 <p>LABORJURIS SERVIÇOS EDUCACIONAIS E JURÍDICOS</p>	<p>Revista de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito da Seguridade Social</p>	<p>Jul/Dez v.1, n.2, 2019 ISSN: 2674-6913</p>	<p>1</p>
---	--	---	----------

UMA ANÁLISE ACERCA DA (IN) EXISTÊNCIA DO DIREITO AO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE EM FAVOR DO NASCITURO

Autores¹
Irosania da Silva Santana²
Joice Lima Ferreira Jesus³
Lourenço Francisco dos Santos Filho⁴

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo realizar um estudo teórico acerca do direito do nascituro à pensão por morte. De antemão, será feita uma análise se o referido direito é assegurado pela Constituição Federal. No segundo momento será abordado como a doutrina cuidou de analisar da pensão por morte em favor do nascituro. E por fim o entendimento jurisprudencial acerca da matéria, bem como o entendimento do Instituto Nacional de Seguridade Social-INSS a respeito da matéria. A metodologia abordada foi a revisão constitucional, doutrinária e jurisprudencial que trazem conceitos essenciais, julgados, disposições para entender os direitos do nascituro, bem como a garantia do direito de pensão por morte.

Palavras-Chave: pensão por morte; nascituro; direito previdenciário; constituição.

RESUMEN


Este trabajo tiene como objetivo a llevar con un estudio teórico referente el derecho del feto a la pensión para la muerte. De antemano, un análisis será hecho si relacionado el derecho es asegurado por la constitución federal. En el según momento lo subirán como la doctrina tomó cuidado de para analizar de la pensión para la muerte para el feto. E finalmente el acuerdo jurisprudencial referente a la sustancia, así como el acuerdo del instituto nacional de la Seguridad Social con respecto a la sustancia. La metodología subida era

¹ Trabalho realizado pelos discentes do Curso de Direito na Universidade do Estado da Bahia – UNEB – Campus XIX, vinculado ao componente curricular Direito da Seguridade Social, sob a regência e orientação do professor Dr. José Araujo Avelino (E-mail: dravelino@hotmail.com).

² Irosania da Silva Santana - E-mail: zany.ss@hotmail.com

³ Joice Lima Ferreira Jesus - E-mail: joice.li@hotmail.com

⁴ Lourenço Francisco dos Santos Filho - E-mail: louhresco@gmail.com

 <p>LABORJURIS SERVIÇOS EDUCACIONAIS E JURÍDICOS</p>	<p>Revista de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito da Seguridade Social</p>	<p>Jul/Dez v.1, n.2, 2019 ISSN: 2674-6913</p>	<p>2</p>
---	--	---	----------

constitucional, doctrinal y jurisprudencial la revisión que trae los conceptos esenciales, juzgados, disposiciones entender las derechas del feto, así como la garantía de la derecha de la pensión para la muerte.


Palabras-Claves: pensión para la muerte; derecho del feto; derecho de la seguridad; constitución.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo busca realizar um estudo teórico acerca da possibilidade do direito a pensão por morte em favor do nascituro, a fim de identificar como a Constituição, jurisprudência e doutrina tratam da matéria, de modo que seja observado se há uma garantia expressa da possibilidade jurídica do nascituro receber o benefício pensão por morte. Para isso, a construção deste artigo será desenvolvida a partir de uma análise de produções bibliográficas.

Desta forma, o propósito desse artigo é trazer uma abordagem crítica e divergente do posicionamento adotado pelo o INSS para concessão de pensão por morte ao nascituro e sua omissão no dispositivo legal ao não equipará-lo como dependente do segurado falecido, tendo em vista, a falta de preocupação para a efetiva manutenção de existência e o desenvolvimento saudável do nascituro.

É de supra importância, leva-se em consideração os direitos que são inerentes a vida, mesmo que ainda não se tem um entendimento doutrinário majoritário sobre a concessão do benefício a pensão por morte ao nascituro, até porque, o INSS desconsidera o nascituro como dependente do segurado falecido, muitos tem se buscado na jurisprudência a tutela desse direito para o nascituro, tendo em vista o posicionamento normativo do art. 2º do Código Civil de 2002 "(...)A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro(...)".

