

Beneficiários: Segurados e Dependentes do RGPS

Autora: Marina Vasques Duarte

(Juíza Federal, Mestre em Direito pela PUC/RS,
Professora de Direito Previdenciário e autora de diversas obras publicadas)
| Artigo publicado em 16.09.2005 |

Sumário: 1. Introdução. 2. Relação de previdência social. 2.1. Natureza jurídica. 2.2. Espécies de relação jurídica. 2.3. Validade da relação jurídica. 3. Beneficiários. 3.1. Filiação e inscrição. 3.2. Segurados obrigatórios. 3.3. Segurados facultativos. 3.4. Manutenção da qualidade de segurado. 3.5. Dependentes. 3.5.1. Cônjuge/Companheiro(a). 3.5.2. Companheiro homossexual. 3.5.3. Filhos. 3.5.4. Pessoa designada. 4. Bibliografia

1. Introdução

O direito do trabalhador a benefícios previdenciários encontra amparo no nosso ordenamento jurídico como direito social prescrito no artigo 6º da CF de 1988.

As origens do direito previdenciário remontam ao surgimento do reconhecimento dos chamados direitos de segunda “geração” ou “dimensão”(1) evidenciados após o impacto da Revolução Industrial e dos graves problemas sociais e econômicos por ela trazidos, quando se constatou que o Estado Liberal preconizado pela Revolução Francesa, o qual consagrava a liberdade e igualdade formal, não garantia o seu efetivo gozo. Desta forma, a partir do século XIX, em virtude de movimentos reivindicatórios, inicia-se o reconhecimento progressivo de direitos atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social, promotora do bem-estar geral.

O que se evidencia desde então é o reconhecimento de que a sociedade, o Estado, não pode deixar o indivíduo à mercê dos riscos sociais sem prestar o devido amparo. Diz-se “riscos sociais”, porque o acontecimento futuro e aleatório, independente da vontade ou ação humana capaz de produzir conseqüências danosas à pessoa, afetam ou podem afetar a comunidade. Neste sentido, Feijó Coimbra aponta como fundamentos da relação jurídica assistencial o risco, o sinistro, o dano, a reparação e a necessidade.(2)

A finalidade primordial da seguridade social é a proteção que a sociedade garante ao indivíduo na ocorrência de determinado evento futuro e incerto, cuja verificação independe necessariamente de sua vontade, e cuja ocorrência pode vir a trazer desfalque patrimonial ao

conjunto familiar do trabalhador. Diz-se evento incerto no sentido de ser aleatória a sua ocorrência ou apenas o momento desta, como no caso da morte, que se sabe irá ocorrer, embora não se possa prever quando.

O dano, objeto de proteção social, é, normalmente, aquele que acarreta a perda, parcial ou total, do rendimento familiar em virtude de eventual impossibilidade laborativa, criando, com isto, uma real situação de necessidade, seja para o trabalhador, seja para os familiares que dele dependem.

Baseia-se a previdência social no princípio da justiça social e no dever da sociedade organizada de garantir a todo indivíduo meios de subsistência suficientes quando não possa trabalhar, mantendo o equilíbrio econômico daquele que é atingido pelas conseqüências dos riscos sociais ou de seus dependentes.

Distingue-se sobremaneira do seguro privado. O seguro social representa a poupança coletiva organizada pelo Estado capaz de confortar o anseio de segurança geral, garantindo o amparo ainda quando o evento danoso ocorra de modo imprevisto, antes que se tenha formado poupança individual suficiente para arcar com as despesas decorrentes dos infortúnios. A sociedade e o Estado, como um todo, financiam solidariamente a reparação econômica de que o indivíduo e a família necessitam para sobreviver de forma digna.

A relação jurídica de proteção estabelecer-se-á, portanto, quando verificado o sinistro, a ocorrência de certo fato previsto na legislação. Estes fatos configuram-se os eventos danosos, cujo risco de infortúnio o sistema pretende cobrir, protegendo o cidadão mediante o pagamento de prestações pecuniárias ou a prestação de serviços.

Como já manifestado, é de se destacar que a previdência social deve amparar não apenas o trabalhador, mas de igual maneira todos aqueles que dele dependam economicamente. Afinal, na impossibilidade de o segurado exercer atividade lucrativa, não é apenas ele que fica desamparado, mas todo o grupo familiar que dele depende financeiramente. Razão por que são considerados beneficiários de prestações previdenciárias também os dependentes daquele que está vinculado ao sistema que arcará com o risco social de eventual incapacidade laborativa ou até de sua morte.

2. Relação de previdência social

2.1. Natureza jurídica

A doutrina mais antiga menciona a natureza jurídica da relação previdenciária como sendo contratual. Contudo, verificada a presença

da lei de forma imperativa, independente da vontade ou do arbítrio do homem, não há como negar a natureza legal da relação jurídica.

Na classificação tradicional de Pontes de Miranda, é possível enquadrá-la como ato-fato jurídico, em que o ato humano é da substância do fato jurídico, mas não importa para a norma se houve ou não vontade em praticá-lo. A norma jurídica abstrai desse ato qualquer elemento volitivo como relevante. Ressalta-se a consequência do ato sem se dar maior significância à vontade em praticá-lo.(3)

O nascimento da relação jurídica surge com o exercício da atividade remunerada descrita na legislação previdenciária como de filiação obrigatória. A partir deste momento, o segurado não pode mais optar pela sua adesão ou não ao plano de previdência social.

Por óbvio, tal raciocínio não se aplica de forma direta quando se trata de segurado facultativo, cuja filiação decorre de ato volitivo do indivíduo que pretende estar amparado pela previdência social. Contudo, não se pode também igualar a relação existente entre ele e o Estado a um mero contrato de seguro privado. Uma vez que se opte pela filiação, passam a incidir mesmo nesta relação jurídica todos aqueles princípios inerentes à previdência organizada por um ente estatal cuja finalidade primordial é prestar amparo ao indivíduo na ocorrência de um dos riscos sociais previamente elegidos. Acreditamos que, neste caso, melhor se adequaria a denominação de ato jurídico *stricto sensu*, em que a vontade consciente é elemento essencial para a sua constituição, embora o resultado esteja previamente estabelecido na lei e seja inalterável pela vontade dos interessados.

Não se pode olvidar que a previdência social é fundada na solidariedade social, que tem por pressuposto amparar aqueles que dela necessitam com recursos daqueles que podem contribuir.

2.2. Espécies de relação jurídica

Na doutrina brasileira, aquele que acreditamos tenha melhor identificado a relação jurídica previdenciária é Feijó Coimbra. Com sapiência, destaca que "das leis que, em nosso ordenamento jurídico, regulam a proteção social, resultam relações jurídicas de diversa forma e conteúdo, estabelecendo direitos e obrigações entre vários tipos de sujeitos, consoante o objetivo do preceito hipotético de que se trata".(4)

Essas relações jurídicas mencionadas podem ser distribuídas em três "categorias": i) relação de vinculação ou filiação; ii) relação de amparo ou de proteção; iii) relação de custeio.

Da relação de vinculação ou filiação decorrem a relação de amparo e de custeio. Contudo, não há correspectividade entre o dever de contribuir e o direito a benefícios ou serviços.

Contrariamente àqueles que adotam a teoria unitarista, segundo os quais a relação de previdência configura-se como uma relação unitária e complexa – da qual surge o dever de contribuir, o poder de descontar e o direito às prestações previdenciárias –, entendemos existir duas relações jurídicas distintas fundamentalmente.

Vários são os argumentos que pendem a esta conclusão.

O simples fato de o legislador ordinário ter optado por duas leis distintas a regular a matéria: a Lei 8.212/91, quanto à relação de custeio, e a Lei 8.213/91, quanto à de previdência/amparo.

Os princípios norteadores de uma e outra relação jurídica visando à solidariedade e à promoção da justiça social. A de custeio é fundada na capacidade contributiva e a de previdência no estado de necessidade.

Por sua vez, o artigo 15 da Lei 8.213/91, ao prever os “períodos de graça”, também afasta a correspondência contribuição-prestação ao permitir que determinado indivíduo perceba benefício previdenciário ainda que não esteja recolhendo contribuição. Ou, ainda, pode-se vislumbrar o dever de contribuir sem o direito às prestações ou à maioria delas, como, por exemplo, na hipótese do aposentado que retorna à atividade e até mesmo daqueles que não preenchem as condições necessárias para a concessão de determinado benefício.

Por fim, a distinta previsão dos prazos de prescrição para a cobrança das parcelas devidas pelo Instituto (artigo 103, parágrafo único da LB) e das contribuições atrasadas (cujo prazo, segundo a jurisprudência mais autorizada, vem prescrito no Código Tributário Nacional), e a imprescritibilidade do direito ao benefício contraposta à prescrição extintiva dos direitos do INSS em face do contribuinte.

Citando Giorgio Canella, o prof. João Antonio Pereira Leite, em artigo publicado na Revista Forense nº 255,(5) traz a distinção entre sinalagma genético – liame de interdependência entre duas obrigações co-respectivas –, que existe em todas as relações de previdência social, e o sinalagma funcional. Neste sentido, a independência no plano jurídico da relação de previdência social aponta para a ausência de sinalagma funcional entre o pagamento das contribuições e a pretensão às prestações, até porque a lei de custeio por diversas vezes transfere para outra pessoa a responsabilidade pelo recolhimento da contribuição. O Estado tem o

dever de cumprir sua obrigação, embora não esteja adimplida a correlativa obrigação do pagamento das contribuições, quando verificados os requisitos do direito à prestação.

Assim, ao contrário do que vinha sendo exigido administrativamente (art. 455 da IN 57/01: "A existência de débito relativo a contribuições devidas pelo segurado junto à Previdência Social não é óbice, por si só, para a concessão de benefícios, quando preenchidos todos os requisitos legais para a concessão do benefício requerido, salvo nas situações em que o período em débito compuser o PBC."), não é possível exigir como condição para a concessão de determinado benefício a quitação de eventuais débitos para com a Previdência. Se o período durante o qual o segurado não recolheu contribuição não será utilizado para cálculo do benefício ou não importará para comprovação do período de carência, o INSS não pode obstaculizar a concessão do benefício com a condição de seu adimplemento.

