

PENSÕES SECURITÁRIAS NO DIREITO DE FAMÍLIA

Guilherme Calmon Nogueira da Gama

*Professor-Assistente de Direito Civil na Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).
Professor-Conferencista de Direito Civil na Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).
Professor de Direito Civil da Fundação Getúlio Vargas (FGV).
Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).
Especialista em Direito Penal pela Universidade de Brasília (UnB).
Juiz Federal no Rio de Janeiro. Ex-Juiz de Direito em São Paulo.
Ex-Promotor de Justiça em Minas Gerais.
Ex-Defensor Público no Rio de Janeiro.*

I INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 deu especial tratamento ao tema Família e Seguridade Social. Nesse sentido, revela-se o artigo 226, *caput*, da Carta Magna, que apresenta a correta dimensão das alterações ocorridas, consubstanciando a regra da especial proteção que o Poder Público deve prestar às novas famílias — companheiril, monoparental e assistencial —, sem contudo perder de vista a tutela da família matrimonial.

Um dos objetivos deste ensaio será retratar as novas famílias no contexto do Direito Previdenciário brasileiro, no qual assumirá especial relevância o cotejo entre o Regime Geral de Previdência, onde há enumeração taxativa de beneficiários, ou seja, ordem de vocação para fins de pensionamento, e os Regimes Especiais de Previdência Social, como modelos que integram a Seguridade Social, com ênfase nos fundamentos da **solidariedade** e **necessidade** instituídos pelo imperativo legal.

De se notar que, segundo a exegese do artigo 226, *caput*, essencial se faz implementar decisivamente os princípios, valores e regras constitucionais pertinentes à família jurídica, objetivando delimitar os dependentes dos segurados/funcionários, e portanto beneficiários de prestações previdenciárias *lato sensu* em razão de contingências verificadas. Neste mister, há de se observar ainda a disposição do artigo 227, do texto constitucional, que permite reafirmar-se que ambos os dispositivos concorrem com destaque para o enquadramento correto das famílias constitucionais e para a aferição da constitucionalidade a respeito das leis infraconstitucionais editadas anterior e posteriormente à Carta de 1988.

Acerca do Regime Geral de Previdência Social, imagine a hipótese do segurado casado encontrar-se separado de fato, e constituir nova família, sendo esta fundada no companheirismo: sua companheira ficaria privada de qualquer prestação previdenciária? Evidente que não. Desde que constatado o vínculo familiar entre o segurado e seu parceiro, filho ou assistido, inequívoca é a condição de dependente do familiar. Do contrário, a regra de especial proteção do Estado em favor da família constitucional não estaria sendo cumprida.

As prestações previdenciárias relativas aos dependentes se associam portanto à **solidariedade** e à **necessidade** dos familiares na eventualidade da ocorrência de alguma das contingências que impeçam a regular assistência material e moral que era prestada pelo segurado/funcionário. Afirmar tal fato serve, pois, para analisar o tema envolvendo a configuração dos dependentes e as circunstâncias em que as prestações securitárias, em especial as pensões, são devidas a eles.

No Regime Geral da Previdência Social, por força do que dispõem expressamente o artigo 16, da Lei nº 8.213/91, e o artigo 16, do Decreto nº 3.048/99, constata-se a presença de três classes de dependentes, a saber: a) cônjuge, companheiro, filhos menores de vinte e um anos de idade e não emancipados (ou inválidos de qualquer idade) e os equiparados a filhos (enteados e menores sob tutela, que não possuam bens suficientes para o próprio sustento e educação); b) pais; c) irmãos menores de vinte e um anos de idade e não emancipados (ou inválidos, de qualquer idade).

No Regime Especial da Previdência Social, há que se considerar no âmbito da União a dependência para fins de pensão militar e de pensão civil. Sem falar que o mesmo sucede no que pertine aos Estados-membros, Distrito Federal e Município, cada ente com Regime Especial.

Relativamente à primeira, os artigos 71 e 72, c.c. artigo 156, todos da Lei nº 6.880/80, remetem-se à Lei nº 5.774/71 que, nos seus artigos 76 a 78, regula a pensão militar destinada aos dependentes do militar, em seis classes, na seguinte ordem: a) cônjuge; b) filhos de qualquer condição ressalvado o filho maior de sexo masculino não-interdito ou inválido e/ou pessoa que viva sob dependência econômica por, no mínimo, cinco anos, *designada* pelo militar *viúvo, desquitado ou solteiro*, e *desde que não haja subsistido impedimento legal para casamento*, sendo que relativamente ao militar *desquitado*, a designação não poderá ser feita se a ex-esposa era credora de alimentos; c) netos, órfãos de pai e mãe, ressalvados os maiores do sexo masculino, não-interditados ou inválidos; d) mãe *adotiva, viúva, desquitada*

ou solteira, ou ainda casada sem meios de subsistência que viva na dependência econômica do filho (funcionário militar), desde que comprovadamente separada do marido, e o pai desde que inválido, interdito ou maior de sessenta anos; e) irmãs, solteiras, viúvas ou desquitadas, e irmãos menores de vinte e um anos de idade, desde que mantidos pelo militar, ou maiores interditos ou inválidos; f) beneficiário instituído desde que seja solteira se mulher, ou desde que menor de vinte e um anos ou maior de sessenta anos de idade, ou interdito ou inválido. Várias destas classes, contemporaneamente, não podem mais prevalecer, diante do advento da Magna Carta de 1988.¹

¹ Recentemente, o Presidente da República baixou Medida Provisória nº 2.215-10, de 31 de agosto de 2001 que, em seu art. 27, alterou a sistemática de pensão militar, estabelecendo três ordens de vocação para fins de percepção do benefício, *in verbis* :

"Art. 27. A Lei nº 3.765, de 4 de maio de 1960, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 1º São contribuintes obrigatórios da pensão militar, mediante desconto mensal em folha de pagamento, todos os militares das Forças Armadas.

Parágrafo único. Excluem-se do disposto no **caput** deste artigo:

I - o aspirante da Marinha, o cadete do Exército e da Aeronáutica e o aluno das escolas, centros ou núcleos de formação de oficiais e de praças e das escolas preparatórias e congêneres; e

II - cabos, soldados, marinheiros e taifeiros, com menos de dois anos de efetivo serviço." (NR)

"Art. 3º-A. A contribuição para a pensão militar incidirá sobre as parcelas que compõem os proventos na inatividade.

Parágrafo único. A alíquota de contribuição para a pensão militar é de sete e meio por cento." (NR)

"Art. 4º Quando o militar, por qualquer circunstância, não puder ter descontada a sua contribuição para a pensão militar, deverá ele efetuar o seu recolhimento, imediatamente, à unidade a que estiver vinculado.

Parágrafo único. Se, ao falecer o contribuinte, houver dívida de contribuição, caberá aos beneficiários saldá-la integralmente, por ocasião do primeiro pagamento da pensão militar." (NR)

"Art. 7º A pensão militar é deferida em processo de habilitação, tomando-se por base a declaração de beneficiários preenchida em vida pelo contribuinte, na ordem de prioridade e condições a seguir:

I - primeira ordem de prioridade:

a) cônjuge;

b) companheiro ou companheira designada ou que comprove união estável como entidade familiar;

c) pessoa desquitada, separada judicialmente, divorciada do instituidor ou a ex-convivente, desde que percebam pensão alimentícia;

d) filhos ou enteados até vinte e um anos de idade ou até vinte e quatro anos de idade, se estudantes universitários ou, se inválidos, enquanto durar a invalidez; e

e) menor sob guarda ou tutela até vinte e um anos de idade ou, se estudante universitário, até vinte e quatro anos de idade ou, se inválido, enquanto durar a invalidez.

II - segunda ordem de prioridade, a mãe e o pai que comprovem dependência econômica do militar;

III - terceira ordem de prioridade:

a) o irmão órfão, até vinte e um anos de idade ou, se estudante universitário, até vinte e quatro anos de idade, e o inválido, enquanto durar a invalidez, comprovada a dependência econômica do militar;

b) a pessoa designada, até vinte e um anos de idade, se inválida, enquanto durar a invalidez, ou maior de sessenta anos de idade, que vivam na dependência econômica do militar.

