

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

Mariana Ribeiro de Almeida

**O RECONHECIMENTO INCIDENTAL DO CASAMENTO FRAUDULENTO NA
AÇÃO PREVIDENCIÁRIA.**

**Juiz de Fora
2010**

Mariana Ribeiro de Almeida

**O RECONHECIMENTO INCIDENTAL DO CASAMENTO FRAUDULENTO NA
AÇÃO PREVIDENCIÁRIA.**

Monografia de conclusão de curso, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito à obtenção do título de bacharel em Direito, sob a orientação do professor Jorge Franklin Alves Felipe, na área de concentração em Direito Previdenciário.

Juiz de Fora

2010

Mariana Ribeiro de Almeida

**O RECONHECIMENTO INCIDENTAL DO CASAMENTO FRAUDULENTO NA
AÇÃO PREVIDENCIÁRIA.**

Monografia de conclusão de curso, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito à obtenção do título de bacharel em Direito, sob a orientação do professor Jorge Franklin Alves Felipe.

Aprovada em __/__/__

Prof. Orientador: Jorge Franklin Alves Felipe
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Pedro do Carmo Baumgratz de Paula
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Abdalla Daniel Curi
Universidade Federal de Juiz de Fora

**Juiz de Fora
2010**

Dedico este trabalho à minha querida mãe, Atenéia, pelo carinho e paciência durante esses cinco anos de faculdade, sempre me incentivando a cada dificuldade; e ao Marcelo que com seu amor e apoio incondicionais, muito me ajudou a seguir cumprindo meus objetivos nessa reta final.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por estar sempre ao meu lado, dando-me forças para lutar sempre e nunca desistir.

Ao querido professor e orientador Jorge Franklin Alves Felipe, pela especial dedicação, integral disponibilidade e paciência, essenciais para a realização deste trabalho.

À Tathi que vivenciou este momento comigo, auxiliando-me nas horas mais difíceis.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo abordar o tema casamento para fins previdenciários com o intuito de proceder uma análise acerca da viabilidade jurídica de o magistrado reconhecer incidentalmente o caráter fraudulento do casamento no bojo de uma ação previdenciária e, por conseguinte negar-lhe efeito para fins de concessão do benefício pensão por morte. Tal discussão mostra-se extremamente relevante em virtude da necessidade de serem combatidas as fraudes à Previdência Social, visando a justa concessão dos benefícios e a observância das finalidades perseguidas pela Previdência.

Palavras-Chave: Casamento. Previdência. Pensão por morte. Reconhecimento incidental. Fraude.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. CONSIDERAÇÕES SOBRE A INSTITUIÇÃO FAMÍLIA E SEUS OBJETIVOS ELEMENTARES.....	10
2. PENSÃO PREVIDENCIÁRIA: DEPENDENTES.....	16
3. RECONHECIMENTO INCIDENTAL DE QUESTÕES PREJUDICIAIS.....	24
4. NULIDADE DO CASAMENTO- FRAUDE.....	32
CONCLUSÃO.....	37
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	40

INTRODUÇÃO

No mundo atual é comum verificarmos a prática de condutas extremamente materialistas por parte dos indivíduos que, por muitas vezes deixam de lado os sentimentos mais nobres para auferir determinadas vantagens pessoais.

O Estado, principal responsável pela organização da vida em sociedade e proteção dos indivíduos, não pode atuar como mero espectador de práticas nocivas, devendo, portanto, coibir os excessos e impedir que as lesões se verifiquem.

O casamento para fins previdenciários é um sério problema que viola não somente a moralidade, mas desvirtua, notadamente, dois institutos regulamentados pelo direito: o casamento e a pensão previdenciária.

A presente pesquisa tem por fim precípua a abordagem do problema supramencionado com o intuito de proceder a análise da viabilidade jurídica de o Estado-juiz indeferir o benefício pensão por morte ao cônjuge do segurado falecido, por meio do reconhecimento incidental do casamento fraudulento. Noutras palavras, analisaremos no vertente trabalho a possibilidade do reconhecimento incidental do casamento- fraude no bojo de uma ação previdenciária.

Todavia, qualquer discussão acerca da problemática deve passar primeiramente, pelo enfrentamento das questões que se ligam intimamente ao tema proposto. Para tanto, devem ser analisados inicialmente o instituto do casamento, da pensão previdenciária, do reconhecimento incidental e da amplitude do problema alusivo ao casamento-fraude.

Assim, no capítulo 1 do presente trabalho busca-se uma abordagem da importância da família para o desenvolvimento pessoal dos indivíduos, destacando-se que atualmente três são as formas de família reconhecidas pelo direito brasileiro. Procura-se, contudo, demonstrar-se que embora haja tal variedade de entidades familiares o casamento ainda representa a forma clássica de constituição da família, possuindo ainda grande relevância para a sociedade.

No capítulo 2 procura-se demonstrar a razão de ser da Previdência Social, ressaltando-se que seu principal objetivo é propiciar os meios indispensáveis à

subsistência digna dos segurados na hipótese de se encontrem em uma das situações contingenciais previstas pela legislação previdenciária. Posteriormente foi conferido maior enfoque ao benefício pensão por morte, destacando-se, sobretudo a finalidade de sua instituição, os requisitos para sua concessão e o rol de beneficiários contemplados pela Previdência Social.

Ultrapassadas as considerações essenciais acerca dos institutos casamento e pensão, chega-se ao ponto nodal da problemática que nos propusemos a solucionar. Deste modo, o capítulo 3 destina-se à elucidação de uma questão que recebe pouca atenção por parte da doutrina brasileira, qual seja a questão prejudicial como antecedente lógico do mérito posto à apreciação do poder judiciário.

Com intuito de conferir maior compreensão, trazem-se a lume as principais características da questão prejudicial. Posteriormente, busca-se a realização de um paralelo entre o reconhecimento *incidenter tantum*, despido de caráter decisório e a declaração judicial por meio da ação declaratória incidental.

Tal capítulo demonstra, por fim, o tratamento conferido pela jurisprudência pátria a determinadas situações nas quais o magistrado, inevitavelmente, se depara com questões controvertidas que influenciam sobremaneira no julgamento do litígio trazido à sua apreciação.

Pela suma relevância que representa para a conclusão do tema proposto, procurou-se abordar no capítulo 4 a nocividade do casamento para fins exclusivamente previdenciários.

Em tal capítulo objetivamos, contudo, em um primeiro momento proceder a análise dos elementos caracterizadores da simulação, vício resultante da discrepância entre a vontade real que, neste caso é a obtenção de um benefício previdenciário e a vontade manifestada pelos nubentes perante a autoridade competente para celebração do matrimônio.

Posteriormente, atentamos para a existência de algumas situações em que o próprio legislador civil determinou a adoção do regime obrigatório de separação de bens com o nítido intuito de se evitar a realização do casamento com interesses meramente financeiros.

Por fim, procuramos explicitar as principais lesões ocasionadas pelo casamento fraudulento. Nesse sentido, buscou-se a demonstração do interesse eminentemente público em evitar tais condutas lesivas, haja vista a clara negociação de um interesse indisponível.

Por derradeiro, na conclusão buscou-se demonstrar, com base nos mais variados fundamentos trazidos ao longo da pesquisa a viabilidade jurídica de o magistrado proceder ao exame incidental do casamento fraudulento, deixando de atribuir-lhe eficácia somente para efeito da concessão do benefício pleiteado pelo cônjuge do segurado falecido.

1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A INSTITUIÇÃO FAMÍLIA E SEUS OBJETIVOS ELEMENTARES

Berço natural da pessoa humana constitui-se a família como a célula mãe da sociedade, na qual se desenvolvem os sentimentos de amor e de assistência recíproca.

A família se destina não apenas à satisfação da necessidade íntima e material daqueles que resolvem constituí-la, como também serve de lugar ideal para procriação e desenvolvimento dos filhos.

Como bem salienta Hironaka:

Não importa a posição que o indivíduo ocupa na família, ou qual espécie de grupamento familiar a que ele pertence – o que importa é pertencer a seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade (HIRONAKA apud DIAS, 2010, p. 27).

O direito brasileiro reconhece, atualmente, três formas distintas de constituição de família: o casamento, a união estável e a família monoparental.