A questão parece ter sido resolvida pelo artigo 461 da IN 78/02, disposição repetida no artigo 459 da IN 95/03:

"Art. 461. A existência de débito relativo a contribuições devidas pelo segurado junto à Previdência Social não é óbice, por si só, para concessão de benefícios, quando preenchidos todos os requisitos legais para a concessão do benefício requerido, inclusive nas situações em que o período em débito compuser o PBC."

"Art. 459. A existência de débito relativo a contribuições devidas pelo segurado à Previdência Social não é óbice, por si só, para a concessão de benefícios, quando preenchidos todos os requisitos legais para a concessão do benefício requerido, inclusive nas situações em que o período em débito compuser o PBC."

§ 1º Na situação prevista no caput deste artigo, deverá, contudo, ser observado, obrigatoriamente, se o não-cômputo do período de débito acarretará perda da qualidade de segurado e, conseqüentemente, reanálise de enquadramento e de progressões.

§ 2º Em se tratando de débito posterior ao direito adquirido, após a concessão, deverá ser comunicado ao Setor da Receita Previdenciária, para providências a seu cargo, juntando-se ao processo cópia da referida comunicação.

§ 3º Caberá revisão do benefício após a quitação do débito.

§ 4º Para fins de concessão de pensão por morte ou de auxílio-reclusão, em que haja existência de débito, observar-se-á o disposto no art. 274 desta Instrução Normativa.

§ 5º O reconhecimento da existência de débito com a Previdência Social implicará a comunicação do fato à Seção ou Divisão da Receita Previdenciária, para as providências a seu cargo, ou seja, para a cobrança dos valores relativos às contribuições previdenciárias, juntando-se ao processo cópia da referida comunicação, se for o caso."

Ressalte-se, desde já, que o débito aqui mencionado não abrange as parcelas referentes às competências necessárias para que o segurado responsável pelo recolhimento da própria contribuição (contribuinte individual, segurado especial – quando exigida contribuição, nos termos do artigo 39, II, da LB – e o segurado facultativo) comprove a qualidade de segurado e a carência necessária para recebimento do benefício previdenciário. Afinal, em face do caráter contributivo do sistema previdenciário, o segurado deverá recolher as contribuições necessárias à prova da qualidade de segurado e carência,(6) sob pena de indeferimento do benefício. Quanto às outras competências, que não pretende utilizar para concessão do benefício, é que não há a exigência de saldar eventual débito, como, aliás, bem explicita o dispositivo 459 da IN 95/03.

Ainda que a relação jurídica de custeio existente entre o segurado e o regime previdenciário seja independente da relação jurídica de proteção, ou melhor, não haja na relação jurídica previdenciária traço de sinalagma entre o pagamento das contribuições e a pretensão aos benefícios, é certo que somente está amparado pelo regime previdenciário brasileiro, de regra, aquele que tenha contribuído para o sistema a que pertence.(7) Ainda que a contribuição não seja fator necessário do direito à prestação,(8) é sem dúvida o indicativo da manutenção da qualidade de segurado, salvo nas hipóteses previstas no artigo 15 da Lei 8.213/91.(9)

2.3. Validade da relação jurídica

Como aponta Amauri Mascaro Nascimento,(10) para a concepção dualista, direito do trabalho e previdência social não se confundem; constituem matérias autônomas e de objetivos próprios, bem como tratamento jurídico específico, apesar da íntima conexão e expansão que os caracteriza na história.

O dualismo parte inclusive da diversidade de sujeitos, maior na previdência social – cujo rol deveria ser o mais amplo possível, e menor no direito do trabalho, que abrangeria somente os empregados. As relações jurídicas de direito do trabalho têm como sujeitos dois particulares, o empregado e o empregador. Já as relações de direito previdenciário, como acima apontado, constituem-se independentemente da vontade dos segurados e não têm natureza contratual.

A validade do contrato de trabalho não é condição para o nascimento da relação jurídica de previdência social. Não apenas o empregado é segurado da previdência, mas também aquele que exerce por conta própria atividade remunerada sem vínculo trabalhista (segurado autônomo/contribuinte individual).

Se nulo o contrato de trabalho por causas outras como defeito de forma, incapacidade do agente ou inidoneidade do objeto, não há nulidade necessária da relação jurídica previdenciária.

Várias são as decisões judiciais amparando o menor de 12, 14 ou 16 anos, (conforme a época do exercício da atividade) que, contrariando a norma constitucional proibitiva do trabalho infantil, tenha-se vinculado a determinada pessoa física ou jurídica exercendo atividade remunerada. Embora o contrato de trabalho seja nulo pela incapacidade do agente ou por expressa proibição constitucional, desta relação exsurtem inegáveis efeitos previdenciários, porquanto é impossível restituir as partes ao estado anterior, mostrando-se insuficiente a teoria indenizatória da proibição do enriquecimento ilícito. Afinal, "constitui inquestionável imperativo de justiça buscar solução capaz de impedir que regras cogentes forjadas em benefício da pessoa, contra ela se voltem de modo odioso. Quando se proíbe o trabalho do menor (...) o que se quer é a proteção das pessoas de pouca idade (...). Se, apesar da proibição, é executado o serviço, seria iníquo sancionar a quem já é vítima das pressões econômicas e sociais. Quanto à relação de previdência social, a iniquidade é ainda mais viva, porque se agrava o risco de danos à saúde e à integridade física do trabalhador. O serviço foi prestado por quem presumidamente não tinha condições de suportar sem gravame o esforço e o dispêndio de energia, pois precoce ou efetuado em circunstâncias agressivas particulares. (...) O caráter pessoal do trabalho humano, isto é, a inseparabilidade em termos absolutos entre o trabalhador e o trabalho, entre o agente e a ação impede se restitua o serviço a quem o prestou. Negar efeito ao contrato seria violentar a realidade (semelhante ao que ocorre quando um menor absolutamente incapaz ingressa em um cinema após adquirir o bilhete ou um alienado mental vai a um restaurante, faz uma refeição e paga), consagrando, ademais, a injustiça".(11)

Diferencia, ainda, Pereira Leite, a ilicitude da prestação da ilicitude do objeto do contrato, destacando que, "se um trabalhador prestou serviços a estabelecimento de jogo proibido ou prostituição e o serviço em si mesmo não era ilícito, aproveitando-se o 'empresário' da necessidade do 'empregado', repugna à equidade venha o tomador de serviço a beneficiar-se da própria torpeza. Na relação de previdência social, dir-se-á não estarem em confronto apenas os interesses de dois particulares, mas, bem ponderada a questão,

também é intenso o interesse público na disciplina da relação de emprego. (...) Condenar os trabalhadores de humilde condição social e econômica à marginalização jurídica, em nome da ilicitude do objeto do contrato, seria farisaico”.

Quanto à forma do contrato de trabalho, há que se destacar o surgimento da relação de emprego e também de previdência social de modo simultâneo, independentemente da exteriorização de vontade sob forma especial. A filiação existe para o segurado obrigatório independentemente da formalização realizada pela anotação na CTPS ou inscrição do segurado no respectivo órgão estatal.

Não é por outro motivo que Feijó Coimbra⁽¹²⁾ indica a irrelevância da vinculação ilegítima. A relação de previdência que vincula o segurado obrigatório decorre da lei. A ausência de contribuição não retira do segurado esta condição. De outra banda, se alguém contribui erroneamente para o sistema, sem amparo legal, não fará jus, de regra, a prestação alguma da previdência social. Cita, como exemplo, servidor estadual que contribuiu por largo espaço de tempo para o regime do antigo INPS, mesmo possuindo regime próprio de previdência social, afirmando que nesta hipótese jamais poderia ser considerado beneficiário do Regime de Previdência Urbana. As contribuições indevidas poderiam ser repetidas, mas não lhe concediam direito a qualquer benefício previdenciário do regime do INPS, ainda mais porque não mais vigente o artigo 153 do regulamento baixado pelo Decreto nº 60.501/67, o qual preceituava que “as prestações não deixarão de ser concedidas, em caso de filiação indevida, salvo se for comprovado dolo”.

Na situação em tela, em que pese considerarmos válida a idéia de que a filiação decorre de expressa disposição legal, e a inscrição e contribuição indevida não geram filiação ao Regime Geral da Previdência Social nesta categoria, há que se ter certa parcimônia na avaliação dos casos concretos, em especial quando se vislumbra a boa-fé do segurado, ao encontro do raciocínio que já era feito por aquele Decreto acima mencionado.

Já decidimos devida aposentadoria por idade a segurada que havia contribuído durante anos como empresária, embora restasse comprovado que se tratava na realidade apenas de sócia-cotista que não recebia pró-labore da empresa e sequer desempenhava atividade habitual nesta. Ainda que a legislação, à época do recolhimento das contribuições, não previsse a figura do segurado facultativo, a nova norma legal incluiu-a no Regime Geral da Previdência Social, legalizando a situação da idosa que por muitos anos havia contribuído para o sistema, sem que o Instituto Previdenciário tenha-se negado a receber as contribuições.

Idêntico posicionamento foi adotado unanimemente, em 13.11.2003, pela 3ª Seção do TRF da 4ª Região no julgamento dos Embargos Infringentes em Apelação Cível (1997.04.01.28705-1/RS):

“PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. CONTRIBUINTE FACULTATIVO. FIGURA INEXISTENTE NO SISTEMA ANTERIOR. APOSENTADORIA POR IDADE.

1. O art. 201, § 1º, da CF/88 possibilitou a participação de qualquer pessoa, independentemente de ser empregado ou empregador, a participar dos benefícios da Previdência Social, mediante contribuição, com a finalidade de cobrir uma maior parcela da população. O art. 13 da Lei nº 8.213/91 criou a figura do segurado facultativo para regulamentar tal previsão constitucional.