§ 1º A concessão da pensão aos beneficiários de que tratam o inciso I, alíneas "a", "b", "c" e "d", exclui desse direito os beneficiários referidos nos incisos II e III.

§ 2º A pensão será concedida integralmente aos beneficiários do inciso I, alíneas "a" e "b", ou distribuída em partes iguais entre os beneficiários daquele inciso, alíneas "a" e "c" ou "b" e "c", legalmente habilitados, exceto se existirem beneficiários previstos nas suas alíneas "d" e "e".

§ 3º Ocorrendo a exceção do § 2º, metade do valor caberá aos beneficiários do inciso I, alíneas "a" e "c" ou "b" e "c", sendo a outra metade do valor da pensão rateada, em partes iguais, entre os beneficiários do inciso I, alíneas "d" e "e". (NR)

"Art. 15. A pensão militar será igual ao valor da remuneração ou dos proventos do militar.

Quanto à dependência para fins de pensão civil na esfera da União, o artigo 217, da Lei nº 8.112/90, dispõe sobre a previsão de classes, com a subdivisão prévia entre pensões vitalícias e pensões temporárias. Assim, no tocante às *pensões vitalícias*, a ordem de classes é a seguinte: a) cônjuge, ex-cônjuge *desquitado, separado judicialmente ou divorciado com percepção de alimentos do funcionário e companheiro designado que comprove união estável*; b) mãe e pai, dependentes econômicos do servidor, pessoa designada, maior de sessenta anos, e pessoa portadora de deficiência, dependentes econômicos do servidor. Enquanto para as *pensões temporárias*, a ordem de classes é: a) filhos ou enteados menores até vinte e um anos de idade, filhos ou enteados maiores inválidos enquanto durar a invalidez, menor sob guarda ou tutela até vinte e um anos de idade; b) irmão órfão até vinte e um anos de idade dependente econômico do servidor, irmão inválido dependente econômico enquanto durar a invalidez, pessoa designada dependente econômico do servidor até vinte e um anos, e pessoa designada dependente econômico e inválida enquanto durar a invalidez.

Nos termos do artigo 218, da Lei nº 8.112/90, a pensão civil será concedida integralmente ao beneficiário da pensão vitalícia, sendo o único (*caput* do artigo), ou será distribuída em partes iguais entre os beneficiários da pensão vitalícia (§ 1º, do artigo 218). Caso somente haja beneficiário de pensão temporária, a pensão será concedida integralmente ao único beneficiário, ou, havendo mais de um, será rateada igualmente entre todos (§ 3º, do artigo 218). E, na eventualidade de haver beneficiários de pensão vitalícia e de pensão temporária, o § 2º, do artigo 218, da Lei nº 8.112/90, determina que metade do valor da pensão caberá ao(s) titular(s) da pensão vitalícia, e a outra metade caberá ao(s) titular(s) da pensão temporária.

Constata-se, de acordo com os Regimes de Previdência Social, a completa diversidade de tratamento legislativo envolvendo a temática dos dependentes e das pensões.

Entre os diferentes regimes, destaca-se o Regime Geral de Previdência Social pela enumeração clara e direta dos beneficiários, com a previsão da ordem das classes de maneira transparente, simplificando, assim, o sistema de habilitação e concessão de pensões, nos termos do tratamento dado pela Lei nº 8.213/91.

Os Regimes Especiais de Previdência, no âmbito do Funcionalismo Público da União, Estados, Distrito Federal e Municípios demonstram, ao contrário, ainda hoje comportam a concessão de privilégios para determinadas pessoas, discriminando de maneira odiosa os gêneros masculino e feminino, bem como o companheirismo, tudo em flagrante aviltamento ao ditame do artigo 226, CRFB.

Parágrafo único. A pensão do militar não contribuinte da pensão militar que vier a falecer na atividade em consequência de acidente ocorrido em serviço ou de moléstia nele adquirida não poderá ser inferior:

I - à de aspirante a oficial ou guarda-marinha, para os cadetes do Exército e da Aeronáutica, aspirantes de marinha e alunos dos Centros ou Núcleos de Preparação de Oficiais da reserva; ou

II - à de terceiro-sargento, para as demais praças e os alunos das escolas de formação de sargentos." (NR)

"Art. 23. Perderá o direito à pensão militar o beneficiário que:

I - venha a ser destituído do pátrio poder, no tocante às quotas-partes dos filhos, as quais serão revertidas para estes filhos;

II - atinja, válido e capaz, os limites de idade estabelecidos nesta Lei;

III - renuncie expressamente ao direito;

IV - tenha sido condenado por crime de natureza dolosa, do qual resulte a morte do militar ou do pensionista instituidor da pensão militar." (NR)

"Art. 27. A pensão militar não está sujeita à penhora, seqüestro ou arresto, exceto nos casos especificamente previstos em lei." (NR)

"Art. 29. É permitida a acumulação:

I - de uma pensão militar com proventos de disponibilidade, reforma, vencimentos ou aposentadoria;

II - de uma pensão militar com a de outro regime, observado o disposto no art. 37, inciso XI, da Constituição Federal." (NR)"

II PROTEÇÃO AO CÔNJUGE E AO COMPANHEIRO

Nos diversos Regimes de Previdência, afiguram-se o cônjuge e o companheiro sobreviventes como dependentes situados na primeira classe da ordem de vocação para fins de prestação securitária, principalmente no que toca à pensão.

Tal previsão legal acerca da pessoa do cônjuge como integrante da primeira classe tem como fundamento o dever de assistência previsto no artigo 231, inciso III, do Código Civil e, este, por sua vez, se alicerça na solidariedade familiar inerente à sociedade conjugal. Quanto ao companheiro, tal previsão se encontra no art. 2º, inciso II, da Lei nº 9278/96.

Assim, de maneira a não permitir que o cônjuge e o companheiro sobreviventes, possam sofrer privações, além da própria dor emocional decorrente da perda do *ente querido*, o Poder Público os arrola como integrantes da primeira classe da ordem securitária. Da mesma forma, na eventualidade da prisão do mantenedor da família, o cônjuge ou companheiro solto é vocacionado como beneficiário da prestação do auxílio-reclusão, diante dos fundamentos da **solidariedade** e da **necessidade**.

O cônjuge e o companheiro são dependentes econômicos presumidos, diante do dever recíproco entre seus respectivos parceiros de assistência material (ou de socorro), nos termos do ordenamento jurídico brasileiro, daí a razão da desnecessidade de demonstrar a efetiva dependência econômica em relação ao segurado/funcionário.

Nos termos da Carta, diante da impossibilidade de se distinguir entre homem e mulher, inclusive quanto aos direitos e deveres decorrentes do casamento e do companheirismo, em obediência ao princípio de igualdade entre sexos, não há mais qualquer possibilidade de se atribuir direito securitário apenas à esposa, e não ao marido, ou apenas à companheira, e não ao consorte. Haverá entretanto determinadas situações que a distinção é inevitável, diante da existência de justificação e razoabilidade, como a licença-maternidade. Qualquer tratamento diferenciado, em relação aos cônjuges e companheiros varão e varoa, é discriminatório, ilegítimo, devendo ser reconhecido como inconstitucional. Esta é a razão, inclusive, pela qual o artigo 201, inciso V, da Constituição Federal, ao cuidar da pensão por morte do segurado, no Regime Geral da Previdência Social, prevê a indistinção do sexo do segurado - *homem ou mulher* - para fins de atribuição do direito ao pensionamento em favor do cônjuge e companheiro sobreviventes.

Questão interessante surge no campo dos benefícios securitários passíveis de prestação ainda em vida do segurado/funcionário em favor de seu cônjuge, como dependente. O exemplo do auxílio-reclusão, previsto no inciso IV, do artigo 201, da Constituição Federal, *para os dependentes dos segurados de baixa renda*.

De acordo com a previsão constitucional e legal acerca do cônjuge como beneficiário securitário, indispensável se faz a subsistência do casamento até a morte do segurado para o reconhecimento da condição de cônjuge relativamente ao beneficiário da prestação. Nos casos de dissolução em vida da sociedade conjugal, nos termos do artigo 2º, incisos II a IV, da Lei nº 6.515/77, ou seja, de invalidação do casamento, separação judicial ou divórcio, deixa de existir o estado civil de casados entre os ex-cônjuges, razão pela qual deixará de haver a condição de dependente securitário relativamente ao ex-cônjuge.

