



FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA

DANIEL VIEIRA DE OLIVEIRA

O DIREITO DO NASCITURO À PENSÃO POR MORTE

CARATINGA / MG

2019

DANIEL VIEIRA DE OLIVEIRA

O DIREITO DO NASCITURO À PENSÃO POR MORTE

TCC- Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Faculdade de Direito Doctum como requisito básico para a obtenção de grau de Bacharel em Direito. Orientador Marcio Xavier Coelho

2019

TERMO DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso O direito do nascituro à pensão por morte, elaborado Daniel Vieira de Oliveira foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

Caratinga 09 de DEZEMBRO 2019



Prof. Márcio Xavier Coelho



Prof. Juliana Ervilha Teixeira Pereira



Prof. Neuber Teixeira dos Reis Junior

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela vida e pelo sustento. A toda minha família que sempre estiveram comigo. Aos meus professores Juliano Sepe e Marcio Xavier que me ajudaram com a monografia sendo meus orientadores, auxiliando meu entendimento para o desenvolvimento da pesquisa.

Obrigado.

RESUMO

Através desse estudo , pretende-se analisar os direitos e a proteção conferida ao nascituro, em matéria previdenciária, acerca da possibilidade de ele receber o benefício da pensão por morte na falta do seu genitor, considerando o fato de ser fruto de uma relação sem vínculo, sendo a paternidade baseada apenas em indícios, já que deve estabelecer que o nascituro é digno de personalidade civil. Diante da importância e do caráter alimentar do instituto, principalmente no que diz respeito ao dever de sustento a importância desse benefício se mostra, para propiciar a genitora condições de uma gravidez de forma sadia que diretamente interfere na vida do nascituro, já que a constituição garante o direito à vida e à saúde. Mesmo com a Emenda Constitucional 103/2019 que foi aprovada em 12 de novembro de 2019, trazendo alterações à previdência social, até mesmo ao benefício da pensão por morte, o entendimento da possibilidade de ser concedida ao nascituro não modifica, pois os motivos que permitem essa concessão não foram modificados, a necessidade de manter o sustento dentro dos critérios de dignidade da pessoa humana justificam a medida.

Palavras chave: nascituro; analogia, pensão por morte

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	9
CAPÍTULO I –A PENSÃO POR MORTE E A PREVIDENCIA SOCIAL	12
1.1 A função da previdência social	12
1.2 O benefício da pensão por morte	15
1.3 As alterações promovidas pela Reforma da Previdência no benefício da pensão por morte. Emenda Constitucional 103/2019	22
CAPÍTULO II –OS ALIMENTOS GRAVÍDICOS E O DEVER DE SUSTENTO	25
2.1 O dever de sustento e a dignidade da pessoa humana	25
2.2 o nascituro como sujeito de direitos	28
2.3 A Lei de Alimentos Gravídicos e os alimentos ao nascituro.....	30
CAPÍTULO III- A POSSIBILIDADE DE PENSÃO POR MORTE AO NASCITURO. 36	
3.1 Regras de interpretação jurídica.....	36
3.2 O uso da analogia como justificativa para a pensão por morte ao nascituro	43
CONSIDERAÇÕES FINAIS	46
REFERÊNCIAS.....	47

INTRODUÇÃO

O foco principal dessa pesquisa está em demonstrar a possibilidade da extensão do benefício da pensão por morte ao nascituro, por analogia ao instituto dos alimentos.

A Lei 11.804/08, Lei de alimentos ao nascituro, garante os alimentos a estes que ainda estão no ventre materno desde que haja indícios sobre a paternidade. Os alimentos servem para que o desenvolvimento da gestã o ocorra dentro dos padrões de normalidade.

Seguindo esse raciocínio, diante da morte do genitor, em existindo indícios da paternidade não há argumentos para não aplicação do mesmo entendimento, por analogia, ao benefício da pensão por morte.

Assim, pergunta-se é possível que o nascituro tenha o direito à pensão por morte, considerando o dever de sustento e pelos mesmos motivos que são dados os alimentos ligados ao dever de sustento?

Sim é possível, visto que a Lei 11.804/08 conhecida como a Lei de alimentos ao nascituro, em seu artigo 6º, é clara no sentido de afirmar que são devidos a qualquer tempo desde que a paternidade seja comprovada por meio de indícios. Desse modo, o direito previdenciário e o benefício da pensão por morte devem ter o mesmo entendimento, pois os dois institutos, seja os alimentos ou a pensão por morte, estão direcionados para o dever de sustento e quando designados ao nascituro pretendem assegurar que esse desenvolvimento seja garantido e respeitado desde o ventre materno. Desse modo, torna-se viável o cabimento da pensão por morte ao nascituro, tendo em vista o dever de mantê-lo saudável e nos critérios de dignidade da pessoa humana.

Como referencial teórico usa-se o julgado extraído do Agravo de Instrumento do Rio Grande do Sul que estabelece o direito à pensão por morte ao nascituro

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO. FILHO NASCIDO APÓS O ÓBITO DO GENITOR.

1. A legislação pátria garante expressamente ao nascituro direito de alimentos a serem prestados por seu genitor, desde a concepção e durante toda a gestã o, mantendo-se após o nascimento (Art. 2º, do Código Civil, e Arts. 2º e 6º, da Lei nº 11.804/08).

2. O termo inicial do benefício deve ser fixado na data do óbito, pois, com o óbito daquele que tinha o dever de lhe garantir os alimentos, passou o autor a ter direito ao benefício de pensão por morte.

3. Depreende-se de todo o processado que tanto a viúva do segurado falecido quanto o Instituto-réu agiram de boa-fé quando do requerimento e concessão do benefício de pensão por morte.

4. O benefício concedido à viúva do de cujus foi desdobrado quando cientificada a autarquia previdenciária do reconhecimento judicial da paternidade, mediante o novo requerimento administrativo, apresentado pelo autor em 06/02/2013.

5. Apelação provida.¹

A pesquisa em comento demonstra ganhos, no qual o ganho jurídico está respaldado nas contradições existentes e na vasta pesquisa na legislação, doutrina e jurisprudência a ser realizada ganhando o ordenamento jurídico com a pesquisa realizada.

O ganho social está por se tratar de um tema não somente jurídico, mas, também, social pois os alimentos são voltados ao dever de sustento e manutenção de todos dentro de uma sociedade.

O ganho pessoal se mostra com o aumento do conhecimento desse pesquisador sobre os temas aqui demonstrados, que envolvem questões de direito de família, direito constitucional e sua aplicação no dia a dia.

A metodologia é teórico dogmática, ou seja, busca-se a afirmativa da possibilidade do uso da analogia no benefício da pensão por morte ao nascituro, com caráter pesquisa interdisciplinar envolvendo estudos do Direito previdenciário e do Direito Civil.

Os capítulos escritos serão divididos de forma a dar um melhor entendimento ao leitor, sendo o primeiro capítulo destinado ao estudo da “pensão por morte e a previdência”, o segundo receberá o nome de alimentos gravídicos e o dever de sustento” o qual importa trazer as considerações sobre os alimentos gravídicos, detalhando suas possibilidades.

Finalizando com o terceiro capítulo do qual traz as afirmações e contradições sobre a possibilidade de aplicação, pela analogia, da extensão do benefício da pensão por morte ao nascituro.

Com essa divisão será facilitado o entendimento do leitor e melhor compreensão sobre o problema e hipóteses propostos.

¹ BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO (TRF 3ª Região, DÉCIMA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2092978 - 0005312-21.2012.4.03.6303, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA, julgado em 23/11/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/03/2019

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

É de suma importância que se conceitue o que vem a ser nascituro que na concepção de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona pode ser assim definido:

O nascituro é um ente já concebido que se distingue de todo aquele que não foi ainda concebido e poderá ser sujeito de direito no futuro, dependendo do nascimento, tratando-se de uma prole eventual; isso faz pensar na noção de direito eventual, isto é, um direito em mera situação de potencialidade para quem nem ainda foi concebido. Por isso, entendemos que a condição de nascituro extrapola a simples situação de expectativa de direito. Sob o prisma do direito eventual, os direitos do nascituro ficam sob condições suspensivas.²

Corroborando com esse entendimento de que o nascituro é considerado pessoa, temos ainda Cristiano Chaves de Faria.

Gente, ser humano com vida, são aqueles entes dotados de estrutura biopsicológica, pertencentes à natureza humana, daí a denominação abraçada pelo Texto Positivado: pessoa natural, isto é, aquele que pode assumir obrigações e titularizar direitos.³

O artigo 6º da Lei 11.804/08 afirma que existindo indícios poderá o juiz fixar os alimentos para o nascituro. Com isso visa resguardar a vida humana desde a sua concepção.

Art. 6º Convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré.
Parágrafo único. Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão.⁴

Veja que a lei estabelece apenas a necessidade da existência de indícios para que os alimentos sejam fixados, dando ao pai o prazo de cinco dias para apresentar resposta nos moldes do artigo 7º.

Fazendo o uso da analogia a pensão por morte também é devida ao nascituro. Conforme Carlos Alberto Pereira de Castro

² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 91

³ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito Civil: parte geral**. São Paulo: Juspodivm, 2013. p. 148 /149.

⁴ BRASIL, Lei 11.804/08. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111804.htm. Acesso em 20 abr 2019

Pensão por morte é benefício de beneficiário (a), não necessariamente filiado ou contribuinte, vale dizer, de dependente do titular da filiação, o segurado (a). Surgiu praticamente ao tempo da criação da proteção social. Admite presunção absoluta, de dependência econômica, em favor de certas pessoas sem respaldo na realidade histórica, econômica, sociológica e social.⁵

É possível dizer que o nascituro se encontra na condição de segurado no momento em que há indícios da sua ligação com o segurado morto, já que para a existência dos alimentos gravídicos, como já mencionado, basta a existência de indícios da paternidade.

A autora da ação poderá utilizar-se de todos os meios probatórios que dispor para comprovar o relacionamento amoroso com o suposto pai, inclusive bilhetes, cartas, fotos, e-mail, entre outras provas lícitas, bem como arrolar testemunhas que tenham conhecimento do envolvimento entre as partes. Para que haja o deferimento dos alimentos gravídicos, basta que o magistrado se convença dos indícios de paternidade, conforme refere-se a lei 11.804/2008 em seu artigo 6º:⁶

A pensão por morte deve ser interpretada com o uso da analogia, prevista no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”⁷

Igualmente o 140 do novo Código de Processo Civil expressa a necessidade do uso da analogia quando verificada a existência de lacuna ou obscuridade na lei sobre determinado tema de grande importância para a sociedade: “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.”⁸

Questão de muita discussão no direito ainda não se tem um entendimento pacificado, como se identifica na jurisprudência abaixo:

ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO MILITAR - PENSÃO POR MORTE - NASCITURO AO TEMPO DO ÓBITO - INCLUSÃO COMO BENEFICIÁRIO DESDE O NASCIMENTO COM VIDA - ADMISSIBILIDADE. Embora a personalidade civil do homem inicie-se do nascimento com vida, põe a lei a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, visando, com isso, a salvaguarda de eventuais direitos, inclusive o de pensão por morte, mesmo no caso do ex-segurado ter falecido antes do nascimento do dependente.⁹

⁵ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. **Manual de direito previdenciário**. – 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 900.

⁶ FREITAS, Douglas Phillips. **Alimentos gravídicos e a Lei 11.804/2008 – Primeiros reflexos**. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=468>. Acesso em: 26abr 2019.

⁷ BRASIL, **Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro**. *Vade Mecum*. Saraiva, 2018, p.118.

⁸ BRASIL, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. *Vade Mecum*. Saraiva, 2018 p.529.