2. Contribuições vertidas com início no sistema anterior, sem previsão legal, e termo final no novo sistema, que convalidou as situações fáticas pretéritas, enquadrando-a na figura do segurado facultativo, a embargante tem direito ao aproveitamento válido de suas contribuições à Previdência Social se, após largo lapso de tempo de recolhimento, a Autarquia não orientou a contribuinte de que eram irregulares, beirando tal negativa à má-fé, que não deve pautar as relações jurídicas de direito público.

3. Hipótese em que a demandante preenche os requisitos necessários de idade e carência para a concessão de aposentadoria por idade.” (Relator Juiz Fernando Quadros da Silva, DJU 03.12.2003, p. 588)

3. Beneficiários

3.1. Filiação e inscrição

Filiação e inscrição não coincidem necessariamente. Quando se trata de segurado obrigatório, a filiação é automática com o exercício de atividade descrita em lei. A inscrição é ato de mera regularização do segurado perante a Previdência.

Apenas na hipótese de segurado facultativo a sua filiação dar-se-á com a inscrição e o pagamento da primeira contribuição, já que o facultativo deverá fazer expressa opção pelo vínculo previdenciário (art. 20, parágrafo único, RPS).

O dependente também se filia automaticamente em virtude de disposição legal. Com a Lei 9.032/95, que revogou a pessoa designada do rol dos dependentes previdenciários do artigo 16 da Lei de Benefícios - cuja filiação se dava pela manifestação de vontade do segurado de incluí-la como dependente -, não há mais necessidade de inscrição prévia ao requerimento de qualquer benefício. Tanto assim que o artigo 17, § 1º, da Lei 8.213/91 incumbe o próprio dependente de promover a sua inscrição quando do requerimento do

benefício a que estiver habilitado (pensão por morte ou auxílio-reclusão).

Afinal, como todas as hipóteses de incidência que restaram no artigo 16 da Lei 8213/91 dizem respeito a condições outras que se verificam independente da inscrição, que independem de ato volitivo do segurado, mas decorrem da própria lei, a inscrição é ato meramente formal que pode ser efetuada mesmo após o óbito do associado direto.

Justamente por não ser essencial a prévia inscrição do dependente e a relação jurídica decorrer da expressa incidência da hipótese legal, isto é, da filiação, é que se alguém já estiver previamente registrado, mas à data da ocorrência da condição que daria ensejo ao benefício – morte ou reclusão – tiver sido excluído de tal condição em razão de lei, tem sua inscrição tornada nula de pleno direito. Não é por outra razão que o artigo 76 da Lei 8.213/91 refere que a inscrição ou habilitação posterior implica a exclusão ou inclusão de dependente diverso do inicialmente habilitado à pensão por morte.

O artigo 18, § 5º, do Dec. 3048/99, e o artigo 32, § 1º, da IN 95/03 proíbem a inscrição post mortem do segurado, obrigatório ou facultativo, à exceção do segurado especial.

A disposição afigura-se-nos ilegal no que tange aos segurados obrigatórios, porquanto a relação jurídica de amparo já se evidencia pelo simples exercício da atividade. Se se tratar de segurado empregado ou trabalhador avulso, a solução é dada pelo próprio regulamento que transfere a obrigação da inscrição à empresa, sindicato ou órgão gestor de mão-de-obra (art. 18, § 1º, RPS). Contudo, o empregado doméstico, que não é responsável pelo recolhimento da própria contribuição, não poderá ser penalizado pela sua não-inscrição. Da mesma forma, por ser a inscrição ato de mera regularização do segurado perante a Autarquia Previdenciária, e o exercício de atividade como contribuinte individual ensejar filiação automática ao RGPS, nada impede que os dependentes deste segurado façam a sua inscrição após o seu óbito e recolham as contribuições em atraso. Por óbvio, não poderão contabilizar o período como carência em virtude do disposto no artigo 27, II, da Lei 8.213/91, mas serão credores de pensão por morte, benefício para cuja concessão é exigida apenas a filiação do segurado e a comprovação da qualidade de dependente.

3.2. Segurados obrigatórios

A Lei de Custeio e a Lei de Benefícios prevêm cinco categorias de segurado obrigatório: a) empregado; b) empregado doméstico; c) contribuinte individual; d) trabalhador avulso; e) segurado especial.

A Lei 9.876/99 incluiu na mesma categoria como contribuinte individual o autônomo, o equiparado a autônomo e o empresário.

De modo geral, é segurado-empregado aquele que exerce direta e habitualmente atividade remunerada subordinada a determinada pessoa física ou jurídica. Os funcionários públicos efetivos, quando possuírem regime próprio de previdência, serão excluídos do RGPS. Já os exercentes exclusivamente de cargos em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, o contratado por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, bem como de outro cargo temporário ou emprego público, são vinculados obrigatoriamente ao RGPS desde a EC 20/98, por expressa determinação constitucional (art. 40, § 13, da CF, com a redação dada pela Emenda). Equivale a esta situação o ocupante de cargo de Ministro de Estado, de Secretário Estadual, Distrital ou Municipal, sem vínculo efetivo com a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, ainda que em regime especial, e fundações (§ 5º do artigo 11 da Lei 8.213/91).

O menor aprendiz é incluído também como segurado-empregado. Não se pode confundi-lo com o aluno aprendiz. O conceito de "menor aprendiz" previsto no artigo 7º da CF/88 e no Decreto 31.546/52 não se confunde com o de "aluno aprendiz" de escola técnica - estudante de estabelecimento de ensino federal -, a quem o STJ (REsp 343519), espelhado na Súmula 96 do TCU, tem deferido o direito de computar o período de frequência escolar se comprovado o recebimento de remuneração à conta do orçamento da União, ainda que indireta, como o fornecimento de uniforme, alimentação, material escolar, como tempo de serviço estatutário federal pela via da contagem recíproca, a teor do disposto na Lei nº 6.226/1975.

O estagiário, enquanto tal, não é incluído no RGPS de forma obrigatória. Para que não haja descaracterização do enquadramento, nos termos da Lei 6.494/77, com a redação dada pela Lei 8.859/94 e MP 2.164-41, de 24/08/2001, deve estar comprovado: a) prevalência da aprendizagem sobre a expressão econômica de trabalho; b) acompanhamento pedagógico; c) integração na atividade concedente. É uma relação tripartite entre estudante, instituição de ensino e sujeito concedente.

O exercente de mandato eletivo não vinculado a regime próprio de previdência social foi incluído como segurado obrigatório do RGPS pela Lei nº 9.506, de 30 de outubro de 1997, com aplicação a partir de 1º de fevereiro de 1998, em virtude do prazo nonagesimal. Até então o vereador ou deputado estadual, por exemplo, que não fosse vinculado a regime próprio de previdência social não era segurado obrigatório do RGPS. Se quiserem, poderão recolher contribuições

anteriores à filiação obrigatória para comprovação de tempo de serviço/contribuição nos termos do art. 55, § 1º, da Lei nº 8.213/91, c/c art. 45, §§ 2º e 3º, da Lei nº 8.212/91.

No Recurso Extraordinário nº 351.717-1, o Pleno do STF decidiu, em 08 de outubro de 2003, pela inconstitucionalidade da Lei nº 9.506/97 nesta parte que acrescentou a alínea h ao inc. I do artigo 12 da Lei 8.212/91, tornando segurado obrigatório do RGPS o exercente de mandato eletivo, desde que não vinculado a regime próprio de previdência social. Entendeu a Corte Suprema que a lei não poderia criar figura nova de segurado obrigatório da previdência social, tendo em vista o disposto no art. 195, II, CF, que previa apenas os "trabalhadores", cujo conceito estaria atrelado ao artigo 7º da Constituição. A Lei em questão criou fonte nova de custeio da seguridade social, instituindo contribuição sobre o subsídio de agente político, que não estaria incidindo sobre "a folha de salários, o faturamento e os lucros", o que demandaria a veiculação por lei complementar, a teor do art. 195, § 4º, da CF.

A EC 20/98 alterou a alínea a do inciso I e o inciso II, ambos do artigo 195, para dispor sobre a possibilidade de cobrar contribuição social para a Seguridade Social do empregador, empresa ou entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre a folha de salários e "demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício" e do trabalhador e "dos demais segurados da previdência social". Assim, voltou a ser possível a inclusão como segurado obrigatório do RGPS do exercente de mandato eletivo por meio de lei ordinária, o que ocorreu com a publicação da Lei 10.887, de 18 de junho de 2004. Respeitado o prazo nonagesimal previsto no artigo 195, § 6º, da CF/88, tal contribuição apenas pode ser cobrada a partir de 1º de outubro de 2004.

Aqueles segurados que já contribuíram nessa qualidade e que pretendem valer-se de benefício previdenciário não poderão ter devolvidas as contribuições - condição para o recebimento de prestação de amparo -, as quais, segundo entendemos, devem ser admitidas como se facultativo fossem - ainda que a alíquota seja diferenciada -, sob pena de se prejudicar a boa-fé daquele que recolheu o tributo, quando ainda considerado constitucional pela administração, e espera estar protegido pelo regime previdenciário na ocorrência do risco social.

O segurado-empregado doméstico é aquele que presta serviço de natureza contínua à pessoa ou família, no âmbito residencial desta, em atividades sem fins lucrativos. Não há exploração econômica de sua atividade por parte do tomador de serviço.

Apenas com a Lei 5.859, de 11 de dezembro de 1972, regulamentada pelo Decreto 71.885, de 09 de março de 1973, foi assegurado aos empregados domésticos os benefícios e serviços da Lei Orgânica da Previdência Social, passando a sua atividade a ensejar filiação obrigatória ao regime. Por expressa previsão do artigo 7º da Lei, a exigência de contribuição deu-se a partir de 09.04.73, trinta dias após a publicação do Decreto.

Nos termos do artigo 55, § 1º, da Lei 8.213/91, a averbação de tempo de serviço durante o qual o exercício da atividade não determinava filiação obrigatória ao anterior Regime de Previdência Social Urbana só será admitida mediante o recolhimento das contribuições correspondentes.