 <p>LABORJURIS SERVIÇOS EDUCACIONAIS E JURÍDICOS</p>	<p>Revista de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito da Seguridade Social</p>	<p>Jul/Dez v.1, n.2, 2019 ISSN: 2674-6913</p>	<p>3</p>
---	---	--	-----------------

Percebe-se que mesmo o nosso código adotando-se uma corrente natalista, assim como vem sendo o posicionamento do INSS, é de fundamental importância levar-se em consideração a titularidade de direito que são inerentes ao nascituro desde sua concepção, como dispões o final do dispositivo normativo, ainda que esse direito seja de considerado de efeitos patrimoniais, pois mesmo que o “nascituro não seja considerado pessoa, a depender da teoria adotada, ninguém discute que tenha direito à vida, e não uma mera expectativa”. (GAGLIANO; FILHO, 2012, p.113)

Portanto, verifica-se a pertinência temática deste trabalho, pois busca-se um respaldo no ordenamento jurídico para a concretização da proteção dos direitos do nascituro.


2. ABORDAGEM CONSTITUCIONAL SOBRE O DIREITO DO NASCITURO

2.1. A constituição e os direitos fundamentais do nascituro

A Constituição Federal, norma maior do Estado Brasileiro, trata, dentre outras diretrizes relativas à constituição e formação do Estado, da previsão dos direitos fundamentais a pessoa humana. Nesse ponto, embora a Constituição na mencione diretamente os direitos do nascituro, pelo fato de garantir o direito à vida, assegura indiretamente o seu.

Disso, se deduz que a legislação infraconstitucional não pode estabelecer limite onde a Constituição não o fez. Na leitura da obra de Hans Kelsen apud Machado (1998), pode-se extrair entendimento convergente:

“Se as determinações da Constituição não são respeitadas, então não se produzem quaisquer normas jurídicas válidas, as normas em tais condições produzidas são nulas ou anuláveis, isto é: o sentido subjetivo dos atos postos inconstitucionalmente e que, portanto, não são postos de acordo com a norma fundamental, não será interpretado como seu sentido objetivo ou, então, essa interpretação - provisória - vem a ser repudiada”.

 <p>LABORJURIS SERVIÇOS EDUCACIONAIS E JURÍDICOS</p>	<p>Revista de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito da Seguridade Social</p>	<p>Jul/Dez v.1, n.2, 2019 ISSN: 2674-6913</p>	<p>4</p>
---	---	--	-----------------

Daí, portanto, a importância de se ater aos mandamentos constitucionais como forma de se alcançar a harmonização das normas de hierarquia diversa.

No bojo do art. 5º da Constituição Federal, encontramos elencados os direitos fundamentais, que não se limitam aos estabelecidos nesse artigo, é o que prevê o inciso LXXVIII, §2º, daquele artigo:


“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Relativamente aos nascituros, essa plêiade de direitos também o abrange, no que lhe for aplicável, por exemplo o direito à vida.

Relativamente à pensão por morte, que é objeto de nosso estudo, entendemos pelo cabimento do enquadramento do nascituro como beneficiário dessa, tendo como sustentáculo o inciso XLI, do art. 5º, da Magna Carta.

Além da previsão da proteção à maternidade e licença a gestante, que são direitos cujo interesse visa, também, à proteção ao nascituro. Dessa forma, seria um verdadeiro contrassenso a exclusão do nascituro como beneficiário da pensão por morte, sobretudo na hipótese de comoriência dos consortes que, em ato contínuo consegue-se realizar o parto, salvando dessa forma o recém-nascido e ainda se considerando que, nessa situação hipotética, o pai era quem arrimava a família.

Ademais, parece ser absolutamente tecnicista e cientificista o critério adotado para distinção do nascituro das demais pessoas, olvidando-se, destarte o princípio da dignidade da pessoa humana, embora não se considere o nascituro como capaz.

 <p>LABORJURIS SERVIÇOS EDUCACIONAIS E JURÍDICOS</p>	<p>Revista de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito da Seguridade Social</p>	<p>Jul/Dez v.1, n.2, 2019 ISSN: 2674-6913</p>	<p>5</p>
---	---	--	-----------------

Nesse ponto, cita-se Pedro Lenza (2019), que ao comentar o voto de um Relator sobre fato deste considerar que princípios dentre os quais “livre exercício dos direitos individuais” e “direito da pessoa humana” se refere tão-só ao indivíduo, pessoa já nascida:


“Nesse ponto, deixamos, com o máximo respeito, a nossa crítica, pois não nos parece tenha o texto se omitido de destinar esses direitos e garantias ao nascituro, que, segundo o Relator, de fato, tem proteção legal, por exemplo, no art. 2.º do CC; no art. 9.º, § 7.º, da Lei de Transplantes (Lei n. 9.434/97); nos arts. 124-126 do CP (aborto) ”.