⁹ BRASIL, TJMG Ap Cível/Reex Necessário 1.0702.05.202712-6/001, Relator(a): Des.(a) Edilson Fernandes , 6ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 23/10/2016, publicação da súmula em 06/11/2016).

Conforme a jurisprudência colacionada tem-se o entendimento de que desde que identificados os elementos que dão direito aos alimentos o Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS- deve, de igual forma, conceder a pensão por morte ao nascituro:

Provados os requisitos necessários e autorizadores da concessão do benefício de pensão por morte, razão não assiste ao INSS para negar o benefício aos nascituros que são filhos de pai falecido, na condição de segurado, enquanto nessa condição, e não portadores de certidão de nascimento.¹⁰

Com entendimentos contrários ao Tribunal de Justiça de São Paulo:

Pensão mensal por morte de nascituro. Descabimento. Posição majoritária que não confere direitos patrimoniais ao nascituro. No mais, independentemente de nascimento com vida, a jurisprudência somente concede pensão quando o de cujus contribuía efetivamente para a vida econômica da família e comprovada a parentalidade de modo eficaz. Assim, a pensão não é devida¹¹

Assim, o entendimento sobre a possibilidade de pensão por morte ao nascituro considerando o instituto da analogia, conceitos que foram trazidos aqui.

Diante disso, surgem os questionamentos sobre a possibilidade de incluir o nascituro como parte daqueles que devem receber a pensão por morte.

Disponível em <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/ementaSemFormatacao.jsp>. Acesso em 20 abr 2019

¹⁰ FRAGA, Aline Matos, **O direito de pensão por morte do nascituro com o advento dos alimentos gravídicos**. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7915. Acesso em 20 abr 2019

¹¹ BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO Relator(a): Carlos Alberto de Salles; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 16/12/2017; Data de registro: 16 abr 2019

CAPÍTULO I –A PENSÃO POR MORTE E A PREVIDENCIA SOCIAL

A previdência social em sua evolução histórica demonstra o sentido protetivo existência, para que houvesse garantias sociais diante do pagamento ao instituto e um retorno naqueles momentos de dificuldade.

Ao falar da função da previdência social, será também estabelecido sobre a pensão por morte que se enquadra como benefício da previdência social.

1.1A função da previdência social

Falar em seguridade social é dizer da concretização de alguns direitos sociais quem vem de algum tempo.

A seguridade social como o nome diz vai ao encontro de preservação e auxílio aos seres de uma sociedade como forma de torna-los iguais em dadas circunstancia de suas vidas.

No que diz respeito aos direitos sociais, são variadas as preocupações do homem com o futuro da humanidade, ou seja, do próprio homem, assuntos que contornam em torno do aumento populacional incontrolado, degradação do meio ambiente e armamento, dentre outros.

Seguindo essa linha de pensamento, o direito se alia a tais preocupações buscando englobar as questões de cunho social.

Diante da necessidade de regras de conduta para a convivência em sociedade, vê-se o liame entre as mesmas e a moral. Com isso, o indivíduo se porta com imposições pessoais que posteriormente influenciarão toda a sociedade. Logo, a atitude do ser humano se perfaz. Dessa forma, na atualidade o direito deve abranger toda a sociedade como um todo, protegendo tanto os direitos individuais, quanto os sociais, considerando as questões morais e éticas.

O direito à educação enquadra-se nos direitos de segunda geração. Desse modo ele faz parte de nosso ordenamento jurídico sendo garantido a todos os cidadãos brasileiros.

Os direitos sociais pertencem à segunda dimensão de Direitos Fundamentais, que está ligada ao valor da igualdade material (a igualdade formal já havia sido consagrada na primeira geração, junto com os direitos de liberdade). Não

são meros poderes de agir – *como o são as liberdades públicas* -, mas sim poderes de exigir, chamados, também, de direitos de crédito.¹²

Os direitos sociais segundo Bernardo Augusto Ferreira Duarte “devem ser incluídos entre aqueles direitos que são condição e consequência simultânea do exercício de uma cidadania ativa e efetiva, sendo, portanto, fundamentais”¹³

Dessa feita são essenciais para o Estado Democrático de Direito, de tal sorte que em caso de exclusão de tais direitos, a nossa Constituição estaria perdendo um dos principais pilares.

No tocante ao direito Social à educação, implica o mesmo em um dever do Estado em oferecer educação à população (de forma positiva), intervindo de forma concreta. Não obstante o direito fundamental à educação tem sua previsão legal constitucional, de forma resguardar e garantir a todos o acesso universal e igualitário quanto às ações e serviços.

A seguridade social é definida na Constituição Federal, no artigo 194, *caput*, como um “conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

É, portanto, um sistema de proteção social que abrange os três programas sociais de maior relevância: a previdência social, a assistência social e a saúde.

Essa é a previsão legal estabelecida no artigo 195 da Constituição da República, o qual expressa que para financiar e manter a seguridade social é indispensável a participação de toda sociedade. Senão vejamos:

A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

- a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;
- b) a receita ou o faturamento;
- c) o lucro; do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o Art. 201; sobre a receita de concursos de prognósticos; do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

¹² PAULO, Vicente. **Resumo de direito constitucional descomplicado**/Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino. 6ª ed. – São Paulo: Método, 2017, p. 101.

¹³ DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. **Direito à saúde e teoria da argumentação: em busca da legitimidade dos discursos jurisdicionais**. Belo Horizonte. Arraes Editores. 2015. p.314.

A Previdência Social, tem por alvo específico determinados grupos, ou seja, aqueles que tem relação direta com o trabalhador e, via de consequência, seus dependentes, que são aqueles avaliados como economicamente dependentes do segurado. Essa dependência pode ser presumida por lei (no caso de cônjuges, filhos menores e/ou incapazes) ou comprovada no caso concreto (no caso de pais que dependiam economicamente do filho que veio a óbito).

Essa afirmativa está contida na legislação no artigo 16 da Lei 8.213/91:

São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

II - os pais

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente; (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011)

§ 1º A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.

§ 2º O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)

§ 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

§ 4º. A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e das demais deve ser comprovada.¹⁴

Desse modo, é possível dizer de modo afirmativo que os beneficiários da Previdência Social são, de modo exclusivo os trabalhadores e seus dependentes como previsto no artigo citado.

A Previdência Social tem natureza de seguro social; por isso, exige-se a contribuição dos seus segurados, pois tem a necessidade que haja contribuição para que se tenha a condição de segurado, conforme se observa da citação que se segue:

O só estado de necessidade advindo de uma contingência social não dá direito à proteção previdenciária. Requer-se que a pessoa atingida pela contingência social tenha a qualidade, o “status” de contribuinte do sistema de previdência social.¹⁵

¹⁴ BRASIL, Lei 8213/91. Disponível em <http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/104108/lei-de-beneficios-da-previdencia-social-lei-8213-91>. Acesso em 29 ag 2019

¹⁵ DIAS, Eduardo Rocha; José Leandro Monteiro de Macêdo, **Curso de Direito Previdenciário**, São Paulo: Método, 2015, p. 32

É possível dizer que a contribuição é o que mantém a previdência social pois se trata de um sistema é contributivo, sendo indispensável que exista previsão de fundo de custeio que possa responsabilizar por todos gastos provenientes da concessão e manutenção de benefícios previdenciários.

O regime jurídico da Previdência Social, como um todo, parte da premissa da obrigação contributiva do segurado. A contribuição do trabalhador é obrigatória. Todo e qualquer cidadão quer exercer atividade laborativa remunerada deve, obrigatoriamente, contribuir para a Previdência Social. Assim, a contribuição ao sistema geral de previdência social é compulsória para o empregado e para os demais trabalhadores, como por exemplo, os profissionais liberais.¹⁶

No Brasil, qualquer pessoa, nacional ou não, que venha a exercer atividade remunerada em território brasileiro filia-se, automaticamente, ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS, sendo obrigada a efetuar recolhimentos ao sistema previdenciário somente se excluem desta regra as pessoas já vinculadas a regimes próprios de previdência¹⁷

Dessa maneira, não há como falar em previdência social sem a existência de contribuição que a mantenha, já que é de suma importância para a manutenção dela. A conta é básica, os benefícios previdenciários que veremos a seguir, são possíveis mediante a contribuição feita pelos trabalhadores.

1.2 O benefício da pensão por morte

A pensão por morte é referente ao benefício previdenciário a ser pago aos dependentes do trabalhador que dela fazem jus. Importante instituto para o ordenamento jurídico, visto que a manutenção dos dependentes daquele que cumpriu com suas obrigações previdenciária são importantes no sentido preservar o dever cuidado já existente.

Desse modo, a pensão por morte é benefício pago à família do trabalhador quando ele morre. Para concessão de pensão por morte, não há tempo mínimo de contribuição, mas, segundo Marisa Ferreira dos Santos¹⁸ é necessária que o óbito

¹⁶ TORRES, Fabio Camacho Dell'Amore, **A seguridade social e a Previdência Social**. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11212. Acesso em 04 set 2019

¹⁷ ZAMBITE, Fábio **Resumo de Direito Previdenciário**, 4ª ed, São Paulo: Ímpetus, 2014, 71

¹⁸ SANTOS, Marisa Ferreira dos, **Direito previdenciário**, 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.199

tenha ocorrido enquanto o trabalhador tinha qualidade de segurado ou seja a pessoa que faleceu já tinha o direito adquirido do benefício, já percebia o mesmo.

Se o óbito ocorrer após a perda da qualidade de segurado, os dependentes terão direito a pensão desde que o trabalhador tenha cumprido, até a data de sua morte, os requisitos para obtenção de aposentadoria pela Previdência Social ou que fique reconhecido o direito à aposentadoria por invalidez, dentro do período de manutenção da qualidade do segurado, caso em que a incapacidade deverá ser verificada por meio de parecer da perícia médica do INSS com base em atestados ou relatórios médicos, exames complementares, prontuários ou documentos equivalentes.

Conforme a Lei 8.213/91 no artigo 74 a pensão por morte será devida nas seguintes condições:

Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data

- I - do óbito, quando requerida até noventa dias depois deste;
- II do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior;
- III - da decisão judicial, no caso de morte presumida¹⁹

A morte do segurado deve ser comunicada junto ao INSS para a partir daí realizar o requerimento da pensão por morte.

Para Fabio Zambitte o correto seria a imediata comunicação dos cartórios, que na medida em que faz o registro do óbito deveria comunicar o fato ao INSS, o que ainda não é feito.

Obviamente, se os cartórios comunicassem, como devem, todos os óbitos ocorridos, tal fato não ocorreria. Todavia, não se deve punir o dependente pela falta de outrem. Presumir que o beneficiário tenha conhecimento da necessidade de solicitar a pensão de seu cônjuge falecido em 30 (trinta) dias é por demais irreal. Não deve o legislador olvidar a razão de ser da previdência social - o bem-estar dos segurados e de seus dependentes.²⁰

Nota-se que a pensão por morte é contada a partir da data do falecimento do segurado seja ele aposentado ou que ainda esteja contribuindo para o INSS.

¹⁹ BRASIL, lei 8.213/91. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm. Acesso em 03set 2019.

²⁰ ZAMBITTE, Ibrahi Fábio. **Curso de Direito Previdenciário** 20 ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p.673

Importante salientar os casos de morte presumida constante no inciso III, do dispositivo mencionado. Como se observa a seguir:

O desaparecimento jurídico da pessoa em casos de catástrofe, a declaração de morte presumida pode ser concedida judicialmente independentemente da declaração de ausência, já que o artigo 7º permite sua decretação se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida, como são os casos de acidentes aéreos ou naufrágios. Entretanto, ela só pode ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.²¹

Dessa feita, a morte presumida para fins previdenciários deve ser declarada judicialmente e não somente com a declaração de morte como ocorre na Lei civil.