Nessa matéria, há que ser feita uma ressalva. Nos casos de separação judicial e de divórcio, como ocorria no antigo *desquite*, um dos efeitos possíveis da dissolução da sociedade conjugal entre os ex-cônjuges é a fixação de alimentos em favor de um deles, ou em virtude de acordo em separação consensual, ou por imposição judicial em separação litigiosa. Sabe-se que o dever de assistência material deixa de existir com a dissolução da sociedade conjugal, mas no seu lugar a prestação alimentícia poderá ser instituída com fundamento na solidariedade que ora é reconhecida como um imperativo legal - nos casos de separação litigiosa na idéia de responsabilidade de um dos cônjuges e inocência do outro -, além e, fundamentalmente, da necessidade do cônjuge credor. Mais uma vez, prepondera o binômio: **solidariedade** e **necessidade**. Desse modo, uma vez estabelecida a obrigação alimentar, em razão da dissolução da sociedade conjugal em vida dos ex-cônjuges,

obrigatoriamente deverá ser atribuída pensão securitária em favor do dependente ex-cônjuge diante da ocorrência da morte do segurado/funcionário. Esta é a razão da previsão da *pessoa desquitada, separada judicialmente ou divorciada, com percepção de pensão alimentícia*, no artigo 217, inciso I, “b”, da Lei nº 8.112/90, ou do *cônjuge divorciado ou separado judicialmente que recebia pensão de alimentos*, no artigo 76, § 2º, da Lei nº 8.213/91 ou da *pessoa desquitada, separada judicialmente, divorciada do instituidor, desde que percebam pensão alimentícia*, no art. 70, I, “c”, da Lei nº 3.765/60 (na redação dada pela Medida Provisória nº 2.215-10/2001), como titulares de pensão em virtude da morte do segurado/funcionário.

• **Quantum da pensão securitária**

Em matéria de pensão atribuída ao ex-cônjuge, credor de alimentos em vida do segurado/funcionário, o *quantum* da pensão securitária constitui-se em importante tema ainda não devidamente equacionado. Ora, se não existia mais a sociedade conjugal entre o casal, por força do divórcio ou da separação judicial, logicamente que os alimentos foram estabelecidos com base no critério principal da necessidade do credor de alimentos. Se a pensão securitária visa substituir a pensão alimentícia que o ex-cônjuge recebia em vida, logicamente que o *quantum* da primeira terá que ser exatamente o mesmo dos alimentos prestados em vida, sob pena de verificação de enriquecimento sem causa. Com efeito, se as necessidades do credor de alimentos eram restritas, por exemplo, a trinta por cento dos ganhos líquidos do funcionário em vida, não se afigura razoável, ou justificado nos fundamentos da **solidariedade** e da **necessidade**, que o ex-cônjuge passe a receber a totalidade, ou mesmo cinqüenta por cento, de tais ganhos, quando da morte do funcionário.²

² A despeito de tal observação, a maior parte das leis existentes não restringe o *quantum* da pensão securitária, como se observa no art. 7º, §§ 2º e 3º, da Lei nº 3.765/60, na redação que lhe foi dada pela Medida Provisória nº 2.215-10/2001:

"Art. 7º A pensão militar é deferida em processo de habilitação, tomando-se por base a declaração de beneficiários preenchida em vida pelo contribuinte, na ordem de prioridade e condições a seguir:

I - primeira ordem de prioridade:

a) cônjuge;

b) companheiro ou companheira designada ou que comprove união estável como entidade familiar;

c) pessoa desquitada, separada judicialmente, divorciada do instituidor ou a ex-convivente, desde que percebam pensão alimentícia;

d) filhos ou enteados até vinte e um anos de idade ou até vinte e quatro anos de idade, se estudantes universitários ou, se inválidos, enquanto durar a invalidez; e

e) menor sob guarda ou tutela até vinte e um anos de idade ou, se estudante universitário, até vinte e quatro anos de idade ou, se inválido, enquanto durar a invalidez.

II - segunda ordem de prioridade, a mãe e o pai que comprovem dependência econômica do militar;

III - terceira ordem de prioridade:

a) o irmão órfão, até vinte e um anos de idade ou, se estudante universitário, até vinte e quatro anos de idade, e o inválido, enquanto durar a invalidez, comprovada a dependência econômica do militar;

b) a pessoa designada, até vinte e um anos de idade, se inválida, enquanto durar a invalidez, ou maior de sessenta anos de idade, que vivam na dependência econômica do militar.

§ 1º A concessão da pensão aos beneficiários de que tratam o inciso I, alíneas "a", "b", "c" e "d", exclui desse direito os beneficiários referidos nos incisos II e III.

§ 2º A pensão será concedida integralmente aos beneficiários do inciso I, alíneas "a" e "b", ou distribuída em partes iguais entre os beneficiários daquele inciso, alíneas "a" e "c" ou "b" e "c", legalmente habilitados, exceto se existirem beneficiários previstos nas suas alíneas "d" e "e".

§ 3º Ocorrendo a exceção do § 2º, metade do valor caberá aos beneficiários do inciso I, alíneas "a" e "c" ou "b" e "c", sendo a outra metade do valor da pensão rateada, em partes iguais, entre os beneficiários do inciso I, alíneas "d" e "e". (NR)

No entanto, pode eventualmente ocorrer situação diversa: na eventualidade do falecido haver deixado vários dependentes na primeira classe da ordem de vocação securitária, e se verificar que o valor resultante do rateio entre os vários beneficiários da pensão é inferior àquele recebido em vida. Nesta hipótese, nada poderá ser feito para melhorar a situação do ex-cônjuge, sob pena de se lhe atribuir tratamento mais benéfico do que em relação a um familiar do falecido no momento da morte.

- ***Extinção da obrigação alimentar***

Outro tema intimamente relacionado a este diz respeito às hipóteses que ensejariam a extinção da obrigação alimentar durante a vida do próprio devedor de alimentos. Nos termos do artigo 29, da Lei nº 6.515/77, o casamento superveniente do credor de alimentos extingue a obrigação alimentar. Ora, mesmo que tenha ocorrido a fixação de alimentos durante a vida, por força de separação judicial ou divórcio, e, conseqüentemente, tenha sido concedida a pensão securitária por morte do devedor de alimentos, se o pensionista vier a contrair novo matrimônio, deverá ser extinto o direito à pensão, diante do desaparecimento dos fundamentos que até então alicerçavam a percepção dos valores da pensão, a saber, a **solidariedade** e a **necessidade**. Com efeito, diante do novo casamento, e, logicamente, do surgimento dos direitos e deveres matrimoniais, os cônjuges devem auxílio mútuo e recíproco, não cabendo mais ao Poder Público substituir a prestação alimentar diante do novo casamento. O mesmo raciocínio é válido no caso do ex-cônjuge constituir nova família fundada no companheirismo, diante da existência do dever de socorro também entre os companheiros.

Há, ainda, a questão envolvendo a separação de fato do casal. Ou seja: apesar de formalmente o segurado/funcionário ainda preservar o estado civil de casado, não há mais o casamento de fato. A separação de fato ganhou extrema importância na Constituição Federal de 1988. O tema envolvendo a separação de fato e seus reflexos jurídicos deve ser encarado com muita proximidade à temática do companheirismo, evidentemente com as devidas adaptações e cautelas, pois enquanto a separação de fato permitirá a desconstituição de uma família, o companheirismo representa a formação de uma nova família.

- ***Formação e desconstituição da sociedade conjugal – seus efeitos***

Com base no artigo 2º, *caput*, da Lei nº 6.515/77, a sociedade conjugal constituída validamente se extingue, em vida, pela separação judicial ou pelo divórcio. Assim, não há como se pretender que a separação de fato seja também considerada forma de dissolução da sociedade conjugal, levando em conta a circunstância da necessidade da formalização de tal ruptura, tal como se exigiu na constituição dela própria. No entanto, a partir do advento do texto constitucional de 1988, com a preponderância dos valores existenciais, psíquicos, solidaristas e personalistas, é imprescindível que se proceda à releitura de várias normas da Lei nº 6.515/77 e da legislação em matéria de Seguridade Social - Regime Geral e Regimes Especiais de Previdência Social -, especialmente em matéria atinente aos efeitos jurídicos da separação de fato. De maneira antecipada, urge deixar consignado que o estado civil das pessoas separadas faticamente permanecerá sendo o de casado, mas os efeitos jurídicos diversos daqueles produzidos durante a convivência do casal.