Interessa-nos, no presente estudo, primordialmente, o exame da família formada a partir do casamento.

O casamento, também conhecido como matrimônio, núpcias, enlace ou consórcio, retrata uma das mais importantes instituições consagradas pela sociedade e, embora seja encarado de formas diferentes, conforme a época ou a cultura, ainda se mostra como a fórmula clássica de constituição de família.

Em virtude de sua função social e familiar o Estado sempre se ocupou de tutelar o matrimônio, que durante muito tempo foi concebido como o único modo de formação da família.

Num primeiro momento, quando Estado e Igreja eram atrelados, a instituição mostrava-se estritamente religiosa, pois permanecia sob o controle da Igreja Católica e, representava, de um lado, um contrato indissolúvel, de outro, um sacramento.

Após a ruptura entre Estado e Igreja, ambos continuaram deferir especial tratamento ao casamento, porém sob óticas distintas. Como bem salienta Nader (2006):

A Constituição Republicana de 1891, pelo seu art. 72, § 4º, declarou: “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”. De acordo com a nova ordem, o ato exclusivamente religioso perdeu a eficácia jurídica e suas regras não se aplicam sequer subsidiariamente ao casamento civil, como anota Orlando Gomes (NADER, 2006, p. 71).

Importante ressaltar, todavia, que apesar da aludida cisão, o Direito Canônico exerceu forte influência no mundo ocidental, sobretudo, sobre o Direito de Família. Assim, mesmo havendo logrado autonomia em relação ao ato religioso, o casamento civil não deixou de ser influenciado por este.

Até a década de setenta, o casamento era a única forma admitida pela moral e por lei para formação da família. As demais uniões eram, por sua vez, intituladas espúrias.

Atualmente, diante das mudanças culturais operadas em nossa sociedade, houve uma adequação do ordenamento jurídico que passou a reconhecer outros tipos de entidades familiares cuja formação prescinde do enlace matrimonial. A Constituição da República, promulgada em 1988, previu em seu artigo 226, §§ 3º e 4º, a união estável e a família monoparental como formas de entidades familiares.

Não obstante, nosso ordenamento jurídico continua a regulamentar minuciosamente o casamento. Nesse ponto, basta salientar que o Código Civil vigente ao dedicar o Livro IV da parte Especial ao Direito de Família, trouxe diversas disposições acerca do casamento no Título I, Subtítulo I, tratando sobre a capacidade dos nubentes, da celebração do casamento, dos requisitos de validade, das causas suspensivas, das provas, da invalidade e ineficácia do casamento, da dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, além da proteção aos filhos. Tal é a preocupação com a família matrimonializada, que a lei lhe dedica nada menos do que 110 artigos. Assim, temos, inclusive, um ramo do Direito de Família dedicado de forma exclusiva ao estudo da referida instituição, qual seja, o direito matrimonial.

Com o intuito de conferir uma definição satisfatória ao instituto jurídico em epígrafe, a doutrina se divide. Ora o conceitua como “contrato bilateral solene” (BEVILÁQUIA apud NADER, 2006, p. 60). Ora o define como “ato jurídico formal, designando o ato

matrimonial solene” que também poderá ser tomado como uma relação familiar criada a partir da celebração (TEPEDINO apud COLTRO, 2009, p.127).

A tentativa de conceituação do matrimônio acaba por esbarrar, inevitavelmente, no debate acerca de sua natureza jurídica. Isso porque, para alguns o casamento seria um negócio jurídico, visto que formado pelo encontro de vontades dos nubentes. Para outros seria uma instituição, posto que sujeito a regras, em grande parte de ordem pública e, porquanto, inderrogáveis por vontade das partes. Há, ainda, quem sustente uma teoria mista ou eclética.

A teoria contratualista foca o objeto de análise da natureza do instituto no ato gerador do casamento, isto é, na livre manifestação de vontade dos nubentes, que de forma recíproca convergem seu desejo no sentido de se unirem. Por outro lado, a teoria da instituição repudia o contratualismo, voltando-se para o casamento a partir do estado conjugal que decorre do ato constitutivo.

A despeito da discussão ora apontada, o Código Civil pátrio não adentrou no mérito da questão, ou melhor, não se filiou a nenhuma das teorias anteriormente expostas. Contudo, o tema será melhor abordado em momento posterior.

Para uma melhor compreensão do tema proposto, não basta dar enfoque a sua conceituação ou definição de sua natureza. Importa, sobretudo analisar o instituto sobre seu aspecto finalístico.

Do ponto de vista teleológico, o casamento se funda primeiramente na comunhão de vida, pautada no afeto, na solidariedade, na assistência mútua, no respeito recíproco, intimidade sexual e, eventualmente, no desejo de procriação. Não é outro o pensamento explicitado por Nader (2006):

A pessoa humana é um ser teleológico, que toma iniciativas visando sempre a alcançar determinados fins, que se afiguram como verdadeiros motores de suas ações. Do ponto de vista da lei, o casamento, fundado na comunhão de vida, se destina a organizar e dar estabilidade à família, contribuindo destarte para o desenvolvimento da sociedade. Quanto aos nubentes, os fins a que se propõem não são iguais em todos os casais. Forçosamente deve haver um denominador comum nas aspirações: o propósito de vida em comum e solidária (NADER, 2006, p.69).

Pelo Direito Canônico os fins do casamento constituem-se no consórcio de toda a vida e a geração e educação da prole. De acordo com o Código Canônico anterior havia uma hierarquia entre as finalidades do casamento, isto é, em primeiro lugar

estava a procriação e educação dos filhos e posteriormente estavam a assistência recíproca e o convívio sexual.

Na concepção de Aristóteles a união entre um homem e uma mulher tem por fim precípuo a procriação. Nesse mesmo sentido alguns apontam ainda hoje, como grande propósito do casamento, o advento da prole.

Apesar de plausível a consideração feita pelo mencionado filósofo e por aqueles que possuem semelhante entendimento, atualmente a finalidade de procriação não constitui, muitas vezes, um dos principais objetivos dos casais que se unem unicamente pela reciprocidade de afeto e pelo desejo de comunhão de vida.

Ademais, a ausência de uma eventual prole, seja por opção ou mesmo por impossibilidade biológica de um dos cônjuges (esterilidade) não descaracteriza a formação dos pequenos grupos sociais que chamamos de família.

É de bom alvitre salientar, contudo, que as finalidades do matrimônio não se confundem com os efeitos jurídicos conferidos aos cônjuges pelo ordenamento. Estes independem da vontade dos consortes.

Nos ensinamentos de Nader (2006) as conseqüências postas pelo legislador em virtude do casamento costumam ser delineadas sob três ângulos, tendo em vista suas projeções nas relações sociais, pessoais e patrimoniais dos cônjuges.

No âmbito social o enlace entre o casal enseja a formação de vínculos de parentesco por afinidade entre cada cônjuge e o parente do outro. Além disso, emancipa o nubente de menor idade, tornando-o capaz para o exercício pessoal dos atos da vida civil.

Na esfera pessoal, nosso ordenamento aponta para uma equivalência de direitos e deveres entre os consortes. A começar pela nova ordem constitucional que estabelece o exercício de forma igualitária pelo homem e pela mulher dos direitos e deveres alusivos à sociedade conjugal.

Nesse sentido, temos também o Capítulo IX do Código Civil pátrio, estabelecendo encargos familiares a serem exercidos por ambos os consortes, tais como a fidelidade recíproca, coabitação, assistência mútua, sustento, guarda e educação dos filhos, respeito e consideração mútuos. Outrossim, o artigo 1.568 do aludido

Código determina que independente do regime patrimonial vigente na relação, homem e mulher são obrigados a concorrer de forma proporcional aos seus rendimentos para o sustento da família e educação dos filhos.

Destarte, possível verificar a adequação do legislador pátrio à nova realidade da família matrimonializada, que não mais reflete a estrutura hierarquizada, patriarcal, subordinada exclusivamente à autoridade do homem, tal como no passado. Ao contrário, se pauta na existência de direitos e deveres recíprocos entre os cônjuges, de tal sorte que ambos devem colaborar para o desenvolvimento sadio e harmônico da entidade familiar.