O valor mensal a ser pago a título de pensão por morte é o integral ao recebido pelo segurado enquanto vivo, nos moldes do artigo 75 da legislação previdenciária, *in verbis*: “O valor mensal da pensão por morte será de cem por cento do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela a que teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data de seu falecimento, observado o disposto no art. 33 desta lei.”²²

Feitas as considerações cabe a análise das principais alterações inseridas pela Lei nº 13.135/2015 na referida prestação previdenciária-pensão por morte. Sendo a mais significativa o fato de que, se antes pensão por morte era vitalícia independentemente da idade do beneficiário, hoje, tem sua duração máxima variável, conforme a idade e o tipo do beneficiário.

O valor da pensão por morte é calculado diante do valor da contribuição do segurado, conforme as alterações promovidas pela Lei 13.135/15, mas, também deve atender aos limites da razoabilidade.²³

No que tange à carência a concessão da pensão por morte de acordo com o artigo 26, inciso I da Lei 8.213/91²⁴, não exige o cumprimento de período de carência.

No entanto, com as alterações trazidas pela medida provisória 664 convertida na Lei nº 13.135/2015 instituiu-se uma exigência do cumprimento de 18 (dezoito)

²¹ CIRILO, Maria Aparecida. **A Concessão Da Pensão Por Morte Nos Casos De Morte Presumida**. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15105. Acesso em 03 set 2019

²² BRASIL, lei 8.213/91. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm. Acesso em 03set 2019.

²³ FREITAS, Danielli Xavier. **Dizer o Direito: Breves comentários às alterações promovidas pela Lei 13.135/2015**. Disponível em <http://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/noticias/200337763/dizer-o-direito-breves-comentarios-as-alteracoes-promovidas-pela-lei-13135-2015>. Acesso em 05 set 2019

²⁴ Art. 26. Independe de carência a concessão das seguintes prestações:
I - pensão por morte, auxílio-reclusão, salário-família e auxílio-acidente;

contribuições do segurado. Pode não ser uma carência propriamente dita, mas não havendo essas contribuições a pensão será concedida apenas por 4 (quatro) meses a contar da data do óbito.

Se antes para o companheiro (a), o (a) cônjuge divorciado (a) ou separado (a) judicialmente ou de fato, a pensão era vitalícia de forma automática, agora somente será, se este, na data do óbito tiver 44 (quarenta e quatro) anos ou mais e se, atendido às seguintes exigências:

Mínimo de 18 contribuições vertidas pelo segurado até a ocorrência do óbito;
Tempo mínimo de casamento ou união estável de 2 anos.
A pensão por morte agora tem duração máxima variável, conforme a idade e o tipo do beneficiário.²⁵

A pensão terá duração de apenas 4 (quatro meses), quando: O óbito ocorrer sem que o segurado tenha realizado 18 contribuições mensais à Previdência Social; ou se o casamento ou união estável se iniciou em menos de 2 anos antes do falecimento do segurado.²⁶

A pensão terá duração variável quando cumpridas as exigências abaixo e nos prazos considerando o tempo do casamento ou da união estável, bem como deve considerar se o óbito se deu em virtude de acidente e aí não se contabiliza o tempo de casamento ou união estável e ou mesmo não se contabiliza no que se refere ao tempo de contribuição, conforme segue:

Se o óbito ocorrer depois de vertidas 18 contribuições mensais pelo segurado e pelo menos 2 anos após o início do casamento ou da união estável; ou Se o óbito decorrer de acidente de qualquer natureza, independentemente da quantidade de contribuições e tempo de casamento ou união estável.²⁷

O valor da pensão por morte é calculado diante do valor da contribuição do segurado, conforme as alterações promovidas pela Lei 13.135/15, mas, também deve atender aos limites da razoabilidade.²⁸

²⁵ BRASIL, Lei 13.135/15. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13135.htm. Acesso em 10 set 2019

²⁶ SALOMÃO, Paula Maria Cassemiro **Pensão por morte e as alterações trazidas pela Lei 13.135/2015**. Disponível em <http://paulamcasi.jusbrasil.com.br/artigos/223313016/pensao-por-morte-e-as-alteracoes-trazidas-pela-lei-13135-2015>. Acesso em 15 set 2019

²⁷ SALOMÃO, Paula Maria Cassemiro **Pensão por morte e as alterações trazidas pela Lei 13.135/2015**. Disponível em <http://paulamcasi.jusbrasil.com.br/artigos/223313016/pensao-por-morte-e-as-alteracoes-trazidas-pela-lei-13135-2015>. Acesso em 15 set 2019

²⁸ FREITAS, Danielli Xavier. **Dizer o Direito: Breves comentários às alterações promovidas pela Lei 13.135/2015**. Disponível em <http://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/noticias/200337763/dizer-o-direito-breves-comentarios-as-alteracoes-promovidas-pela-lei-13135-2015>. Acesso em 15 set 2019

A seguir colaciona-se a tabela feita por Zambitte que vem elucidar o entendimento sobre a pensão por morte com as alterações promovidas pela lei de 2015.

Nota-se, portanto, que as modificações feitas na legislação previdenciária quanto a duração do tempo do benefício da pensão por morte leva em consideração a idade do dependente e sua capacidade de subsistência por conta própria.

Novamente Fabio Zambitte fornece um exemplo para o melhor

O percentual básico de 50% é válido, conjuntamente, para todos os dependentes de mesma classe, que concorrem em igualdade de condições. O percentual adicional de 10 % é individual e personalíssimo, deixando de existir quando o dependente em particular perde essa condição. Caso, por exemplo, o segurado venha a falecer e tenha uma esposa e três filhos menores, a pensão será de 90 % (50% + 40 %), tendo em vista os quatro dependentes. O percentual principal - 50 % - será dividido em quatro parcelas (12,5%), e cada dependente terá o acréscimo de 10 %. Assim, cada um terá direito a 22,5%.²⁹

Com essa exemplificação torna-se mais fácil o entendimento de como fica a divisão da pensão por morte entre o titular e seus dependentes, salientando que o nascituro entra como dependente nesses casos.

Viu-se que a pensão por morte é devida aos dependentes daquele que cumpriu com suas obrigações previdenciárias, estando diretamente relacionada à sua duração ao tempo de expectativa de vida de seus beneficiários, resguardando, também frações iguais dentre os dependentes da mesma categoria, permitindo que haja igualdade na concessão para aqueles que dependiam economicamente do beneficiário direto.

A pensão por morte é uma das prestações previdenciárias devidas aos dependentes do segurado pela morte deste. Com a morte do segurado, os que dele dependiam economicamente perdem a sua fonte de subsistência e em face de essa contingência social é deferida a pensão por morte.

Neste contexto, a pensão por morte é direito dos dependentes do segurado que falecer, esteja ele aposentado ou não.

A pensão por morte, havendo mais de um dependente, no caso, pensionista, será rateada entre todos, em partes iguais. A quota parte daquele cujo direito à pensão cessar será revertido em favor dos demais.

²⁹ ZAMBITTE, Ibrahi Fábio. **Curso de Direito Previdenciário** 20 ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p.676

No caso em tela nota-se a necessidade de haver o reconhecimento da união dentro dos parâmetros legais para que, comprovada Ponto ainda a ser observado no que diz respeito à possibilidade de rateio entre relacionamentos que configuram a existência de união estável.

Ementa: PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. UNIÃO ESTÁVEL NÃO COMPROVADA. CONCOMITÂNCIA COM CASAMENTO. SENTENÇA MANTIDA. I - O conjunto probatório permite constatar apenas a existência de uma relação concubinária entre a autora e o ex-segurado, sendo que a mesma tinha ciência de que este era casado. O matrimônio perdurou até o falecimento dele, não havendo como se concluir pela existência de separação de fato. Tais fatos se coadunam com uma relação em que um homem e uma mulher estejam vivendo em união estável, nos moldes de um casamento. II - **A jurisprudência é firme no sentido de que o concubinato não pode ser elevado ao mesmo patamar jurídico da união estável, sendo imprescindível o reconhecimento dessa última para a garantia dos direitos previstos na Constituição Federal e na legislação pátria aos companheiros, inclusive para fins previdenciários.** Precedentes. III - Apelação desprovida³⁰

A dependência econômica é indispensável para que possa ser concedido o benefício da pensão por morte. Todavia, nada impede que faz jus ao benefício o ex cônjuge e o atual conjuge ou companheiro, desde que a situação jurídica esteja definida.

Os requisitos da pensão por morte têm explicação na necessidade de comprovar a relação entre aquele o que morreu e seus dependentes. Essas condições são indispensáveis para o processo de habilitação como beneficiário.

Para ter direito ao benefício, é necessário comprovar os seguintes requisitos: Que o falecido possuísse qualidade de segurado do INSS na data do óbito; A existência de dependentes que possam ser habilitados como beneficiários junto ao INSS.³¹

Além desses é de suma importância que se tenha por parte do pensionista requerimento do(a) interessado(a) no "Formulário Pensão" devidamente assinado; declaração de encargos de família para fins de I.R. (se houver); carta de concessão do INSS, certidão INSS (PIS/PASEP/FGTS); extrato de benefícios do INSS em nome do requerente, se a concessão for anterior a 6 meses do requerimento; xerox dos

³⁰ BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 2ª REGIÃO. Apelação Cível - Turma Especialidade I - Penal, Previdenciário e Propriedade Industrial Relator: Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO. Data da decisão 11/09/2017. Acesso em 09 set 2019

³¹ INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDADE SOCIAL- INSS- **PENSÃO POR MORTE**. Disponível em <https://www.inss.gov.br/beneficios/pensao-por-morte/>. Acesso em 09 set 2019

seguintes documentos: R.G., CPF, (do(a) falecido(a) e do requerente) e Certidão de Casamento:³²

Ainda é necessário que se tenha certidão de Óbito do aposentado(a); se companheiro(a) do falecido(a), certidão do INSS (PIS/PASEP/FGTS) onde consta como companheiro(a), Escritura Pública registrada em cartório com 2 (duas) testemunhas declarando convívio marital, apresentação de documento que comprove o mesmo domicílio do falecido(a) e ou comprovação de dependência (Ex: dependente em convênio médico, declaração de IR, etc) ; se e o requerente da pensão for filho(a), até 21 anos apresentar certidão de nascimento, e laudo médico se for incapaz; caso o requerente possua as carteiras de trabalho do falecido enviar cópias.³³

Para efetivação dos pagamentos da pensão por morte deve ser informado o numero de uma conta bancaria válida, comprovante de residência recente e a carata de concedeu o benefício.³⁴

Sobressalte-se que se houver dependentes a certidão dos filhos menores de vinte e um anos ou se maior a declaração de matricula em ensino técnico ou superior menor de vinte de quatro anos e laudos médicos caso haja casos de invalidez.

Assim sendo, os requisitos para a concessão do benefício da pensão por morte são expressos em lei, e os documentos apresentados devem se dar em conformidade com as exigências que visa a comprovação da relação entre os beneficiários e seus dependentes.

A cessação da pensão por morte encontra amparo legal no contido nos parágrafos do artigo 74 da Lei 8.213/91, conforme segue:

§ 1º Perde o direito à pensão por morte, após o trânsito em julgado, o condenado pela prática de crime de que tenha dolosamente resultado a morte do segurado.