Como se pode inferir, tanto a Constituição como a legislação infraconstitucional garantem direitos ao nascituro. Deve-se prevalecer, pois, o brocardo de que quem pode mais, pode menos.

Hoje em dia, em que se tem presenciado verdadeira mudança de paradigma com o reconhecimento, por exemplo, de diversificada entidade familiar. O que era impossível de se admitir pouco tempo atrás, já é realidade. O STF, já se posicionou, inclusive, da seguinte maneira:

Por unanimidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que, para fins de aplicação de políticas públicas no Distrito Federal, o reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo não pode ser excluído do conceito de entidade familiar. A decisão foi tomada no julgamento em sessão virtual da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5971.

Embora, não se pretenda fazer um paralelo entre a decisão do STF e a situação do nascituro, relativamente ao benefício de pensão por morte, o lapso temporal da concepção ao nascimento deve ser levado em conta, pois se trata de período inferior a um ano e, inclusive poder suscitar situação inusitada, na hipótese de, por exemplo, em parto de gêmeos ou mais, o lapso de horas pode determinar a aquisição de direito pelo irmão em

 <p>LABORJURIS SERVIÇOS EDUCACIONAIS E JURÍDICOS</p>	<p>Revista de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito da Seguridade Social</p>	<p>Jul/Dez v.1, n.2, 2019 ISSN: 2674-6913</p>	<p>6</p>
---	---	--	-----------------

detrimento do outro, isso pode se dar pelo fato de ter nascido, por exemplo por algumas horas de diferença.

Ainda sobre direito a vida, mister se faz lembrar que como o Brasil é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e esta reconhece a vida desde da concepção, isso sinaliza, pois, mais um motivo para se reconhecer o direito do nascituro no que tange à hipótese de enquadramento do mesmo como beneficiário da pensão por morte. Já que àquele alcança direitos universais e não há, pois, a priori, motivo plausível para exclusão dele do rol de beneficiário.


2.2 Abordagem teóricas sobre consideração da personalidade de nascituro

No bojo da discussão sobre direito do nascituro está em voga considerá-lo ou não sujeito de direito e obrigações. Ora, o nosso Código Civil prevê a curatela do nascituro no art. 1779. Embora a legislação pátria não considere o nascituro como sujeito de direito e obrigação, a teoria concepcionalista preconiza o seguinte:

“[...]nascituro possui personalidade jurídica, ou seja, desde a concepção, o feto pode figurar como sujeito de direitos e obrigações, assemelhando-se à pessoa natural. Ao proteger legalmente os direitos deste, o ordenamento já o considera como pessoa, sendo, portanto, sujeito de direitos e, conseqüentemente, possuindo personalidade jurídica”.

Nota-se que por essa teoria estaria praticamente estanque a nossa discussão em torno do direito de o nascituro ser considerado beneficiário de pensão por morte, pois, sendo esse capaz, por analogia seria comparado com os filhos já nascidos.

Já no bojo da teoria da personalidade condicional “se sujeita ao nascimento com vida”. Parece que o legislador, ao negar a qualidade de beneficiário ao nascituro se filiou a essa teoria, pois razão outra parece não haver para que se negue àquele a qualidade de beneficiário.

 <p>LABORJURIS SERVIÇOS EDUCACIONAIS E JURÍDICOS</p>	<p>Revista de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito da Seguridade Social</p>	<p>Jul/Dez v.1, n.2, 2019 ISSN: 2674-6913</p>	<p>7</p>
---	---	--	-----------------

Por fim, o que se busca nesse trabalho, pois, é a necessidade de proteção plena da vida, sobretudo onde possa haver a possibilidade de vulnerabilidade, por conseguinte deterioração da mesma.

