

PENSÃO POR MORTE AO MENOR SOB GUARDA FRENTE À ALTERAÇÃO DO ART.16, § 2º DA LEI Nº 8.213/1991¹

Rutilene Souza de Menezes²

Luciano Braga Lemos³

RESUMO

A finalidade do presente artigo é analisar a exclusão da figura do menor sob guarda do rol de dependentes dos segurados da previdência social, regulamentada pela Lei nº 9.528/1997, a qual dela se originou nova redação ao artigo 16, § 2º da Lei previdenciária nº 8.213/1991. A referida alteração foi realizada com o intuito de evitar fraudes ao sistema previdenciário, ocorre que a legislação que precedeu a presente reforma vai de encontro com o dispositivo 33 § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/1990), a qual expressa que o menor sob guarda é dependente inclusive para fins previdenciários, no caso em questão de seu guardião. Não obstante, a Lei previdenciária é oposta ao princípio da proteção integral da criança e do adolescente protegido pelo ordenamento jurídico, a saber, a Constituição Federal Brasileira de 1988. Diante dessa exclusão o menor sob guardar busca a via judiciária a fim de que recebam a pensão por morte decorrente do óbito de seu guardião, porém os entendimentos dos Tribunais Superiores se divergem entre suas decisões. Por fim sugere-se a discussão do presente tema a fim de que estes mereçam atenção devida, dada a sua origem constitucional, sob pena de mais

¹O presente artigo é resultado de pesquisa realizada como Trabalho de Conclusão de Curso, para o curso de Direito da Rede Doctum de Ensino – Unidade Serra/ES

²Acadêmica do 10º Período do Curso de Direito da Rede Doctum de Ensino - Unidade Serra/ES. Pesquisa realizada para o TCC do Curso de Direito da Rede Doctum de Ensino - Unidade Serra/ES – Exercício 2018.

³Docente da Rede Doctum - Unidade Serra/ES, Mestre em Direito - Justiça e Cidadania pela Universidade Gama Filho, RJ - (UGF - 2002), Especialista em Direito do Trabalho, Constitucional e Processual do Trabalho pela Faculdade Cândido Mendes de Vitória, ES - (FCMV - 2000), Especialista em Direito Civil e Direito Processual pelo Centro Universitário do Espírito Santo, ES (UNESC - 1999), Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo, ES (UFES, 1998), Professor e Orientador/TCC do Instituto Ensinar Brasil (Faculdade Doctum/Serra, ES) e Analista Judiciário - Comissário de Justiça da Infância e Juventude do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo (TJES, ES).

uma vez em sua história deixem de ser vistos como de fatos sujeitos de direito e merecedores da conquistas por eles alcançadas.

Palavras-chave: Pensão por morte. Menor sob guarda. Princípio da Proteção Integral. Direito Fundamental. Jurisprudência.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the exclusion of the child under the care of dependents of the social security insured, regulated by Law 9.528 / 1997, which originated a new wording to article 16, § 2 of Social Security Law 8.213 / 1991. The aforementioned amendment was made with the purpose of avoiding fraud to the social security system, it occurs that the legislation that preceded the present reform is in agreement with the provision 33 § 3 of the Statute of the Child and Adolescent (Law 8.069/90), which expresses that the minor under guard is dependent even for social security purposes, in the case in question of his guardian. Nevertheless, the Social Security Law is opposed to the principle of the integral protection of the child and the adolescent protected by the legal order, namely, the Brazilian Federal Constitution of 1988. Before this exclusion the minor under guard search the judicial process so that they receive the pension for death resulting from the death of his guardian, but the understandings of the Superior Courts diverge between their decisions. Finally, the discussion of the present theme is suggested so that they deserve due attention, given their constitutional origin, under penalty of once again in their history they cease to be seen as facts of law subjects and deserving of the conquests by them achieved.

Keywords: Pension by death. Minor under guard. Principle of Integral Protection. Fundamental right. Jurisprudence.

1INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como finalidade discutir o posicionamento adotado pelo Regime Geral de Previdência Social – (RGPS) representado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), assim como o entendimento da doutrina e da

jurisprudência a respeito da concessão do benefício de pensão por morte a criança e ao adolescente sob a guarda de segurados, levando em consideração que legislação previdenciária alterou o artigo 16 da Lei nº 8.213/1991 suprimindo o menor sob guarda do rol de dependentes do segurado por meio da Lei nº 9.528/1997.

Para melhor compreensão, se faz necessário a discussão dos direitos previdenciários da criança e adolescente previstos pela Constituição Federal de 1988, sendo estes os sujeitos de direito discutidos na referente pesquisa, cabe elucidar inicialmente sobre a evolução dos direitos das crianças e do adolescente e sobre a legislação especial do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECRIAD).