Sabe-se, tradicionalmente, que a dissolução da sociedade conjugal produz determinados efeitos de natureza pessoal - como, por exemplo, a cessação dos deveres de coabitação, de fidelidade, e outros de natureza patrimonial - como, extinção do regime de bens, imposição do dever alimentar, término do direito sucessório -, entre os cônjuges, e também em relação à prole e a terceiros.

Há, contudo, determinados efeitos que são antecipados no ordenamento jurídico brasileiro, por força da concessão da medida cautelar de separação de corpos, ou mesmo em

virtude de uma separação de fato precedente, e que são convalidados pela eficácia retroativa da sentença.

- **Características e Requisitos para a Separação de Fato**

É necessária a presença de determinados requisitos, de natureza objetiva e subjetiva, para a configuração da separação de fato como hábil a produzir determinadas conseqüências jurídicas que, a princípio, somente a dissolução da sociedade conjugal seria o instrumento idôneo. Com efeito, a própria possibilidade do divórcio direto, evidenciada pela separação de fato do casal por dois anos, não necessariamente se verificará em determinados contextos, como já foi percebido pela doutrina.

Há situações de rompimento da convivência, em que o elemento anímico que fundamentou a constituição e a própria manutenção da união continua presente, não ensejando, portanto, qualquer consideração acerca da separação de fato. São os casos de: i) internação de um dos cônjuges por motivo de doença ou acidente, ainda que seja prolongada; ii) os casos de afastamento por motivo de guerra ou viagens a serviço; e iii) determinados casais que, em homenagem a uma convivência mais salutar de acordo com seu estilo de vida, optam por manterem residências diversas.

Cabe, por ora, enunciar as características e requisitos indispensáveis a configuração da separação de fato. As características são: a) objetivo de dissolução da família matrimonial anteriormente formada (ainda que de um somente); b) instabilidade; c) continuidade; d) notoriedade; e) ausência de formalismo. E, como requisitos, têm-se: I) *os objetivos*: a) a existência de casamento válido; b) ausência de óbice à dissolução da sociedade conjugal; c) superveniente falta de comunhão de vida; d) lapso temporal de separação fática; e) falta de justo motivo para a separação; II) *os subjetivos*: a) intenção de não mais conviver (impossibilidade de reconstituição da vida em comum); b) ausência da *affectio maritalis*.

Uma vez configurada a separação de fato de acordo com as características e requisitos mencionados, e não tendo sido estabelecida a obrigação alimentar em vida, a hipótese é de cessação da condição de dependente do cônjuge do segurado/funcionário, o que repercute na ausência do direito à pensão securitária.

Pode ocorrer, por exemplo, de durante a separação de fato do casal o homem casado passar a constituir nova união, necessariamente informal, com outra mulher, e a situação vir a configurar o companheirismo. Assim, surgiu nova família na posição jurídica de tal pessoa ainda formalmente casada, mas separada de fato.

Na eventualidade de sua morte, deve-se reconhecer a pensão apenas em favor da companheira, e não da esposa, porquanto não havia mais **solidariedade** entre eles, diante da falta dos requisitos para manutenção, de fato, de um casamento, além de inexistir **necessidade**, já que durante todo o tempo de separação de fato não houve qualquer pleito visando a percepção de alimentos em favor de qualquer um dos cônjuges.

A partir do texto constitucional de 1988, mormente da priorização dos valores existenciais em detrimento dos valores patrimoniais, principalmente em matéria de Direito de Família, e, com o advento da Lei nº 8.408/92 - que diminuiu o prazo da separação-falência para apenas um ano -, é fundamental que se reconheça que a condição de dependente securitário do cônjuge deixou de existir no contexto da separação de fato, sob condição suspensiva da dissolução da sociedade conjugal (por morte, separação judicial, divórcio ou mesmo invalidação do casamento). Trata-se de reter a normativa infraconstitucional, em especial as Leis nºs. 6.515/77, 5.774/71, 6.880/80, 8.112/90 e 8.213/91, à luz dos novos princípios e valores constitucionais, especialmente aqueles que priorizam a valorização do ser, em detrimento do ter, diante do fenômeno da repersonalização ou despatrimonialização das relações familiares, que trata notadamente das questões referentes a afeto, solidariedade,

união, harmonia, respeito, confiança, amor, em detrimento da conceituação da família puramente como sociedade de bens.³

Diversamente da separação de corpos, a separação de fato independe da iniciativa de instauração da lide processual (daí o informalismo), mas se submete à condição suspensiva quanto à futura dissolução da sociedade conjugal, sendo hipótese propriamente de condição (e não de termo, como se poderia supor), levando em conta a possibilidade do desaparecimento de um dos requisitos, objetivos ou subjetivos, para a configuração da separação de fato. Imagine-se, por exemplo, que o casal separado de fato reate o relacionamento, terminando com o período de separação física de corpos.

Desse modo, para evitar soluções injustas, prevenindo o enriquecimento sem causa, além de - e, principalmente, - cumprir os novos postulados da Constituição Federal de 1988, urge que se considere que deixa de ser dependente do segurado/funcionário o cônjuge que haja se separado de fato, com as características e requisitos enunciados, não sendo ele credor de alimentos. De maneira correta, o § 2º, do artigo 76, da Lei nº 8.213/91, ao tratar dos casos envolvendo as pessoas separadas judicialmente e divorciadas, incluiu como beneficiário de pensão securitária o cônjuge separado de fato que recebia pensão de alimentos em vida, excluindo, corretamente, os demais.

Atualmente, no Regime Geral da Previdência Social, a previsão dos companheiros como dependentes recíprocos está contida no art. 16, inciso I, da Lei nº 8.213/91, sendo que no § 3º, do mesmo dispositivo, há referência de que a noção de companheiros é aquela contida no art. 226, § 3º, da Constituição Federal. Contudo, o § 3º, do art. 16, da lei citada, expressamente exclui a possibilidade do dependente ter o estado civil de casado (evidentemente com terceira pessoa que não seu companheiro). Tal regra deve ser interpretada no sentido de não se admitir o concubinato para efeito de reconhecimento de direito a benefício previdenciário ou acidentário, e não de excluir qualquer uma das hipóteses de companheirismo, inclusive a da pessoa casada, mas separada de fato por prazo de dois anos ou mais, e que já esteja neste período mantendo relação fundada no companheirismo. Caso não seja alcançada tal interpretação, deve ser reconhecida a inconstitucionalidade da expressão “*sem ser casada*” contida na disposição em análise, por contrariar a disposição constitucional que incluiu a pessoa casada, e separada de fato há mais de dois anos, no conceito de companheira.

Pode-se, tranqüilamente, afirmar que foi justamente na Infortunistica e no Direito Previdenciário que o companheirismo se assentou como realidade jurídica, deixando de ser estigmatizado e discriminado, para tomar o seu devido assento como fenômeno importante, fato gerador de família e que, como tal, devia ser tratado.

Outrossim, a atuação de juízes e tribunais na interpretação das normas de direito social, fulcrada na predominância da equidade e no sentido social, na apreciação dos casos, se revelou de vital importância, como aliás freqüentemente ocorre em se tratando de companheirismo.

E, atualmente, como deve ser tratado o companheirismo em matéria de Seguridade Social? Exatamente igual ao casamento, diante do preceito contido no artigo 226, *caput*, da Constituição Federal, que determina a especial proteção do Estado, inclusive e principalmente no campo securitário, à família constitucional, ou seja, inclusive aquela fundada no companheirismo.

Em virtude das disposições contidas nos art. 16, § 3º, da Lei nº 8.213/91, e artigo 16, § 5º, do Decreto nº 3.048/99, no Regime Geral da Previdência Social, é considerado dependente do segurado o companheiro, como gênero - independentemente de sexo -, que se encaixe na noção constitucional e, portanto, são perfeitamente aplicáveis todas as noções conceituais, as características e os requisitos mencionados em matéria de companheirismo, sendo possível a existência de companheirismo entre pessoas casadas com terceiros, mas separadas de fato, pelo prazo mínimo de dois anos, desde que observados todos os requisitos previstos.

