em relação ao ex-cônjuge ou ex-companheiro(a), não produzindo efeitos em relação à previdência social. É o que se depreende de sua Súmula 336.

Entre as recentes mudanças que atingiram a pensão por morte no regime geral de previdência, promovidas pela Lei nº 13.135/2015, encontra-se o fim da vitaliciedade do benefício para os supérstites que tenham menos de 44 anos de idade na data do óbito do segurado. A regra para tais dependentes não comporta exceção.

A proposta de alteração foi motivada pela ideia de que os beneficiários jovens não podem ter ao seu favor uma presunção absoluta de dependência econômica.

A lei agora presume que o ex-cônjuge ou ex-companheiro que tinham menos de 44 anos de idade na data do óbito terão renda própria, para si ou sua família, capaz de substituir a renda que supostamente seria auferida pelo *de cujus*.

Todavia, a referida presunção colide com o entendimento consagrado do STF e do STJ na matéria, eis que para ambos a situação real de dependência econômica tem peso maior do que qualquer presunção legal. A presunção deve, pois, ceder diante de circunstâncias fáticas que mostrem a necessidade da prestação alimentar.

Ademais, por não prever exceções, a nova sistemática de manutenção da pensão pode negar vigência ao art. 201, V, da Constituição. Se antes a presunção da dependência econômica vitalícia era criticada por promover a concessão desnecessária do benefício, agora a nova presunção pode ser criticada por promover o fim da pensão quando ela é necessária.

Deste modo, havendo real necessidade econômica de manutenção da pensão após os prazos criados pela Lei nº 13.135/2015, o benefício deve ter o pagamento mantido. Do contrário, ter-se-á a violação do entendimento sumulado do STF e do STJ bem como a negativa do comando constitucional de amparo à morte através de prestação previdenciária (art. 201, V), quando ela mostra-se necessária.

REFERÊNCIAS

AJOUZ, Igor. A presunção da dependência econômica em favor de cônjuges e companheiros de segurados do regime geral de previdência social: a inconsistência do sistema previdenciário brasileiro. In: *Revista de Direito Social*, n. 41, p. 165-185, jan./mar. 2011.

BERWANGER, Jane Lúcia Wilhelm; SERAU JR., Marco Aurélio; FOLMANN, Melissa (Org.). *Previdência em tempo de reformas*. Porto Alegre: Magister, 2015.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Alimentos*. 4. ed. São Paulo: Leud, 1979.

CEREZA, Valber Cruz. Reformas previdenciárias e contraprestação. In: BERWANGER, Jane Lúcia Wilhelm; SERAU JR., Marco Aurélio; FOLMANN, Melissa (Org.). *Previdência em tempo de reformas*. Porto Alegre: Magister, 2015.

FOLMANN, Melissa. Pensão por morte e auxílio-reclusão para cônjuge e companheiro(a) após a edição da Lei nº 13.135/2015. In: BERWANGER, Jane Lúcia Wilhelm; SERAU JR., Marco Aurélio; FOLMANN, Melissa (Org.). *Previdência em tempo de reformas*. Porto Alegre: Magister, 2015.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de direito previdenciário*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2001.

MARTINS, Bruno Sá Freire. As(os) viúvas(os) e o sistema previdenciário. In: *Revista Síntese Previdenciária*, São Paulo: Síntese, n. 48, p. 229-235, maio/jun. 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SALVADOR, Sérgio Henrique. O subjetivismo da dependência econômica no direito previdenciário. In: *Revista Síntese Previdenciária*, São Paulo: Síntese, n. 50, p. 25-28, set./out. 2012.

STEPHANES, Reinhold. *Reforma da previdência sem segredos*. Rio de Janeiro: Record, 1998.