Requer ainda analisar os institutos da adoção, a tutela e a guarda como institutos voltados a colocar crianças e adolescentes em família substituta, porém, diferentes destes institutos, a guarda, que não garante a mesma proteção previdenciária dada ao tutelado e ao adotado, o que revela tratamento diferenciado.

Em outras palavras, as crianças e os adolescentes vêm encontrando obstáculos para a sua inscrição como dependente do segurado para o recebimento do benefício da pensão por morte, proveniente de seu guardião dado o entendimento controverso ao tema entre a Lei previdenciária e ao ECRIAD.

Verifica-se de outro lado, que considerando que o instituto da guarda não é munido de muitas exigências, a previdência passou por algumas fraudes, em que as crianças e adolescentes foram colocadas sob a guarda, com a única finalidade de assegurar o futuro recebimento da pensão por morte. Com a finalidade de colocar um fim nessas fraudes, a lei previdenciária passou por algumas modificações e acabou transferindo o ônus dessas alterações para as crianças e adolescentes sob guarda que realmente necessitam, causando assim consequências a estas.

Neste diapasão será mencionada na presente pesquisa as Ações Indiretas de Inconstitucionalidade que defendem a inconstitucionalidade parcial da Lei nº 9.528/1991. Após as elucidações do referido artigo, afirmaremos o merecimento da discussão quanto à pensão morte ao menor sobre guarda.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A evolução dos direitos da criança e do adolescente no ordenamento brasileiro é marcada por quatro fases, a primeira fase denominada de fase da

Absoluta Indiferença perdurou até o início do século XVI, essa fase é marcada pela ausência de normas tutelares dos direitos da criança e do adolescente. A segunda fase é conhecida como fase da mera imputação criminal, que iniciou no séc. XVI e teve como marco a edição do Código Mello Matos em 1927 até o Código de Menores de 1979, as leis existentes durante esse período tinham apenas a finalidade de coibir e punir as ações consideradas ilícitas. Na terceira fase ou fase tutelar, pretendia-se a promover a proteção das crianças de situações irregulares com a integração sócio familiar, assistencialismo e práticas segregatórias, essa fase se iniciou com a edição do Código de Menores de 1979 até a Constituição de 1988 (BRASIL).

Durante a terceira fase, no ano de 1986 diversos grupos organizados passaram a se mobilizar a fim de influenciar a Assembleia Nacional Constituinte na adoção de políticas públicas atribuídas à criança e ao adolescente, bem como, na luta pela transformação do sistema, tido como retrógrado e ineficaz. Foram organizados dois grupos que tinham com a finalidade influenciar a criação da Nova Constituição. O primeiro conhecido por “Comissão Criança e Constituinte” e o segundo “Fórum Nacional de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente”, os referidos grupos apresentou cada um, uma proposta que resultou nos artigos 227 e 228 da Constituição Federal Brasileira de 1988, (BRASIL):

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Art.228 São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

Iniciou-se a partir da regulamentação desses artigos a quarta fase, conhecida como fase da Proteção Integral, em que as crianças e adolescentes passaram a ser considerados como sujeitos de direito. Assim foi atribuída a responsabilidade da criança e do adolescente ao Estado, sociedade e a família, com absoluta prioridade, cuidado e proteção, em razão de serem considerados como pessoa em desenvolvimento.

O Princípio da Proteção Integral, segundo André Custódio e Joseane Veronense (2009, p.114) é visto como “[...] o reconhecimento de todos os direitos

fundamentais inerentes à pessoa humana, ou ainda direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”, inseridos no ordenamento brasileiro através da Constituição de 1988.

No que tange a introdução da Proteção Integral na Constituição Federal, Luiz Antônio Miguel Ferreira e Cristina Teranise Doi (2014), expõem:

Introduziu-se a Doutrina da Proteção Integral no ordenamento jurídico brasileiro através do artigo 227 da Constituição Federal, que declarou ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar, à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (FERREIRA; DOI, 2014, P.03)

A fase da doutrina da Proteção Integral foi preconizada pela Organização das Nações Unidas (ONU), por meio da Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, a partir dessa visão, as crianças e adolescentes se resguardam do dever de serem protegidos de forma especial para que tenham todos os seus direitos garantidos.

Importante destacar que assim como a Constituição Federal de 1988 traz proteção especial aos direitos da criança e do adolescente, a Convenção Internacional sobre os Direitos Humanos da Criança, ratificado pelo Brasil também prescreve em seu art.26 uma importante conquista em que expõe que “Os Estados Partes reconhecerão a todas as crianças o direito de usufruir da previdência social, e adotarão medidas necessárias para lograr a plena consecução desses direitos, em conformidade com sua legislação nacional” (RASIL, 1990).

Verifica-se por meio do exposto que os direitos da criança do adolescente se estendem não apenas nacionalmente, mas por documento internacional, em que demonstra que esses direitos passam a ser considerado de cunho imprescindível para o desenvolvimento de todos os homens quantos cidadãos.