³ No entanto, o legislador infraconstitucional, em regra, prossegue descumprindo a tábua axiológica existente a partir de 1988, e continua não ressaltando os caso de separação de fato para o fim de não reconhecer direito à pensão (ver a Lei nº 8.112/90 e a Medida Provisória nº 2.215-10/2001)

Observa-se, ainda, que a legislação previdenciária atual não vincula a caracterização do companheirismo à existência de prole, mesmo para dispensa de prazo, o que indubitavelmente representa a noção mais consentânea com a realidade fática, no sentido de proporcionar a verificação efetiva dos requisitos objetivos e subjetivos indispensáveis ao instituto.

Afigura-se, portanto, inconstitucional a disposição contida no artigo 16, § 6º, do Decreto nº 3.048/99, ao restringir o companheirismo apenas às pessoas solteiras, separadas judicialmente, divorciadas ou viúvas, porquanto, conforme foi analisado, a Constituição não restringe o estado civil dos companheiros, sendo perfeitamente possível que as pessoas casadas, estando separadas de fato de seus cônjuges, venham a se unir informal e estavelmente a outra pessoa e, assim, a constituir nova família fundada no companheirismo, desde que preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos assinalados.

A existência (ou não) de filho comum dos companheiros, à evidência, não pode ser levada em conta como requisito essencial para configuração do companheirismo, servindo, eventualmente, para fins de diminuição do lapso temporal de convivência, quando este é fixado em patamar superior a dois anos de convivência. Suponhamos o caso da companheira estéril, e, portanto, inabilitada para gerar prole: qual seria a razão para discriminar o companheirismo mantido entre ela e seu parceiro de outra relação envolvendo duas pessoas que tiveram um filho comum? Pode ocorrer, inclusive, de no caso da prole comum haver situação típica de concubinato adulterino, em que, por exemplo, o homem é casado formal e faticamente com outra mulher, e assim, não constituiu companheirismo com a mãe de seu filho. Em virtude de tais ponderações, há de se interpretar o disposto no artigo 16, inciso I, e § 3º, da Lei nº 8.213/91, à luz do texto constitucional de 1988, possibilitando a constatação de que também as pessoas casadas, mas separadas de fato de seus cônjuges, podem ter constituído nova família e, assim, os companheiros serem inseridos na primeira classe da ordem securitária como dependentes.

Quanto à pensão militar, no âmbito da União, há claramente várias incongruências no artigo 78, da Lei nº 5.774/71, nessa matéria. Nota-se, em primeiro plano, a existência de limitação ao estado civil do funcionário militar para fins de designação de dependente econômico. Nos termos do *caput* do artigo 78, somente o *militar viúvo, desquitado ou solteiro* poderá instituir beneficiário de pensão militar, excluindo, portanto, o militar casado. Assim, tal norma deve ser reinterpreta à luz da Constituição de 1988, para também incluir o militar casado, desde que configurada a nova família informal por ele constituída. O § 1º, do artigo 78, da Lei nº 5.774/71, esclarece que, em havendo filhos do militar, a pensão da companheira será apenas de metade, ao passo que a viúva tem direito à integralidade da pensão: outra incompatibilidade com a Constituição de 1988, pois em matéria de proteção do Estado à família, não pode haver mais qualquer tratamento diferenciado em matéria de direitos e benefícios sociais em favor do casamento em relação ao companheirismo. Assim, o § 1º, do artigo 78, de tal lei, não foi recepcionado pela Constituição de 1988. A necessidade da aferição do prazo de cinco anos de convivência ainda se mantém, sendo perfeitamente compatível com a Constituição de 1988, que limita o prazo ao mínimo de dois anos, podendo ser estabelecido prazo superior a dois anos para configuração do companheirismo.

A regra que prevê a necessidade de subsistência de impedimento legal para o casamento entre o militar e o beneficiário da pensão, constante do *caput* do artigo 78, também não foi recepcionada pela Constituição de 1988, pois como visto excluiria a situação de pessoas que vivem em “união estável”.

E, finalmente, a regra contida no § 2º, do artigo 78, que excluiu o companheiro da pensão militar, em razão do funcionário militar, separado judicialmente, ser obrigado a prestar alimentos à ex-esposa, contraria a própria regra constitucional contida no artigo 226, *caput*, da Constituição de 1988, pois não enseja proteção à família atual do militar, prestigiando, tão-somente, a família que deixou de existir. Nesta hipótese, a regra será a de atribuir pensão militar a ambas: ex-esposa e companheira, sendo que da mesma forma que foi observado em relação ao casamento, o *quantum* da pensão militar da ex-esposa se restringirá ao valor da pensão alimentícia que recebia em vida, e o restante será destinado à companheira, com a ressalva de que se a pensão da ex-esposa fosse superior a metade dos

rendimentos do militar, a pensão militar devida a ela não poderá ser superior à parcela devida à companheira, quando então haveria divisão igual e equitativa da pensão entre elas.⁴

Na hipótese da família fundada no companheirismo ser constituída por pessoa casada e separada de fato, sem obrigação alimentar da pessoa do companheiro ao seu cônjuge não será devida pensão ao cônjuge por ocasião do falecimento do segurado/funcionário. A família matrimonial já se encontrava desfeita de fato, e no seu lugar passou a existir nova família, ainda que extramatrimonial, mas que, no campo dos efeitos externos da relação jurídica familiar, em tudo se equipara à família matrimonial. E, como é posterior à família matrimonial, deve ser contemplada com os direitos e benefícios securitários previstos em lei, excluindo o cônjuge que está separado de fato há, pelo menos, dois anos do outro. Somente haveria a possibilidade do pensionamento securitário em favor do cônjuge na eventualidade da estipulação de alimentos em vida deste, e mesmo assim com limitação quantitativa ao valor da pensão alimentícia recebida em vida, e à metade do valor integral do benefício.

O companheiro somente é beneficiário de pensão securitária se conviveu com o segurado/funcionário até a época do falecimento deste. Tal como sucede no casamento, se a sociedade companheiril já havia se rompido pela separação - na maior parte das vezes - informal dos companheiros, inexistirá a condição de dependente do ex-companheiro. Ou seja: ainda que o companheirismo tenha durado vinte anos, mas dois anos antes do falecimento do segurado, por exemplo, o casal se separara, não haverá mais a condição de dependente securitário do ex-companheiro e, conseqüentemente, inexistirá qualquer benefício securitário em favor dele. Há, apenas, uma ressalva: a hipótese de haver sido estabelecida pensão alimentícia em favor do ex-companheiro e, assim, sendo credor de alimentos, o ex-companheiro terá direito à pensão por morte do segurado/funcionário, nas mesmas condições de uma pessoa casada - com as limitações já expostas -, devendo, assim, ser reinterpretada a legislação infraconstitucional para abranger tal hipótese.⁵

Não há sentido, com base no artigo 226, *caput*, da Constituição Federal, e nas Leis nº 8.971/94 e 9.278/96, excluir o ex-companheiro, credor de alimentos, da ordem de vocação securitária, se em relação aos casados há regra contida no artigo 76, § 2º., da Lei nº 8.213/91, prevendo a continuidade do suprimento da necessidade do ex-cônjuge mediante substituição da pensão alimentícia por pensão securitária.

Todas as observações feitas quanto à extinção do direito ao pensionamento por morte do segurado/funcionário, na família matrimonial, se aplicam ao companheirismo. Assim, ainda que com o recurso do emprego do processo analógico em relação às regras pertinentes ao casamento, como por exemplo o artigo 29, da Lei nº 6.515/77, o casamento superveniente do beneficiário de pensão securitária deve, automaticamente, extinguir o direito à pensão. A própria constituição de nova “união estável”, em momento posterior ao falecimento do ex-companheiro e ao início da percepção do benefício securitário, deve gerar a extinção da pensão por morte, diante da inexistência do fundamento da necessidade, porquanto será o novo parceiro o responsável em cumprir o dever de assistência material em relação ao outro, e vice-versa.