Por fim, no tocante aos efeitos patrimoniais, seus reflexos serão variados a depender, sobretudo, do regime de bens que vige no casamento. O regime de bens pode ser livremente eleito pelos cônjuges desde que estes não se enquadrem em alguma daquelas situações que a lei restringe a liberdade e impõe a adoção da separação de bens.

Contudo, não é só o regime de bens que irá interferir no âmbito patrimonial, haja vista os deveres de mútua assistência, de prover a subsistência dos filhos, dentre outros já mencionados anteriormente que de certo modo influirão na questão patrimonial. Outrossim, o casamento reflete no direito sucessório, gerando expectativa do direito de suceder entre os cônjuges.

Pelo exposto, é possível inferir que o casamento, seja ele vocacionado para a procriação, para o convívio sexual ou assistência recíproca, nada mais é que a união entre duas pessoas que passam a viver uma comunhão plena de vida. Tal união recebe a chancela do Estado em virtude de sua especial função social e familiar. Como bem se destacou, do enlace matrimonial resulta para ambos os cônjuges uma série de direitos e deveres recíprocos, assim como diferentes reflexos no âmbito pessoal, social e patrimonial de suas vidas.

Da análise acerca dos elementos norteadores do conceito de casamento no direito brasileiro subtrai-se a noção de que somente pode existir validamente um casamento quando os nubentes busquem, efetivamente, a constituição de uma família, dentro dos requisitos erigidos pelo direito brasileiro.

Assim, por exemplo, se alguém deseja viver em plena liberdade pessoal, em todos os aspectos, inclusive afetivo, nunca poderá optar pelo casamento, pois não há como dissociar a relação da sua disciplina jurídica. Nas palavras de Dias (2010):

O intervencionismo estatal levou à instituição do casamento: convenção social para organizar os vínculos interpessoais. A própria organização da sociedade se dá em torno da estrutura familiar. A sociedade, em determinado momento histórico, institui o casamento como regra de conduta. Essa foi a forma encontrada para impor limites ao homem, ser desejante que, na busca do prazer, tende a fazer do outro um objeto. É por isso que o desenvolvimento da civilização impõe restrições a total liberdade, e a lei jurídica exige que ninguém fuja dessas restrições (DIAS, 2010, p.27).

Por derradeiro, cabe salientar que diante dos fins e regras juridicamente impostos é preciso que o casamento exista, de fato e de direito, para a produção de seus efeitos legais.

2 PENSÃO PREVIDENCIÁRIA: DEPENDENTES

O Estado Moderno, com o intuito de promover a dignidade da pessoa humana, utiliza-se de seu caráter intervencionista e institui a Seguridade Social, gênero, da quais são espécies a Saúde, a Previdência e Assistência Social.

Inicialmente, sem qualquer pretensão de aprofundar-se na questão, por não ser este o objetivo da presente pesquisa delimitar-se-á os traços básicos da Previdência Social para, posteriormente, adentrarmos no objetivo nuclear do presente capítulo, qual seja, a discussão acerca do benefício pensão por morte, bem como os requisitos para sua percepção.

A Previdência Social é considerada por muitos doutrinadores como um seguro *sui generis*, cujo principal objetivo é o amparo dos segurados e de seus dependentes em face dos denominados riscos sociais.

Conforme leciona Tsutiya (2007), “A Previdência Social brasileira foi instituída na filosofia de seguro social bismarckiana” (TSUTIYA, 2007, p.189). Esta, iniciada por volta do ano 1.883 baseava-se na renúncia obrigatória que os trabalhadores deveriam fazer, de parte do soldo mensal, para constituir um fundo que atuaria como uma espécie de seguro social, utilizado somente quando houvesse necessidade de amparo.

Nos mesmos moldes de tais seguros, se mostra nosso sistema previdenciário.

Segundo entendimento esposado por Tsutiya (2007):

A Previdência Social constitui um sistema de proteção social. Ao longo da vida, em face da ocorrência de determinados eventos, muitas vezes as pessoas se vêem em situação de necessidade social e, sem a ajuda da sociedade, não haveria como continuar a viver com dignidade. Por intermédio da Seguridade Social (Saúde, Previdência Social e Assistência Social), eles obtêm o amparo necessário para ultrapassar esses momentos de infortúnio (TSUTIYA, 2007, p.223).

Martinez, ao discorrer acerca da razão previdenciária, leciona *ad litteram*:

A previdência social sob o ângulo de sua finalidade pode ser conceituada como técnica de proteção social que visa propiciar os meios indispensáveis a subsistência da pessoa humana quando esta não pode obtê-los ou não é socialmente desejável que os aquirisse pessoalmente através do trabalho, por motivo de nascimento, incapacidade, invalidez, desemprego, prisão, idade avançada, tempo de serviço ou morte, mediante contribuição compulsória

distinta, proveniente da sociedade e de cada um dos participantes (MARTINEZ apud GAMA, 2001, p.68).

Nesse sentido, igualmente dispõe a Lei 8.213/91, que regulamenta o RGPS, ao estabelecer, em seu artigo 1º, como finalidade da Previdência Social a manutenção de seus beneficiários, mediante contribuição, nas hipóteses de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.

Para fazer jus à proteção estatal é necessário, no entanto, que o indivíduo se vincule ao sistema, o que ocorre por meio da filiação.

Cabe lembrar que nos Regimes Básicos da Previdência (RGPS e RPPS) a filiação é compulsória, ou seja, independe da vontade do indivíduo, bastando que este se enquadre nas situações previstas pela lei. A facultatividade é característica somente da Previdência Complementar.

Como bem destaca Ibrahim (2010) ao discorrer sobre o Regime Geral de Previdência Social: “Excepcionalmente, a filiação pode ser de natureza voluntária, o que ocorre para o segurado facultativo, quando este vem efetuar o seu primeiro recolhimento após a feitura de sua inscrição” (IBRAHIM, 2010, p. 186).

Para ter direito a levantar os benefícios que fizer jus ao longo de sua vida, conforme forem acontecendo as situações "cobertas" pela Previdência Social, todo filiado deve contribuir, sendo necessário também que preencha os requisitos específicos para a concessão de cada benefício. Ressalte-se, porém, que o requisito comum a todo benefício previdenciário é a contributividade.

Assim, uma vez ocorrido um dos eventos previstos na legislação e, estando presente a condição de segurado, bem como os requisitos específicos para percepção do benefício, o Estado deverá amparar aquele que se encontra em estado de necessidade social.

Como bem ressalta Tsutiya (2007):

Em cada fase da vida existe a probabilidade de surgirem eventos que mereçam a proteção da sociedade. Nessa perspectiva, a sistematização dos benefícios da Previdência Social deve levar em consideração o binômio evento-proteção social (TESUTIYA, 2007, p. 223).

O constituinte de 1988 delineou, no art. 201, da Carta Magna, os principais traços da Previdência Social, quais sejam: organização sob a forma de regime geral, caráter contributivo e filiação obrigatória, além da observância ao equilíbrio financeiro e atuarial.

Não obstante a importância da abordagem acerca dos aspectos gerais da Previdência, o objetivo nuclear do presente capítulo, como dito alhures, consiste na análise de um benefício específico: pensão previdenciária, devida aos dependentes supérstites do segurado.

Isso porque, a abordagem do referido benefício se faz essencial para o desenvolvimento da presente pesquisa.

A morte, fenômeno natural que inevitavelmente atinge a todos, representa um dos infortúnios acobertados pela Previdência Social. Tal evento ocasiona para os dependentes do segurado o direito ao benefício pensão.

A finalidade do Estado, ao instituir a pensão, certamente, foi a de substituir os rendimentos que eram percebidos pelo falecido, de tal modo que a pensão venha a assumir o papel daquela assistência que era dada pelo segurado.

Nas palavras de Ibrahim (2010): “A pensão por morte é benefício direcionado aos dependentes do segurado, visando a manutenção da família, no caso da morte do responsável pelo seu sustento” (IBRAHIM, 2010, p. 693).

A razão de ser do benefício consiste em conferir possibilidade ao dependente supérstite de promover sua subsistência com dignidade, haja vista a situação de excepcionalidade daquele que outrora se via amparado.

Na inteligência do ilustre previdencialista Martinez:

A pensão por morte é prestação dos dependentes necessitados de meios de subsistência, substituidora dos seus salários, de pagamento continuado, reeditável e acumulável com aposentadoria. Sua razão de ser é ficar sem condições de existência quem dependia do segurado. Não deriva de contribuições aportadas, mas dessa situação de fato, admitida presuntivamente pela lei (MARTINEZ apud PEREIRA, 2005).