Em 1990 a Lei nº 8.069 é aprovada e recebe a denominação de Estatuto da Criança e do Adolescente (ECRIAD), trazendo consigo um rol de direitos, dentre os quais estão o direito à vida, à saúde, a liberdade, o respeito e a dignidade, o direito à convivência familiar, educação, cultura e lazer dentre outros. Os direitos da Criança e do Adolescente passam a serem vistos como inerentes, recebendo para si uma lei específica e voltada para a garantia de seus direitos.

A criança e ao adolescente passam a ser conferidas proteções para a

inviolabilidade de elementos que põe em risco o seu desenvolvimento físico e psíquico inerentes a sua formação, sendo extirpado todo o tipo de discriminação que afetem o seu desenvolvimento.

Importante destacar o art. 3º, § único da Lei nº 8.069/1990 (ECRIAD) que expressa:

Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem. (BRASIL, Incluído pela Lei. Nº 13.257/2016)

Diante do exposto verifica-se que o ECRIAD possui concepção político-social, considerado como instrumento voltado para o desenvolvimento social da criança e do adolescente, não sendo diferente a Constituição Federal Brasileira de 1988 que garante proteção especial, através de mecanismos que envolvem a participação da sociedade e do Estado na criação de institutos como Conselhos de Direito que visem à aplicabilidade de direitos já garantidos.

Assim prevê o art. 7º da Lei nº 8.069/1990 Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL), “A criança e ao adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas públicas quem permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente completa 28 anos e ainda é recorrente discussões acerca do seu texto, considerados por muitos como protecionista e para outros, capaz de construir uma sociedade mais justa através de cidadãos do amanhã.

Os direitos das crianças e adolescentes fizeram um longo percurso até serem efetivamente conquistados, e ainda continuam a percorrer e vencer muitos obstáculos apesar dos numerosos embates que põem em risco a efetividade e a sua segurança, atentando assim para a sua inaplicabilidade, embora sejam reconhecidos pela Organização das Nações Unidas (ONU) e pela Constituição Federal Brasileira De 1988.

3 PENSÃO POR MORTE: ASPECTOS GERAIS

A pensão por morte é regulamentada pelos artigos 105 e 116 do Decreto n. 3.048/1999 e previsto nos artigos 74 e 79 da Lei nº 8.213/1991 (Lei de Previdência Social), bem como, possui fundamento constitucional no artigo 201, inciso V, no qual expõem em § 2º, valor não inferior a um salário-mínimo.

A pensão por morte possui três requisitos para a sua concessão: I) óbito do segurado; II) qualidade de segurado (não necessário na data do falecimento); e III) qualidade de dependente postulante do referido benefício.

Para o preenchimento do primeiro requisito, o segurado independe se está aposentado ou exercendo suas atividades laborais ao tempo de seu falecimento, pois o falecimento é requisito suficiente para preencher o primeiro requisito conforme previsto no art. 74 da Lei nº 8.213/1991.

A morte biológica, bem como a morte presumida com ou sem declaração de ausência gera direito ao benefício.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 6º expressa que, a existência da pessoa termina com a morte, presumida quantos aos ausentes em casos que a lei autoriza a abertura da sucessão.

Assim expõe o artigo 7º do Código Civil Brasileiro de 2002:

Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência:

I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida;

II - se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra.

Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.

Diante do exposto é possível identificar três tipos de morte: a biológica e a presumida com declaração de ausência, ambas previstas no artigo 6º e a presumida sem decretação de ausência, constante no art. 7º. Discute-se ainda, a morte civil a fim de indicar a exclusão dos indignos do instituto da sucessão, conforme os termos previstos no art. 1.816 do Código Civil, contudo, tal ocorrência é improdutiva no que se refere ao direito previdenciário. O referido dispositivo aduz que são pessoais os efeitos da exclusão; os descendentes do herdeiro excluído sucedem, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão.

Segundo Sílvio de Salvo Venosa, (2002, p.188):

Não temos também a denominada morte civil, embora haja resquício dela, como, por exemplo, art.157 do Código Comercial e no art. 1.599 do Código Civil de 1916 (novo, art. 1.816). Por esse dispositivo do Código Civil, os excluídos da herança por indignidade são considerados como se mortos fossem: seus descendentes herdaram normalmente.

O benefício da pensão por morte trata-se de um benefício concedido aos dependentes do segurado do Regime Geral de Previdência Social, sendo para tal, o óbito do segurado. Diferente dos segurados que possuem ligação direta com a Previdência Social considerada como obrigatória, o dependente possui ligação indireta com o mesmo, tendo em vista o vínculo que este possui com o segurado, ressalta-se que não se trata de qualquer vínculo.