III PROTEÇÃO AOS FILHOS

Acerca das famílias parentais, afigura-se inequívoco que o comando constitucional insculpido no artigo 226, *caput*, é perfeitamente aplicável, não sendo possível, assim, que os filhos menores ou inválidos sejam excluídos da Seguridade Social. Nos termos do artigo 201, incisos IV e V, da Constituição Federal, no campo do Regime Geral de Previdência Social, os filhos menores ou inválidos se inserem na condição de dependentes do segurado, em perfeita consonância com a regra protetiva.

⁴ Vale notar que, com a Medida Provisória nº 2.215-10/2001, houve reformulação da regulamentação do companheirismo para fins de pensão militar, não sendo mais exigido o prazo de cinco anos nem o estado civil restrito de qualquer um dos companheiros.

⁵ Nesse sentido, o art. 7º, I, “c”, da Lei nº 3.765/60 (com a nova redação dada pela Medida Provisória nº 2.215-10/2001) prevê a pessoa do ex-convivente credora de pensão alimentícia como beneficiária da pensão militar.

Tal inserção se justifica diante dos dois fundamentos básicos e essenciais em matéria de Seguridade Social: a **solidariedade** e a **necessidade**. Sem dúvida, ao lado dos parceiros da conjugalidade e do companheirato, os filhos menores e inválidos são os familiares que têm maiores necessidades e demandam a solidariedade de seus pais para sua formação, desenvolvimento e preparo para a vida comunitária e societária. Em matéria envolvendo os direitos fundamentais da criança e do adolescente - e, obviamente, nesse contexto, se encontram os filhos menores -, o artigo 227, *caput*, da Constituição Federal, acolhendo expressamente a doutrina da proteção integral deles, enuncia 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 profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária*”.

É importante notar que, antes do advento do texto constitucional de 1988, havia tratamento discriminatório quanto à qualificação e direitos dos filhos, adotando-se como critério a existência ou não de casamento entre os pais, entre outras orientações. O estigma de determinados filhos, como o *filho adulterino*, o *filho adotivo*, o *filho incestuoso*, conduziu o legislador constituinte a pôr fim ao longo período de exclusão de vários menores e inválidos, ao introduzir o preceito contido no § 6º, do artigo 227, da Magna Carta, no ordenamento jurídico brasileiro: *os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação*. Antigamente, por exemplo, o filho resultante de relação incestuosa entre pai e filha, por exemplo, somente poderia ser reconhecido por um deles, sendo peremptoriamente vedado ao outro o reconhecimento voluntário ou mesmo judicial, diante do comando - atualmente revogado - contido no artigo 358, do Código Civil. Contemporaneamente, a situação é completamente distinta, sem a possibilidade de criar obstáculos, de nenhuma natureza, ao estabelecimento do vínculo de paternidade/maternidade/filiação, ou seja, do vínculo parental entre pais e filhos. Cuida-se de importante norma principiológica, com nítido caráter de auto-executoriedade, a terminar com o tratamento estigmatizante, discriminatório e injusto que se verificava em período anterior ao texto constitucional de 1988.

Assim, se para resolver problemas concretos, evitando deixar seus filhos biológicos ao desamparo, muitos pais, estando proibidos de reconhecerem os filhos, acabavam por designá-los como dependentes securitários nas repartições competentes, tratando-se de uma *válvula de escape* para atender às necessidades dos filhos menores ou inválidos que, apesar de não reconhecidos como filhos jurídicos, eram efetivamente filhos e, portanto, merecedores do sentimento de solidariedade dos segurados/funcionários e, conseqüentemente, do Estado. Hodiernamente, tal subterfúgio não precisa mais ser utilizado, inexistindo razão, portanto, para não reconhecer voluntariamente o filho como sendo do segurado/funcionário, para fins de atribuição de inúmeros direitos e vantagens, inclusive no campo da Seguridade Social: “*Filho é o de qualquer condição: legítimo, legitimado, adulterino, adotivo etc., iguados em direitos pelo § 6º do art. 227 da CRFB.*”

A respeito da colocação dos filhos na ordem de vocação securitária, para fins de reconhecimento do direito a certos benefícios, faz-se mister apontar que não há como se pensar na equiparação dos filhos menores aos cônjuges ou companheiros. Os fundamentos jurídicos que sustentam o pensionamento em favor dos cônjuges ou companheiros são, em muitos aspectos, diversos das razões que alicerçam o pensionamento em favor dos filhos menores ou inválidos. Na condição de parentes, pais e filhos manterão, vitaliciamente, o vínculo parental, que justifica a autoridade parental e, inserido nesta, os deveres de assistência, criação e educação dos pais em relação aos seus filhos menores e inválidos, nos termos do artigo 229, da Constituição Federal.

A observação é importante para explicitar que inexistente regra constitucional que determine a equiparação, para fins securitários, dos filhos aos cônjuges ou aos companheiros. Mas, a despeito da ausência de equiparação, os filhos devem ser protegidos diante do vínculo da parentalidade que os unem aos seus pais, e, uma das formas de proteção estatal se dá exatamente no campo da Seguridade Social.

Tais ponderações são necessárias para concluir que não existe hierarquia entre cônjuges, companheiros, filhos menores ou inválidos e outros familiares que possam vir a ser

contemplados na legislação que regula o Regime Geral e os Regimes Especiais de Previdência Social, podendo, assim, de acordo com a escolha feita pela lei, haver tratamento diferenciado, como, por exemplo, o estabelecimento dos cônjuges e companheiros como integrantes da primeira classe da ordem de vocação securitária, e os filhos menores e inválidos como integrando a segunda ou posterior classe. Assim, inexistente incompatibilidade entre a norma constante do artigo 77, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 5.774/71, e os artigos 226, *caput* e 227, § 6º, ambos da Constituição Federal, já que, no Regime Especial de Previdência Social do funcionário militar da União, a viúva integra a primeira classe para fins de pensão, excluindo os filhos do benefício da pensão militar, já que estes integram a segunda classe. Vale observar, no entanto, que as Leis nºs 8.112/90 e 8.213/91, na parte que regulam, respectivamente, os Regimes Especial do Funcionário Civil da União e Geral de Previdência Social, seguem tendência de elevar a classe dos filhos menores e inválidos para integrarem a primeira classe, juntamente com os cônjuges e companheiros, daí o tratamento contido no artigo 16, inciso I, da Lei nº 8.213/91 e artigos 217, incisos I, “a”, “c”, II, “a”, e 218, § 2º, da Lei nº 8.112/90.⁶

A dependência econômica dos filhos, menores ou inválidos, tal como ocorre em relação aos cônjuges e aos companheiros, é presumida, sendo desnecessária qualquer demonstração a respeito da insuficiência de meios para prover ao seu próprio sustento, daí a regra constante do § 4º, do artigo 16, da Lei nº 8.213/91. Para a configuração da condição de dependentes do segurado/funcionário, os filhos devem ser menores de vinte e um anos de idade, não emancipados, ou serem inválidos, a teor dos artigos 77, “b”, da Lei nº 5.774/71, 217, inciso II, “a”, da Lei nº 8.112/90 e 16, inciso I, da Lei nº 8.213/91.⁷

Não foram recepcionadas pela Constituição Federal de 1988 as regras anteriores que distinguem a prole do sexo feminino daquela do sexo masculino, em razão de duas regras claras: a) igualdade de direitos e deveres entre homem e mulher (artigo 5º, inciso I, do texto); b) igualdade de direitos e qualificações entre filhos, independentemente do sexo (artigo 227, § 6º, do texto).

Assim, por exemplo, a regra contida no artigo 77, “b”, da Lei nº 5.774/71, ao estabelecer como beneficiários da pensão militar os *filhos de qualquer condição, exclusive os maiores do sexo masculino, que não sejam interditos ou inválidos*, é frontalmente incompatível com os princípios constitucionais de igualdade entre os sexos, e igualdade entre os filhos, não tendo sido recepcionada a discriminação. Como a hipótese é exatamente a inexistência do fundamento da necessidade - ao menos, presumida - do filho maior, plenamente apto de suas faculdades mentais e físicas, não há como prevalecer a continuidade da regra benéfica às filhas. Outra norma que não foi recepcionada pela Constituição de 1988, foi aquela constante do parágrafo único, do artigo 5º, da Lei nº 3.373, de 12 de março de 1958, que previa a filha solteira como beneficiária da pensão civil por falecimento de funcionário civil da União, independentemente da idade, somente perdendo a condição de dependente quando passasse a ocupar cargo público permanente.

