

**A NECESSIDADE DE EQUIPARAÇÃO DOS PAIS AFETIVOS
(MADRASTA/PADRASTO) AOS PAIS BIOLÓGICOS (MÃE/PAI) PARA FINS
PREVIDENCIÁRIOS COM BASE NO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA**

THE NEED FOR EQUIPARATION OF AFFECTIVE PARENTS (MADRASTA /
STEPASTE) TO BIOLOGICAL PARENTS (MOTHER / FATHER) FOR PENSIONS
BASED ON THE PRINCIPLE OF HUMAN PERSON DIGNITY.

Claudiomar David Martins¹

Giovanni Comodaro Ferreira²

RESUMO

A Constituição Federal de 1988, inovou nosso Ordenamento Jurídico pátrio ao elevar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana à um status superior a qualquer outra norma ou princípio. Todavia, ao fazermos uma análise, tanto histórica como atual, da sistemática da Seguridade Social brasileira, percebemos que tal instituto mesmo tendo como fundamento norteador o princípio da dignidade da pessoa humana, não abrange á todas aquelas pessoas necessitadas, que de alguma forma merecem proteção para terem um mínimo de dignidade em sua existência, como é o caso dos pais afetivos (madrasta/padrasto). O objetivo deste trabalho foi demonstrar a necessidade da equiparação dos pais afetivos com os pais biológicos, no tocante a obtenção de benefícios previdenciários como a pensão por morte, como meio de lhes assegurar uma existência digna como preceitua nossa Carta Maior, o que restou claro depois dos pontos aqui expostos. Uma vez que não foi objetivo esgotar o tema neste simples trabalho, espera-se que este possa servir de ponto de partida para uma discussão mais acentuada no que diz respeito a problemática aqui levantada.

¹ Bacharel em Direito na Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Email: claudiomar.martins@hotmail.com

² Graduado e Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP) - 1999 e 2002. Atualmente é professor titular da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP), do Centro Universitário UNIFAFIBE e do Curso Preparatório EBJur. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Privado, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Civil, Direito Empresarial, Introdução ao Direito, Hermenêutica. É consultor jurídico do Escritório de Advocacia Jader Pazinato Advogados Associados. Email: gicofe@yahoo.com.br

Palavras – chave: seguridade social, dignidade da pessoa humana, pensão por morte, pais afetivos.

*** Claudiomar David Martins.**

SUMMARY

The Federal Constitution of 1988 innovated our homeland legal system by elevating the Principle of Human Dignity to a status superior to any other norm or principle. However, by making a historical and current analysis of the Brazilian Social Security system, we realize that such an institute, even though its guiding principle is the principle of the dignity of the human person, does not cover all those needy people, who in some way deserve protection. to have a minimum of dignity in their existence, as is the case of affective parents (stepmother / stepfather). The aim of this paper was to demonstrate the need to equate the affective parents with the biological parents, with regard to obtaining social security benefits such as the death pension, as a way to ensure them a dignified existence as required by our Major Charter, which became clear later on. of the points here exposed. Since it was not an objective to exhaust the subject in this simple work, it is hoped that it can serve as a starting point for a more intense discussion regarding the issues raised here.

Key words: social security, human dignity, death pension, affective parents.

1 INTODUÇÃO

De acordo com o Princípio Supremo da Dignidade da Pessoa Humana, todo ser humano deve ter respeitada a sua existência, sua vida, sua integridade física e moral, sua saúde entre outros (artigo 1º, III, Constituição Federal).

Quando se trata de Seguridade Social, conjunto de ações por parte do Estado que visam atender as necessidades básicas da sociedade (IBRAHIM, 2102), vislumbramos que, garantir a dignidade da pessoa humana é seu maior preceito, principalmente no que diz respeito aos benefícios previdenciários concedidos aos seus segurados e dependentes. Todavia, podemos observar que nem sempre tal garantia alcança a todas aquelas pessoas que dela necessitam, como é o caso dos pais afetivos (madrasta/padrasto) por exemplo, que necessitam de uma maior atenção por parte não só do legislador, como também de toda sociedade, para que possam exercer seus direitos constitucionais em sua plenitude.