Inúmeras são as decisões, em especial do nosso TRF, que determinam a indenização do período anterior a 09.04.73:

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. DOMÉSTICA. PERÍODO DE ATIVIDADE COMPROVADO. FILIAÇÃO FACULTATIVA. FALTA DE RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.

1. Era segurada facultativa a doméstica no período anterior à Lei nº 5.859/72, não sendo sequer exigida anotação em Carteira de Trabalho, pelo que não é necessário início de prova material para o reconhecimento desse tempo de serviço. Precedentes do STJ, como no REsp 18123/SP - DJU 05.04.99.

2. O cômputo do período, então como segurado facultativo, dependerá, porém, do recolhimento – ainda que parcelado – da necessária indenização do art. 191 – Dec. 611/92.

3. Presente prova material plena, corroborado com prova testemunhal, é reconhecido o trabalho doméstico no período controverso.

4. Concessão da aposentadoria por tempo de serviço, condicionada ao pagamento da indenização.” (AC 2000.71.01.000858-9/RS, TRF4, 6ª Turma, Relator Juiz Néfi Cordeiro, DJU 10.09.2003, p. 1122)

O STJ, entretanto, já aceitou o período em questão sem a indenização correspondente:

“RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA URBANA POR TEMPO DE SERVIÇO. PERÍODO DE TRABALHO EXERCIDO COMO EMPREGADA DOMÉSTICA NA VIGÊNCIA DA LEI 3.807/60. NÃO EXIGÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO. EXAME DE PROVA. SÚMULA 07/STJ. 1. Com o julgado do Tribunal de origem se louvando na existência de prova documental, a apreciação da matéria referente à comprovação de tempo de trabalho exercido como babá importa em incursão na seara fático-probatória, razão pela qual não pode ser conhecida em sede de recurso especial, que não se presta ao exame de fato controvertido,

ut súmula 07/STJ. 2. Não havendo previsão legal para o registro do trabalhador doméstico, no período de vigência da Lei nº 3.807/60, descabe a exigência de contribuições previdenciárias. Precedentes. 3. Recurso especial não conhecido.” (REsp 271874, STJ, 6ª Turma, Ministro Fernando Gonçalves, DJ 01.10.2001, p. 256)

Acreditamos ser possível aplicar analogicamente a situação do empregado doméstico àquela prevista no § 2º do artigo 55 da LB que admite o cômputo do período sem a respectiva indenização. Se a finalidade da norma foi corrigir um equívoco anterior, que excluiu este trabalhador de um regime de previdência estatal, discriminando-o imotivadamente em relação ao trabalhador urbano, idêntico raciocínio se aplica ao empregado doméstico, ainda mais porque, na grande maioria das vezes, se trata de trabalhador carente que não possui meios de arcar com o pagamento daquelas contribuições anteriores, ainda mais se considerado o alto valor cobrado pela administração (art. 45, Lei 8.212/91).

3.3. Segurados facultativos

São enquadrados nesta categoria todos aqueles que, sem exercer atividade que determine filiação obrigatória, seja do Regime Geral ou qualquer outro, contribuam voluntariamente para a previdência social. Cita-se, como exemplo, a dona de casa, o síndico não remunerado, o bolsista, o estagiário, o estudante.

Assim, o funcionário público, que já está ao abrigo de previdência própria, não pode se filiar como segurado facultativo. A não ser que peça licença não remunerada, nos termos do artigo 11, § 2º, do Decreto 3.048/99 (RPS).

Por outro lado, embora o artigo 13 da LB mantenha a idade a partir dos 14 anos para contribuir como segurado facultativo, a EC 20/98 estabeleceu como idade mínima para o trabalho os 16 anos. Esse artigo deve ser lido em consonância com a EC20/98, de modo que, a partir de então, só pode iniciar a contribuir para a previdência social, seja como segurado obrigatório ou como facultativo, a partir dos 16 anos (art. 11 do RPS). As contribuições efetuadas antes da Emenda são admitidas para todos os efeitos.

A contribuição é de 20% sobre o valor declarado, conforme artigo 21 da Lei de Custeio – à semelhança do contribuinte individual.

Todavia, a lei não lhe concede a opção de recolher em atrasado. A filiação ao regime previdenciário para o segurado obrigatório dá-se independentemente de inscrição ou recolhimento. Já para o segurado facultativo, enquanto ele não se inscreve no Regime Geral da Previdência Social e não recolhe a contribuição respectiva, ele “não

existe” para a previdência social, dependendo sua filiação apenas de ato próprio e voluntário.

Dispõe o § 1º do artigo 45 da Lei de Custeio que, “para comprovar o exercício de atividade remunerada, com vistas à concessão de benefícios, será exigido do contribuinte individual, a qualquer tempo, o recolhimento das correspondentes contribuições.” Da leitura desta regra, exsurtem duas conclusões: os outros segurados obrigatórios não necessitam recolher as contribuições referentes a períodos atrasados para reconhecimento daquele tempo de serviço, até porque ou não são responsáveis pelo seu recolhimento ou ele é facultativo (segurado especial – art. 25, § 1º, LC e art. 39, LB); o segurado facultativo não tem esta prerrogativa. Ou ele recolhe na época própria ou não tem como computar este período (art. 11, § 3º, do RPS).

O período que se admite recolher com atraso é apenas aquele durante o qual o segurado facultativo mantém esta qualidade sem contribuições (6 meses, a teor do inciso VI do artigo 15 da LB). É o que prevê o § 4º do artigo 11 do Regulamento da Previdência Social (Decreto 3.048/99): “após a inscrição, o segurado facultativo somente poderá recolher contribuições em atraso quando não tiver ocorrido perda da qualidade de segurado, conforme o disposto no inciso VI do art. 13”.

3.4. Manutenção da qualidade de segurado

O artigo 15 da Lei 8.213/91 prevê diversas hipóteses em que o segurado, embora não esteja contribuindo para o RGPS, permanece amparado pelo Regime estatal, fazendo jus a todos os benefícios para os quais preencher os requisitos.

Em princípio, o segurado mantém esta qualidade enquanto estiver desenvolvendo atividade obrigatoriamente vinculada ao RGPS(13) (art. 11, LB) ou estiver recolhendo contribuições (art. 13, LB). Entretanto, cessado o exercício de atividade ou o recolhimento das contribuições, haverá perda da qualidade de segurado.

Não se pode confundir qualidade de segurado com carência (art. 24 e seguintes, LB) ou tempo de serviço/contribuição (art. 55, LB). Afinal, esses três requisitos possuem regramento diferenciado e finalidades diversas no texto previdenciário.

A qualidade de segurado mantém viva a proteção do ente estatal ao trabalhador. Para evitar prejuízos aos segurados que deixaram de exercer atividade remunerada e/ou interromperam as contribuições, o artigo 15 da Lei de Benefícios prevê determinados períodos (chamados “períodos de graça”) nos quais é mantida a qualidade de

segurado e conservados todos os seus direitos perante a Previdência Social. Mas se mantém apenas a qualidade de segurado, não sendo este dispositivo responsável pelo cômputo do período como carência ou tempo de serviço.

Ressalte-se que o segurado obrigatório é filiado automaticamente pelo exercício de atividade remunerada. Assim, se não está contribuindo, ou o recolhimento das contribuições é presumido – no caso dos segurados-empregados, empregados domésticos e trabalhadores avulsos – ou poderá indenizar o período anterior, não sendo necessária a aplicação desse dispositivo.

Contudo, se o segurado interrompeu as contribuições e/ou o exercício da atividade, ainda manterá a qualidade de segurado por alguns meses, denominados pela doutrina como “períodos de graça”.

O inciso I determina que aquele que está em gozo de qualquer benefício previdenciário não perde, por óbvio, a qualidade de segurado. Se ele estava recebendo aposentadoria e vem a falecer, o dependente terá direito à pensão, porque o falecido ainda era segurado. No caso de auxílio-acidente, como ele é encerrado com o óbito do segurado (86, § 1º, da LB), e o seu percebimento pressupõe que o trabalhador ainda possuía capacidade laborativa, embora reduzida, não há, segundo entendemos, como transformá-lo em pensão. Da mesma forma, para que o próprio segurado venha a requerer outro benefício com base neste artigo em virtude de fato posterior, tem que ser, entretanto, benefício que pressuponha a exclusão do trabalhador, mesmo que temporariamente, do mercado de trabalho (auxílio-doença ou aposentadoria), já que o período em que esteve em gozo de auxílio-acidente não pode ser computado como carência ou tempo de serviço (art. 55, II, LB). Se não requereu o auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez ou a administração cancelou-o indevidamente, mas faz prova de que fazia jus, também não perde esta qualidade. É o exemplo de alguém que esteve doente, incapacitado para o trabalho, mas não requereu auxílio-doença, ou perícia administrativa conclui pela capacidade e em juízo ele prova que não estava apto para o trabalho desde antes da perda da qualidade de segurado.

O inciso III deixa claro que o segurado acometido de doença de segregação compulsória mantém a qualidade de segurado por até 12 meses após cessar a segregação. Enquanto da segregação o segurado estará em gozo de benefício por incapacidade, mantendo a qualidade em razão disto.

Pelo inciso II o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social (segurado obrigatório) ou estiver

suspenso ou licenciado sem remuneração mantém-se segurado por até doze meses após a cessação das contribuições.

O RPS estendeu este dispositivo àqueles que se desvinculam de regime próprio de previdência social (art. 13, § 4º).

Esse prazo de doze meses pode ser prorrogado para até 24 meses se o segurado já tiver pago mais de 120 contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado (§1º).

Este prazo ou aquele de doze meses, ainda, pode ser prorrogado por mais doze meses, para o segurado desempregado (§ 2º). A lei faz exigência quanto à comprovação dessa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social. Este registro ocorre quando o trabalhador requer seguro-desemprego. Como muitas vezes ele nem sabe que tem este direito, o registro não é feito. Por isto, temos entendido que para fazer jus a esta prerrogativa, basta a comprovação da rescisão do contrato de trabalho na CTPS, na esteira do entendimento abaixo:

"PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. INOCORRÊNCIA.