⁶ Tal tendência também se verifica na nova sistemática da pensão militar (art. 7º, I, “d”, e §§2º e 3º, da Lei nº 3.765/60, na redação dada pela Medida Provisória nº 2.215-10/2001).

⁷ Interessante mudança foi introduzida pela Medida Provisória nº 2.215-10/2001 em matéria de pensão alimentar, pois, nos termos do art. 7º, I, “d”, da Lei nº 3.765/60 (com nova redação) os filhos até vinte e quatro anos de idade, se estudantes universitários, terão direito à pensão, seguindo orientação jurisprudencial em matéria de alimentos:

“Art. 7º A pensão militar é deferida em processo de habilitação, tomando-se por base a declaração de beneficiários preenchida em vida pelo contribuinte, na ordem de prioridade e condições a seguir:

I - primeira ordem de prioridade:

(...)

d) filhos ou enteados até vinte e um anos de idade ou até vinte e quatro anos de idade, se estudantes universitários ou, se inválidos, enquanto durar a invalidez;

(...)”.

IV PROTEÇÃO A OUTROS FAMILIARES

Diante do comando constitucional contido no artigo 226, *caput*, da Constituição Federal, além das famílias matrimonial, companheiril e parental, a família assistencial também merece ser protegida, em especial na pessoa da criança ou do adolescente, com base no *caput*, do artigo 227, e § 3º, inciso VI, também do texto constitucional. Os deveres do Estado de ministrar *especial proteção* à família, nos termos do artigo 226, *caput*, e de assegurar à criança e ao adolescente, *com absoluta prioridade, os direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à dignidade, ao respeito e à liberdade*, com base no artigo 227, *caput*, conjugados com o dever do Estado de estimular o *acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente, órfão ou abandonado*, com fulcro no artigo 227, § 3º, inciso VI, impõem ao Poder Público a inserção dos menores sob tutela e guarda no âmbito da Seguridade Social na condição de dependentes do segurado/funcionário.

Dessa forma, o artigo 33, § 3º, do da Lei nº 8069/90 (conhecida como ECA), apenas explicitou a condição de dependente da criança ou ao adolescente inserido na família substituta (guardião). No Regime Geral de Previdência Social, com fulcro no artigo 201, incisos IV e V, da Constituição Federal, inexistente dúvida acerca da inclusão dos menores sob guarda ou tutela no âmbito da noção de dependência, inclusive para fins de auxílio-reclusão e de pensão por morte do segurado. Contudo, a condição de dependente do menor sob guarda ou tutela, relativamente ao segurado/funcionário, não lhe equipara ao filho, motivo pelo qual é perfeitamente legítimo e constitucional, por exemplo, que o menor sob guarda ou tutela seja inserido em classe distinta daquela relativa ao filho, na ordem de vocação securitária. O que não se afigura constitucional e legítimo, na ordem jurídico-constitucional pós-1988, é a exclusão de tais crianças e adolescentes do âmbito de proteção social via Seguridade Social.

Outrossim, a própria determinação constitucional quanto ao estímulo da colocação do menor órfão ou abandonado em família substituta sob guarda, nos termos do § 3º, VI, do artigo 227, da Constituição, não se restringe, logicamente, a incentivos fiscais e subsídios aos guardiões, mas extrapola os seus efeitos para inserir tais famílias sob o manto protetor do Estado. Logicamente, portanto, não há como excluir tais menores da Seguridade Social, sob pena de se contrariar a Magna Carta. Outro argumento deve ser apresentado: com a alteração do § 2º, do artigo 16, da Lei nº 8.213/91, foram preservadas as referências aos menores sob tutela e enteados do segurado na condição de equiparados aos filhos como dependentes, no Regime Geral da Previdência Social. Ora, os enteados mantêm vínculo de afinidade com o segurado, e, nesse contexto, integram a família em sentido mais amplo do que a noção de família nuclear e, na condição de afins, não são mencionados no texto constitucional para fins de proteção estatal. Assim, afigura-se contraditório e desarrazoado que a criança ou adolescente sob guarda seja excluído da proteção estatal, em contrariedade à regra constante do artigo 226, *caput*, da Constituição Federal, ao passo que o enteado seja mantido sob o manto de proteção do Regime Geral da Previdência Social.

Duas soluções são possíveis, dentro desse contexto: a exclusão do enteado do rol do § 2º, do artigo 16, ou o retorno do menor sob guarda nesse dispositivo. Evidentemente que a solução somente pode ser encontrada à luz da Constituição Federal, com a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, para o fim de se considerar ainda tutelado pela Previdência Social o menor sob guarda. Ainda: a manutenção do menor sob tutela na redação do dispositivo, por sua vez, também impõe a continuidade da proteção sobre o menor sob guarda.

Com efeito, a guarda e a tutela são dois institutos expressamente previstos no ECA como viabilizadores da constituição e manutenção de família substituta, com diferentes requisitos e efeitos. Contudo, para os fins assistenciais, inexistente diferença entre tais institutos, já que ambos visam a atender os interesses da criança e do adolescente, em especial aqueles relacionados ao resguardo dos seus direitos fundamentais, como a vida, a liberdade, a dignidade, a convivência familiar, entre outros.

Ora, desse modo, em matéria de especial proteção que o Estado deve dar à família assistencial, e, principalmente, na pessoa da criança ou do adolescente, houve equiparação

entre os dois institutos. Assim, ambos devem ser inseridos no contexto dos Regimes de Previdência Social, como fez corretamente a Lei nº 8.112/90, e, originariamente, havia feito a Lei nº 8.213/91.

Logo, é inconstitucional o disposto na Lei nº 9.528/97, retornando à redação antiga do artigo 16, § 2º, da Lei nº 8.213/91. No Regime Especial de Previdência Social do Funcionário Militar, sob a égide da Lei nº 5.774/71, sob o influxo da Constituição de 1988, forçoso se faz incluir os menores sob guarda e tutela na Seguridade Social no âmbito militar, da União, na terceira classe da ordem de vocação para fins de pensão militar, juntamente com os netos (artigo 77, “c”, da Lei nº 5.774/71).⁸

Há possibilidade dos vários Regimes de Previdência Social incluírem outros familiares que não aqueles tratados nos itens anteriores, ficando à discricção do legislador a inserção (ou não) de outras pessoas, sempre com base nos fundamentos de **solidariedade** e de **necessidade**. Normalmente, nesses casos, é necessária a comprovação da necessidade, conjugada com a dependência econômica do familiar. Contudo, algumas restrições se verificam nessa matéria, principalmente sob a égide do texto constitucional de 1988. Assim, por exemplo, não pode haver tratamento discriminatório, injustificado e desarrazoado, quanto ao sexo, idade, estado civil, e alguma outra condição peculiar dos dependentes do segurado/funcionário. Sob o próprio manto da proibição constitucional quanto a tratamento discriminatório em relação aos filhos, é vedado qualquer benefício para determinados parentes em detrimento de outros, que guardem semelhante vínculo de parentesco. E, normalmente, o tratamento privilegiado deve ser extirpado do ordenamento jurídico-constitucional, diante dos novos valores, princípios e regras constitucionais que, como visto, estão impregnados de sentido solidarista, humanista, democrático, pluralista e existencial.

Os parentes na linha reta ascendente, em primeiro grau, do segurado/funcionário, ou seja, os pais, são normalmente previstos como dependentes desde que comprovada a dependência econômica durante a vida do segurado/funcionário. A Lei nº 5.774/71, no artigo 77, “d”, prevê uma regra que deve ser relida à luz da Constituição de 1988, ao cuidar dos pais como beneficiários de pensão militar. Tal regra é inconstitucional ao privilegiar a mulher, na condição de mãe do militar, em detrimento do homem, o pai do militar, o que afronta o artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal.