§ 2º Perde o direito à pensão por morte o cônjuge, o companheiro ou a companheira se comprovada, a qualquer tempo, simulação ou fraude no casamento ou na união estável, ou a formalização desses com o fim exclusivo de constituir benefício previdenciário, apuradas em processo judicial no qual será assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa.³⁵

³² INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDADE SOCIAL- INSS- **PENSÃO POR MORTE**. Disponível em <https://www.inss.gov.br/beneficios/pensao-por-morte/>. Acesso em 09 set 2019

³³ INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDADE SOCIAL- INSS- **PENSÃO POR MORTE**. Disponível em <https://www.inss.gov.br/beneficios/pensao-por-morte/>. Acesso em 09 set 2019

³⁴ INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDADE SOCIAL- INSS- **PENSÃO POR MORTE**. Disponível em <https://www.inss.gov.br/beneficios/pensao-por-morte/>. Acesso em 25 ago 2019

³⁵ BRASIL, lei 8.213/91. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm. Acesso em 03 set 2019

O primeiro parágrafo expresso sobre os casos em que há o trânsito em julgado de sentença em que há a condenação pela prática de crime doloso que incidiu com a morte do segurado.

Caso de nome nacional em que tal prática levou não somente à perda da herança, mas de igual maneira a perda da pensão por morte, foi o Suzane Von Richthofen que ocorreu antes das alterações de 2015 o que levou ao recebimento do benefício até atingir a idade de 21 (vinte e um) anos, mesmo com a condenação com trânsito em julgado pela morte dos pais.³⁶

Salienta-se, que nos casos do parágrafo primeiro da lei é indispensável que o delito pratica seja de cunho doloso e não culposo, para que o benefício seja extinto.

O segundo parágrafo está direcionado aos casos em que há a comprovação da existência de fraude junto ao INSS para conseguir o recebimento da pensão por morte.

Ante o demonstrado nesse tópico identifica-se que os casos em que acontece a cessação da pensão por morte são previstos pela legislação e são condizentes com ações em que é possível visualizar a descontinuidade do benefício por ações que revelam a inexistência de dependência econômica, pelas razões apresentadas.

1.3 As alterações promovidas pela Reforma da Previdência no benefício da pensão por morte. Emenda Constitucional 103/2019

Vinha tramitando junto ao Congresso Nacional a denominada “Reforma da Previdência”, ou seja, a proposta de alteração da legislação previdenciária para que novas regras de aposentadoria e recebimento de benefícios sejam implementadas no Brasil.

A principal argumentação e justificativa para a reforma em âmbito previdenciário está no fato de existir recebimento e contribuições deficitárias ante os gastos previdenciários. Logo, a conta não fecha, sendo necessário tais mudanças a fim de que possa equilibrar a balança previdenciária.

³⁶ FREITAS, Danielli Xavier. **Dizer o Direito: Breves comentários às alterações promovidas pela Lei 13.135/2015**. Disponível em <http://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/noticias/200337763/dizer-o-direito-breves-comentarios-as-alteracoes-promovidas-pela-lei-13135-2015>. Acesso em 15 set 2019

No dia 12 de novembro de 2019 o Congresso Nacional Promulgou a reforma da previdência a qual passa a ter validade a partir de sua publicação do Diário Oficial da União.

Como dito, são diversas as mudanças promovidas, mas as que nos interessam são as referente à pensão por morte. Dentre essas alterações está o fato de o valor da pensão por morte ser reduzida caso o segurado venha a óbito antes de se aposentar.

Nesses casos, em que o segurado do INSS falece antes da aposentadoria o valor será de 60%(sessenta por cento) da média da contribuição recebida a partir de julho de 1994. Acrescida de 2% (dois por cento) a cada 10 anos de contribuição.

Ainda outra mudança significativa está na impossibilidade de acumular dois benefícios da pensão por morte, como ocorria no caso do ascendente que recebia devido a morte do filho e de igual maneira, acumulava o benefício da pensão por morte resultado do falecimento do seu cônjuge.

Com a nova mudança não poderá haver a acumulação, cabendo ao beneficiário a escolha de qual irá receber. Observando que quem já acumula dois benefícios não pode ser prejudicado. As novas regras passam a valer a partir daqui.

No que diz respeito ao cálculo da pensão por morte nos casos que acumulam o benefício e aposentadoria, na existência de mais de um dependente, , sabendo que a cota de cada um é equivalente a 10% (dez por cento) que extingue quando completados 21 anos Lembrando que o benefício permanece para aqueles que tem mais de 21 anos de idade mas que apresentam quadro de invalidez ou deficiência.

Na regra anterior quando o beneficiário completava os 21 anos o valor por ele recebido passava a integrar o salário da mãe, por exemplo, com a atual regra não há mais essa reintegração de valores.

Exemplificando, vamos supor o caso de uma viúva que perde o cônjuge que recebia o equivalente a R\$1.000,00 e não tem filhos, essa passa a receber 60% (sessenta por cento) do valor- 50% (cinquenta por cento) que é seu por ser herdeira mais 10% (de cota)

O tempo de recebimento da pensão por morte também é alterado. Assim para o cônjuge ou companheiro a pensão só será vitalícia se esse, no óbito do segurado tiver idade igual ou superior a 44 anos. Caso contrário, a duração será de três anos.

Com isso em outro exemplo hipotético, se na morte do segurado a/o beneficiário conjuge ou companheiro tiver 21 anos de idade receberá o benefício por 3 anos.

Ainda, se o segurado no momento que vier a óbito não possuir o equivalente a dezoito meses de contribuição, seu cônjuge ou companheiro receberá o benefício por apenas quatro meses.

CAPÍTULO II – OS ALIMENTOS GRAVÍDICOS E O DEVER DE SUSTENTO

Nesse capítulo será descrito as questões pertinentes aos alimentos gravídicos com suas particularidades, como, por exemplo, o benefício ser dado ao nascituro que é reconhecido e dotado de personalidade jurídica.

Além disso o dever de sustento, aliado aos critérios de dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial serão demonstrados, pois os alimentos ao nascituro são embasados nas questões de indício de paternidade.

2.1 O dever de sustento e a dignidade da pessoa humana

A consideração com a pessoa humana é o principal objetivo de todo ordenamento jurídico. Nesse contexto, não há que se falar em nenhum outro elemento que sobreponha o valor do ser humano que se dá desde a concepção e estende até mesmo após a morte.

Nesse aspecto diz Anderson Schreiber:

A centralidade da pessoa humana, elevada a valor máximo do ordenamento, decorre do acolhimento pela Constituição Federal da filosofia personalista. O fenômeno da constitucionalização do direito civil, ao impor a releitura dos seus institutos à luz dos valores do ordenamento teve como um dos principais efeitos a despatrimonialização do direito civil, diante da hierarquia axiológica estabelecida pela Constituição Federal.³⁷

A dignidade da pessoa humana é entendida como o princípio maior que rege todo o ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, obriga ao operador do direito considerar os ditames contidos no conceito de dignidade da pessoa humana, mesmo considerando a supremacia das normas no direito brasileiro, como assevera Alexandre de Moraes:

Ressalte-se, contudo, que a supremacia absoluta das normas constitucionais e a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento basilar da República obrigam o intérprete, em especial o Poder Judiciário, no exercício de sua função interpretativa, aplicar não só a norma mais favorável à proteção aos Direitos Humanos, mas, também, eleger em seu processo hermenêutico, a interpretação que lhe garanta a maior e mais ampla proteção.³⁸

³⁷ SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 153

³⁸ MORAES, Alexandre **Direito Constitucional**, 2018, p.51

A ordem constitucional estabelecida no princípio da dignidade da pessoa humana gera implicações sobre todos os outros ramos do ordenamento jurídico. Diante das ideias constitucionais na tutela de determinados valores, revestido na forma de princípio básico, toda ordem jurídica deverá estar submissa, direcionando-se de acordo com o fundamento constituído.

Nesse sentido, como os demais ramos do Direito, o Direito de Família não poderia deixar de estar abalizado nos princípios constitucionais, especialmente, no princípio da dignidade da pessoa humana, que é a base para todos os outros princípios norteadores do direito de família.

Maria Berenice Dias afirma que quando reconhecido o princípio da dignidade da pessoa humana nesses termos a dignidade da pessoa humana passa a ser o centro de todo ordenamento jurídico:

Na medida em que a Constituição elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos a realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito³⁹

Diante disso, a dignidade da pessoa humana, enquanto característica essencial e indissociável de todo e qualquer ser humano deve ser conservada e garantida no direito de família, que, em termos práticos, se explica no propósito de que todas as famílias e seus indivíduos sejam aptos a prática de todos os direitos constitucional inerentes a família, como saúde, educação, esporte, lazer, etc.

Da dignidade da pessoa humana deriva-se o direito ao mínimo existencial, como descreve Guilherme Peña Moraes

A Constituição, de 5 de outubro de 1988, estabeleceu que o ordenamento normativo deve ser perpassado pelo valor fundamental da dignidade da pessoa humana, que impede o retrocesso social, à medida que impõe a promoção do mínimo existencial, observada a reserva do possível do Estado⁴⁰

Para o autor citado a reserva do mínimo existencial no contexto do princípio da dignidade da pessoa humana implica no entendimento que o desrespeito a essa medida impõe um retrocesso social.

³⁹ DIAS, Berenice. **Manual de Direito das Famílias** 5ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo Revista dos Tribunais, 2017, p.269.

⁴⁰ MORAES, Guilherme Peña **Curso de direito Constitucional**, 10ª ed., São Paulo: Atlas, 2018, p.48

Acerca do mínimo existencial ou por ele também denominado de reserva do possível e na garantia dos direitos necessários, novamente Guilherme Peña Moraes diz:

De um lado, as normas constitucionais que pretendam conferir direitos subjetivos, exteriorizados em prestações materiais, são revestidas de *eficácia positiva*, na medida em que permitem que seus beneficiários ou destinatários exijam as prestações que constituem o objeto do direito subjetivo perante o Poder Judiciário, de maneira a assegurar o mínimo existencial – traduzido pelas condições elementares necessárias à existência humana –, e atender à reserva do possível – simbolizada pela limitação dos recursos disponíveis para a consecução das necessidades a serem por eles supridas –,⁴¹ tal como as normas inscritas no art. 196 e art. 201, § 2º, como também art. 37, inc. VII, e art. 192, § 3º, da CRFB, anteriormente à produção da Emenda Constitucional nº 40/03.⁴¹

Verifica-se, portanto que as condições de mínimo existencial têm relação direta com a preservação da dignidade da pessoa humana

Corroborando com tal entendimento, Pedro Lenza aduz o que se segue:

os princípios, a despeito de sua indeterminação, possuem sempre um conteúdo básico; b) no tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana, esse núcleo é representado pelo mínimo existencial, conjunto de prestações materiais essenciais sem as quais o indivíduo se encontrará abaixo da linha da dignidade; c) tal mínimo existencial deve ser dotado de eficácia jurídica positiva ou simétrica, isto é as prestações que o compõem poderão ser exigidas de forma direta, mediante tutela específica.⁴²

No tocante ao núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana, ante as palavras do autor citado, é possível afirmar que é o mínimo existencial. Com isso, decorre o entendimento que o respeito às condições mínimas deve se fazer presentes quando se fala em dever de sustento dentro das relações familiares.

Sobre o dever de sustento, importante sobressaltar que o dever de solidariedade e de sustento imperam durante todo o tempo da relação familiar, não apenas quando a prestação alimentícia se faz necessária. Esses deveres são, indispensável, durante toda a vida dos envolvidos na família.

⁴¹ MORAES, Guilherme Peña **Curso de direito Constitucional**, 10ª ed., São Paulo: Atlas, 2018, p.118

⁴² LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.993

2.2 o nascituro como sujeito de direitos

A constitucionalização do direito civil advém do entendimento filosófico dos valores constitucionais que permeiam a matéria que notadamente, permitiu a alteração do entendimento de pontos importantes da matéria achegando-se ao mais próximo dos anseios sociais.