1. Tanto o ART-15, INC-2, PAR-2, da LEI-8213/91, como o ART-10, INC-2, PAR-2, do DEC-611/92, prevêm a manutenção da qualidade de segurado por 24 meses, desde que comprovada a situação de desemprego do segurado 'no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social'.

2. Hipótese em que, apesar de inexistente aquele registro no Ministério do Trabalho e Previdência Social, restou comprovado o desemprego do segurado recluso mediante a juntada de cópia da CTPS, onde se verifica que o seu último contrato de trabalho findou um ano e dois meses antes da reclusão, estende-se o período de graça para 24 meses, tendo em vista a proteção alcançada à família e ao menor, a teor dos ART-226 e ART-227 da CF-88 e ART-4 da LEI-8069/90.

3. Apelação improvida. Benefício mantido." (AC 95.0456474-7/SC, TRF4ªRg, 6ª Turma, Relator Desembargador Federal Nylson Paim de Abreu, DJ 11/06/1997, p. 42923)

Para o segurado facultativo, aquele prazo é reduzido para seis meses, conforme inciso VI, sem prorrogações.

O segurado retido ou recluso, que antes de ser preso era segurado da previdência social, mantém esta qualidade até doze meses após o livramento. Isto é, ele tem doze meses para procurar emprego e voltar a contribuir para a Previdência Social. Durante a prisão ele mantém intacta a sua qualidade de segurado (inciso IV).

Por fim, mantém a qualidade por até três meses após o licenciamento o segurado incorporado às forças armadas (inciso V).

Cabe salientar nossa posição que defende serem esses prazos interruptivos. Isto é, se durante o prazo de 12 meses do inciso II o segurado for acometido de alguma doença incapacitante, reinicia-se a contagem do período de graça após o término do benefício previdenciário. É que, na ausência de norma explícita a respeito, por se tratar de regramento que tem a finalidade de proteger o trabalhador na ocorrência de risco social, não há como interpretá-la em favor do Estado, em detrimento do segurado. O princípio *in dubio pro misero* é acatado pela doutrina, ainda mais se considerarmos que, na relação jurídica previdenciária, devedor e legislador por vezes se confundem, chegando ao ponto de não mais se distinguir, na prática, o direito de origem estatal das conveniências do devedor, também estatal. Se o Poder Executivo não legisla diretamente por meio de Medidas Provisórias, pode influir decisivamente na elaboração de leis em proveito próprio ou editar orientações administrativas incorretas. Tanto assim, que o próprio órgão estatal em afronta direta à norma Constitucional que proíbe a expedição de decreto ou instrução normativa autônoma (art. 84, VI, CF) estabelece no artigo 4º, 5º, § 2º, da IN 95/03 a natureza suspensiva dos prazos. (14)

Dispõe o § 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".

Por exemplo, o preso que é libertado em fevereiro. Tem doze meses para voltar a contribuir. Este prazo esgota-se em março. Mas a contribuição de março só é recolhida em abril. Então até abril do ano seguinte deve ter voltado a contribuir, seja na qualidade de segurado obrigatório ou facultativo. O RPS (art.14 – que fixa expressamente o dia 16) unificou o prazo para todos os segurados, levando em conta o prazo dos contribuintes individuais, facultativos e empregados domésticos (dia 15 de cada mês).

A perda da qualidade de segurado após preenchidos todos os requisitos para usufruir de aposentadoria ou pensão não extingue o direito a esses benefícios (art. 102, Lei nº 8.213/91). Desta maneira, se o segurado completar carência e idade para usufruir de aposentadoria por idade, mas não requerê-la e ocorrer a perda da qualidade de segurado, posteriormente poderá requerer o benefício, ainda que sem efeitos financeiros retroativos.

Cumprе salientar que o artigo 3º da Lei 10.666, de 08 de maio de 2003, que converteu a MP 83, de 12.12.2002, expressamente determina que a perda da qualidade de segurado não será considerada para a concessão das aposentadorias por tempo de contribuição, especial e por idade. Nesta última hipótese, o segurado, quando completar a idade, deverá contar com, no mínimo, o tempo de contribuição exigido para efeito de carência na data do requerimento do benefício. O valor desta aposentadoria seguirá o disposto no artigo 3º, caput e § 2º, da Lei 9.876/99, ou, não havendo salários-de- contribuição recolhidos no período a partir de julho de 1994, será de um salário mínimo.

3.5. Dependentes

Os beneficiários de determinado regime previdenciário costumam ser enquadrados como segurados e dependentes. Os segurados são os beneficiários diretos do regime, enquanto os dependentes são considerados “beneficiários indiretos”. Feijó Coimbra,(15) partindo da definição de “beneficiários” trazida por Giorgio Canella,(16) esclarece que:

“(...) na relação de vinculação, sujeito é o segurado (pessoa indicada na lei como participante do rol dos indivíduos vinculados), ao passo que o dependente, embora venha a ser sujeito ativo da relação jurídica de amparo, tem seu direito originado da vinculação do segurado a que se liga por relação de dependência. Esta diferenciação é acolhida face ao texto legal que a impõe, procurando, portanto, conciliar esse texto com a realidade, que nos mostra amparados tanto o trabalhador vinculado como o seu dependente.”

Ainda que alguns critiquem a expressão “beneficiário indireto” por entender de modo acertado que a pensão por morte ou o auxílio-reclusão são concedidos diretamente ao dependente, mesmo que contra a própria vontade do segurado, o certo é que o dependente previdenciário somente se beneficiará do sistema, se o segurado ao qual ele se vincula, à data do implemento do aspecto material do suporte fático da norma jurídica – óbito ou reclusão -, tiver mantido esta qualidade.

Dependente é aquele que está vinculado (protegido) pelo instituto de previdência de forma reflexa, em razão de seu vínculo com o segurado. Depende diretamente do direito do titular (segurado). A partir do momento que este deixa de manter qualquer relação com o regime geral (p. ex. perda da qualidade de segurado), o dependente deixa de estar sob o manto da proteção previdenciária.

Não há correlação direta e obrigatória entre dependência civil, tributária e previdenciária. Embora entenda que todas as situações

possam ser denominadas de relações jurídicas, porque ambas procedem da incidência de uma norma jurídica sobre um suporte fático por ela descrito hipoteticamente, cada qual gera direitos diversos de acordo com o ramo do direito a que digam respeito.

Aliás, o direito previdenciário sempre foi reconhecidamente mais avançado do que o direito civil ao admitir por vezes o direito à pensão de pessoas que, de acordo com a norma civil, possuíam relação jurídica ilegítima para com o segurado. Cita-se, como exemplo, a situação dos filhos ilegítimos, à época que se permitia a distinção entre estes e os havidos dentro do casamento, o direito aceito, já em tempos remotos pelo extinto TFR, da concubina em receber pensão de alimentos em condições de igualdade com a esposa,⁽¹⁷⁾ ou, ainda, recentemente, o direito do companheiro homossexual, em detrimento do conceito civil de união estável que admite apenas a união entre pessoas de sexo opostos, a teor do que dispõe literalmente o artigo 226, § 3º, da Constituição Federal.

De fato, já desde a primeira Lei Orgânica da Previdência Social (Lei 3.807, de 26 de agosto de 1960), o inciso I do artigo 11 reconhecia a dependência previdenciária de “filho de qualquer condição”, ainda que o Código Civil de 1916 permanecesse distinguindo os direitos sucessórios dos filhos ilegítimos e espúrios.

Aníbal Fernandes ao comentar a CLPS de 1984⁽¹⁸⁾ assevera com propriedade que “na lei Eloy Chaves (1923), havia uma referência a sucessores do associado na forma do Código Civil Brasileiro. A evolução da legislação da previdência, para chegar à atual escala de dependentes da CLPS, sofreu a influência dos fatores sociais como os efeitos do concubinato, a filiação ilegítima etc., plasmando tipos próprios de dependência para efeito previdenciário, e deixando de lado o modelo civilista.”

A diferença proporcionada entre as diversas espécies normativas deve-se às finalidades de cada uma das regras jurídicas indicadas e desta forma deve ser interpretada, tanto na análise da inclusão de eventual dependente não indicado expressamente na norma previdenciária,⁽¹⁹⁾ quanto para eventual exclusão,⁽²⁰⁾ se é que isto é possível.

Afinal, embora o direito previdenciário tenha em certo momento caminhado no sentido da ampliação do texto civil, alargando o campo de incidência deste, abrangendo também aqueles que estivessem à margem da família no conceito civilista, mas que estivesse em condição de necessidade econômica por perderem a renda que o segurado lhes proporcionava – como no caso do dependente designado, que mesmo sem possuir qualquer vínculo familiar poderia ser enquadrado como dependente para efeitos previdenciários –,

hodiernamente o que se verifica é a redução da amplitude das políticas sociais.

As barreiras ideológica, filosófica e especialmente a fiscal-financeira a que o Estado do Bem-Estar Social vem enfrentando, provocam uma crise estrutural que aflige o Estado Social. A globalização econômica que promoveu o agravamento dos problemas sociais nos países de economia frágil, a diminuição da atividade produtiva, a criação de tecnologias cada vez mais avançadas, que diminuem a necessidade de contratação de mão-de-obra, o envelhecimento gradativo da população mundial, agravam a estruturação do sistema de proteção social, já que o Estado passa a contar com um número cada vez maior de pessoas dependentes da proteção estatal e um número cada vez menor de indivíduos capazes de financiar as políticas sociais.

Como aponta Daniel Machado da Rocha, “nessa concepção, a maior parte das medidas adotadas evidencia um retrocesso, porquanto os direitos sociais concedidos tendem a ser reduzidos ou suprimidos, restando apenas medidas que traduzem um retorno ao assistencialismo.”(21)

A crise econômica é realidade para a qual não se pode fechar os olhos. Ainda que se critique a tendência ideológica do ressurgimento do individualismo das políticas oitocentistas, que permitia a acumulação ilimitada do capital sem a interferência do Estado nas relações de mercado, acredita-se que não há recursos financeiros suficientes para arcar com todas as despesas a que o Estado estaria obrigado se levasse ao pé da letra, de modo absoluto, a obrigação de implementar o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento da seguridade social.