O objetivo deste trabalho é demonstrar a necessidade da equiparação dos pais afetivos com os pais biológicos, no tocante a obtenção de benefícios previdenciários como a pensão por morte, como meio de lhes assegurar uma existência digna como preceitua nossa Carta Maior. Uma vez que não será possível esgotar o tema neste simples trabalho, também é seu objetivo, servir de ponto de partida para uma discussão mais acentuada no que diz respeito a problemática aqui levantada.

2 A EQUIPARAÇÃO DA FAMÍLIA AFETIVA NO ORDENAMNETO JURÍDICO PÁTRIO

Ao se analisar a definição de família sócioafetiva, percebe-se tal instituição como de caráter recíproco, referente ao tratamento afetivo dispensado entre seus membros. Para Guilherme Calmon Gama:

“ Trata-se do vínculo que decorre da relação socioafetiva constatada entre filhos e pais – ou entre o filho e apenas um deles - , tendo como fundamento o afeto, o sentimento existente entre eles: **melhor pai ou mãe nem sempre é**

aquele que biologicamente ocupa tal lugar, mas a pessoa que exerce tal função, substituindo o vínculo biológico pelo afetivo” (GAMA, 2003, pg. 482-483).

Em nosso Ordenamento Pátrio, encontramos vários ramos do direito que reconhecendo a relação jurídica existente no seio da família afetiva, disciplina questões de direitos, obrigações, garantias e proibições no tocante aos pais afetivos (madrasta/padrasto).

No direito de família, existe a proibição expressa para se contrair matrimônio entre enteado/enteada e madrasta/padrasto (artigo 1521, II e 1595, § 2º do Código Civil), aqui observamos a preocupação do legislador em proteger o sentido ético e moral da família independentemente da natureza do vínculo (Apelação Cível nº 1.0518.10.025538-0/001).

No direito sucessório, por exemplo, a companheira (madrasta) concorre com os descendentes exclusivos do autor da herança (artigo 1790, II do Código Civil). Assim como também será considerado indigno, e será excluído da sucessão, o herdeiro que cometer algum dos ilícitos contra a companheira do autor da herança (artigo 1.814, I e II do Código Civil).

Já no direito penal, mesmo não sendo possível a aplicação da agravante genérica prevista no artigo 61, II, “e” do Código Penal nas relações de afinidade, é possível a aplicação da agravante da prevalência de relações domésticas e familiares, quando o crime é cometido contra madrasta/padrasto (artigo 61, II, “f” do Código Penal).

O que depreendemos até aqui, é que a equiparação entre pais/família afetiva e pais/família biológica, já vem acontecendo há tempos em vários ramos do direito, ou seja, no contexto da atual sociedade em que vivemos, com todos os modelos de famílias existentes em nosso Ordenamento, não há como negar tal equiparação no tocante as garantias e benefícios previdenciários.

3 A NECESSIDADE DE EQUIPARAÇÃO DOS PAIS AFETIVOS COM OS PAIS BIOLÓGICOS COMO DEPENDENTES DO SEGURADO

Dentro de uma visão realística-social do benefício pensão por morte (artigo 74 e ss, Lei 8.213/91), percebemos que se trata de uma prestação continuada que substitui a

Revista Reflexão e Crítica do Direito, v. 9, n. 1, p. 48-58, jan./jun. 2021 ISSN 2358-7008

remuneração do falecido segurado, ou seja, é um direito objetivo do dependente do segurado que contribui com a Previdência, onde ao dar início a atividade laboral, e a respectiva contribuição com a Previdência, toma conhecimento de seus direitos/benefícios referente a Seguridade Social, bem como dos direitos/benefícios de seu dependentes, sabendo que se vier a falecer, seus dependentes não ficarão desamparados.

Ao analisarmos a Lei dos Planos de Benefícios da Previdência Social (Lei 8.213/91), não se poderia alegar que ao equiparar madrasta/padrasto com mãe/pai, como dependentes do segurado, incorrer-se-ia num desrespeito ao Princípio do Prévio Custeio da Seguridade Social, pois não se estaria ampliando o rol de dependentes do segurado ao equipará-los, não se estaria criando uma nova categoria de dependentes, uma vez que o(s) pai(s) afetivo(s) estaria(m) apenas substituindo o(s) pai(s) biológico(s) (artigo 16, II, Lei 8.213/91), não desrespeitando assim, o artigo 195, parágrafo 5º da Constituição Federal que assim diz: “§ 5º Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”.