O art. 16 da Lei nº 8.213/1991 divide os dependentes do segurado em três espécies distintas: I) cônjuge, companheiro(a) e filho(a) não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido (dependentes preferenciais); II) os pais; III) o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido. Essa separação se equipara à ordem de vocação hereditária constante no artigo 1.829 do Código Civil, em que a existência de dependentes afasta os dependentes das classes seguintes do direito previdenciário conforme exposto no art.16, § 1º, da Lei nº 8.213/1991

A Pensão por morte se refere a um direito fundamental que decorre do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Verifica-se pela concessão do referido benefício, uma forma de aplicabilidade de princípios que atuam como base de segurança para aqueles que se encontra em situação de vulnerabilidade ante a sua condição.

Neste diapasão, é mister destacar o Sistema da Seguridade Social, pois a pensão por morte é um benefício abarcado pelo mesmo.

Assim o Professor Fábio Lopes Vilela Berbel (2005), conceitua o aludido Sistema:

“Desta forma, pode-se dizer, em princípio, que o Sistema da Seguridade Social é o conjunto de regras e princípios estruturalmente alocados, com escopo de realizar a Seguridade Social que, a partir de uma visão meramente política, seria a proteção plena do indivíduo frente aos infortúnios da vida capazes de levá-lo à indigência, ou seja, a proteção social da infelicidade individual”.

O benefício da Pensão por Morte enseja a dar proteção àqueles que dela são segurados, ante situações imprevistas que as impedem de promover o seu próprio sustento, destacando em especial a linha de pesquisa do presente artigo, a criança

e ao adolescente.

Diante do exposto, insta destacar o art. 1º da Lei nº 8.213/1991 (BRASIL), que assim expressa:

Art. 1º. A Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.

Neste diapasão, entende-se que a pensão por morte é um direito abrangido pelo Sistema da Seguridade Social fundado no Princípio dos Direitos Fundamentais, é de suma importância destacar que o referido direito foi guindado à Constituição brasileira a fim de contribuir para a dignidade daqueles diante da necessidade, proporcionando aos desiguais ao desfrute da igualdade material, por meio de ações positivas dos órgãos públicos.

Nesse teor, destaca Ingo Sarlet, (2005):

Os direitos sociais a prestações, ao contrário dos direitos de defesa, não se dirigem à proteção da liberdade e igualdade abstrata, mas, sim, como já assinalado alhures, encontram-se intimamente vinculados às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, bem como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que deles necessitem.

Robert Alexy (2011), entende que os direitos fundamentais a prestações tratam-se de típicos direitos à proteção social:

Direitos à prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta no mercado, poderia também obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência, à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos em sentido estrito.

Diante do exposto, compreende-se que os direitos em sentido estrito, ou seja, benefícios ou serviços necessitam de organização e sistematização para o seu cumprimento.

Assim, para que haja a efetividade dos direitos fundamentais e a sua justiciabilidade, há regras atinentes à sua organização em relação ao seu custeio, conforme expressa Wagner Balera (2011) de que “as linhas mestras da organização

e do custeio, assim como a descrição dos mais importantes dentre os benefícios e serviços de seguridade já vinham reguladas, com riqueza de detalhes pela própria Lei Fundamental”, diferente das anteriores, a Constituição de 1988 tem todo cunho programático que se destinam a efetivação dos direitos à previdência social, presentes no art. 195, 196 e 201, inciso I a V que constituem regras procedimentais e organizacionais para o seu custeio em exceção.

Verifica-se assim, que as referidas normas constitucionais possuem o intuito de concretizar a proteção social dos segurados e dependentes do regime geral da previdência social, consubstanciado na Lei nº 8.213/1991 (Lei da Previdência Social).

4 DEPENDÊNCIA DA CRIANÇA OU ADOLESCENTE SOB GUARDA AO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE

O artigo 227 da Constituição Federal Brasileira representa um marco na conquista nos direitos da criança e do adolescente, por ele foi concedida garantias e prioridades necessárias àqueles que se encontra em desenvolvimento, culminando assim em uma proteção plena.

Assim ficou estabelecido no artigo 227, “*caput*” da Constituição Federal:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Para o direito brasileiro, crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, resultantes da evolução histórica por eles conquistados. Assim por meio da prioridade absoluta, a Carta Magna, pretendeu possibilitar melhores condições de vida aos mais fracos em razão de sua condição peculiar e pelas mazelas da sociedade que vinha os marginalizando-os e os tornando vítimas das enormes desigualdades sociais.

Para Antônio Augusto Cançado Trindade, (1993):

O Direito dos Direitos Humanos não rege as relações entre iguais; opera precisamente em defesa dos ostensivamente mais fracos. Nas relações entre desiguais, posiciona-se em favor dos mais necessitados de proteção.

Não busca obter um equilíbrio abstrato entre as partes, mas remediar os efeitos do desequilíbrio e das disparidades. Não se nutre das barganhas da reciprocidade, mas se inspira nas considerações de ordem pública em defesa de interesses superiores, da realização da justiça. É o direito de proteção dos mais fracos e vulneráveis, cujos avanços em sua evolução histórica se tem devido em grande parte à mobilização da sociedade civil contra todos os tipos de dominação, exclusão e repressão. Neste domínio de proteção, as normas jurídicas são interpretadas e aplicadas tendo sempre presentes as necessidades prementes de proteção das supostas vítimas.