Na prática, as políticas sociais e econômicas devem ser reavaliadas por toda a sociedade e selecionadas aquelas a que será dada prioridade, como aliás já preleciona o inciso III do artigo 194 da Constituição Federal de 1988.

O conflito entre a proibição de retrocesso social, preconizada dentre outros por Gomes Canotilho,(22) e a “reserva do possível” deve ser resolvido pela ponderação dos interesses em conflito. O princípio da proporcionalidade (entendido na sua tríplice acepção: adequação entre meios e fins, necessidade de sua utilização e proporcionalidade em sentido estrito) ganha fundamental destaque na solução do problema.

Referindo decisão da Corte Constitucional Federal da Alemanha, Ingo Wolfgang Sarlet (23) indica que “a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos

recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável”.

Neste sentido, por exemplo, a Lei 9.032, de 28.04.95, ao revogar o inciso IV do artigo 16 da Lei de Benefícios do RGPS, que reconhecia o direito de o segurado designar como dependente qualquer pessoa menor de 21 ou maior de 60 anos ou inválida que, não sendo cônjuge, companheiro(a), filho ou equiparado, dependesse dele economicamente. Reduzido, desta forma, o rol de beneficiários dos segurados que farão jus à pensão por morte ou auxílio-reclusão na impossibilidade de o associado principal prover a subsistência daqueles indivíduos.

O artigo 16 da Lei 8.213/91 arrola as diversas classes de pessoas que são protegidas pelo Regime Geral da Previdência Social, na qualidade de dependentes.

Na “classe I”, estão incluídos o cônjuge, companheiro(a), filho não emancipado, menor de 21 anos ou inválido. Nos termos do § 4º, a dependência econômica para eles será presumida, ao contrário do que ocorrerá com as demais pessoas indicadas nas outras classes, que deverá ser comprovada.

São considerados equiparados a filho o enteado e o menor sob tutela que não possua condições para seu próprio sustento e educação. Entretanto, para que concorram em igualdade de condições com as pessoas acima mencionadas é necessário que comprovem a dependência econômica, que neste caso não será presumida.

Na “classe II”, vêm arrolados os pais e, na “classe III”, os irmãos não emancipados, menores de vinte e um anos ou inválidos. Essas duas categorias devem comprovar a dependência econômica como condição para o enquadramento previdenciário. Entretanto, como ensinam a Súmula 229 do extinto TFR e o Enunciado 14 da Turma Recursal de São Paulo, a dependência econômica não precisa ser exclusiva.(24)

O inciso IV daquele artigo previa a possibilidade de o segurado designar pessoa diversa daquelas arroladas acima, menor de 21, maior de 60 anos ou inválida. A Lei 9.032, de 28/04/95, revogou dito dispositivo, optando por deixar de amparar terceiro que não tivesse qualquer relação de parentesco com o segurado.

Sendo a relação jurídica previdenciária diversa da civil, não previu a Lei 8.213/91 a possibilidade de os netos, bisnetos, avós ou bisavós serem enquadrados como dependentes do segurado, em que pese a norma civil prescrever nos artigos 1.696 e 1.697 que o direito à

prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes. Na falta de ascendentes, caberá a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais.

Por outro lado, embora o artigo 35, § 4º, da Lei 9.250/95 (norma que dispõe sobre o imposto de renda das pessoas físicas), proíba a dedução concomitante do montante referente a um mesmo dependente, na determinação da base de cálculo do imposto, por mais de um contribuinte, a Lei 8.213/91 não veda, e inclusive permite, que uma mesma pessoa seja enquadrada como dependente previdenciário de mais de um segurado. Prova disto é o fato de o inciso VI do artigo 124 proibir apenas a acumulação de mais de uma pensão deixada por cônjuge ou companheiro, ressalvado o direito de opção pela mais vantajosa, abrindo a possibilidade de um menor, por exemplo, receber duas pensões, cada qual deixada por um de seus pais.

Por óbvio, em um sistema previdenciário ideal, todos aqueles que dependessem economicamente de determinado segurado deveriam ser amparados pelo sistema estatal, porque a finalidade do seguro social organizado pelo Estado é prover as necessidades do trabalhador e daqueles que dele dependam financeiramente na ocorrência de fato aleatório e impeditivo do exercício de atividade que lhes garantam a subsistência. Mas isto nem sempre é possível, ainda mais se considerarmos que os recursos financeiros são escassos comparados ao enorme rol de necessidades da população, especialmente nos países em desenvolvimento como o nosso.

Contudo, mesmo que as relações jurídicas sejam independentes e diversas e deva ser observada a norma respectiva para os efeitos que a própria lei prevê, há hipóteses em que se faz necessário relacionar outras leis com a norma previdenciária, em respeito aos princípios constitucionais que orientam a hermenêutica, situações que serão analisadas logo abaixo.

3.5.1. Cônjuge/Companheiro(a)

Até a Constituição Federal de 1988, o ordenamento jurídico permitia a distinção de direitos entre pessoas do sexo masculino e feminino. Assim, o sistema previdenciário considerava como dependente do segurado apenas o marido que fosse inválido, silenciando quanto ao companheiro, embora desde a Lei 5.859/73 dispusesse expressamente acerca do direito da companheira mantida há mais de cinco anos.

O marido ou companheiro desempregado era considerado dependente da esposa ou companheira segurada apenas para efeito de assistência médica.

O artigo 5º, inciso I, e o artigo 226, § 5º, ambos da norma constitucional em vigor, erigiram a direito fundamental individual, de aplicação imediata, a igualdade em direitos e obrigações entre homens e mulheres, determinando que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal serão exercidos igualmente.

Desta forma, a novel legislação previdenciária publicada em 1991, em cumprimento à Carta Magna, admite que marido e companheiro sejam enquadrados como dependentes de segurada, ainda que não estejam desempregados ou sejam inválidos, nos exatos termos da situação inversa.

Cônjuge é marido ou mulher, unidos pelo casamento. Companheiro(a) é aquele que mantém união estável com o segurador(a), de acordo com o artigo 226, § 3º, da CF/88.

A Lei 9.278/96 e o artigo 1.723 do CC/02, que regulam o dispositivo constitucional, reconhecem como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Adotando a norma civil por fundamento, o artigo 16, § 6º, do Regulamento da Previdência Social define união estável como sendo aquela verificada entre o homem e a mulher como entidade familiar, quando forem solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, ou tenham prole em comum, enquanto não se separarem.

Não há mais, portanto, exigência de um prazo mínimo para configurar a união estável. Não há sequer a exigência de vida em comum sob o mesmo teto, como preleciona a Súmula 382 do STF.(25) Deve ser analisada a situação fática, caso a caso.

Ainda que a norma civil refute o concubinato impuro, a jurisprudência tem aceito a possibilidade de amparo previdenciário nestas situações. É que a relação jurídica de proteção previdenciária é diversa da de caráter privado, tem fundamentos distintos, já que aquela tem por preocupação primordial a preservação da vida, a dignidade da pessoa humana. Neste sentido, mesmo antes da Constituição Federal de 1988, o extinto Tribunal Federal de Recursos havia promulgado a Súmula 159 que entendia legítima a divisão da pensão previdenciária entre a esposa e a companheira. Tal posicionamento vem sendo acompanhado pelos tribunais.

Durante a constância do matrimônio ou da união estável, há presunção de dependência econômica, não sendo necessária a comprovação desta. Baltazar e Daniel(26) entendem que se trata de presunção relativa, que admite prova em contrário, a ser feita pelo INSS. Já a doutrina mais tradicional(27) entende ser caso de presunção absoluta, sem admitir prova em contrário. Pereira Leite,(28) citando ensinamento de Pontes de Miranda, refere que a presunção legal deve ser considerada absoluta ainda mais quando “a probabilidade contrária ao que se presume é extremamente pequena, ou que as discussões sobre prova seriam desaconselháveis”.

Explicitando melhor posicionamento anterior,(29) acredito ser necessária a distinção entre os cônjuges/companheiros e os filhos. Entendo que inicialmente é possível admitir-se a qualificação de presunção relativa, que admitiria prova em sentido contrário. Afinal, é possível que o segurado tenha filhos que, embora não emancipados e menores de 21 anos, não mais vivam sob a sua proteção, não sendo necessário o amparo estatal, inexistindo sequer possibilidade de prejuízo ao sustento do menor. Contudo, quando se tratar de cônjuge ou companheiro(a) que adotem o regime legal de bens (comunhão parcial) ou comunhão total, não há como distinguir quem depende de quem, já que o salário auferido por cada um compõe a renda familiar como um todo utilizada para manutenção econômica do núcleo. Nesta hipótese, a presunção da dependência econômica torna-se absoluta, excluída a possibilidade de prova em sentido contrário.

Em caso de divórcio, separação judicial ou de fato, deve-se averiguar se o cônjuge ou companheiro permaneceu dependendo financeiramente do segurado, independentemente de fixação ou não de alimentos. Se isto ocorreu, fará jus à pensão a teor do que já determinava a Súmula 64 do extinto TFR (“A mulher que dispensou, no acordo de desquite, a prestação de alimentos, conserva, não obstante, o direito à pensão decorrente do óbito do marido, desde que comprovada a necessidade do benefício”), ainda que contrária à interpretação literal do § 2º do artigo 76 da Lei de Benefícios.

3.5.2. Companheiro Homossexual

Decisão liminar proferida pela Juíza Federal Simone Barbisan Fortes em ação civil pública (nº 2000.71.00.009347-0) ajuizada em Porto Alegre – 3ª Vara Previdenciária, determinou que o INSS, em âmbito nacional, passasse a considerar o companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial, dentro do inciso I do artigo 16 da Lei de Benefícios.

Entendeu que, ao se considerar companheiro ou companheira apenas “a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do artigo 226 da

Constituição Federal”, estar-se-ia violando diversos princípios e garantias constitucionais, como aqueles que asseguram o exercício dos direitos sociais e individuais, a igualdade e a justiça, dentre outros, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Adiante, mencionou o princípio da dignidade humana, que estaria sendo desrespeitado ao se estabelecerem rótulos – no caso, a orientação sexual – que, além de discriminarem, afastam da proteção estatal pessoa que deveria, por imperativo constitucional, encontrar-se por ela abrangida.