E aqui, importante destacar que ao equiparar os pais afetivos com os pais biológicos como dependentes do segurado, para a obtenção do benefício pensão por morte, possibilitando à estes uma vida digna como preceitua nossa Carta Magna, não estaríamos diante de uma simples judicialização legislativa, pois a partir do momento que compreendemos que as normas jurídicas previdenciárias, são voltadas ao Poder Público responsável pela gestão das contas públicas e pelas políticas públicas de Seguridade Social, entendemos que o Judiciário à elas não está ligado (Savaris, 2011). Ainda de acordo com o autor,

O que “exige do julgador uma compreensão mais ampla acerca dos requisitos jurídicos para a outorga dos benefícios previdenciários, em vez da inadequada postura de se condicionar a proteção social ao que textualmente é contido na lei” (SAVARIS, 2011).

Neste momento, oportuno se faz, as palavras do Excelentíssimo Ministro Ayres Britto: ***“Tudo que não está juridicamente proibido, está juridicamente permitido. A ausência de lei não é ausência de direito, até porque o direito é maior do que a lei”***. (ADI 4.227), noutras palavras, uma vez não estando expressamente contido na letra da lei o direito de equiparação dos pais afetivos em relação ao benefícios previdenciários auferidos pelos pais

biológicos do segurado, também não está proibida tal equiparação, cabendo ao Judiciário fazer uma ponderação necessária em cada caso concreto, analisando os requisitos objetivos para a obtenção do benefício (prova de dependência econômica – para pensão por morte, por exemplo), zelando desta forma pela aplicabilidade do princípio constitucional supremo da Dignidade da Pessoa Humana, devendo ser superado o entendimento de que a falta de previsão legal, obsta a equiparação de madrasta/padrasto com mãe/pai (TRF-4 - AC: 1047 RS 2008.71.13.001047-1).

Forçoso seria não perceber, sob uma ótica crítica, a contradição existente em nosso Ordenamento Jurídico Pátrio.

Uma vez que o § 2º, do artigo 16 da Lei 8.213/91 equipara expressamente o enteado ao filho, dando a este todos os direitos daquele no tocante aos benefícios proporcionados pela condição de dependente do segurado (Apelação Cível nº 5008596-02.2016.4.04.7202. TRF 4), no mínimo é juridicamente incompreensível o inverso não ser verdadeiro, uma vez que madrasta/padrasto são considerados parentes por afinidade dos enteados (artigo 1595, CC e artigo 25, parágrafo único do ECA).

O que obsta de serem equiparados aos pais biológicos em relação aos benefícios previdenciários?

Aqui necessário se faz outra indagação. Se de um lado temos que de acordo com a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, a criança tem o direito à proteção e convivência familiar, e o judiciário, vem fazendo valer tais direitos, mesmo atuando como Legislador Positivo, por exemplo, estendendo o benefício da Pensão por Morte ao menor sob guarda, equiparando-o ao filho (STJ, EREsp 1141788), e de outro lado temos o dever dos filhos de cuidar dos pais na velhice, carência ou enfermidade (artigo 229, Constituição Federal), então porque existe esta negligência para com os pais afetivos do segurado, uma vez que a própria Constituição estabelece o dever dos filhos de cuidar dos pais?

Observando o artigo 229 da Carta Magna, extraímos três conceitos que podem ser caracterizados individualmente. O primeiro diz respeito a **velhice**, onde aqui não é forçoso concluir que a própria Constituição Federal (artigos 229 e 230), o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03), a Lei Orgânica de Assistência Social (Lei 8.742/93) e o Código Civil, asseguram