As considerações de Anderson Schreibe são importantes visto que enfatiza a necessidade de permanente releitura do texto legal embasado nos valores constitucionais:

Não há aqui espaço para ilusões: o direito civil brasileiro continua a exigir e continuará a exigir permanente releitura à luz dos valores constitucionais, como único caminho seguro para a realização do projeto de sociedade traçado pela Constituição de 1988. A situação do direito civil é, contudo, extremamente peculiar, pois não se limita a alterações pontuais de postura, mas impõe a reconstrução do próprio papel do direito civil e da codificação na realidade contemporânea, colocando em xeque noções fundamentais da ciência jurídica, como o direito subjetivo, a autonomia privada e a própria distinção entre direito público e direito privado.⁴³

Mesmo que o nascituro corresponda ao que está por vir, aquele que vai nascer, independentemente do tempo de gestação recebe essa nomenclatura. Portanto, “nascituro é nome dado ao ser humano já concebido, que se encontra em estado fetal, dentro do ventre materno”.⁴⁴ Ele passa a ser sujeito de direitos no entendimento legal que também é dotado de direitos por se tratar de um ser humano.

Conclui-se, dessa feita o conceito de nascituro, como sendo o ser humano que se encontra temporalmente entre a concepção e o nascimento. É possível dizer que o nascituro seja o ser que está em desenvolvimento no útero materno, ainda que o desenvolvimento humano ocorra durante toda a vida, pois o processo de formação até a morte é de constante mudança.

Para Anderson Schreiber o entendimento deve ser ampliado, atingindo também o natimorto:

Saliente-se que a tutela propugnada pela codificação civil, tanto a vigente quanto a revogada, em relação ao nascituro, estende-se, observadas as suas

⁴³ SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016, p.13

⁴⁴ FREITAS, Lucio R. O. **Personalidade jurídica do nascituro**. Disponível em <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4257/A-personalidade-juridica-do-nascituro>. Acesso em 07 ser 2018

peculiaridades, ao natimorto, tendo em vista que a vida já foi reconhecida desde o ventre materno.⁴⁵

Quando se fala em nascituro percebe-se que também tem interesses que devem ser preservados, principalmente em se tratando de direitos de personalidade. Conforme os dizeres de Paulo Dourado de Gusmão a personalidade é atributo da pessoa que possui direitos e obrigações.

“Aptidão genérica a ter direito e deveres. Definindo: personalidade, para o direito, é a qualidade que tem a pessoa de ser sujeito de direito e de obrigações a aptidão que tem a pessoa, em função de seu estado pessoal, de adquirir direito e assumir obrigações.”

Constitui conceito basal da ordem jurídica, pois ao reconhecer a personalidade visa garantir os direitos dos indivíduos. Desse modo, “personalidade é o conceito básico da ordem jurídica, que a estende a todos os homens, consagrando-a na legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade.”⁴⁶

Desse modo, abertamente com a personalidade jurídica está a capacidade jurídica e a capacidade de fato. “Os direitos do nascituro são assegurados desde a concepção, o que transforma suas expectativas em direitos subjetivos, como ocorre com os alimentos, que têm concreção neste estágio.”⁴⁷

A primeira é a medida da própria personalidade jurídica, e, a última como sendo a capacidade de exercício de determinada obrigação, a qual guarda uma característica pessoal relativa à pessoa propriamente dita, ou a sua função laboral.

Pablo Stolze enumera como direitos dos nascituros o que se segue, considerando a personalidade jurídica que o reveste:

- a) o nascituro é titular de direitos personalíssimos (como o direito à vida, o direito à proteção pré-natal etc.) ;
- b) pode receber doação, sem prejuízo do recolhimento do imposto de transmissão *inter vivos*;
- c) pode ser beneficiado por legado e herança;
- d) o Código Penal tipifica o crime de aborto;
- e) como decorrência da proteção conferida pelos direitos da personalidade, o nascituro tem direito à realização do exame de DNA, para efeito de aferição de paternidade⁴⁸

⁴⁵ GLAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**, volume Único. – São Paulo: Saraiva, 2017, p.47

⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.204

⁴⁷ GLAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**, volume Único. – São Paulo: Saraiva, 2017, p.1645.

⁴⁸ GLAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**, volume Único. – São Paulo: Saraiva, 2017, p.46

Consagrando o reconhecimento da personalidade jurídica do nascituro a legislação reconhece o direito a prestar alimentos desde a concepção. O cuidado com o nascituro, reconhecendo a personalidade jurídica, com a necessidade de reconhecer seus direitos vai ao encontro do exercício da paternidade responsável.

2.3 A Lei de Alimentos Gravídicos e os alimentos ao nascituro

Consagrando o reconhecimento da personalidade jurídica do nascituro a legislação reconhece o direito a prestar alimentos desde a concepção.

Com conceito amplo do que são alimentos Carlos Roberto Gonçalves diz que são voltados para a realização das necessidades vitais, ou seja, daquelas que auxiliarão no desenvolvimento e crescimento desses:

Alimentos são prestações para a satisfação das necessidades vitais de que não pode provê-las por si. [...] o vocábulo alimentos tem, todavia, conotação muito mais ampla do que na linguagem comum, não se limitando ao necessário para o sustento de uma pessoa. Nele se compreende não só a obrigação a ser prestada. A aludida expressão tem no campo do direito, uma expressão mais técnica larga de abrangência compreendendo não só o indispensável ao sustento, como também o necessário à manutenção da condição social e moral do alimentando.⁴⁹

O cuidado com o nascituro, reconhecendo a personalidade jurídica, com a necessidade de reconhecer seus direitos vai ao encontro do exercício da paternidade responsável.

Os alimentos podem ser divididos em permanentes, provisórios e provisionais. Os alimentos provisionais e provisórios não se confundem, tendo em vista possuírem propósitos e finalidades diferentes, mesmo se tratando de tutela emergencial.

Os alimentos provisórios são devidos até quando seja decidida a demanda principal em que se tem comprovação da existência da obrigação alimentar, sendo discutidas somente questões inerentes a ela, como a fixação dos valores, por exemplo.

Os alimentos provisórios (LA 4º) são estabelecidos initio litis, quando da propositura da ação de alimentos, ou em momento posterior, mas antes da sentença. Já os provisionais (CPC 852 I) são deferidos em ação cautelar ou quando da propositura da ação de separação, divórcio, anulação de

⁴⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v 6. 5ed., São Paulo: Saraiva. 2013. p.455.

casamento ou de alimentos, e se destinam a garantir a manutenção da parte e a custear a demanda.⁵⁰

Igualmente, César Fiúza aduz o que se segue:

Logo no início da lide, de pensão alimentícia provisória. São os chamados alimentos provisórios, que, ao final, poderão ser convertidos em definitivos. Caso não haja essa prova documental, a ação de alimentos terá rito ordinário, sem fixação de alimentos provisórios.⁵¹

Assim sendo, pode-se dizer que incidirá a obrigação em prestar os alimentos provisórios a partir do momento em que o juiz os fixar. O despacho inicial da ação de alimentos fixa como serão prestados os alimentos provisórios.

No que concerne aos alimentos provisionais são concedidos provisoriamente ao alimentante, antes ou no curso da lide principal, podem ser pedidos para a esposa e filhos do casal, inclusive para o nascituro e serão fixados pelo juiz nos termos do artigo 1706 do Código Civil Brasileiro. o qual aduz: “Os alimentos provisionais serão fixados pelo juiz, nos termos da lei processual.”⁵²

Para Carlos Roberto Gonçalves os alimentos provisionais podem ser conceituados da seguinte forma: “Provisionais são destinados a manter o suplicante, geralmente mulher, e a prole durante a tramitação da lide principal, e ao pagamento das despesas judiciais, inclusive honorários advocatícios (CPC. art. 852.). Daí a razão do nome *ad litem* (neste caso somente) ou *alimenta in litem*(na lide).”⁵³

O pedido de alimentos provisionais tem caráter cautelar, devendo ser requerido em conformidade com o rito processual a ele pertinente, considerando seus dois pressupostos, quais sejam *fumus boni iuris* (fumaça de bom direito, aparência de bom direito (diz quando a pretensão parece ter fundamento jurídico). e *periculum in mora*. (Perigo de mora, perigo na demora.)⁵⁴

Ainda que possua caráter cautelar e transitório os alimentos provisionais também devem estar voltados para os requisitos da necessidade e possibilidade.

Assim, os alimentos provisionais também constituem medida protetiva, visando resguardar o direito existente. Tendo em vista que os alimentos são usados para a

⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos da Família**. 4ed. São Paulo: Editora revista dos Tribunais. 2015. p.485.

⁵¹ FIUZA, César. **Curso Completo de Direito civil**. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey.2014.p.843.

⁵² BRASIL, CÓDIGO CIVIL. *Vade mecum*. 5 ed., São Pulo: Saraiva, 2018. p. 294.

⁵³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v 6. 7ed., São Paulo: Saraiva. 2016.p.504.

⁵⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v 6. 7ed., São Paulo: Saraiva. 2016.p.504.

preservação da vida, deverão ser os indispensáveis para a subsistência do alimentado em caso de culpa de quem os pleiteia.

Essa é a determinação contida no parágrafo segundo do artigo 1694 do Código Civil: “Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.”⁵⁵

Os alimentos devem ser concedidos em quantidade o suficiente apenas para a sua subsistência. “Resultando a situação de necessidade de postura culposa do alimentando, o valor do pensionamento deve atender apenas ao indispensável à sua subsistência, ou seja, o suficiente para sobreviver (1.694 § 2º).”⁵⁶

Em se tratando de alimentos ao nascituro o entendimento é o de que se trata de alimentos provisionais, visto que serão apenas para o tempo de gestação com tempo certo para iniciar e terminar que é o do nascimento da criança.

De acordo com o contido no artigo 6º, parágrafo único da Lei 11.804/08 após o nascimento os alimentos gravídicos se transformam em pensão alimentícia, até que uma das partes solicite a revisão, e o foro competente para a propositura é o da gestante.

Art. 6º Convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré. Parágrafo único. Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão.⁵⁷

Nota-se que o artigo fala em indícios de paternidade, fazendo referência aquele que tem algum relacionamento com a gestante.

Quando casados a paternidade é presumida pelo próprio status de casados e conseqüente convivência durante o matrimônio. Conforme expressa o artigo 1597 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
I - Nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
II - Nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

⁵⁵ BRASIL, CÓDIGO CIVIL. , *Vade mecum*. 5 ed., São Pulo: Saraiva, 2018. p. 295.

⁵⁶ DIAS. Maria Berenice. **Manual de Direitos da Família**. 4ed. São Paulo: Editora revista dos Tribunais. 2015. p.485.

⁵⁷ BRASIL, Lei 11.804/08. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111804.htm. Acesso em 20 out 2019

IV - Havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
 V - Havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.⁵⁸

O casamento, portanto, é sinônimo de presunção de paternidade exatamente pela convivência do casal durante a constância do casamento e o dever de fidelidade existente entre o casal.

Ainda que o casamento seja a realização da presunção de paternidade não implica dizer que o pai seja o marido, pois nem sempre a fidelidade é respeitada, contudo como a legislação estabelece que os alimentos ao nascituro devem ser prestados em existindo indícios de paternidade esses serão conferidos ao nascituro.

Quando a gravidez resulta de relacionamentos esporádicos, eventuais, ou mesmo aqueles duradouros que não são oriundos do casamento a comprovação do indicio de paternidade torna-se mais complexas.