Dentro da análise do presente contexto, a criança e o adolescente quanto humanos, perecem de tratamento especial, dada a sua condição de vulnerabilidade por não responder na mesma proporção dos adultos. É cristalino observar a sua condição em razão de ser criança ou adolescente no tocante a proteção integral. Neste sentido destaca Amaral e Silva (1994, p.37) que o princípio da Proteção Integral “traz normas e institutos exclusivos, não de alguns, mas de todas as crianças e adolescentes. Consagra na ordem jurídica a doutrina da proteção integral; reúne, sistematiza e normatiza a proteção preconizada pelas Nações Unidas” Diante do exposto compreende-se que a Proteção Integral se estende a todas as crianças.

Especificando uma abordagem intrínseca no que concerne a atuação da pensão por morte ao menor sob guarda, assim prevê o artigo 33, § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990):

Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

Insta destacar que o referido dispositivo representa um avanço quanto aos direitos das crianças e adolescentes, um reconhecimento emanado pela Constituição Federal de 1988. O referido dispositivo se atém para o Instituto da Proteção Especial à condição da vulnerabilidade do menor sob guarda, imposto pela Constituição de 1988, que prescreve em seu art. 227, §3º, inciso III, (BRASIL) que: “O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: [...] II. Garantia de direitos previdenciários e trabalhistas [...]”. Sob essa ótica, identifica-se que os direitos previdenciários estão inclusos no núcleo da Proteção Especial, e que a condição guarda, nada mais é que condição de responsabilidade a àquele que se encontra desamparado.

Carbonera (2000, p. 43) aborda o termo guarda, com a finalidade de demonstrar um entendimento a fundo do real significado do termo no Direito de Família. A autora compreende o termo guarda como ato ou efeito de guardar. Este ato é exercido por um guardião que:

[...] sempre alerta, atuará para evitar qualquer dano. Tem como função a responsabilidade de manter a coisa intacta e, caso não logre êxito em sua atividade, responderá pelo descumprimento de seu papel [...] que está dotado de, pelo menos duas características básicas: a preciosidade e a fragilidade. É a existência de um valor que provoca nas pessoas a percepção da vontade de pôr a salvo de estranhos o que tem sob sua guarda, com a intenção de não correr risco de perda. (Carbonera, 2000, p. 44).

Por meio do art.33, §3º o ECRID, é possível visualizar a vinculação da condição vulnerabilidade do menor sob guarda, tendo em vista, a situação que a originou, requisito principal para a garantia de seus direitos. Verifica-se a partir deste contexto, a importância da pensão por morte ao menor.

O artigo 226 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL), assegura a criança e ao adolescente a proteção integral e a prioridade absoluta, que segundo o popular dicionarista brasileiro, Aurélio Albuquerque de Holanda Ferreira (1986), a prioridade é:

1. Qualidade do que está em primeiro lugar, ou do que aparece primeiro; primazia.
2. Preferência dada a alguém relativamente ao tempo de realização de seu direito, com preterição do de outros; primazia.
3. Qualidade duma coisa é que posta em primeiro lugar, numa série ou ordem. (DICIONÁRIO AURELIO, 1986, p. 1.393).

Verifica-se que o sentido de Prioridade Absoluta é a essência de primeiro lugar e sob qualquer condição. Neste mesmo sentido, leciona o Promotor de Justiça Wilson Donizeti Liberati (1991, p.4-5) que:

Por absoluta prioridade, devemos entender que a criança e o adolescente deverão estar em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes; devemos entender que, primeiro, devem ser atendidas todas as necessidades das crianças e adolescentes (...).

Por absoluta prioridade, entende-se que, na área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes dignas moradias e trabalho, não se deveria asfaltar ruas, construir praças, sambódromos monumentos artísticos etc., porque a vida, a saúde, o lar, a prevenção de doenças são importantes que as obras de concreto que ficam para demonstrar o poder do governante.

O princípio constitucional da Absoluta Prioridade aponta para um direito por ela já concedido em razão da condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Para Baldi (2016, p.7), a pensão por morte não deve ser vista como meio de suprimir apenas uma condição material e sim como uma forma de garantia a um futuro, um suporte financeiro para ajudar melhor a encaminhar a vida sem o mantenedor da família.

Assim a pensão por morte ao menor sob guarda se atribui ao sentido de igualdade aos demais dependentes, haja vista a sua condição que não se diferencia pela condição denominada “guarda”, o menor sob esta condição se equipara aos demais, sob o Princípio da Igualdade estabelecida pela Constituição Federal de 1988 em seu art.227.