todos os direitos e garantias para este grupo exclusivo de pessoas. Por outro lado, aquele que se encontra **enfermo** – se idoso, terá todas as garantias citadas acima – se trabalhador, segurado da Previdência Social, dependendo da incapacidade laboral, poderá obter o benefício do auxílio-doença ou da aposentadoria por invalidez, independentemente de ser idoso ou não. Agora, em se tratando do termo **carência**, este nos parece ter uma maior abrangência e uma menor proteção, senão vejamos. Partindo-se da definição gramatical de que carência é a ausência de recursos suficientes para manter a própria subsistência, e não pertencendo a pessoa ao grupo dos idosos, nem ao grupo dos trabalhadores ou enfermos, que proteção recebem estas pessoas, para que possam ter garantida sua existência com o mínimo de dignidade? Aqui, neste grupo de **“Desamparados”** é onde se encontram boa parte dos pais afetivos, que não sendo idosos, enfermos, ou trabalhadores segurados e, dependentes economicamente de seu(s) enteado(s), na falta deste(s) nada lhe restam, sendo obrigados a viverem a mercê da própria sorte, porque muitas vezes já se encontram com a idade avançada e dificilmente conseguiriam uma colocação no mercado de trabalho.

Aqui não nos restam dúvidas, que ao equiparar os pais afetivos aos pais biológicos em relação a obtenção dos benefícios previdenciários, o julgador estaria aplicando a justiça ao caso concreto, propiciando a dignidade da pessoa humana – princípio constitucional supremo – a este grupo de **“Desamparados”** pela legislação pátria.

4 POSSÍVEL SOLUÇÃO PRÁTICA

Atualmente em nosso Ordenamento Jurídico Pátrio, existem ao menos quatro tipos de aposentadorias. Aposentadoria por Tempo de Contribuição, Aposentadoria por Idade, Aposentadoria por Invalidez e as Aposentadorias Especiais, além do benefício assistencial (BPC) para pessoas idosas que comprovem baixa renda.

Sabendo-se que é necessário implementar alguns requisitos para que se possa fazer jus a qualquer um dos tipos de aposentadoria acima elencadas, vislumbramos algumas possibilidades para a concessão do benefício da Pensão por Morte aos pais afetivos do segurado, o que poderia ser considerado como um **Benefício Provisório**, uma **Pensão por Morte Provisória**, divididas em **Modalidades**, de acordo com o caso concreto.

Como descrito anteriormente, grande parte dos pais afetivos se encontram na categoria dos **“Desamparados”**, onde, a depender do caso concreto, uns podem ter contribuído com a previdência, outros podem estar perto de implementar os requisitos de alguma das espécies de aposentadoria, outros podem nunca ter contribuído – esperando apenas se tornarem idosos para tentarem pleitear o benefício assistencial – enfim , várias podem ser as possibilidades a depender de cada caso concreto.

Neste contexto, o que aqui se propõe, é que, uma vez **comprovada a dependência econômica dos pais afetivos em relação ao enteado segurado**, vindo este a falecer e, aquele não tiver outro meio de sustento para sua própria subsistência, poderia, excepcionalmente, ter direito ao Benefício da Pensão por Morte por um período determinado (**Pensão por Morte Provisória**). Oportuno aqui se faz, apresentar algumas **Modalidades de Pensão por Morte Provisória** (exemplificativas) de acordo com cada possibilidade real de incidência, pontuando-as em caráter geral, mas com a possibilidade de se adequarem a quaisquer outras modalidades de aposentadoria existente em nosso sistema.

Primeira Modalidade de Pensão por Morte Provisória – Quando os pais afetivos, dependentes do enteado segurado, nunca contribuíram com a previdência, não possuindo o tempo mínimo de contribuição (180), exigido para a obtenção da **Aposentadoria por Idade**. Neste caso, o que se propõe é que, vindo a falecer o enteado segurado, seus pais afetivos receberão o benefício da Pensão por Morte até implementarem as contribuições necessárias exigidas pela lei, lembrando que no caso de trabalhador rural, o tempo de contribuição diminui em 5 anos. (obs: neste caso as contribuições poderiam ser descontadas diretamente do benefício até a implementação necessária).