No que pertine à violação do princípio da igualdade, afirmou que não haveria critérios razoáveis para fazer-se distinção entre a união de pessoas de sexo diverso e a união de pessoas do mesmo sexo, já que em ambas estariam presentes a relação de afeto, companheirismo e mútua dependência.

Fundamentou também a sua decisão na proibição constitucional expressa de distinção e classificação humana em virtude de raça, religião ou sexo.

“Negar a uma pessoa o direito de escolher um parceiro, com ele estabelecendo uma comunidade afetiva e pretendendo vê-lo protegido de quaisquer eventualidades, simplesmente por terem ambos o mesmo sexo, equivale a negar sua própria condição humana. Ao Estado que se diz democrático não assiste o poder de exigir de seus cidadãos que, para que lhes sejam assegurados direitos sociais, devam adotar orientação sexual pré-determinada. (...)

Considero, portanto, em uma primeira análise, que as relações de companheirismo, que determinam a condição de dependente de primeira classe do segurado, para os quais a dependência econômica é presumida, podem ser decorrentes de relacionamentos hetero ou homossexuais. A comprovação do vínculo, a seu turno, deve ocorrer nos mesmos moldes utilizados para a união estável, obedecendo-se o disposto no artigo 22 do Decreto 3.048/99.”

Assim, também para os companheiros homossexuais, a dependência econômica é presumida, pois foram incluídos na primeira classe do artigo 16, devendo, para serem considerados dependentes, comprovar apenas o vínculo com o segurado.

Esta decisão liminar até então está mantida, em que pesem recursos protocolados pelo INSS perante o TRF4ª Região e o STF. O processo foi sentenciado em 2002 e atualmente se encontra em fase recursal no TRF da 4ª Região.

O INSS editou uma Instrução Normativa para regular os procedimentos a serem adotados para a concessão de pensão por morte de companheiro ou companheira homossexual (IN 25, de 07 de junho de 2000). Ali referia a comprovação da união estável e dependência econômica. Mais uma vez a Autarquia extrapolou os limites regulamentares, já que a decisão foi clara no sentido de determinar a inclusão desses dependentes na classe I, cuja dependência econômica é presumida por lei.

O art. 22 da IN 95/03 determina que “o companheiro ou a companheira homossexual de segurado inscrito no RGPS passa a integrar o rol dos dependentes e, desde que comprovada a união estável, concorrem, para fins de pensão por morte e de auxílio-reclusão, com os dependentes preferenciais de que trata o inciso I do art. 16 da Lei nº 8.213/91, para óbitos ocorridos a partir de 5 de abril de 1991, ou seja, mesmo tendo ocorrido anteriormente à data da decisão judicial proferida na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0.” (grifei) Como o dispositivo não menciona a comprovação de dependência econômica, aparentemente a questão está solucionada, inclusive no âmbito administrativo.

3.5.3. Filhos

Ao lado do cônjuge/companheiro os filhos do segurado aparecem como dependentes na classe I. Filhos, de qualquer condição, menores de 21 anos, quando saudáveis, ou os inválidos, até cessar a invalidez, desde que não sejam emancipados nos termos da legislação privada.

O novo Código Civil fixou a idade de 18 anos para o término da menoridade. O parecer SAJ nº 42/2003 da Casa Civil da Presidência da República, Subchefia para Assuntos Jurídicos, de 10.01.2003,(30) que examinou as conseqüências do novo Código Civil sobre a idade limite de recebimento de pensão pelo filho ou irmão do instituidor, fez a distinção entre maioridade e emancipação, como institutos diversos da aquisição da personalidade civil, para concluir pela permanência do direito à pensão para os filhos, as pessoas a ele equiparadas ou os irmãos que não se emanciparam e que, apesar de já serem maiores, não completaram a idade de 21 anos prevista na legislação especial, sendo que o Código Civil nada teria alterado, neste aspecto, a legislação previdenciária.

Ainda, na Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal em setembro de 2002, foi aprovado o seguinte enunciado, de autoria do Juiz Federal Cláudio José Coelho Costa (MG):

“A redução do limite etário para a definição da capacidade civil aos 18 anos não altera o disposto no art. 16, I, da Lei nº 8.213/91, que

regula específica situação de dependência econômica para fins previdenciários e outras situações similares de proteção, previstas em legislação especial.”

A idade a partir de quando o filho não é mais considerado dependente para efeitos previdenciários, nos termos da Lei 8.213/91, é de 21 anos. Contudo, a 6ª Turma do TRF4ª Região tem reconhecido o direito do menor até os 24 anos de idade quando estudante universitário (AgRg no AI 2003.04.01.024512-2/SC, Relator Des. Federal Nylson Paim de Abreu, DJ2 22/10/2003; AI 2003.04.01.049020-7, DJ2 25/02/2004, Relator Des. Federal Nylson Paim de Abreu), porquanto não se mostra razoável interromper o seu desenvolvimento pessoal e a sua qualificação profissional.

Somos contrários a esse entendimento, porque a norma tributária que admite a manutenção da qualidade de dependente de filho maior de 21 anos e menor de 24 anos enquanto freqüente curso superior ou escola técnica de segundo grau somente irradia os efeitos previstos na própria Lei 9.250/95. E não se pode, como aceito em relação ao menor sob guarda, entender que deve prevalecer esta norma na ausência de previsão previdenciária, porquanto a garantia constitucional protetiva limita-se às pessoas menores, não sendo aplicada ao maior de 21 anos apto a exercer atividade laborativa. Nada justifica, portanto, que o regime previdenciário arque com despesas de manutenção de indivíduo que já possui completa capacidade para integrar a parcela ativa da população, em detrimento de outras pessoas que de fato necessitem do amparo estatal.

A invalidez tem de existir no momento em que implementado o requisito específico exigido como condição para concessão do benefício. No caso de pensão, por exemplo, quando o segurado vem a falecer. Se a invalidez for posterior e o filho já for maior de idade à época do óbito, não há direito ao benefício previdenciário, uma vez que extinto o vínculo entre o segurado e o sistema previdenciário. Ausente o vínculo principal não há mais como relacionar o dependente ao regime estatal.

Não pode haver distinção entre filhos, quer sejam adotados ou havidos fora do casamento, porquanto o art. 227, § 6º, da CF/88 determina expressamente que os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

O enteado ou o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado. Enteado é o filho de um matrimônio anterior em relação ao cônjuge ou companheiro atual. O instituto da tutela pressupõe a perda ou suspensão do pátrio poder e implica necessariamente o dever de guarda. Para estes casos, a

comprovação da dependência econômica deve ser feita, residindo neste ponto a diferença entre os filhos e os equiparados.

A Medida Provisória 1.523/96, convertida na Lei 9.528/97, excluiu o menor sob guarda do rol dos equiparados a filho. Esta exclusão não pode ser considerada em face da determinação constitucional de que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, dando efetividade à Norma Maior determina que a guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. E, em face dos princípios constitucionais protetivos dos interesses do menor, a omissão constante na nova redação do art. 16, § 2º, da Lei nº 8.213/91, relativamente ao menor sob guarda judicial, é suprida pelo § 3º do art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.069/90, que assegura à criança ou adolescente sob guarda todos os direitos, inclusive previdenciários.

Esta é, segundo entendo, a interpretação que deve prevalecer face à aparente antinomia entre a Lei 8.213/91 e a Lei 8.069/90. Não se pode simplesmente aplicar as regras hermenêuticas que determinam a preferência de norma especial em detrimento da geral ou a revogação de norma anterior frente a alteração posterior. É que neste caso devem prevalecer os princípios e garantias constitucionalmente eleitos para proteger o menor.

Entretanto, a quinta e a sexta turma do STJ têm entendido que o menor sob guarda judicial não faz jus aos benefícios da Previdência Social em face da alteração introduzida pela Medida Provisória nº 1.523/96, posteriormente convertida na Lei 9.528/97, que alterou o artigo 16, §2º, da Lei 8.213/91, ressalvado apenas eventual direito adquirido. Firmou-se jurisprudência no sentido de que há direito adquirido à pensão por parte do dependente designado sob a égide da lei anterior, apenas na hipótese em que o óbito do segurado instituidor, fato gerador da pensão, ocorrer anteriormente à publicação da MP referida, a qual excluiu o menor sob guarda do rol de beneficiários da Previdência.(31)

O neto ou o sobrinho não são dependentes previdenciários do RGPS, a não ser que estejam sob tutela ou sob guarda nas condições acima mencionadas.(32)

3.5.4. Pessoa designada

A legislação previdenciária sempre possibilitou a inscrição de terceira pessoa que, mesmo sem possuir vínculo parental com o segurado, pudesse ser designada como dependente.

Até a Lei nº 9.032/95, o Regime Geral da Previdência Social permitia, assim, a designação de terceiro dependente que não estivesse incluído naquelas situações previstas nos três incisos anteriores. Após esta lei, as pessoas designadas deixaram de ser consideradas dependentes previdenciários. Só terão direito à pensão por morte ou ao auxílio-reclusão, quando o evento que dá ensejo a esses benefícios ocorrer antes da publicação da lei, em 29/04/95.

É que se tem entendido que o fato gerador do benefício – a morte ou a reclusão – tem de ser anterior ao início de vigência da Lei 9.032/95 para que a pessoa designada tenha direito a algum benefício previdenciário do RGPS, independente do fato de o segurado ter ou não designado o terceiro antes do advento na nova norma. Embora já estivesse inscrita antes, a pessoa designada só teria direito a algum benefício se à data do óbito ou reclusão fosse ainda enquadrada como dependente de segurado, o que deixou de acontecer na hipótese. Antes do evento que dá ensejo ao benefício, a pessoa designada tinha apenas expectativa de direito, não havendo que se falar em direito adquirido.