Para fazer jus à percepção do benefício, todavia, imperioso se faz o preenchimento de dois requisitos básicos, a saber: morte do segurado, seja ela real

ou presumida e o enquadramento do dependente em uma das categorias previstas por lei.

Cabe salientar que a concessão do aludido benefício independe de carência, ou seja, prescinde de um número mínimo de contribuições. Há, entretanto, necessidade de que o falecido, na época de sua morte, tivesse de posse do seu estado de segurado ou possuísse direito adquirido à aposentadoria.

Destarte, presentes os requisitos, o benefício será devido nos moldes do art. 74 da Lei 8.213/91:

Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data: (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)

I – do óbito, quando requerida até trinta dias depois deste; (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997)

II – do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior; (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997)

III – da decisão judicial, no caso de morte presumida. (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997)

No rol de dependentes, previstos pelo art. 16 da Lei regulamentadora do Regime Geral de Previdência Social (Lei 8.213/91), encontram-se classificados em três ordens: o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; os pais; o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido.

Na hipótese da existência de mais de um pensionista de uma mesma ordem ou classe, o valor da pensão será rateado em parcelas iguais entre eles, outrossim, se o direito ao benefício cessar para qualquer um daqueles, a cota correspondente será revertida em favor dos demais. Vale destacar, ainda, que o valor total do benefício a ser repartido equivale à alíquota de 100% referente à aposentadoria ou salário-benefício.

Como nos ensina Tsutiya (2007), “a extinção da cota-parte do benefício ocorre em três hipóteses: morte do dependente; ao completar 21 anos os filhos ou os a ele equiparados; cessar a invalidez do dependente inválido”. Noutro giro, a pensão é vitalícia para o cônjuge, companheiro (a), bem como para o inválido caso não cesse a invalidez.

Necessário salientar que a existência de dependentes em uma classe, exclui a possibilidade de percepção do benefício pela classe seguinte.

Outro ponto relevante consiste no fato de que sendo cônjuge, companheiro (a) ou filho não emancipado, menor de 21 (vinte e um) anos, não é necessário a comprovação de dependência financeira do segurado para o recebimento do benefício. Isso porque, preenchida alguma das mencionadas condições, resta presumida tal dependência. Tais situações são verificadas, porquanto, a partir de critérios objetivos.

De outro lado, nos demais casos os dependentes deverão comprovar a efetiva dependência econômica em relação ao segurado instituidor, consoante o disposto pelo art. 143 do Regulamento da Previdência Social - DECRETO N° 3048/91- nos seguintes termos:

Art.143. A justificação administrativa ou judicial, no caso de prova exigida pelo art. 62, dependência econômica, identidade e de relação de parentesco, somente produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal.

Para se habilitar como dependente do segurado, aquele que fizer juz à percepção da pensão deverá apresentar a prova de sua condição. Assim, como dito anteriormente, os dependentes de primeira ordem precisam comprovar somente o estado de casado, a existência de união estável ou a qualidade de filho devidamente reconhecida, devendo ser este menor de 21 anos ou inválido. Já para os demais dependentes, é necessário produzir ainda prova alusiva à dependência econômica do segurado falecido.

Verifica-se, portanto, uma maior facilidade para aqueles dependentes de primeira ordem que pretenderem o benefício, haja vista a presunção de dependência.

Mediante análise teleológica de tal presunção, pode-se inferir que o legislador desejou proteger de forma especial aqueles que de certa forma encontravam-se mais próximos do segurado, conferindo porquanto maior segurança à economia familiar, por meio conservação de seu poder aquisitivo.

Muito embora haja divergência no âmbito doutrinário e jurisprudencial acerca da natureza de tal presunção, prevalece o entendimento de que em relação ao cônjuge e ao companheiro (a), esta seja *juri et de jure*. Pensamento capitaneado pelo

Superior Tribunal de Justiça e seguido por outros Tribunais. Veja o teor dos julgados infra colacionados, *ipsis litteris*:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. COMPANHEIRA. UNIÃO ESTÁVEL PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL. POSSIBILIDADE. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA EX VI LEGIS. COMPANHEIRA CASADA, MAS SEPARADA DE FATO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS MORATÓRIOS. VERBA HONORÁRIA INCIDENTE SOBRE PARCELAS DEVIDAS ATÉ A PROLAÇÃO DA SENTENÇA. SÚMULA Nº 111/STJ. SENTENÇA REFORMADA. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE.

1. O reconhecimento de união estável pode ser comprovado por testemunhos idôneos e coerentes, informando a existência da relação *more uxório*. A Lei nº 8.213/91 somente exige início de prova material para a comprovação de tempo de serviço, não repetindo semelhante imposição para fins de união estável. Precedentes do STJ: REsp 778.384/GO, Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima; REsp 783.697/GO, Rel. Min. Nilson Naves; e desta Corte: REO 2008.01.99.002103-4/MG, Rel. Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira; AR 2004.01.00.044002-0/MG, Rel. p/ ac. Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves).

2. A dependência econômica da companheira com relação ao de cujus, nos termos do art. 16, § 4º, da Lei nº 8.213/91, é objeto de presunção absoluta. Precedentes da Primeira Turma: AC 2000.01.00.07880-8, Rel. Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves; do STJ: REsp 203.722 / PE, Rel. Min. Edson Vidigal.

(*omissis*) (TRF 1ª Região – AC - Apelação Civil: AC 1683 MG 2000.38.02.001683-2- Rel.: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ AMILCAR MACHADO, DJ 26/02/2009 p.13)

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRA. PROVA TESTEMUNHAL E INÍCIO DE PROVA MATERIAL. INSCRIÇÃO DE DEPENDENTE. DESNECESSIDADE. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA EX VI LEGIS.

1. Mesmo domicílio eleitoral, mesma data de expedição de seus títulos eleitorais e certidão de óbito em que consta registro de que o autor vivia maritalmente com a falecida consistem em razoável prova material, cujo valor probante, aliado aos depoimentos das testemunhas colhidos em juízo, é hábil a comprovar a união estável para efeitos previdenciários.

2. A dependência econômica do companheiro com relação à de cujus, nos termos do art. 16, § 4º, da Lei nº 8.213/91, é objeto de presunção absoluta. Precedentes da Corte e do STJ: AC 2000.01.00.07880-8, Primeira Turma, Rel. Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves; REsp 203.722/PE, Rel. Min. Edson Vidigal.

(*omissis*) (TRF 1ª Região – Apelação Civil: AC 2125 MA 2005.37.02.002125-4- Rel: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ AMILCAR MACHADO, DJ 02/06/2009, p.48).

A partir dos mencionados posicionamentos jurisprudenciais, mais uma vez é de se notar a maior facilidade dos dependentes de primeira ordem na obtenção da pensão por morte, visto não ser necessário a comprovação de dependência econômica.

Infelizmente, por vezes, essa facilidade para obtenção do aludido benefício gera um sério problema que acaba por desvirtuar a finalidade precípua da pensão. Trata-se da fraude previdenciária.

Em que pese a existência de incontáveis formas utilizadas pelos indivíduos para fraudar a previdência com vistas a obtenção indevida de benefícios, mencionaremos de forma breve apenas uma dessas modalidades: o casamento para fins previdenciários.

Tal tema será melhor abordado em momento oportuno. Por ora, far-se-á apenas uma referência.

Como exposto em momento anterior do presente trabalho, o casamento têm por fim especial a comunhão plena de vida, pela qual os consortes adquirem direitos e deveres recíprocos. Outrossim, como anteriormente explanado, tal união provoca reflexos em diversas esferas, seja ela de ordem pessoal, patrimonial ou social.

No âmbito Previdenciário, a principal conseqüência do casamento é gerar para o cônjuge a qualidade de dependente do consorte segurado.

No que tange à percepção da pensão por morte, basta que o cônjuge supérstite comprove, mediante certidão, a condição de casado para que faça jus ao benefício. E, restando provada a mencionada condição terá direito a pensão vitalícia.