Segunda Modalidade de Pensão por Morte Provisória – Quando os pais afetivos, dependentes do enteado segurado, possuírem as 180 contribuições (15 anos ou 10 anos no caso de trabalhador rural)), mas não possuem a idade mínima, quais sejam, 65 anos de idade homens e 60 anos de idade mulheres, para a obtenção da **Aposentadoria por Idade**. Neste caso, o que se propõe é que, vindo a falecer o enteado segurado, seus pais afetivos receberão o benefício da Pensão por Morte até implementarem a idade necessária exigida pela lei.

Terceira Modalidade de Pensão por Morte Provisória – Quando os pais afetivos, dependentes do enteado segurado, possuírem mais de 25 anos de contribuição se homem, e

mais de 20 anos de contribuição se mulher. Para a obtenção da **Aposentadoria por Tempo de Contribuição**, é necessário, 35 anos de contribuição para o homem e 25 anos de contribuição para a mulher. Neste caso, vindo a falecer o enteado segurado, seus pais afetivos receberão o benefício da Pensão por Morte até implementarem o tempo necessário exigido pela lei. Nesta modalidade se inclui a **Aposentadoria Especial**, devendo ser observado no caso concreto a sua incidência.

Uma observação importante a ser feita é que, em relação a Segunda e a Terceira Modalidade de Pensão por Morte Provisória, caberá ao julgador estabelecer a modalidade mais apropriada para cada caso concreto, ou seja, caso a pessoa tenha uma idade avançada e pouco tempo de contribuição, deverá optar pela Aposentadoria por Idade, caso a pessoa tenha muito tempo de contribuição, mas pouca idade, deverá optar pela Aposentadoria por Tempo de Contribuição, caso a pessoa esteja próxima de implementar os dois requisitos – idade e tempo de contribuição – esta poderá optar pela tipo de aposentadoria que melhor lhe convier.

5 CONCLUSÃO

Pelo todo exposto até aqui, entendemos que ao equiparar os pais afetivos aos pais biológicos em relação aos benefícios previdenciários (pensão por morte), não se estaria criando uma nova modalidade de segurado, **não havendo a necessidade da criação de uma nova fonte de custeio**, uma vez que este estaria apenas substituindo o lugar daquele, ou, mesmo que havendo concorrência entre eles, o benefício seria dividido em cotas iguais.

Compreendido que as normas contidas na legislação previdenciária é direcionado ao Poder Público, gestor das despesas e políticas públicas, se vê a necessidade do Judiciário atuar com racionalidade em cada caso concreto, fazendo valer, desta forma, o princípio supremo da Dignidade da Pessoa Humana, equiparando, presentes os requisitos objetivos (prova de dependência econômica), os pais afetivos aos pais biológicos no que diz respeito à percepção de benefícios previdenciários, principalmente para terem direito ao benefício da pensão por morte, benefício este que assegura aos pais as garantias contidas no texto constitucional.

Trazendo a tona alguns modelos exemplificativos, nossa singela intenção foi tentar, de alguma forma, contribuir com todos os envolvidos nesta sistemática, objetivando assim, que este grupo seja reconhecido como aqueles a quem falta um olhar mais atento por parte não só do Legislador, mas também dos Magistrados, dos estudiosos e da sociedade em geral, para que quem sabe poder mudar essa realidade e com o empenho de todos, fazer com tenham reconhecidos seus direitos constitucionais, para que possam viver com o mínimo de dignidade.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Código Civil, Lei 10.406 de 2002.

BRASIL. Constituição Federal.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069 de 1990.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

IBRHAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 17 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

SAVARIS, José Antônio. A aplicação judicial do Direito da Previdência Social e a interpretação perversa do princípio constitucional da precedência do custeio – o Argumento ALAKAZAM. Disponível em: http://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao045/jose_savaris.html. Acesso em: 16 de setembro de 2019.

SILVA, Vanessa Mansur. A Evolução do Ativismo Judicial: O Papel do Judiciário como Legislador Positivo. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/71536/a-evolucao-do-ativismo-judicial-o-papel-do-judiciario-como-legislador-positivo>. Acesso em: 16 de setembro de 2019.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. O papel da madrasta nas relações familiares. Disponível em: <https://www.megajuridico.com/o-papel-da-madrasta-nas-relacoes-familiares/>. Acesso em: 16 de setembro de 2019.

Submetido em 06.09.2019

Aceito em 21.10.2020