Repisa-se carecer de sistematicidade o critério escolhido para determinar se o nascituro pode ser enquadrado como beneficiário, quando se há a garantia da proteção à vida e a dignidade da pessoa humana, e, no entanto, em situação em que há a necessidade de preservação daquela, nega-se, apenas lançando mão de determinismo científico, bem como análise puramente objetiva, ocasião em que o bem tutelado é a própria vida. Em crítica semelhante, Pedro Lenza (2019, p.1780) cita o fato de o STF ter chegado à conclusão de que “a vida começa com a existência do cérebro, sem apresentar qualquer análise axiológica ou filosófica”.


Portanto, se a Constituição salvaguarda a dignidade da pessoa humana, abrangendo o nascituro, nas situações em que há necessidade de preservação da vida desse, com suporte financeiro para a gestante, seja para realização de eventual exame necessário para uma gravidez sadia, seja para outro fim, tendo em vista a preservação da vida intrauterina, mister se faz garantir, nos casos onde couber, a garantia da pensão por morte ao nascituro.

3. ABORDAGENS DOUTRINÁRIAS FAVORÁVEIS À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO

3.1. Conceito de nascituro

Nascituro segundo seu entendimento etimologicamente deriva da palavra *nasciturus*, que significa aquele que deverá ou que está por nascer, no entendimento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald “(...) o nascituro é aquele que já está concebido, no ventre materno, mas ainda não nasceu. É aquele que ainda está no corpo da genitora (...)”. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 260).

Verifica-se que mesmo que o nascituro ainda se encontra no corpo da genitora, sua existência é comprovada a partir da concepção, dando início assim, aos primeiros

 <p>LABORJURIS SERVIÇOS EDUCACIONAIS E JURÍDICOS</p>	<p>Revista de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito da Seguridade Social</p>	<p>Jul/Dez v.1, n.2, 2019 ISSN: 2674-6913</p>	<p>8</p>
---	--	---	----------

procedimentos para sua existência intrauterina, até, enfim, seu nascimento ao mundo externo, que se concretiza com seu nascimento com vida.


3.2. Abordagem contrária sob o entendimento do INSS na concessão por morte ao nascituro

A pensão por morte segundo o entendimento do INSS é um “benefício pago aos dependentes do segurado que falecer ou, em caso de desaparecimento, tiver sua morte declarada judicialmente”.

Para fins de se fazer jus ao benefício, deve-se demonstrar a qualidade do segurado do benefício, seu fato gerador (morte do segurado), assim como, a qualidade de dependente do interessado. A lei apresenta um rol taxativo ao apresentar quais serão assegurados por esse benefício, onde se encontra no art. 16 da Lei de Planos e Benefícios da Previdência Social (Lei 8.213/91), é de perceber que não há a presença do nascituro entre os dependentes do segurado, mas sim, filho não emancipado, tendo em vista que, no art. 2º do Código Civil de 2002 estabelece que personalidade civil começa a partir do nascimento com vida, para fim de lhe assegurar direito e deveres, norma também assegura a titularidade desde a concepção os direitos do nascituro, se entendendo assim, que desde a concepção ao nascituro é assegurado os seus direitos, entendendo-se aos deveres atribuídos aos seus responsáveis de fornece os meios necessários para se concretizar o seu nascimento, meios esses, que vai proporcionar o desenvolvimentos saudável do nascituro estando ainda no útero materno.

É de se entender que se a lei descreve salvo os direitos do nascituro, é de compreender que a pensão por morte está entre esses direitos, mesmo que o nascituro ainda não tenha nascido, mas ele existe e, para sua continuação de existência são necessários os direitos que possa lhe assegurar o seu nascimento com vida, nascimento esse, que depende de meios necessários fornecido por seus responsáveis.

Segundo as teorias da personalidade abordadas por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

 <p>LABORJURIS SERVIÇOS EDUCACIONAIS E JURÍDICOS</p>	<p>Revista de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito da Seguridade Social</p>	<p>Jul/Dez v.1, n.2, 2019 ISSN: 2674-6913</p>	<p>9</p>
---	---	--	-----------------