Nesse ponto as considerações de Rolf Madaleno são importantes:

Dúvidas poderiam emergir acerca da paternidade decorrente de um vago relacionamento entre a mãe e o suposto pai, quando o comportamento da mulher não autoriza presumir uma evidente fidelidade e torna duvidosa a vinculação biológica enquanto não realizado o exame em DNA, ou enquanto não judicializadas outras provas admitidas em Direito. Essa incerteza probatória não exclui o reclamo dos alimentos, até porque o devedor, a quem falsa ou equivocadamente for atribuída a paternidade, sempre poderá buscar o ressarcimento moral ou material ao ser descartada a sua paternidade (CC, art. 927).⁵⁹

Se o legislador afirmou que os alimentos ao nascituro devem ser concedidos a partir de indícios de paternidade, basta haver comprovações simples, como fotografias, mensagens trocadas, testemunhas que comprovam o relacionamento seja ele duradouro ou não, para que os alimentos sejam concedidos.

Como já dito tratam-se de alimentos provisionais que poderão ser transformados em definitivo ou não.

Ocorre que se existir má-fé por parte da gestante quanto a afirmação de paternidade, cabe ao suposto pai requerer a quantia paga de volta e até mesmo indenização no plano moral por ter sido envolvido em uma situação em que existiu enganação para obter vantagem financeira.

⁵⁸ BRASIL, CÓDIGO CIVIL. , *Vade mecum*. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2018. p. 295.

⁵⁹ MADALENO, Rolf. **Direito de família**– 7.ª ed.– Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016, p.1372

A questão da repetição do indébito nos alimentos, considerando ser a parte frágil da lei de alimentos gravídicos diante da mencionada má-fé que pode existir por parte da gestante.

Via de regra os alimentos são irrepetíveis visto que são voltados para a sobrevivência dos seres, de caráter emergencial, não cabendo qualquer outro entendimento que vise lucratividade ou algo do gênero.

Dessa feita, “Quanto ao princípio da irrepetibilidade, como o próprio nome já diz, os alimentos são irrepetíveis, por tanto uma vez recebidos, estes não poderão ser devolvidos, pois são destinados para bens de consumo que garantem a sobrevivência.”⁶⁰

Nesse contexto o artigo 10 da Lei de alimentos gravídicos estabelecia a possibilidade de restituição do valor pago foi vetado não havendo previsão no dispositivo legal quanto a responsabilidade objetiva da genitora.

Nesse ponto pautam as considerações de Rolf Madaleno que nos esclarece:

Originariamente estava prevista a responsabilidade objetiva da autora da ação pelos danos materiais e morais causados ao réu pelo resultado negativo do exame pericial de paternidade, cujo dispositivo foi vetado por se tratar de norma intimidadora, eis que criaria hipótese de responsabilidade objetiva pelo simples fato de a ação dos alimentos gravídicos não ser exitosa, importando, portanto, na possibilidade de devolução dos valores pagos, dentre outras responsabilidades.⁶¹

Da leitura da citação identifica-se que o veto do artigo 10 da Lei de alimentos gravídicos se deu por considerar que a norma poderia causar intimidação para o pedido dos alimentos ao nascituro.

Entretanto, a responsabilidade civil subjetiva permanece quando comprovada a má fé da genitora ao pedir os alimentos.

Sobre a responsabilidade civil subjetiva que é aquela ligada a existência de dolo ou culpa como diz Carlos Roberto Gonçalves:

Para que haja a obrigação de indenizar, não basta que o autor do fato danoso tenha procedido ilicitamente, violando um direito (subjetivo) de outrem ou infringido uma norma jurídica tuteladora de interesses particulares. A obrigação de indenizar não existe, em regra, só porque o agente causador do dano procedeu objetivamente mal. É essencial que ele tenha agido com

⁶⁰ Dona, Jéssica Amorim. **A repetição do indébito nos alimentos gravídicos.** Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12117. Acesso em 03 out 2019

⁶¹ MADALENO, Rolf. **Direito de família**– 7.ª ed.– Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016, p.1375

culpa: por ação ou omissão voluntária, por negligência ou imprudência, como expressamente se exige o art. 186 do Código Civil.⁶²

Nesse diapasão existindo o elemento culpa a responsabilidade será subjetiva, lado outro será objetiva caso não seja necessário a comprovação desse elemento, de acordo com Marcelo Silva Brito o qual expressa:

Diz-se subjetiva a responsabilidade quando se baseia na culpa do agente, que deve ser comprovada para gerar a obrigação indenizatória. A responsabilidade do causador do dano, pois, somente se configura se ele agiu com dolo ou culpa. [...] A lei impõe, entretanto, em determinadas situações, a obrigação de reparar o dano independentemente de culpa. É a teoria dita *objetiva* ou do risco, que prescinde de comprovação da culpa para a ocorrência do dano indenizável. Basta haver o dano e o nexo de causalidade para justificar a responsabilidade civil do agente. Em alguns casos presume-se a culpa (responsabilidade objetiva imprópria), noutros a prova da culpa é totalmente prescindível (responsabilidade civil objetiva propriamente dita).⁶³

Nesse contexto, chama-se de responsabilidade civil objetiva aquela que não tem a culpa como elemento formador: “na responsabilidade objetiva prescinde-se totalmente de prova da culpa. Ela é reconhecida independente de culpa. Basta, assim, que haja relação de causalidade entre a ação e o dano.”⁶⁴

Dessa feita, em se tratando de alimentos gravídicos prevalece a responsabilidade civil subjetiva daquela que agiu com má-fé, cabendo ao suposto pai o ressarcimento do valor pago em dobro bem como o recebimento pelos danos morais suportados com a falsa comunicação de paternidade.

⁶² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro- Responsabilidade Civil**; - v4.5 ed, São Paulo: Saraiva, 2015. p.314.

⁶³ BRITTO, Marcelo Silva. **Alguns aspectos polêmicos da responsabilidade civil objetiva no novo Código Civil** .. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5159>>. Acesso em: 01 out 2019

⁶⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro- Responsabilidade Civil**; - v4.5 ed, São Paulo: Saraiva, 2014. p.314.

CAPÍTULO III- A POSSIBILIDADE DE PENSÃO POR MORTE AO NASCITURO.

As regras de interpretação jurídica permitem o uso da analogia como forma de auxiliar o operador do direito e ao intérprete da lei à aplicação do reconhecimento da pensão por morte ao nascituro.

O direito é dinâmico demandando que as normas sejam adequadas à realização da concretização e efetivação da justiça, sem que hajam lacunas legais como causa condicionante de real prejuízo ao que pleiteia um direito, como acontece nos casos da pensão por morte ao nascituro.

Passa-se a dissertar baseado na doutrina e jurisprudência no sentido de permitir esse reconhecimento.

3.1 Regras de interpretação jurídica

A interpretação da lei é uma forma de clarificar ou esclarecer em outras palavras, o sentido real do conteúdo da lei ou doutrina, não se criando uma nova norma, mas apenas esclarecendo a norma que deixa dúvidas ou até mesmo conteúdo de difícil compreensão,

Segundo Paulo Nader a interpretação da lei tem por objetivo, “é sua finalidade, é entender os valores que o legislador quis proteger, e o alcance é a demarcação do campo de incidência da norma, ou seja, entender em que fatos sociais a norma irá incidir.”⁶⁵

Maria Helena Diniz afirma que: “a existência de lacunas no direito é uma realidade inquestionável.”⁶⁶ Sendo que o próprio legislador deixou brechas ao analisar o ordenamento jurídico admitindo a possibilidade da existência de lacunas legais.

Não obstante, autorizando o uso da analogia no ordenamento jurídico conforme nos dispõe a lei de introdução as normas do direito brasileiro em seu artigo 4º “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”⁶⁷

⁶⁵ NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/40111/a-aplicacao-do-direito-e-as-lacunas-da-lei>>. Acesso em: 14 de nov 2018

⁶⁶ DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7291>. Acesso em: 14 de nov 2018.

⁶⁷ BRASIL, Lei de Introdução Às Normas de Direito Brasileiro. *Vade Mecum*. Saraiva, 2018, p;.118.

Igualmente o 140 do novo Código de Processo Civil expressa a necessidade do uso da analogia quando verificada a existência de lacuna ou obscuridade na lei sobre determinado tema de grande importância para a sociedade: “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.”⁶⁸

A grande maioria dos direitos inerentes ao nascituro encontra-se disposta no Código Civil. O artigo 1597 do Código Civil estabelece o direito ao reconhecimento de filiação, tal direito se encontra amparado em laços familiares de parentesco que se instituem com a concepção e não com o nascimento da criança, ou seja, o vínculo de parentesco é formado a partir da formação da concepção.

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
 I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
 II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
 III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
 IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
 V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.⁶⁹

Note-se que o reconhecimento do nascituro em termos de filiação remete ao entendimento de cuidado, de preservação da vida, da dignidade da pessoa humana.

Desse modo, o considerar a possibilidade de pensão por morte ao nascituro deve-se ampliar a forma de enxergar o instituto, reconhecendo, de igual forma toda a constitucionalidade presente na matéria.

Não é possível conceber a ideia de negativa de reconhecimento dos alimentos ou da pensão por morte ao nascituro, diante do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana e seu desdobramento com os princípios da solidariedade e do mínimo existencial.

O artigo 1º da Declaração dos Direitos da Pessoa Humana assinado em 10 de dezembro de 1948 pelos países que integram as Nações Unidas (ONU), dentre os países integrantes está o Brasil, traz o princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Ademais, tal princípio é citado até no preâmbulo de tal declaração:

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do ser humano, na dignidade e no valor da

⁶⁸ BRASIL, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. *Vade Mecum*. Saraiva, 2016 p.529.

⁶⁹ CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO,. *Vade mecum*. 3 ed., São Pulo: Saraiva, 2016. p.287.

pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,⁷⁰

É o princípio da dignidade da pessoa humana a base de uma sociedade livre, justa e democrática, garantidor de um Estado Democrático de Direito, como alude Madaleno

É um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito conforme preceitua a CRFB no art. 1º e inciso III. Ainda, durante a Carta Magna, vê-se tal princípio, como no art. 5º, incisos III (não submissão a tortura), VI (inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença), VIII (não privação de direitos por motivo de crença ou convicção), X (inviolabilidade da vida privada, honra e imagem), XI (inviolabilidade de domicílio), XII (inviolabilidade do sigilo de correspondência), XLVII (vedação de penas indignas), XLIX (proteção da integridade do preso) dentre outros.⁷¹

O titular desse princípio é a pessoa humana, como versa o título do mesmo, sendo voltado para a pessoa que já nasceu ou que ainda está por nascer, como é o caso dos nascituros.

Assim, a Constituição Federal de 1988 instituiu uma série de princípios embasados na dignidade da pessoa humana, todos de forma a garantir a proteção dos menores, incluindo o nascituro.

Para Alexandre de Moraes, o princípio da proteção dado pela Constituição da República abrange também os nascituros, e deve ser entendida da seguinte forma:

O Estado no cumprimento de sua obrigação constitucional promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e adolescente e nascituros, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo os seguintes preceitos: aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil.⁷²

Com o desdobramento do princípio da proteção, o Estatuto da Criança e do Adolescente em seus artigos 7º⁷³ e 8º⁷⁴ trazem as diretrizes de como se dá essa

⁷⁰UNICEF BRASIL. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em: 16 nov de 2018.

⁷¹MADALENO, Rolf. **Direito de família**. – 7.ª ed.– Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016, p.103

⁷²MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil Interpretada*. 4 ed. São Paulo: Atlas. 2004. p.2087.

⁷³ Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

⁷⁴A rt. 8º É assegurado a todas as mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde.

proteção, que também deve ser estendida ao nascituro durante o desenvolvimento no útero materno.