Desta forma, muitas pessoas utilizam-se do casamento para o fim exclusivo de percepção do benefício, ou seja, utilizam da instituição despida de seu principal objetivo, com a finalidade única de obtenção da pensão que receberá pelo resto de sua vida.

Verifica-se, portanto, o desvio de finalidade do matrimônio, constituído para fins diversos do objetivo de comunhão plena de vida. Ademais, esta situação foge também do fim precípua culminado pelo Estado que institui o benefício em favor daqueles que outrora contavam com a cooperação financeira do segurado para a manutenção familiar.

Por fim, insta salientar que além de desvirtuar a finalidade do casamento e da pensão previdenciária, a mencionada situação acaba por gerar um desfalque indevido ao erário.

Todavia, como dito anteriormente, o tema será tratado com a devida atenção em momento posterior.

3 RECONHECIMENTO INCIDENTAL DE QUESTÕES PREJUDICIAIS

Ao reservar para si, de forma quase monopolizada, a tarefa de pacificar os conflitos surgidos no seio social o Estado utiliza-se de seu poder jurisdicional que, uma vez invocado, atua substituindo a vontade das partes e solucionando as controvérsias que lhe são postas.

A função jurisdicional consiste no poder/dever do Estado em dizer o direito diante dos conflitos sociais levados à sua apreciação. Tal função possui como principal característica a inércia, haja vista atuar somente mediante provocação. Nos termos do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal e artigo 2º do Código de Processo Civil:

Art. 5º, XXXV, CF. a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Art. 2º. CPC. Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais.

Nessa toada, brilhantemente destaca Alsina:

Ao vetar a seus súditos fazer justiça pelas próprias mãos e ao assumir a jurisdição, o Estado não só se encarregou da tutela jurídica dos direitos subjetivos privados, como se obrigou a prestá-la sempre que regularmente invocada, estabelecendo, de tal arte, em favor do interessado, a faculdade de requerer sua intervenção sempre que se julgue lesado em seus direitos (ALSINA apud THEODORO JR., 2007, P. 58).

Assim, uma vez provocado pelos jurisdicionados, o Estado-juiz tem o dever de conceder a tutela devida e adequada, por meio de uma decisão clara e precisa que solucione o conflito em sua totalidade, impedindo que remanesçam controvérsias acerca da lide.

O instrumento utilizado para se chegar à solução de um conflito é o processo. Este se pauta em uma sistemática dialética por meio da qual o julgador formará seu convencimento e aplicará o direito cabível.

Assim, mister se faz a efetiva participação dos integrantes da relação jurídica processual. Isto porque, além de ser uma garantia constitucionalmente prevista, a oportunidade de ampla participação das partes no processo possibilita a construção de um alicerce no qual o magistrado se pautará para formação de seu convencimento.

A partir do momento em que se possibilita uma efetiva atuação das partes, estas trarão para o bojo do processo os pontos relevantes que influenciarão na convicção do magistrado.

Por vezes, para julgar o pleito principal é necessário que o magistrado realize antes um exame pormenorizado de algumas questões que refletem diretamente no deslinde do feito. Estas questões recebem a denominação de questões prejudiciais e representam um ponto controvertido que deve ser enfrentado pelo julgador para, somente em momento posterior ser verificada a procedência ou improcedência do pedido.

Importante salientar que as questões prejudiciais aqui mencionadas não se confundem com as preliminares. Estas são classificadas pela doutrina como prejudiciais em sentido amplo. Conforme ressalta Fabrício “a questão preliminar é aquela que, a depender do sentido em que seja resolvida, pode obstar a apreciação da principal, tornando-a desnecessária ou mesmo imprevisível” (FABRÍCIO apud BECKER, 2002).

De outro lado, a prejudicial em sentido estrito não obsta a apreciação da questão principal, contudo, pode predeterminar o sentido em que será solucionada.

A despeito da escassez de contribuição jurisprudencial e doutrinária, o que, por certo dificulta uma definição mais precisa, trataremos das questões prejudiciais em linhas gerais, explicitando suas principais características.

Buzaid define a questão prejudicial como “a relação jurídica, ou autenticidade ou falsidade de documento, de cuja decisão depende no todo ou em parte, julgamento da lide” (BUZAID apud BECKER, 2002).

Segundo entendimento exposto por Grinover:

Em sentido estrito, porém, a moderna doutrina processual reservou a denominação “questão prejudicial” para as questões relativas a outros estados ou relações jurídicas, que não dizem respeito à relação jurídica controvertida, mas que, podendo ser por si só objeto de um processo independente, apresentam-se naquele determinado processo apenas como um ponto duvidoso na discussão da questão principal (GRINOVER apud BECKER, 2002).

Na concepção de Becker (2002): “A prejudicial é questão influidora na decisão principal. Sua solução prejudica a solução da questão principal. A questão prejudicial relaciona-se com a decisão principal”.

Note-se que apesar de o julgador examinar a questão prejudicial, por ser ela um antecedente lógico do pronunciamento final acerca do pedido principal, a questão não será acobertada pela coisa julgada, pois irá integrar apenas a fundamentação da sentença.

Nesse sentido dispõe o Código de Processo Civil, em seu artigo 469, não fazerem coisa julgada: “os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo”.

Cabe ressaltar que a prejudicialidade poderá ser homogênea ou heterogênea. Na primeira hipótese tanto a questão principal quanto a prejudicial integram um mesmo ramo jurídico processual. Na segunda, há uma interjuridicionalidade.

Contudo, há hipóteses em que a questão examinada como prejudicial terá força de coisa julgada. Para que isso ocorra, é necessário que estejam presentes algumas condições, a saber, o requerimento feito por uma das partes para que o juiz declare na sentença a existência ou inexistência de relação jurídica tornada litigiosa no curso da demanda de cujo julgamento depende no todo ou em parte a solução da lide e a competência do magistrado em razão da matéria para conhecer da prejudicial. Essa possibilidade de se requerer a apreciação da questão prejudicial e seu posterior pronunciamento por parte do juiz advêm da possibilidade de ajuizar, no bojo da demanda principal, a ação declaratória incidental. Assim, dispõe o artigo 5º do Código de Processo Civil:

Art. 5º. Se, no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, qualquer das partes poderá requerer ao juiz que a declare por sentença.

A ação declaratória ajuizada incidentalmente faz com que os limites objetivos da demanda principal se alarguem, isto é, possibilita que a questão prejudicial se transforme em mérito da sentença, sendo, portanto, acobertada pela coisa julgada.

Na apreciação da prejudicial mediante ação incidental, assim como na lide principal, é necessário que o magistrado oportunize a efetivação do contraditório. Isso porque a formação da coisa julgada material faz com que a sentença tenha força de lei nos limites da lei e das questões decididas, conforme se depreende da leitura do artigo 468 do Código de Processo Civil. Ademais a Carta Magna estabelece no artigo 5º, LV, que são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, aos litigantes em processo judicial ou administrativo.

Insta salientar que a declaração incidental pode ser proposta tanto pelo autor quanto pelo réu. Vale lembrar também, como bem salienta Theodoro (2007) que “não se admite, porém, esse remédio processual nas ações sumárias, nem no processo de execução, nem tampouco no cautelar”.

Apesar da inegável importância da ação declaratória incidental e da íntima ligação que mantém com as questões prejudiciais, o presente capítulo tem por objetivo discorrer apenas sobre as questões prejudiciais e seus reflexos na demanda. Em outras palavras, nos limitaremos à análise das prejudiciais e dos limites de atuação do magistrado no âmbito do processo na medida em que as prejudiciais nem sempre são objeto de declaração incidental.

O artigo 262 do Código de Processo Civil estabelece que o processo se inicia por provocação das partes, mas se desenvolve por impulso oficial. Isso significa que apesar do magistrado não poder ultrapassar os limites daquilo que lhe foi pedido, não podendo decidir sem a correspondente provocação, deve promover toda a diligência necessária para concessão responsável de uma tutela. Noutras palavras, deve buscar o conhecimento de todas as questões que eventualmente puderem exercer alguma influência no pedido.

Deste modo, verifica-se que o ordenamento pátrio confere amplos poderes para que o juiz possa dirimir *incidenter tantum* todas as questões prejudiciais no curso do processo.