Organizando a compreensão da matéria e percebendo que a controvérsia traz como pano de fundo a discussão acerca do próprio início da personalidade jurídica, é possível observar que a doutrina se divide em três grandes teorias:

i) natalista, segundo a qual a personalidade civil somente se inicia com o nascimento com vida, inexistindo direitos para o nascituro antes de seu nascimento;

ii) da personalidade condicional, afirmando que desde a concepção o nascituro já possui os direitos da personalidade, estando os direitos patrimoniais – decorrentes de herança, legado ou doação – condicionados ao nascimento com vida. Por isso, observando que os direitos patrimoniais estão condicionados, sustenta essa teoria que a própria personalidade jurídica está condicionada, apesar de os direitos da personalidade já serem reconhecidos desde a concepção;

iii) concepcionista, por meio da qual se afirma que o nascituro já titulariza, desde a concepção, os direitos da personalidade e, em razão disso, já dispõe de personalidade jurídica, apesar de seus direitos patrimoniais ficarem condicionados ao nascimento com vida. Ou seja, para os teóricos concepcionistas, se o nascituro já tem direitos da personalidade é porque já dispõe da própria personalidade jurídica, mesmo que os direitos patrimoniais estejam condicionados.

Doutrinariamente ainda não se tem um posicionamento pacífico, ao conceder o benefício da pensão por morte, atualmente se percebe que a previdência vem adotando a teoria natalista, o INSS recusa a concessão de benefícios, mesmo em habilitação posterior ao não estabelecer como dependente do segurado o nascituro, entendendo-se que a concessão do benefício só será concedida a partir do nascimento do filho, não concedendo os pagamentos dos valores referentes ao benefício desde a data do falecimento do segurado. Nota-se que, em se tratando do óbito do mantenedor após o nascimento do filho o entendimento é outro, como se entende nos termos do art. 198, inc. I do Código Civil de

 <p>LABORJURIS SERVIÇOS EDUCACIONAIS E JURÍDICOS</p>	<p>Revista de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito da Seguridade Social</p>	<p>Jul/Dez v.1, n.2, 2019 ISSN: 2674-6913</p>	<p>10</p>
---	---	--	------------------


2002, ou seja, a este terá direito desde a data do falecimento do segurado não ocorrendo à prescrição, podendo ser requerida a qualquer tempo.

No que tange aos direitos do nascituro, direitos estes que não esperam ou estão condicionado ao nascimento com vida para ser exercido, são direitos de cunho existencial, como o direito à vida, saúde, dignidade física, alimentos, não há que se falar em condição para o exercício deste, muito pelo contrário, o não exercício desses direitos coloca em risco o nascimento com vida do nascituro.

De fato, é indubitoso o reconhecimento ao nascituro dos direitos necessários para que venha a nascer vivo (direitos da personalidade), enfim, dos direitos ligados à sua condição essencial para adquirir personalidade, tais como o direito a reclamar alimentos, à assistência pré-natal e à indenização por eventuais danos causados pela violação de sua imagem (como no exemplo de uma clínica de assistência pré-natal que explora a imagem da ultrassonografia) ou de sua honra.

Na doutrina se percebe que como sendo a pensão por morte um direito de natureza patrimonial, somente serão adquiridos pelo nascituro com a realização do nascimento com vida, sendo essa condição, para sua eficácia, sobretudo, é importante que para exercício dos direitos intrínsecos a existência do nascituro não nasce em arvore, ou vem de graça, necessita-se de patrimônio pecuniário para supri-los:

Independentemente de se reconhecer o atributo da personalidade jurídica, o fato é que seria um absurdo resguardar direitos desde o surgimento da vida intrauterina se não se autorizasse a proteção desse nascituro — direito à vida — para que justamente pudesse usufruir tais direitos. Qualquer atentado à integridade do que está por nascer pode, assim, ser considerado um ato obstativo do gozo de direitos.


	Revista de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito da Seguridade Social	Jul/Dez v.1, n.2, 2019 ISSN: 2674-6913	11
---	--	---	-----------

É de se entender, que quando a norma traz salvo os direitos do nascituro, lhe atribui proteção a personalidade, portando titular de direitos, ainda que esses direitos estejam condicionados ao seu nascimento, mas verifica-se sua existência, sobretudo, mesmo que as eficácias de certos direitos fiquem condicionadas ao nascimento com vida do nascituro. No que diz respeito a direitos que repercute no seu saudável desenvolvimento, nada mais justo de que lhe seja concedido o benefício da pensão por morte ainda que não tenha nascido, pois esse benefício supre as demandas no que se refere ao amparo e proteção do nascituro assegurado na Declaração Universal dos Direitos Humanos “dispara que ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente (art. 4º), deixando antever um amplo sentido, tutelando, inclusive, o nascituro”¹⁰ (FARIAS; ROSENVALD, 2015, pg. 262), nesse sentido, é importante que as necessidades que protege e assegura o desenvolvimento do nascituro sejam supridas.

4. POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DO DIREITO À PENSÃO POR MORTE EM FAVOR DO NASCITURO

No âmbito jurídico brasileiro as jurisprudências são tratadas como fonte integrantes do direito, autores como Maria Helena Diniz assevera o uso destas como meio de suprir lacunas existentes no ordenamento jurídico¹¹. Conforme está previsto no artigo 126 do Código de Processo Civil: O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico¹². Diante disso, nota-se a necessidade de o judiciário buscar meios para fundamentar suas decisões, seja por analogia, costumes e os princípios gerais do direito conforme está disposto no artigo 4º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro.

A partir do amparo legal e doutrinário acima exposto, nota-se que a análise da jurisprudência é de muita relevância, pois demonstra como o judiciário tem se portado diante da ausência de expressão legal do direito do nascituro à pensão por morte no rol do art. 16 da lei 8.213/91, rol este que descreve, taxativamente, os dependentes do segurado falecido, como exposto no tópico anterior. Assim, resta uma tarefa para o judiciário em decidir o direito dentro das possibilidades oferecidas pelo ordenamento.

 <p>LABORJURIS SERVIÇOS EDUCACIONAIS E JURÍDICOS</p>	<p>Revista de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito da Seguridade Social</p>	<p>Jul/Dez v.1, n.2, 2019 ISSN: 2674-6913</p>	<p>12</p>
---	---	--	------------------


A lei 8.213/91, a princípio, tratou dos direitos dos dependentes da pessoa segurada falecida em uma perspectiva de arranjo familiar cunhada na “padronização” no qual há a necessidade de um elo direto e formal entre os dependentes e a pessoa segurada falecida, seja através do casamento, união estável, seja através do registro de nascimento dos filhos. Sabiamente, posteriormente, houve uma releitura de que não somente os filhos da relação conjugal seriam os dependentes, mas todos os filhos oriundos de toda relação sendo o suficiente ser comprovada a filiação.

Nota-se, contudo, que a referida lei que trata do benefício da pensão por morte não consegue atender as transformações sociais, na qual é perceptível a existência de relações diversas que não necessariamente possuem o ato formal, casamento ou união estável, e que, conseqüentemente, ocasiona a gestação. Isso revela a necessidade de se pensar a extensão do direito ao nascituro, bem como da mulher gestante, pois dentro desse contexto a necessidade de proteção de ambos é gritante e simultânea, pois como se sabe há cuidados e procedimentos necessários para uma boa gestação.

Desta forma, atrai-se a discussão para o desafio ao judiciário para abarcar mudanças sociais e garantir direitos previstos constitucionalmente. Porém, não é este o posicionamento majoritário jurisprudencialmente. Nesse sentido o Tribunal Regional Federal da 3ª região tem o entendimento de que o direito a pensão por morte é contado a partir da data do nascimento, desconsiderado a fase da gestação do nascituro, oportuna é a transcrição da jurisprudência:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. VALORES EM ATRASO. FILHO NASCIDO APÓS O ÓBITO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO. DATA DO NASCIMENTO.

1. O fato gerador da pensão por morte se deu antes da vigência da Medida Provisória nº 1.596-14, de 10/11/97, convertida na Lei nº 9.528, de 10/12/97, devendo ser aplicado no caso o texto legal então

 <p>LABORJURIS SERVIÇOS EDUCACIONAIS E JURÍDICOS</p>	<p>Revista de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito da Seguridade Social</p>	<p>Jul/Dez v.1, n.2, 2019 ISSN: 2674-6913</p>	<p>13</p>
---	---	--	------------------

vigente, que dispunha ser a pensão por morte devida "a contar da data do óbito" (art. 74 da Lei nº 8.213/91).

2. O apelante, nascido após o óbito de seu pai, faz jus ao pagamento dos atrasados entre a data de seu nascimento e a concessão administrativa.

3. Apelação parcialmente provida


(TRF-3-AC: 0001454-95.2011.4.03.6115, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA, Data de Julgamento: 03/12/2013, DÉCIMA TURMA)

O entendimento supramencionado parte do pressuposto que o direito deve ser efetivado a partir do nascimento com vida, tal posicionamento vai de encontro a proteção aos direitos do nascituro, pois antes do nascimento há o período gestacional que reflete diretamente no nascimento com vida.