5 DA EXCLUSÃO DO MENOR SOB GUARDA DA LISTAGEM DOS DEPENDENTES: ASPECTOS GERAIS

A Constituição Federal da República do Brasil de 1988 em seu art. 227 estabelece o dever do Estado em assegurar a criança e ao adolescente com prioridade absoluta, direitos como alimentação, saúde e dignidade, a mesma dignidade humana prevista no art.1º, inciso III da Constituição, pelo mesmo motivo, que segundo Waldemar Ramos Junior (2015), está previsto no § 6º do art. 227 do mesmo dispositivo legal, que os filhos havidos ou não da relação, ou adoção, faz *jus* aos mesmos direitos e qualificações, sendo proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Neste diapasão, o art.60, § 4º, inciso IV da Constituição Federal de 1988, (BRASIL) expressa que:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais.**

Verifica-se diante do exposto a presença o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, bem como o princípio da Proteção Especial. Neste sentido, Amin (2010), leciona que,

A proteção a qual se refere, é baseada nas conquistas obtidas sob o aspecto social, pois por muito tempo a criança e o adolescente permaneceram esquecidos, diante da fragilidade de direitos e garantias a criança e ao adolescente, se buscava formas de para a sua proteção, uma vez que as crianças e adolescentes eram tratados como objetos, razão pela qual, superar esse entendimento foi de extrema importância para a garantia a dignidade da pessoa humana, para que a criança e adolescente fossem vistos como sujeitos de direitos.

Nessa mesma linha de entendimento Pizzette Nunes e Costa Zílio (2010,p.7), afirma que os direitos e garantias trazidos pela Constituição à criança e ao adolescente se atentam aos pilares do ordenamento jurídico. Dessa forma a garantia de direitos para fins previdenciários figura como forma de ampará-los diante da dependência em relação ao seu guardião, sendo o benefício previdenciário a criança e ao menor sob guarda um direito fundamental individual garantido constitucionalmente.

Ocorre que após a vigência da Lei nº 9.528/1997, originada da Medida Provisória n. 1.523, de 11 de outubro de 1996, houve a alteração na Lei nº 8.213/1991 do art.16 §2º retirando o menor sob guarda do rol de dependentes previdenciários, atribuindo a condição de filho apenas ao menor tutelado e o enteado.

Disponha a redação original da Lei nº 8.213/1991 do art.16, § 2º (BRASIL):

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

§ 2º. Equiparam-se a filho, nas condições do inciso I, mediante declaração do segurado: o enteado; o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda; e o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação.

Após a alteração, o artigo 16, §2º da mesma Lei passou a expressar:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

§ 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).

Verifica-se que o menor sob guarda figurava como dependente do segurado, porém a Lei nº 8.213/1997, responsável pela modificação da Lei nº 8.213/1991,

excluiu o referido dependente da lista dos dependentes do segurado, sob a justificativa de medida para se evitar fraudes relacionadas à pensão por morte, em decorrência do deferimento da guarda judicial de netos a avós, sob o pretexto de abandono familiar para que assim fosse garantida a pensão por morte. (TOLEDO; JERONIMO, 2015, p.1531).

A alteração manteve apenas o enteado e o menor tutelado equiparando-se apenas estes como filhos mediante declaração do segurado. A referida alteração torna-se desigualitária uma vez que faz distinção entre os dependentes do segurado.

A distinção prevista com a alteração rompe com os direitos fundamentais de assento constitucional, e ao ECRID que expressa em seu artigo 3º, § único:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem. (incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

Ante ao exposto, o Ministério Público Federal impetrou várias ações civis públicas em toda a Federação, que resultou na Instrução Normativa do INSS-Instituto Nacional do Seguro Social nº 106 INSS/DC de 14 de abril de 2004, em que foram estabelecidos procedimentos a serem adotados em alguns Estados, tais como São Paulo, Sergipe, Tocantins e em Minas Gerais, em cumprimento as decisões judiciais, para a inscrição e concessão de benefícios do Regime Geral de Previdência Social ao menor sob guarda judicial de segurado (SANTOS, 2012, p.38).

Não obstante, no mês de maio de 2009, o Superior Tribunal de Justiça cassou a liminar concedida nos autos da Ação Civil Pública, ocasionando assim o cancelamento dos benefícios concedidos em decorrência da determinação da Ação Civil Pública e, o menor sob guarda voltou a deixar de fazer parte novamente do rol de dependentes no Regime Geral de Previdência Social (BRASIL, 2009b).

Todavia, ainda que a Lei Previdenciária não reconheça os direitos do menor sob guarda para fins previdenciários, o Estatuto da Criança e Adolescente prevê em

seu artigo 33, §3º (BRASIL), prevê:

Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

Sob esta linha de raciocínio, cabe destacar que Constituição Federal de 1988 não faz distinção da criança ou adolescente tutelado ou sob guarda, sob essa égide é de suma importância compreender que a proteção absoluta da criança não é imposta em razão de sua condição, mas, sim quanto proteção da pessoa em desenvolvimento.

