



## Renato Pires: A “habilitação provisória” da pensão por morte

Entre as várias modificações na legislação previdenciária promovidas pela Medida Provisória 871/2019, algumas estão a merecer uma análise mais detida, em particular quanto à sua conformidade material e formal com a Constituição Federal.

Chama a atenção, desde logo, a regra que pretende incluir o parágrafo 3º no artigo 74 da Lei 8.213/91, com o seguinte teor: “Ajuizada a ação judicial para reconhecimento da condição de dependente, este poderá requerer a sua habilitação provisória ao benefício de pensão por morte, exclusivamente para fins de rateio dos valores com outros dependentes, vedado o pagamento da respectiva cota até o trânsito em julgado da decisão judicial que reconhecer a qualidade de dependente do autor da ação”.

O parágrafo 4º do mesmo artigo, também introduzido pela medida provisória, estabelece que “julgada improcedente a ação prevista no parágrafo 3º, o valor retido, corrigido pelos índices legais de reajustamento, será pago de forma proporcional aos demais dependentes, de acordo com as suas cotas e o tempo de duração de seus benefícios”.

Estes dispositivos criaram uma “habilitação provisória” à pensão por morte no Regime Geral de Previdência Social (RGPS), que, paradoxalmente, não acarreta a concessão do benefício a quem o requer. Ao mesmo tempo, importa a suspensão parcial do benefício daquele dependente já habilitado à pensão por morte, isto é, aquele que já vem recebendo anteriormente o benefício por força de decisão administrativa.

Ambos os preceitos são de constitucionalidade duvidosa e irão resultar em mais uma razão para impugnação judicial de atos administrativos do INSS.

O primeiro aspecto a ser considerado é que a medida provisória (artigo 34, II) instituiu uma *vacatio legis* de 120 dias para a vigência dessa “habilitação provisória”. Ora, é bem sabido que a Constituição Federal de 1988 estabelece, como pressupostos para a edição de medidas provisórias, a existência de “relevância” e “urgência” (artigo 62). Como sustentar que o tema é “urgente” se a própria medida provisória protraí sua vigência para cento e vinte dias depois? Recorde-se que o prazo de cento e vinte dias é o mesmo que resultaria do tempo total de tramitação da medida provisória (artigo 62, parágrafo 3º, da Constituição).

Mesmo que o Supremo Tribunal Federal tenha entendido, reiteradas vezes, que cabe primordialmente ao presidente da República examinar a presença dos pressupostos de relevância e urgência, trata-se de uma hipótese em que a medida provisória encerra uma contradição em seus próprios termos. Em casos flagrantes assim, de abuso manifesto, o próprio STF tem mitigado seu entendimento e adotado solução diversa[1]. Há, portanto, neste ponto, uma inconstitucionalidade formal na medida provisória.

Mesmo no aspecto da compatibilidade material destas regras com a Constituição Federal, o tema é bastante controverso.

É claro que as regras em questão intentam resolver um problema prático e razoavelmente frequente no



---

meio forense, que ocorre nos casos em que há uma ação judicial buscando a concessão de pensão por morte e já existe um dependente habilitado à pensão, por força de decisão administrativa anterior.

Nestes casos, o atual dependente é um litisconsorte passivo necessário, já que irá inevitavelmente sofrer os efeitos da sentença a ser proferida (artigos 114 e 115, II, do CPC). Isto ocorre porque, no caso de concorrer mais de um pensionista da mesma classe, o benefício será partilhado igualmente entre estes, nos termos do artigo 77 da Lei 8.213/91[2]. E se houver dependentes de classes distintas, a concessão da pensão a um deles pode acarretar o cancelamento da pensão a outro (artigo 16, parágrafo 1º, da mesma lei)[3].

Não são raras as situações em que a sentença judicial condena o INSS a conceder a pensão a partir da data do requerimento administrativo (ou do óbito do ex-segurado), mas o INSS já pagou integralmente a pensão para o atual beneficiário. Assim, não é incomum que o INSS acabe pagando o benefício em duplicidade.

Justamente para evitar tal pagamento em duplicidade é que se instituiu a “habilitação provisória”: como já existe a ação judicial em andamento, o interessado pode requerer ao INSS que suspenda provisoriamente o pagamento integral do benefício ao atual pensionista, que passaria receber somente a sua cota-parte a que teria direito, em tese, se o benefício fosse também concedido ao outro pretendente.

A despeito das boas intenções da norma provisória, a solução encontrada para o problema é manifestamente inconstitucional. A começar, porque permite ao INSS, sem qualquer critério prévio, ou um mínimo juízo de plausibilidade, reduzir o pagamento de uma pensão que, até então, tinha sido concedida sem nenhuma irregularidade. Aliás, é a própria Lei 8.213/91 quem determina que o INSS não postergue ou negue a pensão na suposição da existência de algum outro hipotético pensionista (artigo 76, caput).

Tudo isso, vale dizer, em uma questão que está *sub judice*, pendente de decisão judicial que irá resolver, com os atributos da coisa julgada material, se a pensão é devida ao autor, ao litisconsorte, ou se deve ser partilhada entre ambos.