Neste sentido, a Súmula 04 da Turma de Uniformização Nacional dos Juizados Especiais Federais determina que “não há direito adquirido, na condição de dependente, de pessoa designada, quando o falecimento do segurado deu-se após o advento da Lei 9.032/92”. Este enunciado, por sua vez, é decorrente de sucessivas decisões que já vinham sendo prolatadas pelo STJ:

“PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. DEPENDENTE DESIGNADO. LEGISLAÇÃO VIGENTE. LEI Nº 9.032/95.

1. Esta Corte tem firmado jurisprudência no sentido de haver direito adquirido à pensão por parte do dependente designado sob a égide da lei anterior, quando o óbito do segurado instituidor, fato gerador da pensão, ocorrer anteriormente à publicação da Lei 9.032/95, que exclui a pessoa designada do rol de beneficiários da Previdência, hipótese não caracterizada na espécie.

2. Recurso conhecido e provido.” (33)

4. Bibliografia

BALERA, Wagner. Sistema de seguridade social. São Paulo: LTr, 2000.

BALTAZAR JÚNIOR., José Paulo; ROCHA, Daniel Machado da. Comentários à lei de benefícios da previdência social. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BOLLMANN, Vilian. Fato jurídico de benefício previdenciário: breve abordagem analítica. Revista de previdência social, v. 27, n. 275, p. 871/881, out. 2003.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. Manual de direito previdenciário. 3. ed. São Paulo: LTr, 2002.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Trad. Antônio Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

COIMBRA, Feijó. Direito previdenciário brasileiro. 10. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1999.

CRISTSINELIS, Marco Falcão. Pensão por morte – efeitos financeiros da data do óbito ou do requerimento? – art. 74 da Lei 8.213/1991 com a alteração da Lei 9.528/1997 – enriquecimento ilícito do INSS – violação do princípio da “saisine”. Revista previdenciária ADCOAS, p. 7/15.

DAIBERT, Jefferson. Direito previdenciário e acidentário do trabalho urbano. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

DINIZ, Maria Helena. Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DUARTE, Marina Vasques. Direito previdenciário. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004.

FERNANDES, Anníbal. Comentários à consolidação das leis de previdência social. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1987.

FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. Direito da seguridade social – prestações e custeio da previdência, assistência e saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

IBAIXE JR., João. Interpretação da norma previdenciária e a qualidade de segurado. Revista da previdência social, São Paulo, p. 1085/1088, dez. 2003.

IBRAHIM, Fábio Zambite. Curso de direito previdenciário. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2003.

LEIRIA, Maria Lúcia Luz. Direito previdenciário e Estado Democrático de Direito – uma (re)discussão à luz da hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

LEITE, Celso Barroso. O futuro da previdência. Revista de previdência social, São Paulo, p. 985/992, nov. 2002.

LEITE, João Antonio G. Pereira. Estudos de direito previdenciário. Revista Forense, v. 255, p. 137/147, jul./ago./set. 1976.

-MARTINEZ, Wladimir Novaes. Curso de direito previdenciário. 2. ed. São Paulo: LTr, 2001. Tomo 1: Noções de direito previdenciário.

_____. Curso de direito previdenciário. São Paulo: LTr, 1998. Tomo 2: Previdência social.

_____. Direito adquirido na previdência social. São Paulo: LTr, 2000.

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

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

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico – plano da eficácia – 1 a parte. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Teoria do fato jurídico – plano da existência. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NORONHA, Fernando. Retroatividade, eficácia imediata e pós-atividade das leis: sua caracterização correta, como indispensável para solução dos problemas de Direito intertemporal. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, v. 23, p. 91/110, abr./jun. 1998.

ROCHA, Daniel Machado da [et al.]. Temas atuais de direito previdenciário e assistência social. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. O direito fundamental à previdência social. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

RUPRECHT, Alfredo J. Direito da seguridade social. São Paulo: LTr, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

THEISEN, Ana Maria Wickert e outros. Direito previdenciário. Aspectos materiais, processuais e penais. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

NOTAS DE RODAPÉ

1. O termo “dimensão” foi inicialmente empregado no Brasil por Paulo Bonavides, esclarecendo que não houve a substituição paulatina de uma “geração” de direitos por outra, mas o acréscimo gradual do rol dos direitos elencados como fundamentais, como ensina Ingo Sarlet (A eficácia dos direitos fundamentais).

2. COIMBRA, Feijó. Direito previdenciário brasileiro. 10. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1999. p. 16 e segs.

3. MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico (plano da existência). 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 112.

4. COIMBRA, op. cit., p. 66.

5. p. 137/147, Jul./ago./set. 1976.

6. A não ser que se trate de segurado para o qual se presume o recolhimento feito pela empresa ou empregador, nos termos do artigo 33, § 5º, da Lei 8.212/91.

7. A contribuição é de fato indispensável para o recebimento de benefício previdenciário a teor do que dispõe os artigos 40 e 201 da CF/88, já que sem a sua comprovação o indivíduo não é considerado vinculado ao regime previdenciário. Entretanto, no caso de a lei de custeio transferir a responsabilidade tributária do recolhimento para o empregador, o segurado não precisará comprovar o seu efetivo pagamento, já que “o desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou arrecadou em desacordo com o disposto nesta Lei”. (art. 33, § 5º, Lei 8.212/91)

8. O que importa verificar na verdade é se determinado indivíduo está ou não enquadrado na lei previdenciária como segurado. Afinal, se forem vertidas por longo tempo contribuições previdenciárias sem

que ocorra a devida filiação (por exemplo, se funcionário público vinculado a regime próprio de previdência verter contribuições para o RGPS como segurado facultativo com a intenção de complementar sua futura aposentadoria, hipótese expressamente vedada pelo artigo 201, § 5º, da CF/88), não gerará para o indivíduo não-segurado qualquer direito previdenciário. As contribuições acaso feitas nesta condição são absolutamente irrelevantes e não geram direito a qualquer benefício, restando apenas a possibilidade de se repetir as contribuições indevidamente recolhidas, respeitados os prazos decadenciais e prescricionais da legislação tributária.

9. Ressalva há que ser feita quanto aos benefícios concedidos ao trabalhador rural sem que se comprove a contribuição pessoal, como os previstos no artigo 39, inciso I e parágrafo único, artigo 143, e artigo 55, § 2º, todos da Lei 8.213/91.

10. Curso de Direito do Trabalho. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 303/307.

11. LEITE, op. cit, p. 142.

12. COIMBRA, op. cit, p. 70/72.

13. O contribuinte individual, embora seja enquadrado como segurado pelo simples exercício da atividade, para fazer jus a algum benefício deve recolher as contribuições, pois é o único responsável por elas. Diferente o caso dos segurados empregados, empregados domésticos e avulsos que não necessitam comprovar o recolhimento das contribuições, apenas o exercício da atividade, já que não são responsáveis por ele.

14. Art. 4º. A contagem do prazo para a perda da qualidade de segurado, para o recolhido à prisão, será suspensa no "período de graça", devendo, porém, ser reiniciada a partir da fuga, se houver.

Art. 5º, § 2º. A ocorrência da percepção de benefício por incapacidade, após a interrupção das contribuições, suspende a contagem do prazo para perda da qualidade de segurado, reiniciando-se após a cessação do benefício.

15. COIMBRA , op. cit., p. 67/68.

16. "tutti coloro che beneficiano, per diritto proprio, o per estensione di diritto altrui, di prestazioni a carico delle diverse forme di tutela previdenziale."

17. É exatamente o que determina a Súmula 159 do extinto Tribunal Federal de Recursos: “É legítima a divisão de pensão entre a esposa e a companheira, atendidos os requisitos exigidos.”

18. FERNANDES, Aníbal. Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1987. p. 44.

19. Filho maior de 21 e menor de 24 anos que esteja freqüentando curso universitário ou escola técnica de segundo grau (art. 35, § 1º, Lei 9.250/95, que fixa normas do imposto de renda das pessoas físicas); menor sob guarda; netos.

20. Redução da idade do filho do segurado de 21 para 18 anos em virtude da promulgação do novo Código Civil de 2002.

21. ROCHA, Daniel Machado da. O direito fundamental à previdência social. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 40.

22. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 2. ed. Coimbra/Portugal: Almedina, 1998. p. 320/321.

23. Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 261.

24. “A mãe do segurado tem direito à pensão previdenciária, em caso de morte do filho, se provada a dependência econômica, mesmo não exclusiva” e “Em caso de morte de filho segurado, os pais têm direito à pensão, se provada a dependência econômica mesmo não exclusiva”, respectivamente.

25. Súmula 382 do STF: “A vida em comum sob o mesmo teto, more uxório, não é indispensável à caracterização do concubinado”.

26. BALTAZAR JR., José Paulo; ROCHA, Daniel Machado da. Comentários à lei de benefícios da previdência social. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 85

27. MARTINEZ, Wladimir Novaes. Curso de direito previdenciário. São Paulo: Editora LTr, 1998. p. 179. Tomo II: Previdência social.

28. LEITE, op. cit, p. 146.

29. Conforme manifestado no livro de minha autoria intitulado Direito Previdenciário, publicado pela Editora Verbo Jurídico.

30. Parecer de autoria do aessor Jandyr Maya Faillace.

31. REsp 436375/RS, Relator Ministro Paulo Galoti, DJ 19/12/2003, p. 632; REsp 497081/RN, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJU 06/10/2003, p. 306.

32. Excepcionalmente a 5ª Turma do STJ deferiu por maioria pensão por morte a avô em virtude de falecimento do neto por entender que foi criado como se filho fosse e em virtude de o artigo 42, § 1º, do ECA proibir a adoção do neto pelo avô (REsp 528987/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 09/12/2003, p. 327). Idêntico raciocínio poderia ser utilizado para justificar a concessão de pensão a neto menor de idade em virtude de falecimento do avô, de quem dependia economicamente.

33. REsp 403.626/RN, STJ, 6ª Turma, Relator Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 13/08/2002, DJ1 168, de 02/09/2002, p. 262.

REVISTA DE DOCTRINA DA 4ª REGIÃO
PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO TRF DA 4ª REGIÃO
- EMAGIS