Assim expressa o art.227 da Constituição Federal de 1988, (BRASIL)

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: [...]II – garantias de direitos previdenciários e trabalhistas. (BRASIL, 2016b)

Apesar de não deixar dúvida quanto a sua proteção constitucional, isso não evitou que tal proteção fosse violada.

Importante salientar que excluir o menor sob guarda do rol de dependentes do segurado sobre argumento de fraudes e equiparar apenas o enteado e o menor tutelado como filho, é colocar o menor sob guarda em situação de desigualdade.

Assim leciona Danielle Perini Artifon (1999):

[...] distinção fática relevante entre a situação do enteado e menor tutelado, por um lado, e do menor sob guarda, por outro, a autorizar que se confira tratamento jurídico diferenciado a este, excluindo-o da condição de dependente e, por conseguinte, tolhendo-lhe a proteção previdenciária. Afinal, a dependência econômica do menor em relação ao segurado mostra-se invariável, seja ele enteado, tutelado ou menor sob guarda (ARTIFON, 1999).

Por conseguinte, tal alteração torna-se uma afronta aos direitos fundamentais, tutelado pelo artigo 5º da Constituição Federal 1988, (BRASIL) em que aduz:

Art. 5º “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à

propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

No que se refere ainda, à exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes da pensão por morte, Silva Lopes (2015) defende que um dos motivos que levou a exclusão do menor sob guarda do rol dependente para fins previdenciários, foi para evitar fraudes à previdência, neste sentido o mesmo afirma que:

É sabido que um dos maiores fundamentos que serviu de base para a exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes foram as inúmeras fraudes que a previdência vinha sofrendo no que se refere à concessão de benefícios a menores sob guarda.

O que acontecia era o seguinte, como o instituto da guarda não é revestido de muitas exigências, as crianças e adolescentes eram colocadas sob a guarda de um segurado com o único fim de assegurar o futuro recebimento da pensão por morte.

Diante do exposto verifica-se que o ônus da ineficiência da fiscalização de fraudes está sendo atribuído a quem deveria ser protegido. O menor sob guarda não pode ser prejudicado em detrimento da falta de organização fiscalizadora na concessão do benefício da pensão por morte. Ainda, neste sentido leciona Silva Lopes, (2015) que:

Todavia, a despeito de eventuais fraudes que possam ter sido praticadas para a obtenção de guardas não legítimas, deve ser seguida a linha de que não se pode perder de vista que existem muitas guardas que são legítimas, a pessoa obtém a guarda de um menor legitimamente, pois quer proteger, tem condições, acha que é justo e merecido. Mas, aquele menor que está legitimamente numa situação desta, será colocado numa vala comum porque existem fraudes? As fraudes devem ser combatidas pela fiscalização, pela polícia, pelo aparelho preventivo e repressivo que a legislação coloca à disposição da nossa sociedade.

Tal alteração, com base em possíveis fraudes constitui fundamento insuficiente para a violação de uma cláusula pétrea, bem como é totalmente inconstitucional colocar a prova o direito fundamental concedido aqueles considerados vulneráveis, os quais cabem ao estado o dever de proteger de forma absoluta.

É de suma importância, destacar que a exclusão do menor sob guarda, viola o Princípio Constitucional da proibição do retrocesso social, ao Princípio da Isonomia e da Proporcionalidade, bem como, a violação do art.227, “caput”, §3º, II e IV da Constituição Federal do Brasil de 1988 no qual versa sobre a proteção especial. Vê-

se anda violados o art. 26 da Convenção Internacional sobre os direitos da criança aprovada pelo Decreto nº 99.710/1990, (BRASIL) no qual expressa que “Os Estados Partes reconhecerão a todas as crianças o direito de usufruir da previdência social, inclusive do seguro social, e adotarão as medidas necessárias para lograr a plena consecução desse direito, em conformidade com sua legislação nacional”.

6 CONTROVÉRSIAS DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS EM RELAÇÃO À EXCLUSÃO DO MENOR SOB GUARDA DA LISTAGEM DEPENDENTES

No que concerne à condição de dependente da criança e do adolescente sob guarda, há controvérsias doutrinárias em virtude da alteração proporcionada pela Lei nº 9.528/1997.

Há questionamentos por partes de alguns doutrinadores à acerca da matéria tratada, no que se diz respeito à sua constitucionalidade.

De imediato verifica-se um conflito de leis que põe em questão um direito constitucional fundamental, a nova previsão art. 16, §2º da Lei nº 8.213/1991 que após a sua alteração não prevê mais em seu rol o menor sob guarda como dependente do segurado para fins previdenciários e o art. 227, § 3º, inciso II que prevê:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

Diante do que se expõe, verifica-se a presença de antinomia entre as normas que, segundo Flávio Tartuce (2005), é a presença de duas normas conflitantes, válidas e emanadas de autoridade competente, sem que se possa dizer qual delas merecerá aplicação em determinado caso concreto. Diante disso são utilizados critérios para a solução dos conflitos, a saber; a) critério cronológico: norma posterior prevalece sobre norma anterior; b) critério da especialidade: norma especial prevalece sobre norma geral; c) critério hierárquico: norma superior prevalece sobre

norma inferior.