Não são necessárias maiores explicações para concluir que a habilitação provisória, na formulação estabelecida pela Medida Provisória 871/2019, constitui direta violação à garantia constitucional da inafastabilidade do acesso à jurisdição (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal[4]).

Há também clara afronta às garantias constitucionais que derivam do devido processo legal (artigo 5º, LIV[5]), em particular à garantia do contraditório[6], pois possibilita que um ato administrativo de concessão da pensão, que é presumivelmente válido, tenha seus efeitos parcialmente suspensos por força de mero requerimento administrativo, ainda que a pretensão do autor da ação judicial esteja destituída de quaisquer elementos probatórios. Ou seja, mesmo que haja elementos suficientes para negar ao autor da ação judicial o direito à pensão, ou mesmo que a pretensão seja manifestamente temerária, o atual pensionista teria que suportar uma redução de seu benefício, que iria perdurar até o trânsito em julgado da sentença de improcedência do pedido (conforme o parágrafo 4º)[7].

Aqui existe uma questão que causa a mesma perplexidade: como já decidiu o Supremo Tribunal Federal



em regime de repercussão geral, é válida, como regra, a exigência de prévio requerimento administrativo como condição de procedibilidade da ação judicial que tem por objetivo a concessão de benefício previdenciário (RE 631.240, relator ministro Roberto Barroso, DJe 10.11.2014). Diante disso, temos o paradoxo: o INSS já examinou o pedido do autor e, em decisão administrativa conclusiva, declarou que este não tem direito à pensão. Ainda assim, à vista de mero requerimento, irá suspender o outro benefício...

Outra clara impropriedade reside na regra, também contida no parágrafo 3º, que estabelece ser “vedado o pagamento da respectiva cota até o trânsito em julgado da decisão judicial que reconhecer a qualidade de dependente do autor da ação”. Trata-se de norma que subtrai do Poder Judiciário a possibilidade de concessão de tutela provisória, quer de urgência, quer de evidência (artigos 300 e seguintes do CPC). A prerrogativa judicial de concessão de medidas de urgência, tendentes a impedir o perecimento de direito, não nasce da lei, mas da Constituição Federal, que estabelece o direito de qualquer pessoa ir ao Judiciário não só para reparar lesões a direitos (já ocorridas), mas, também, para evitar que tais lesões ocorram (artigo 5º, XXXV). Assim, ao obstar que a pensão seja implantada antes do trânsito em julgado, a medida provisória incorreu em igual afronta à Constituição.

Tudo isso sem contar a proibição constitucional expressa de que medidas provisórias possam dispor sobre direito processual (artigo 62, parágrafo 1º, I, “b”), como indubitavelmente foi o caso, com a inserção de uma regra de processo (ou procedimento) no interior de uma lei que trata fundamentalmente de questões previdenciárias de direito material.

É também interessante destacar que o risco de pagamento da pensão em duplicidade, que tais normas querem evitar, pode ser causado por alguma impropriedade na defesa do INSS em juízo. Explica-se: da mesma forma que se admite que, na ação judicial, o autor formule pedidos cumulados, em caráter subsidiário (artigo 326, caput, do CPC), é também possível deduzir “defesas cumuladas”, em caráter também subsidiário, de tal modo que o juiz, caso não acolha a primeira, examine a segunda, a terceira, a quarta, e assim sucessivamente. Assim, poderá o INSS requerer: a) que não seja concedida a pensão ao autor; b) subsidiariamente, caso deferida a pensão, seja concedida a partir da mesma data em que realizado o desdobramento da pensão anterior; e c) caso não acolhidas as defesas anteriores, seja admitido o desconto proporcional da pensão anterior, de modo a impedir o pagamento em duplicidade[8]. Tais impugnações em caráter subsidiário também podem ser deduzidas em grau de recurso, de modo a esgotar as possibilidades de, em juízo, evitar o pagamento em duplicidade. Por melhores que tenham sido as intenções da medida provisória, certamente não será este o instrumento adequado para evitar que transitem em julgado decisões judiciais que eventualmente legitimem o pagamento em duplicidade.

Por tais razões, aguarda-se que o Congresso Nacional exclua ambas as regras por ocasião da conversão da Medida Provisória 871/2019 em lei.

[1] Nesse sentido, ADI 2.527 MC, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU 23.11.2007, ADC 11 MC, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU 29.6.2007, ADI 4.029, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 27.6.2012. É bastante emblemático o que decidido na ADI-MC nº 1.753, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJU 12.6.1998, que tratou de norma que alterava o prazo legal para as ações rescisórias.



[2] “Art. 77. A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em parte iguais”.

[3] “Art. 16. 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 ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; 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 ou deficiência grave; § 1º A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes”.

[4] “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

[5] “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

[6] Artigo 5º, LV: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

[7] Veja-se que a norma do § 4º contém uma impropriedade técnica, ao se referir à improcedência “da ação”. Como se sabe, o juiz reconhece a procedência (ou improcedência) do pedido, que é acolhido ou rejeitado.

[8] O que poderá depender de reconvenção ou denunciação da lide, conforme o caso (artigos 343 e 125 do CPC).

**Date Created**

04/02/2019