Como foi exposto anteriormente, a questão prejudicial traduz-se em um ponto controvertido que figura como antecedente lógico da decisão final ou, ainda, como pontos de direito controvertidos que, além de antecedente lógico da sentença,

poderiam ser objeto de ação autônoma. Outrossim, apesar de sua grande relevância para a apreciação do pedido principal trazido a Juízo, atua apenas como motivação no convencimento do julgador, não sendo objeto de pronunciamento decisório.

Tal resulta da obrigatoriedade de o Estado-juiz se ater aos limites da lide que lhe foram propostos, não podendo conferir tutela aquém, além ou fora do que lhe foi pedido.

Desta forma, é imperioso que o juiz respeite os limites do pedido e da resistência, sob pena de restar caracterizada a mácula da sentença por vício de incongruência.

Nesse sentido, preleciona Caraciola (?):

Não se faz possível o alargamento indefinido e ilimitado do espectro da atuação jurisdicional, sob pena de legitimarmos a concessão de tutela *ex officio*, reflexo da atuação e ingerência estatal sem a respectiva e imprescindível provocação, o que nos afigura atentatório à feição democrática da jurisdição (CARACIOLA, ?).

Daí a obrigatoriedade da atuação do magistrado nos limites da lide proposta. Contudo, estando presentes prejudiciais que interferem no deslinde da demanda poderá e deverá o julgador proceder a seu exame, visto que possui ampla liberdade à formação de seu convencimento na solução do litígio.

Assim, desde que fundamente sua decisão o que, aliás, é um imperativo constitucional, o juiz é livre para formar seu entendimento e aplicar o direito que entender cabível, visto que conhece o direito.

Ressalte-se neste ponto uma importante diferenciação entre o pronunciamento declaratório incidental e a prejudicialidade pura e simples, despida de caráter decisório. No primeiro há provocação da função jurisdicional, portanto para que reste adequada, a tutela deverá contemplar a questão prejudicial de forma a torná-la indiscutível após o trânsito em julgado. Já na apreciação incidental, somente como precedente lógico da decisão, não há invocação do jurisdicionado no sentido de solucionar a questão prejudicial, há somente a necessidade de análise pelo magistrado com o intuito de conferir respaldo ao provimento final.

Imperioso inferir que apesar de se tratar de situações distintas a declaração incidental possui a vantagem de tornar definitiva a questão evitando que em momento posterior ela venha a lume novamente e seja decidida de forma diversa. Noutras palavras, uma vez lograda a certeza jurídica naquela situação que outrora era controvertida não há possibilidade de ocorrer decisões contrárias sobre a mesma questão em demandas sucessivas.

A esse respeito, Barbi:

com ela se evita, pela formação da coisa julgada sobre a questão prejudicial que esta venha a ser objeto de nova discussão, provas e decisão, em demandas futuras entre as mesmas partes e que tenham como objeto ou como prejudicial a mesma questão. Com seu uso, evita-se também o risco de decisões contrárias sobre a mesma questão nas sucessivas demandas, o que, se não é vedado, pelo menos não é desejável pois acarreta desprestígio para a justiça, pelo menos aos olhos dos leigos, não conhecedores dos problemas técnicos dos processos (BARBI apud BECKER, 2002).

De outro lado, a prejudicial examinada somente *incidenter tantum* não se projeta para além dos limites daquela demanda em que foi analisada. Em última análise, serve apenas como objeto de exame do órgão julgador para se chegar a uma conclusão acertada na apreciação do pedido principal. Desse modo, é possível que uma questão prejudicial avaliada no bojo de um processo receba interpretação diversa por outro Juízo noutra demanda, visto que continuará produzindo normalmente seus efeitos para além daquele processo.

Por fim, de bom alvitre salientar que os poderes conferidos ao magistrado pelo ordenamento jurídico pátrio dão força à sua atuação, pois se de um lado, não pode dar provimento fora do que lhe foi pedido, de outro, também não pode atuar como mero espectador do processo.

Como já observara Grinover, em citação precedente, a realidade processual vem trazendo a necessidade de o juiz conhecer muitas questões incidentais a fim de dirimir, a final, o mérito posto à sua apreciação.

Outrossim, cabe destacar que muitas vezes uma relação de emprego, de nítida competência da Justiça do Trabalho, é incidentalmente analisada pelo magistrado, ao decidir uma ação acidentária. Nesse sentido, o posicionamento do Ilmo. previdencialista Felipe (2010):

Entendemos que se a ação acidentária for ajuizada por empregado não registrado e, na ação, for negada tal condição, não restará ao Juiz Estadual (em que pese a competência da Justiça do Trabalho para reconhecer vínculo de emprego) senão apreciar, para o efeito exclusivo da ação acidentária, a relação de emprego, não sendo de se cogitar de suspensão do feito, a fim de que a questão seja dirimida no Juízo próprio, porque isso retardaria sobremaneira a decisão do processo de natureza alimentar (FELIPE, 2010, p.238).

De igual modo, o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

ACÇÃO ACIDENTÁRIA - INSS - QUALIDADE DE SEGURADO - CTPS - DESNECESSIDADE - PERÍCIA MÉDICA JUDICIAL - INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ DEVIDA.

A qualidade de segurado não se prova tão somente pela juntada da carteira de trabalho, com o registro do contrato laboral, mas também pelas provas documentais, uma vez que o empregado, mormente rural, não pode ser prejudicado, pela falha de seu empregador.

Ficando evidenciado pelas provas produzidas nos autos, mormente pela perícia médica judicial que o autor perdeu a mão direita em decorrência de acidente do trabalho, que lhe torna incapaz de desenvolver qualquer atividade laborativa, faz jus a concessão da aposentadoria por invalidez. (*omissis*) (Apelação. 2.0000.00.516963-9/000, 11ª Câmara Cível, R: Teresa Cristina da Cunha Peixoto, DJ 13/01/2006).

De outro lado, a própria Lei nº 6.858/80 possui expressa, autorizando o pagamento de saldos de salários, PIS, PASEP e fundo de garantia aos dependentes previdenciários, nos quais se insere a competência, nunca tendo sido exigido, para tanto, reconhecimento dessa situação através de sentença de vara de família.

O Direito Previdenciário constitui uma área bastante suscetível a esse tipo de reconhecimento incidental.

Com efeito, há décadas o Direito Previdenciário vem reconhecendo o direito à pensão previdenciária à companheira, sem necessidade de que um juiz de família, previamente, se pronuncie a respeito, em decisão de mérito.

Na jurisprudência, nas aludidas situações, faz-se referência à circunstância do reconhecimento incidental. Vejam-se os julgados abaixo colacionados:

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DECLARAÇÃO. OMISSÃO. COMPETÊNCIA. RECONHECIMENTO UNIÃO ESTÁVEL. PEDIDO ACOMPANHADO DE REQUERIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. JUSTIÇA FEDERAL. 1. Omissão do acórdão na análise da competência para o reconhecimento da união estável, em face do reexame necessário. Nos termos da jurisprudência deste E. tribunal, compete à justiça federal analisar o pedido de reconhecimento de união

estável quando este vem acompanhado da postulação de benefício de pensão por morte a ser concedido por ente público federal. 2. Expressa análise do acórdão no que pertine a comprovação da qualidade de companheira da demandante e dos requisitos previstos no art. 217, I, c da Lei nº 8.112/90. 3. Quanto ao termo inicial para a concessão da pensão por morte o acórdão foi explícito ao fixá-lo a partir da citação, em face da inexistência de requerimento administrativo. 4. Embargos de declaração parcialmente providos apenas para suprir a omissão na análise da competência da justiça federal. (TRF 5ª R.; AC 432109; Proc. 2003.84.00.009286-4/01; RN; Segunda Turma; Rel. Des. Fed. Barros Dias; DJETRF5 26/03/2010).

PREVIDENCIÁRIO. UNIÃO ESTÁVEL. COMPROVAÇÃO PARA RECEBIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. LEGITIMIDADE DO INSS. PROVA DOCUMENTAL. TESTEMUNHAS. SUFICIÊNCIA.

-O INSS é parte legítima para as ações em que se pretende comprovar a existência de união estável para o recebimento de benefício previdenciário.

-Havendo nos autos prova documental, corroborada por testemunhas, deve ser reconhecida a existência de companheirismo.