Da mesma forma, tal regra infringe o disposto no artigo 229, parte final, do texto constitucional de 1988, que cuida do dever dos filhos maiores de *ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade*, já que a norma constitucional, de maneira correta, não distingue o sexo dos pais para fins de reconhecer o dever de assistência material. Outrossim, a norma da Lei nº 5.774/71 impõe como condição o estado civil de viúva, *desquitada* (*rectius*: separada judicialmente e divorciada) ou solteira, admitindo excepcionalmente o estado civil de casada se ela estivesse separada de fato do seu marido.

Ora, diante dos contornos econômico-sociais de hoje em dia, com graves crises financeiras, forte exclusão econômica da maior parte da população, é perfeitamente factível a verificação de situação envolvendo um casal sexagenário passando por sérias privações materiais, que passe a depender economicamente de um filho, no caso segurado/funcionário. Ora, exigir a situação de separação de fato do casal para efeito de pensionamento militar, é estimular a desagregação familiar, e não dar efetiva proteção estatal, como exige o artigo 226, *caput*, da Constituição Federal. Nos termos da Constituição de 1988, a exigência única que deve ser mantida do texto legislativo de 1971 é a necessidade, ou seja, a comprovação da

⁸ A Medida Provisória nº 2.215-10/2001 expressamente incluiu tais menores no rol dos beneficiários de pensão militar:

"Art. 7º A pensão militar é deferida em processo de habilitação, tomando-se por base a declaração de beneficiários preenchida em vida pelo contribuinte, na ordem de prioridade e condições a seguir:

I - primeira ordem de prioridade:

(...)

e) menor sob guarda ou tutela até vinte e um anos de idade ou, se estudante universitário, até vinte e quatro anos de idade ou, se inválido, enquanto durar a invalidez."

dependência econômica, em vida, dos pais relativamente ao seu filho, que tinha a condição de funcionário público militar na esfera da União.

Com relação aos parentes na linha reta descendente, em segundo grau, ou seja, os netos, o único texto pertinente aos Regimes de Previdência Social na esfera federal que os prevê é a Lei nº 5.774/71, no artigo 77, “c”, sendo estipulado que o direito à pensão militar será reconhecido nas mesmas condições estipuladas para os filhos. Valem, portanto, relativamente a eles, as mesmas observações já feitas no tocante ao pensionamento militar, no âmbito da União, em favor dos filhos. Insta apenas acentuar que os netos integram a terceira classe na ordem de vocação securitária, no âmbito militar da União, para fins de pensão, e, portanto, se localizam antes dos pais do militar.

Ainda, no contexto da noção de família em sentido amplo, os parentes colaterais em segundo grau, ou seja, os irmãos, são arrolados como beneficiários securitários nos diversos Regimes de Previdência Social, com algumas diferenças acerca dos requisitos exigidos e o enquadramento na ordem de vocação. A Lei nº 8.112/90, no artigo 217, inciso II, “c”, por exemplo, aponta o irmão como beneficiário de pensão temporária, mas apenas na eventualidade da inexistência de filhos ou menores sob guarda ou tutela do funcionário civil, e desde que seja menor órfão não emancipado, ou inválido, comprovada a dependência econômica em relação ao funcionário.

A Lei nº 8.213/91, no artigo 16, inciso III, somente atribui pensão no Regime Geral da Previdência Social, ao irmão menor, não emancipado, ou inválido, desde que não haja qualquer um dos integrantes das duas primeiras classes na ordem de vocação. Há diferença entre os dois Regimes, o Geral da Lei nº 8.213/91 e o Especial da Lei nº 8.112/91, pois o irmão do funcionário morto poderá ser beneficiário de pensão temporária, mesmo se houver cônjuge ou companheiro beneficiado pela pensão vitalícia. No caso da pensão militar, na esfera da União, a Lei nº 5.774/71, no artigo 77, “e”, traz regra que deve ser compatibilizada com a Constituição de 1988. Eis a redação original: *serão beneficiados com pensão militar as irmãs, germanas ou consangüíneas, solteiras, viúvas ou desquitadas, bem como os irmãos, germanos ou consangüíneos menores de 21 (vinte e um) anos mantidos pelo contribuinte, ou maiores interditos ou inválidos.*

Evidentemente que tal norma não foi recepcionada em 1988 tal como foi originariamente pensada pelo legislador ordinário de 1971. O tratamento diferenciado entre irmã e irmão afronta diretamente o disposto no artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal, além de inexistir razão para excluir qualquer estado civil da pessoa do potencial beneficiário da pensão, sob pena de desmantelamento da família constituída entre o beneficiário da pensão e seu cônjuge, em contrariedade ao disposto no artigo 226, *caput*, da Constituição Federal. Desse modo, tal como se verifica em relação aos Regimes Geral e Especial, este do Funcionalismo Público Civil da União, a regra contida no artigo 77, “e”, da Lei nº 5.774/71, a respeito dos irmãos, deve ser compatibilizada com a Constituição de 1988, para o fim de exigir apenas a menoridade do irmão, a não-emancipação dele, ou a invalidez, bem como a necessidade, ou seja, a comprovação da dependência econômica, durante a vida do militar.

Finalmente, não como familiares, algumas pessoas podem ser constituídas beneficiárias do segurado/funcionário, de acordo com alguns Regimes de Previdência Social. A Lei nº 8.213/91, na sua redação original, previa na quarta classe da ordem de vocação securitária, *a pessoa designada, menor de 21 (vinte e um) anos ou maior de 60 (sessenta) anos ou inválida.* Tal regra, no entanto, foi revogada pela Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995 e, portanto, na atualidade, inexistente regra semelhante. A mudança legislativa, nesse particular, não infringiu qualquer valor, princípio ou norma constitucional, sendo perfeitamente legítima, porquanto tais pessoas não se inserem no contexto da família constitucional, sendo inaplicável, portanto, o comando constitucional da especial proteção à família. Isso não significa que o Poder Público não tenha algumas obrigações no campo da Assistência Social, de caráter universal, exatamente para cuidar de situações de desamparados e desassistidos, de pessoas excluídas da Previdência Social.

Outros Regimes de Previdência ainda mantêm a possibilidade da designação/instituição de beneficiário, como a Lei nº 8.112/90, no artigo 217, incisos I, “e”, e II, “d”, e a Lei nº 5.774/71, no artigo 77, “f”. Relativamente à pensão militar, na esfera da União, importante

se faz a análise da alínea “f”, do referido artigo 77, citado: “*beneficiário instituído que se, do sexo masculino, só poderá ser menor de 21 (vinte e um) anos ou maior de 60 (sessenta) anos, interdito ou inválido e, se do sexo feminino, solteira*”. Com efeito, o tratamento diferenciado entre o beneficiário do sexo masculino em relação à do sexo feminino, mais uma vez, afronta o princípio da igualdade entre homem e mulher em direitos e obrigações, do artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal e, conseqüentemente, não pode subsistir. Assim, diante da nova ordem constitucional, o beneficiário de pensão militar, independentemente de seu sexo, somente poderá ser menor de vinte e um anos não emancipado, maior de sessenta anos de idade, interdito ou inválido, sendo indispensável a comprovação da dependência econômica em vida relativamente à pessoa do militar, para que se preserve o fundamento da necessidade para a cobertura da contingência envolvendo a morte do funcionário.

V CONCLUSÃO

Merecem reflexão e registro: i) o reconhecimento da eficácia plena da norma constitucional contida no art. 226, *caput*, da Carta Magna, com a necessária e obrigatória proteção do Estado a toda e qualquer espécie de família constitucional, permitindo a adequação dos atos normativos anteriores à Constituição de 1988, e o juízo de inconstitucionalidade dos atos normativos ou posturas estatais contrárias ao princípio protetivo assegurado constitucionalmente; ii) a constatação de que, a verificar-se pela legislação vigente, a unificação da quase totalidade dos Regimes da Previdência Social ainda constitui utopia, ocorrendo apenas gradativa diminuição das diferenças entre os Regimes Geral e Especiais. Entretanto, já se vislumbra um caminhar na direção de uma futura e inevitável unificação, como se constata no art. 5º, da Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998.

Aguarde-se, desse modo, que em um futuro não muito distante, possamos afirmar que o Direito brasileiro, em atenção à realidade da vida, apresente um tratamento condigno, razoável e adequado ao tema Família e Direito Securitário, implementando os valores e princípios constitucionais insculpidos no texto constitucional de 1988.