Percebe-se novamente o intento em proteger o nascituro com regras que expressam o desenvolvimento durante o período gestacional e o nascimento com vida. Com essa possibilidade, ainda que o pai venha a falecer, seus direitos ficam resguardados e assim figurar com dependente para fins de pensão por morte.

O princípio da proteção demanda o respeito os direitos básicos para que a dignidade da pessoa humana se aperfeiçoe durante toda a sua vida, desde a gestação até a morte.

Nesse ponto são as considerações de Pedro Lenza:

Devem ser garantidos ao nascituro os direitos básicos para uma vida digna ao ser humano. Tais garantias são pilares para o desenvolvimento do feto assegurando ao ser ainda não nascido dignidade, requisito essencial para um desenvolvimento e assim um conseqüente nascimento digno. A dignidade constitui-se em qualidade intrínseca de toda e qualquer pessoa, independentemente de merecimento pessoal ou social, sendo inerente à vida e à condição humana é algo intangível que não pode ser renunciado.

No que tange ao princípio da solidariedade, estabelece que cada um de nós devemos ao outro familiar os alimentos quando necessários, seguindo a ordem legal podem ser entendidos como o dever de assistência, nada mais é do que um exemplo da efetivação do princípio da solidariedade familiar.

A lei se aproveita da solidariedade que existe no âmbito das relações familiares. Ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão. Basta atentar que, em se tratando de crianças e de adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação (CF 227). Impor aos pais o dever de assistência aos filhos decorre do princípio da solidariedade (CF 229). O mesmo ocorre com o dever de amparo às pessoas idosas (CF 230).⁷⁵

No contexto familiar o princípio da solidariedade entra nos moldes de paternidade responsável, ou seja, todos são responsáveis pelo planejamento familiar bem como pelos os que compõem sua família.

Corroborando com esse entendimento Cristiano Chaves proclama que, “nos

⁷⁵ FREITAS, Daniele Xavier. **Princípio da paternidade responsável.** Disponível em <https://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/noticias/144731896/principio-da-paternidade-responsavel>. Acesso em 15 nov. 2019

dias de hoje, predomina um modelo familiar, afirmando-se a busca da realização plena do ser humano. Aliás, constata-se, finalmente, que a família é lugar privilegiado para garantir a dignidade humana e permitir a realização plena do ser humano".⁷⁶

É na família que toda sociedade encontra sustentação para sua manutenção. É a base sólida da organização social, isso explica a proteção que é dada a ela, seja de natureza constitucional ou no direito de família, sobressaltando que no entendimento do conceito de família encontra-se inserido o nascituro.

Dando condições para que o cidadão viva com um conteúdo mínimo de direitos fundamentais, é possível certificar que o ser humano de qualquer faixa etária seja retirado da indesejável condição de indignidade.

Assim, a positivação e proteção dos dizeres de mínimo existencial em nosso ordenamento jurídico torna-se de grande valia: "No art 6º. Da CF,88, que define os direitos sociais, há um certo espaço para o mínimo existencial, tendo em vista que este se aproxima dos direitos fundamentais e dos direitos sociais."⁷⁷

O mínimo existencial dentro de uma perspectiva constitucionalizada faz parte do cotidiano de todos os indivíduos, abrangendo de forma geral a todos da sociedade.

Nesse cenário de entendimento do direito civil constitucionalizado tem-se a corroboração de que a possibilidade de permitir que o nascituro seja considerado dependente para fins de pensão por morte vem confirmando a intenção dos legisladores que tem na Constituição o amparo para a confecção de todos os demais ramos dos direitos, seja civil ou previdenciário.

Desse modo, reconhecendo a possibilidade de pensão por morte ao nascituro, assim como os alimentos ao nascituro, tem a mesma finalidade que é o de manter e sustentar a pessoa que dele necessita, que no caso estudado é o nascituro.

Não se pode olvidar que sendo o nascituro detentor de direitos, e numa visão constitucionalizada, que é a necessários, visto se a Constituição da República a Lei Maior do ordenamento jurídico, não há como negar a possibilidade de atuar como dependente nos casos de pensão por morte.

Esse tem sido o entendimento dos tribunais, conforme verifica da jurisprudência colacionada:

⁷⁶ FARIAS, Cristiano Chaves. **Separação Judicial à Luz do Garantismo Constitucional**. São Paulo: Lúmen Júris, 2005.p.54

⁷⁷ TORRES, Ricardo Lobo, **O Direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar.2009, p.35/36

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RECONHECIMENTO DE FILHA ATRAVÉS DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PAGAMENTO DE PARCELAS DESDE A DATA DO NASCIMENTO. CONJECTÁRIOS. 1. Não há confundir o direito com o seu exercício, ou seja, o fato de menor incapaz não requerer o pensionamento enquanto nascituro, não o impede de postular benefício previdenciário já integrado ao seu patrimônio jurídico. 2. No caso em apreço, como a autora nasceu após o óbito do pai, já recebendo os alimentos enquanto nascituro, ela faz jus à pensão por morte desde a data do seu nascimento, não havendo que se falar em prescrição por tratar-se de absolutamente incapaz. 3. A retroação dos efeitos financeiros é justificada quando o menor não é favorecido pela percepção da pensão por parte da outra beneficiária, não podendo, pois, sofrer prejuízo por demora a que não deu causa. 4. Conjectários legais fixados nos termos do decidido pelo STF (Tema 810) e pelo STJ (Tema 905).⁷⁸

No caso em tela a autora do pedido nasceu após o óbito do pai, mas já considerada a personalidade jurídica, pois já percebia os alimentos enquanto nascituro, conforme depreende-se do inteiro teor da decisão:

A controvérsia está limitada à discussão acerca do direito a parte autora de receber a pensão por morte de seu pai, cuja paternidade foi reconhecida *post mortem*, na sua integralidade, à contar da data do óbito do segurado, uma vez que tal benefício vem sendo rateado com a sua avó paterna, o qual teve o reconhecimento da qualidade de dependente em ação judicial transitada em julgado. A concessão do benefício de pensão por morte depende do preenchimento dos seguintes requisitos: a ocorrência do evento morte, a condição de dependente de quem objetiva a pensão e a demonstração da qualidade de segurado do *de cujus* por ocasião do óbito. mantida a antecipação dos efeitos da tutela, concedida pelo juízo de origem.⁷⁹

Nessa esteira de pensamento, afirma-se que o nascituro se encontra na condição de segurado no momento em que há indícios da sua ligação com o segurado morto, já que para a existência dos alimentos gravídicos, como já mencionado, basta a existência de indícios da paternidade.

Diante da hipótese apresentada como solução ao problema o entendimento do direito civil constitucionalizado é de extrema importância para que a solução se concretiza e a pensão por morte possa ser efetivamente dada aos nascituros.

Nesse ponto, entende-se se imperioso que o ordenamento jurídico como um todo seja capaz de criar novos paradigmas de entendimentos que sejam capazes de

⁷⁸ BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO, (TRF4 5022900-95.2014.4.04.7001, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DO PR, Relator LUIZ FERNANDO WOWK PENTEADO, juntado aos autos em 09/07/2018. Acesso em 20 de outubro de 2019

⁷⁹ BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO, (TRF4 5022900-95.2014.4.04.7001, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DO PR, Relator LUIZ FERNANDO WOWK PENTEADO, juntado aos autos em 09/07/2018. Acesso em 20 de outubro de 2019

assegurar os direitos fundamentais inerente a pessoa humana, reconhecendo, sobretudo, a dignidade.

Tornava-se imprescindível que o Direito conseguisse fornecer instrumentos de reprovação aos regimes totalitários, como os que vilipendiaram a dignidade das minorias, impondo-se a reformulação do tecido jurídico em prol de um novo paradigma, que estivesse apto a assegurar, pelo menos, as garantias fundamentais a todos os cidadãos, reconhecendo-se a cada um, nacional ou estrangeiro, dignidade⁸⁰

Embora considerados como princípios a força normativa constitucional conferiu o entendimento de superarem a ideia de serem meros pressupostos de aplicação legal e passaram a ter força de norma, com todo o ordenamento jurídico subordinado aos seus desígnios.

Isso ocorre com o direito civil constitucional, que embora venha regulamentar atos da vida civil demanda que todo ele seja permeado pela dignidade da pessoa humana e seus decorrentes.

Nesse cenário a partir do momento em que os direitos fundamentais são positivados na Constituição da República a dignidade da pessoa humana tem valores que impõe ao interprete da norma maior empenho para que não a contrarie.

A positivação dos direitos fundamentais e da proteção à dignidade da pessoa humana, presente nesses textos constitucionais, todavia, somente passou a ter um significado determinante quando se alterou o fundamento nevrálgico do paradigma jurídico contemporâneo, qual seja o da força normativa da Constituição. Reconhece-se, assim, dentro do próprio direito positivo, a abertura do sistema que, em sua dinâmica, permite, através do processo de interpretação, o recurso – sempre argumentativo – aos valores (morais). Isso se dá especialmente através dos princípios, normas que por sua estrutura peculiar, impõem ao intérprete um esforço especial de justificação⁸¹

Ademais, ainda que haja alguma discussão sobre o alcance dos princípios perante as normas, quando se fala em dignidade da pessoa humana tal não se perfaz, pois não é aceitável normas que contrarie o respeito ao ser humano, já que todo o ordenamento tem como algo central a proteção da pessoa humana.

⁸⁰ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **O jovem direito civil-constitucional**. Editorial. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul.-set./2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-jovem-direito-civil-constitucional/>>. Data de acesso.15 out 2019

⁸¹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **O jovem direito civil-constitucional**. Editorial. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul.-set./2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-jovem-direito-civil-constitucional/>>. Data de acesso.15out 2019

Então, o entendimento que é possível a pensão por morte ao nascituro vem garantindo a dignidade do ser humano em desenvolvimento e após seu nascimento, com todos os critérios de dignidade estabelecidos, mas, sobretudo respeitando a ordem constitucional de preservação da vida.

3.2 O uso da analogia como justificativa para a pensão por morte ao nascituro

Sobre a ótica da reconstrução dos direitos humanos e da relevância jurídica do valor da dignidade humana, a Constituição da República expressa como essencial para a dignidade da pessoa humana como valor indispensável a todos os cidadãos da comunidade, visto que a garantia é relacionada a todos sem qualquer distinção, e deve ser usada como forma de realizar os interesses.

Desse modo, a possibilidade de estender a pensão por morte aos nascituros, em se tratando de filho dependente dimensionando os direitos principais como o da igualdade e dignidade da pessoa humana como elementar os direitos fundamentais pois constituem direitos fundamentais da pessoa humana, mesmo com as alterações promovidas pela Emenda Constitucional 103/2019 a qual trouxe inovação quanto aos institutos da previdência social especialmente ao da pensão por morte.

O ordenamento jurídico foi criado de modo a harmonizar a convivência em sociedade, fazendo com que as normas sejam efetivas e justas, pois ao contrário não existiria Estado Democrático de Direito, sem qualquer atendimento ao preconizado nos atributos de justiça.

Os objetivos constitucionais fundamentais da erradicação da pobreza, redução das desigualdades sociais e defesa intransigente da dignidade da pessoa humana devem inspirar toda a atuação judicial na aplicação nos direitos sociais e no âmbito da justiça previdenciária, mais especialmente.⁸²

Nesse sentido a justiça previdenciária enquanto voltada ao atendimento dos cidadãos no sentido de socorro quando necessário, e aí está a pensão por morte, dando aos familiares do que tem qualidade de segurado, garantia de fazer valer os seus direitos.