(omissis) (TRF 5ª R; AC 338354; Proc. 2004.05.99.000933-2; PB; RELATOR: Des. Cesar Carvalho (Convocado))

Diante do exposto, conclui-se que o reconhecimento incidental é de fundamental importância em algumas situações, visto que evita, de certo modo, que a questão seja solucionada em um prazo dearrastado. Noutra giro, possibilita ao magistrado uma maior atuação, sem, contudo, que extrapole sua função jurisdicional, pois como foi dito, a questão decidida *incidenter tantum* não vai além dos limites daquele processo em que o magistrado a examinou.

4 NULIDADE DO CASAMENTO-FRAUDE

De suma importância para a presente pesquisa tecermos breves apontamentos acerca de um tema bastante polêmico, que fere, a um só tempo, a moral, os bons costumes, o espírito do ordenamento civil e de normas previdenciárias. Trata-se do casamento com fins exclusivamente previdenciários.

O tema tem sido discutido em sede jurisprudencial, revelando-se como uma questão de interesse eminentemente público, haja vista a nítida transação de um bem indisponível, como se negócio jurídico fosse. Noutras palavras, sua relevância é indiscutível, pois trata a verba pública destinada ao amparo daqueles que deveras se encontram em uma situação de excepcionalidade, como um direito negociável.

Antes, porém, para uma melhor compreensão do tema ora proposto faremos breves comentários acerca da natureza jurídica do casamento, tema já delineado no capítulo I do presente trabalho.

Como foi explicitado em momento anterior, existem na doutrina três correntes que buscam o melhor entendimento sobre a natureza jurídica do casamento. Há, portanto, aqueles que defendem ser o casamento um negócio jurídico, os que sustentam ser uma instituição e aqueles que adotam um posicionamento misto ou eclético. Não obstante o mérito das duas primeiras correntes prevalece hoje na doutrina o terceiro posicionamento.

Destarte, os que entendem ser um negócio jurídico focam sua análise na manifestação de vontade dos nubentes, ato gerador do casamento. Para os que se filiam a tal posicionamento, os diversos efeitos jurídicos do matrimônio decorrem essencialmente da declaração de vontade, característica própria dos contratos.

Noutro giro, aqueles que se filiam a segunda corrente contestam o contratualismo, vislumbrando a natureza jurídica do casamento não sob a ótica da manifestação de vontade, mas, sobretudo, sob o estado conjugal que decorre do casamento. Tal entendimento concede especial relevância às normas jurídicas cogentes impostas pelo ordenamento que regulamentam os direitos e deveres conjugais.

Os que adotam o pensamento misto ou eclético por sua vez procuram conciliar ambas as teorias. Nesse sentido, preleciona Page (2006), nos seguintes termos *ipsis literis*:

a idéia justificadora da teoria do contrato estaria no ato de declaração, pois o matrimônio requer o consentimento livre e espontâneo dos interessados. Todavia ver apenas um contrato “*est une idée absolument fause*”. Uma vez formado o vínculo pelo consentimento, os esposos se subordinam a um conjunto de prescrições a que aderiram e que não dispõe de autoridade para modificá-lo. O casal passa a sujeitar-se a um regime jurídico situado fora da esfera contratual, pois esta se limita ao ato inicial (PAGE apud NADER, 2006, p. 62).

Na acepção predominante o casamento pode ser considerado porquanto como um contrato *sui generis*, posto que para ser concretizado é imprescindível o consentimento dos consortes. No entanto, após a formação do vínculo conjugal os efeitos decorrentes do matrimônio independem da vontade das partes, haja vista a imposição legal de direitos e deveres para as partes, estabelecidos de forma cogente.

A discussão acerca da natureza jurídica do casamento possui íntima ligação com o tema aqui abordado. Isto porque, se considerarmos o casamento como negócio jurídico a nulidade do casamento com fins exclusivamente previdenciários torna-se nítida, haja vista ser perfeitamente possível seu reconhecimento com base no vício de consentimento.

Por oportuno pedimos a devida vênia para transcrever um trecho do voto da lavra do eminente Desembargador Irineu Marinani, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, proferido nos autos de uma apelação civil. O referido recurso foi interposto pela apelante em face do Ministério Público daquele estado, tendo por objetivo a impugnação de uma sentença que, em primeira instância, logrou o reconhecimento da ineficácia do casamento da apelante com o segurado, vez que sua união resultava de uma tentativa de fraude à previdência.

Ainda que existam defensores da tese de que o casamento é instituição, levando em conta essa projeção estatal, que submete a vontade individual própria dos negócios jurídicos de forma global a determinadas condições legais, individuais e solenes, cogentes, sem as quais não pode havê-lo, filio-me aqueles que defendem que o casamento não deixa de ser um negócio jurídico ou ato jurídico em sentido estrito (dependente da vontade humana pessoal), ou seja, contrato bilateral, podendo, assim, apresentar os vícios de consentimento ou os vícios sociais, que conduzam à sua anulação (TJRS- AC- Apelação Cível 70026541664, Rel: Desembargador Irineu Marinani, DJ 13/12/2008).

Destaque-se que o casamento para fins previdenciários não corresponde a finalidade prevista pelo Código Civil, qual seja, a comunhão plena de vida. Ao contrário, simula tal objetivo para o fim único de obter benefícios previdenciários.

A expressão simulação, etimologicamente, deriva do vocábulo latino *simulatio* que significa artifício, fingimento, ou ainda, disfarce. Noutras palavras, significa que a manifestação de vontade não coaduna com a verdadeira vontade, com a real intenção das partes no que diz respeito à produção de determinados efeitos entre si.

De acordo com Sacramone (2006) a simulação é caracterizada a partir de um acordo de vontade entre as partes contratantes em declarar para terceiros um negócio jurídico aparente, simulado, cujos efeitos não são desejados pelas partes.

Desta forma, nota-se perfeitamente o ato simulatório dos “nubentes”, vez que estes declaram perante a autoridade competente o desejo de se casar com o objetivo de viver uma comunhão de vida, mas o que se pretende na verdade é a obtenção de um benefício previdenciário. Verifica-se, portanto, a celebração de um casamento pautada em um propósito diverso do declarado.

Tal fato, por si só, já ensejaria o reconhecimento da nulidade do casamento nestas condições, visto que o Código Civil vigente estabelece serem nulos os atos simulados. Nos seguintes termos, o artigo 167 do Código Civil dispõe:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

Outrossim, ainda que não considerado como negócio jurídico por não possuírem as partes autonomia na determinação de seus efeitos, o casamento pode ser visto como ato jurídico em sentido estrito, haja vista a efetivação do pressuposto fático contido na norma sem, contudo, estar presente a faculdade de moldar os efeitos que a manifestação de vontade produzirá.

Neste caso, ainda assim, poderá ser reconhecida a nulidade do casamento, pois pelo artigo 185 do Código Civil estende-se aos atos jurídicos lícitos no que for cabível, as disposições atinentes aos negócios jurídicos. Assim, possível inferir que estando presente a simulação, perfeitamente possível a extensão do tratamento jurídico conferido aos negócios jurídicos simulados, qual seja a declaração de sua nulidade.

Em que pese a importância da argumentação acima explanada, é necessário salientar também que afora o caráter notadamente simulatório, o casamento para fins previdenciários fere, ao mesmo tempo, o espírito do Código Civil e das normas previdenciárias.

De bom alvitre salientar que o ordenamento civil visa coibir o casamento com fins interesseiros, ou melhor, com finalidade exclusivamente patrimonial. Para chegarmos a tal conclusão basta observarmos que o código civil pátrio estabelece o regime de separação obrigatória de bens em algumas circunstâncias. Nesse sentido, estabelece o Código Civil, em seu artigo 1.641, ser obrigatório o regime da separação de bens no casamento: entre as pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas; da pessoa maior de sessenta anos; de todos que dependerem do suprimento judicial para casar.

Desse modo, torna-se notório que o legislador infraconstitucional objetivou evitar situações em que as pessoas pudessem se aproveitar do casamento com um intuito puramente patrimonial, como se fosse um negócio realizado somente com fins lucrativos.

Noutro giro, insta salientar que além de desvirtuar os objetivos essencialmente perseguidos pelo casamento, o tema em comento se afigura como nocivo a moralidade e aos bons costumes.