Entretanto, é possível encontrar decisões recentes que buscam assegurar os direitos do nascituro à pensão por morte, como decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, embora seja seguradora privada o referido tribunal se ateve ao direito do nascituro, uma vez que aquela interpôs recurso à decisão do *juízo a quo*, imperiosa é a transcrição:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. PENSÃO POR MORTE. NASCITURO. INCLUSÃO NO ROL DE BENEFICIÁRIOS. DIREITOS ASSEGURADOS. RECURSO NÃO PROVIDO. –“A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” – Exige-se a prévia inscrição de filho ainda não nascido, mas já concebido, é incorrer em discriminação deste em relação aos demais filhos incluídos, mormente considerando que seu genitor/ participante do plano de previdência privada faleceu antes do nascimento do filho.

(TJ-MG-AC:10024095193074002 MG, Relator: José Flávio de

 <p>LABORJURIS SERVIÇOS EDUCACIONAIS E JURÍDICOS</p>	<p>Revista de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito da Seguridade Social</p>	<p>Jul/Dez v.1, n.2, 2019 ISSN: 2674-6913</p>	<p>14</p>
---	---	--	------------------

Almeida. Data de Julgamento: 05/06/2013, Câmaras Cíveis/12ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 14/06/2013)

A decisão demonstra a devida proteção que deve ser dada ao nascituro, uma vez que a gestação adequada através da garantia da subsistência simultânea a manutenção da genitora, reflete diretamente no nascimento com vida, como abordado ao longo do artigo. Portanto, o uso da analogia e a observância de preceitos constitucionais são imprescindíveis para justificar as decisões judiciais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS


No decorrer deste artigo, buscou-se identificar a (in)existência de previsão legal ao direito do nascituro à pensão por morte, porém restou visível que há uma resistência de alguns tribunais conceder, uma vez que estão inclinados à concepção natalista, como foi exposto na análise doutrinária, o pressuposto do nascimento com vida para concretização do direito. Mas, nota-se que as decisões inclinadas nessa perspectiva contrariam as disposições constitucionais que asseguram os direitos do nascituro.

Nessa perspectiva, a ausência da disposição na lei do 8.213/91 não deveria condicionar a proteção do nascituro diante da amplitude do ordenamento jurídico, uma vez que este possui mecanismos integrativos para suprir possíveis lacunas que decorrem da dificuldade legiferante de acompanhar, temporalmente, as transformações sociais.

Diante disso, da construção deste artigo, entende-se necessária a proteção e garantia igualitária ao direito do nascituro à pensão por morte, para que, assim, a lei não lese os direitos destes dentro do ordenamento jurídico.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998.

 <p>LABORJURIS SERVIÇOS EDUCACIONAIS E JURÍDICOS</p>	<p>Revista de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito da Seguridade Social</p>	<p>Jul/Dez v.1, n.2, 2019 ISSN: 2674-6913</p>	<p>15</p>
---	---	--	------------------

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 19/09/2019.

LENZA, Pedro. Coleção esquematizado – 23. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. (Coleção esquematizado

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423582> > Acesso em: 19 de setembro 2019.

GUIMARÃES, Phelipe Dimas Machado. Tutela Jurídica do Nascituro à Luz da Constituição Federal. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/62884/tutela-juridica-do-nascituro-a-luz-da-constituicao-federal>>. Acesso em 20/09/2019.

INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (INSS). Disponível em: <<https://www.inss.gov.br/beneficios/pensao-por-morte/>>. Acesso em 18 de setembro de 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Parte Geral e


LINDR. 13 ed.rev. ampl. atual. Salvador: JusPodivm, 2015, vol. 1, p. 263.

_____ Ibidem, p. 264.

_____ Ibidem, p. 48.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: parte geral e lindb. v. 1. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015.

DINIZ. Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 22. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005,

 LABORJURIS SERVIÇOS EDUCACIONAIS E JURÍDICOS	Revista de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito da Seguridade Social	Jul/Dez v.1, n.2, 2019 ISSN: 2674-6913	16
--	--	---	-----------

v.1., p. 22. 12- BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 19/09/2019.

BRASIL. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 19/09/2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Manual de direito civil. v. único. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

Submissão do artigo: Setembro/2019

Publicação do artigo: Dezembro/2019