⁸² SALOMÃO, Paula Maria Cassemiro **Pensão por morte e as alterações trazidas pela Lei 13.135/2015**. Disponível em <http://paulamcasi.jusbrasil.com.br/artigos/223313016/pensao-por-morte-e-as-alteracoes-trazidas-pela-lei-13135-2015>. Acesso em 10 out 2019

Desse modo, quando deparar com casos concretos em que haja necessidade de interpretação e via de consequência de reconhecimento da igualdade não há razão para nega-la, sob a argumentação de inexistência de legislação específica nesse sentido.

Quando precisar considerar o princípio da legalidade e da dignidade da pessoa humana, tem-se na igualdade considerações que dão ao indivíduo o respeito necessário para que possa garantir e firmar o exercício da dignidade da pessoa humana.

O artigo 4º da Lei de Introdução do Código Civil permite o uso da analogia, a fim de interpretar o caso concreto apresentando solução.

[...] é a aplicação, a um caso não previsto, de regra que rege hipótese semelhante; pode ser legis (que consiste na aplicação de norma existente destinada a reger caso semelhante ao previsto) ou juris (que se estriba num conjunto de normas para extrair elementos que possibilitem sua aplicação ao caso concreto não previsto mas similar.⁸³

A analogia é usada para compensar as lacunas existentes, por meio dela é possível analisar casos tendo por base outros anteriores. Para Marcus Cláudio, pode ser assim conceituada: “[...] o processo lógico pelo qual o aplicador da lei adapta, a um caso concreto não previsto pelo legislador, norma jurídica que tenha o mesmo fundamento.”⁸⁴

Trazendo o raciocínio de aplicação da analogia aos casos de possibilidade e pensão por morte ao nascituro é permitido uma vez que a falta de legislação própria ao caso não pode ser justificativa para a inexistência de concretização da justiça em todos os seus sentidos.

Para Roberto de Carvalho Santos a aplicação da analogia nos casos de pensão por morte ao nascituro reforça a existência de uma crescente humanização pela qual tem passado o entendimento do direito previdenciário, num crescente entendimento que tem implicado numa reformulação do direito e a necessidade de novos entendimentos.

A evolução da ciência permitiu o surgimento de novas formas, métodos e paradigmas para a geração de vida humana, abalando preceitos arraigados

⁸³ FREITAS, Geraldo Ferreira. **Lei de Introdução ao Código Civil. LICC-**. Disponível em http://www.centraljuridica.com/doutrina/55/direito_civil/lei_de_introducao_ao_codigo_civil_licc.htm. Acesso em 22 set. 2019

⁸⁴ CLÁUDIO, Marcus. **Analogia no Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira. 2014. p. 163.

na nossa legislação e forçando uma reformulação do direito. Ao mesmo tempo, o direito reforça, numa crescente humanização de seus dogmas, o respeito à individualidade e o reconhecimento de valores pertencentes ao patrimônio incorpóreo do indivíduo, tais como o amor próprio, o afeto e a paz de espírito.⁸⁵

Ademais, o entendimento contrário a permissão do uso da analogia nos casos de pensão por morte ao nascituro é negar o reconhecimento da existência de personalidade jurídica da qual reveste aquele que está por nascer.

Sobressaltando que o benefício é pago a genitora ou aquele para a preservação e sustento da dignidade da pessoa humana nos parâmetros de mínimo existencial, aqui estudados.

Veja o que descreve Carlos Alberto Pereira de Castro: “Embora o benefício seja pago à mãe, o destinatário final dessa proteção previdenciária é a criança ou o nascituro, que por disposição constitucional tem direito à proteção familiar, social e estatal.⁸⁶

Então reconhecida a necessidade de proteção estatal e outras razões aqui demonstradas, não assiste razão à negativa de conceder o benefício da pensão por morte ao nascituro, que já comprovou a ligação com o *de cuius* por meio da prestação alimentar.

⁸⁵ SANTOS, Roberto de Carvalho **Direito Previdenciário**, Belo Horizonte: IEPREV, 2018, p.108.

⁸⁶ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de , **Manual de Direito Previdenciário**, 20ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.558.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mesmo com a reforma da previdência tendo sido homologada em 12 de novembro de 2019, Emenda Constitucional 103/2019, prevalece o entendimento que o nascituro tem direito ao recebimento do benefício, para que possa ter um desenvolvimento e crescimento dentro dos preceitos de dignidade da pessoa humana.

Como foi demonstrado o objetivo da seguridade social é fazer prevalecer em casos específicos em que o segurado é impedido de trabalhar que seus beneficiários sejam amparados pela previdência, considerando o fato do recebimento do benefício se dar devido à contrapartida existente. Ou seja, o segurando contribui mensalmente com a previdência social para que seja beneficiado quando necessitar, como ocorre com a pensão por morte, salário maternidade, auxílio saúde, etc.,

Os motivos que justificam o recebimento de benefícios previdenciários são muito próximos daqueles que recebem a pensão alimentícia. Assim, tanto em matéria previdenciária ou na civil, o que justifica é o critério de necessidade e proporcionalidade para que se perfaça as condições de vida humana no que é resguardado pelo legislador constitucional em sua integralidade.

Com isso, não há qualquer justificativa para privar o nascituro do recebimento da pensão por morte. Ora, se o nascituro já é resguardo pela lei de alimentos gravídicos desde a concepção, baseado na comprovação de indícios de paternidade, o mesmo entendimento deve ser levado quando considerado enquanto beneficiário da pensão por morte.

A questão é controvertida, contudo a jurisprudência pátria tem tendenciado ao reconhecimento de tal possibilidade frente a ampliação da analogia. Com isso, diante do caso concreto não é imaginável que o magistrado não avalie a situação por falta de legislação pertinente ao julgado.

Assim é importante que o tema proposto seja considerado como algo que faz parte do cotidiano de pessoas que precisam do alimentos gravídicos pelos fundamentos pelos quais a legislação foi criada, que seja estendido à pensão por morte, pois o nascituro é revestido de personalidade jurídica devendo ser assim reconhecido.

REFERÊNCIAS

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **O jovem direito civil-constitucional**. Editorial. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul.-set./2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-jovem-direito-civil-constitucional/>>. Data de acesso. 15 out. 2019.

BRASIL, CÓDIGO CIVIL. *Vade mecum*. 5 ed., São Pulo: Saraiva, 2018.

BRASIL, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. *Vade Mecum*. Saraiva, 2018.

BRASIL, Lei 11.804/08. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11804.htm. Acesso em 20 out. 2019.

BRASIL, Lei 13.135/15. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13135.htm. Acesso em 10 set. 2019.

BRASIL, lei 8.213/91. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm. Acesso em 03 set. 2019.

BRASIL, **Lei de Introdução Às Normas de Direito Brasileiro**. *Vade Mecum*. Saraiva, 2018.

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO Relator(a): Carlos Alberto de Salles; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 16/12/2017; Data de registro: 16 abr. 2019.

BRASIL, TJMG Ap Cível/Reex Necessário 1.0702.05.202712-6/001, Relator(a): Des.(a) Edilson Fernandes , 6ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 23/10/2016, publicação da súmula em 06/11/2016). Disponível em <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/ementaSemFormatacao.jsp>. Acesso em 20 abr. 2019.

BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 2ª REGIÃO. Apelação Cível - Turma Especialidade I - Penal, Previdenciário e Propriedade Industrial Relator: Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO. Data da decisão 11/09/2017. Acesso em 09 set. 2019.

BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO (TRF 3ª Região, DÉCIMA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2092978 - 0005312-21.2012.4.03.6303, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA, julgado em 23/11/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/03/2019.

BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO, (TRF4 5022900-95.2014.4.04.7001, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DO PR, Relator LUIZ FERNANDO WOWK PENTEADO, juntado aos autos em 09/07/2018. Acesso em 20 out. 2019.

BRITTO, Marcelo Silva. **Alguns aspectos polêmicos da responsabilidade civil objetiva no novo Código Civil.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5159>>. Acesso em: 01 out. 2019.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. **Manual de Direito Previdenciário**, 20ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CIRILO, Maria Aparecida. **A concessão da pensão por morte nos casos de morte presumida.** Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15105. Acesso em 03 set 2019

CLÁUDIO, Marcus. **Analogia no Direito Brasileiro.** São Paulo: Editora Jurídica Brasileira. 2014.

DIAS, Eduardo Rocha; José Leandro Monteiro de Macêdo, **Curso de Direito Previdenciário**, São Paulo: Método, 2015.

DIAS, Berenice. **Manual de Direito das Famílias** 5ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo Revista dos Tribunais, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7291>. Acesso em: 14 de nov. 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família.** São Paulo: Saraiva, 2013.

DONA, Jéssica Amorim. **A repetição do indébito nos alimentos gravídicos.** Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12117. Acesso em 03 out 2019.

DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. **Direito à saúde e teoria da argumentação: em busca da legitimidade dos discursos jurisdicionais.** Belo Horizonte. Arraes Editores. 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito Civil: parte geral.** São Paulo: Juspodivm, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves. **Separação Judicial à Luz do Garantismo Constitucional.** São Paulo: Lúmen Júris, 2005.

FRAGA, Aline Matos. **O direito de pensão por morte do nascituro com o advento dos alimentos gravídicos.** Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7915. Acesso em 20 abr. 2019.

FREITAS, Daniele Xavier. **Princípio da paternidade responsável.** Disponível em <https://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/noticias/144731896/principio-da-paternidade-responsavel>. Acesso em 15 nov. 2019.

FREITAS, Douglas Phillips. **Alimentos gravídicos e a Lei 11.804/2008 – Primeiros reflexos.** Disponível em: <www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=468>. Acesso em: 26 abr. 2019.

FREITAS, Geraldo Ferreira. **Lei de Introdução ao Código Civil. LICC-**. Disponível em http://www.centraljuridica.com/doutrina/55/direito_civil/lei_de_introducao_ao_codigo_civil_licc.htm. Acesso em 22 set. 2019.

FREITAS, Lucio R. O. **Personalidade jurídica do nascituro.** Disponível em <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4257/A-personalidade-juridica-do-nascituro>. Acesso em 07 set. 2019.

GLAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**, volume Único. – São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro- Responsabilidade Civil;** - v4.5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDADE SOCIAL- INSS- **PENSÃO POR MORTE.** Disponível em <https://www.inss.gov.br/beneficios/pensao-por-morte/>. Acesso em 09 set 2019

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**– 7.^a ed.– Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

MORAES, Alexandre **Direito Constitucional**, São Paulo: Atlas, 2018.

MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil Interpretada*. 4 ed. São Paulo: Atlas. 2004.

MORAES, Guilherme Peña. **Curso de direito Constitucional**, 10^a ed., São Paulo: Atlas, 2018.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 24^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/40111/a-aplicacao-do-direito-e-as-lacunas-da-lei>>. Acesso em: 14 de nov. 2018

PAULO, Vicente. **Resumo de direito constitucional descomplicado**/Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino. 6^a ed. – São Paulo: Método, 2017.

SALOMÃO, Paula Maria Cassemiro. **Pensão por morte e as alterações trazidas pela Lei 13.135/2015.** Disponível em <http://paulamcasi.jusbrasil.com.br/artigos/223313016/pensao-por-morte-e-as-alteracoes-trazidas-pela-lei-13135-2015>. Acesso em 15 set 2019.

SANTOS, Marisa Ferreira dos, **Direito previdenciário**, 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANTOS, Roberto de Carvalho. **Direito Previdenciário**, Belo Horizonte: IEPREV, 2018.

SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016.

TORRES, Fabio Camacho Dell'Amore, **A seguridade social e a Previdência Social.** Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11212. Acesso em 04 set 2019.

TORRES, Ricardo Lobo, **O Direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar. 2009.

ZAMBITE, Fábio. **Resumo de Direito Previdenciário**, 20 ed, São Paulo: Ímpetus, 2015;