A permissão de um casamento constituído para fins exclusivamente econômicos seria o mesmo que aprovar a substituição dos sentimentos de afeto, respeito, consideração, pelo materialismo, pelo desejo de se auferir vantagens à custa de outrem. Tal aprovação demonstra-se abominável.

No tocante às normas previdenciárias, o casamento constituído com a nítida intenção de percepção de benefícios conferidos pela previdência se mostra atentatório aos fins que o Estado se propõe. Novamente, pedimos *vênia* para transcrever outro trecho do voto do Ilmo. Desembargador Irineu Marinani proferido nos mesmos autos do trecho anteriormente colacionado. Veja-se:

Tais enlacs são lesivos ao erário, ofendem a moralidade, pois na prática pura e simplesmente negociam, como se disponível fosse, um direito que é indisponível, sob o controle estatal, que é o Direito Previdenciário, Direito Público, portanto. (TJRS- AC- Apelação Cível 70026541664, Rel: Desembargador Irineu Marinani, DJ 13/12/2008).

Se não é desejável um casamento interesseiro no âmbito particular, muito menos desejável se afigura o matrimônio com interesse na obtenção indevida de uma verba pública.

Note-se que os benefícios previdenciários têm por fim precípua o amparo financeiro daqueles que se encontram em uma das situações excepcionais previstas pela legislação. No caso da pensão por morte o objetivo da previdência é fundamentalmente assegurar a sustentância digna do cônjuge supérstite, com o nítido caráter protetivo e solidário que permeiam o Direito Previdenciário.

Portanto, inadmissível permitir-se que os indivíduos se utilizem de meios artificiosos para fazer jus ao recebimento vitalício de uma pensão, sob pena de se permitir a indevida lesão ao erário público, bem indisponível.

5 CONCLUSÃO

O que nos dispusemos a examinar na presente pesquisa busca solucionar a seguinte questão:

Uma pessoa, de idade avançada, já com delibitadíssimo estado de saúde, se casa e, dias após as núpcias, vêm a falecer. O INSS nega a pensão à cônjuge. Assim, a autora, jovem, com estupenda diferença de idade entre o noivo, busca o judiciário, pleiteando o aludido benefício. Para tanto, traz a certidão de casamento e baseia-se na presunção absoluta de dependência econômica que a lei lhe confere. Contudo, o INSS em sede de contestação alega que o casamento é fruto de fraude e, assim sendo, não deverá prevalecer.

Para lograr uma melhor solução à problemática proposta o Estado-juiz deve buscar em um primeiro momento as finalidades que os institutos envolvidos se propõem: casamento e pensão previdenciária.

O principal objetivo do Estado ao regulamentar o casamento é conferir a tal instituto especial proteção, visto que consiste em uma das fórmulas clássicas de constituição da família. Esta por sua vez, considerada como a base da sociedade é de fundamental importância para o desenvolvimento dos indivíduos. Daí a justificativa para regulamentação do casamento por meio de regras imperativas de ordem pública.

A partir do momento em que duas pessoas se unem com o objetivo de constituir uma nova entidade familiar devem respeitar uma série de direitos e deveres que decorrem da comunhão plena de vida.

Assim, a união deve ser permeada não só pela comunhão de afetos, como também pela assistência mútua, fidelidade, respeito recíproco, sustento, divisão de responsabilidades e cooperação na guarda e educação dos filhos.

Se, por ventura, o casamento não cumpre a função a que se destina não há justificativa para sua existência.

Tamanha é a preocupação do Estado com a família que o Direito Previdenciário busca ampará-la, conferindo-lhe subsistência digna nos momentos em que se

encontra em real necessidade. Para isso, a legislação previdenciária insere no âmbito de beneficiários não só o segurado que contribui para a Previdência, como também aqueles que de certa forma contam da contribuição daquele para sua manutenção, isto é, aqueles que juntamente com ele convivem no âmbito familiar.

O exemplo de amparo abordado em nosso trabalho foi a pensão por morte, benefício previdenciário cujo objetivo precípua é a substituição dos rendimentos que eram percebidos pelo falecido, garantindo a manutenção daqueles que outrora contavam com a assistência do segurado.

Como se vê, o Estado preocupa-se não só em regulamentar o casamento, mas também de prover a manutenção da família formada a partir dele.

Assim, na falta daquele que contribuía para o sustento da família é conferido aos seus dependentes o direito à percepção do benefício pensão.

Dentre os dependentes do segurado situa-se o cônjuge, para o qual a lei confere presunção absoluta de dependência econômica do falecido, garantindo-lhe o recebimento vitalício da pensão.

Desta forma, advindo a morte do segurado, basta que o cônjuge promova sua inscrição como dependente, no ato do requerimento do benefício, sendo necessário apenas, a apresentação de certidão que comprove o casamento.

Diante da maior facilidade conferida pela legislação previdenciária para que o cônjuge receba o aludido benefício, algumas pessoas passaram a se casar com o único fim de fazer jus ao seu recebimento.

Hipóteses comuns nos casos em que um dos nubentes já se encontra em idade avançada, não possuindo expectativa de viver por muito tempo.

Tais situações, por sua vez, além do nítido caráter fraudulento, ferem o espírito da legislação civil e previdenciária. Isso porque, o casamento nestes casos possui finalidade diversa da constituição de família e, por lado, não se enquadra na finalidade protetiva da Previdência Social.

Destarte, estando evidenciada a fraude do casamento no bojo de ação previdenciária, pela qual se pleiteia a concessão de pensão, não pode o juiz quedar-se inerte, devendo, portanto, proceder ao exame da relação jurídica controvertida.

Outrossim, procurou-se demonstrar com o presente trabalho, que o juiz possui ampla liberdade de analisar questões prejudiciais, tendo em vista a possibilidade destas influenciarem no mérito da demanda.

No âmbito previdenciário não é diferente. Pelo contrário, pois se nas relações puramente privadas há o interesse público na solução dos litígios, nas relações que envolvem o Estado e o particular não é outro o interesse, haja vista o envolvimento de bem indisponível, o patrimônio público.

Defendemos, assim, a possibilidade de o magistrado reconhecer incidentalmente a invalidade do casamento fraudulento no bojo da ação previdenciária. Aliás, como bem se explicitou em momento oportuno, há anos a jurisprudência entende ser possível o reconhecimento de relações jurídicas em sede de ação previdenciária, tal como a união estável para fins de recebimento de pensão pela companheira do falecido.

Desarrazoado seria, portanto, entender que uma fraude evidenciada não poderia ser reconhecida pelo julgador que analisa o indeferimento de concessão do benefício previdenciário pelo INSS, visto que este tem o dever de zelar pelo fiel objetivo de justiça perseguido pelo direito.

O trabalho que desenvolvemos procura mostrar que o casamento objetiva a constituição de família e, se não cumpre esse papel, mas objetiva, simplesmente, a concessão de uma pensão previdenciária, é fraudulento e, como tal, pode ser reconhecido incidentalmente, para o efeito do magistrado desacolher a ação proposta. Nesse caso, o casamento não é anulado, mas o magistrado deixa de reconhecer sua eficácia no caso concreto.

REFERÊNCIAS

BECKER, Rodrigo Frantz. **Ação declaratória incidental e questão prejudicial**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 55, 1 mar. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2729>>. Acesso em: 18 nov. 2010.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 10ª edição atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil**. 10ª edição atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BRASIL. Código de Processo Civil (1973). **Código Civil**. 10ª edição atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

CARACIOLA, Andrea Boari. **Mitigações ao princípio da congruência?** Disponível em: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/artigos_2009/mitigacoes_andrea.pdf>. Acesso em 19 nov. 2010.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Coord.). **A Revisão do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6ª Edição atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FELIPE, Jorge Franklin Alves. **Teoria e Prática do Direito Previdenciário**. 13ª edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Constituição de 1988 e as pensões securitárias no direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 2001.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 15ª edição, revista, ampliada e atualizada. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2010.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil; Direito de Família**. 5º Volume. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

PEREIRA, Jonas Patrezy Camargos. **Pensão por morte: é devido o benefício após a perda da qualidade de segurado do falecido?**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 728, 3 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6949>>. Acesso em: 16 nov. 2010.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **A simulação no novo Código Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1256, 9 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9246>>. Acesso em: 20 nov. 2010.

THEODEDORO Jr., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 1º Volume. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.