No que se refere ao conflito existente entre o Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei Previdenciária, o critério da Hierarquia não traz nenhuma solução, porque ambas possuem o mesmo grau de hierarquia, porém, no que tange a utilização da regra da especialidade e de cronologia, ambas determinam a aplicação da Lei Previdenciária, pois a mesma é específica sobre a atribuição de condição de dependentes e é posterior ao ECRID.

Dadas essas informações, defensores da previdência afirma a que alteração do art.16, §2º da Lei 8.213/1991 dada pela Lei 9.528/1997 deve prevalecer sobre o art.33, §3º do Estatuto da Criança e do adolescente, sob a observância de que o critério cronológico é atribuída à nova lei, dada que a sua alteração que é posterior ao ECRID. Neste sentido afirma o Procurador-geral Francisco Wendson Miguel Ribeiro, (2013, p.4-5).

Impõe esclarecer, ainda, que, como não houve modificação no § 3º do artigo 33 do ECRID (que, como visto, confere ao menor sob guarda a condição de dependente para fins previdenciários), há o surgimento de uma antinomia a respeito da matéria em espeque (em se tratando de óbito do segurado ocorrido a partir de 14.10.1996), a qual encontra solução nos princípios da especialidade “lex specialis derogat legi generali” e cronológico “lex posterior derogat legi priori” . 5 De fato, o princípio da especialidade reza que a norma mais específica prevalece sobre a menos específica, ao passo que o princípio cronológico indica a prevalência da norma temporalmente posterior sobre a anterior. Destarte, considerando que a nova redação do § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213/1991 é especial (já que trata especificamente da matéria “dependência para fins previdenciários”) e posterior (uma vez que, como visto, foi editada, publicada e entrou em vigor após) em relação ao § 3º do art. 33 do ECRID, aquela norma tem prevalência sobre esta, pelo que a nova redação do § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213/1991 derogou a porção do § 3º do art. 33 do ECRID que afirma a dependência do menor sob guarda para fins previdenciários.

Porém essa divergência não é resolvida apenas pela aplicação do critério de resolução de antinomias, tendo em vista que se trata de norma que possui objetivo de proteção integral da criança e do adolescente conforme determina a Constituição Federal do Brasil de 1988.

Em razão da origem protetora da Constituição Federal, quanto ao princípio da absoluta prioridade a atribuição de critério especial ao Estatuto da Criança e do adolescente ganha força e prevalece sobre o critério cronológico, conforme leciona Flávio Tartuce, (2005):

Na realidade, o critério da especialidade é de suma importância, pois também está previsto na Constituição Federal de 1988. O art. 5º do Texto Maior consagra o princípio da isonomia ou igualdade lato sensu, reconhecido como cláusula pétrea, pelo qual a lei deve tratar de maneira igual os iguais, e de maneira desigual os desiguais. Na parte destacada está o princípio da especialidade, que deverá sempre prevalecer sobre o cronológico, estando justificado esse domínio. Mesmo quanto ao critério da hierarquia, discute-se se o critério da especialidade deve mesmo sucumbir.

Assim, diante da vulnerabilidade da criança ou ao adolescente sob guarda, o menor sob guarda conforme entendimento do autor, os mesmos devem receber tratamento diferenciado, fazendo valer o princípio da isonomia ou igualdade para que se alcance o nível de igualdade entre os demais titulares de direito.

Em sentido oposto, Roberto Luchi Demo e Maria Somariva (2005), reconhece apenas o enteado e o menor tutelado como se filho fosse, assim preconiza:

O **enteado e o menor tutelado** equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica por início de prova material corroborada por prova testemunhal (art. 16, § 2º, Lei 8.213/1991). O **menor sob guarda** judicial deixou de ser equiparado ao filho, para efeitos previdenciários, desde o advento da Lei 9.528/1997, de modo que tendo o guardião falecido após essa modificação, descabe falar em direito à pensão ao menor sob guarda, vez que não havia direito adquirido ao benefício, mas apenas expectativa de direito, que se frustrou com a exclusão da qualidade de dependente do referido menor antes do falecimento.

Sob esta mesma linha de raciocínio, Toledo e Jerônimo (2015, *apud* Troccoli Júnior 2014, p. 2-6) expõe:

[...] o dever de sustendo de crianças e adolescentes é atribuído em primeiro momento aos pais, e a proteção previdenciária é subsidiária, somado ao fato de, ainda que verificada por processo judicial, a guarda servia para fraudar a Previdência, pois em muitos casos era concedida aos avós somente para alcançar o benefício pensão por morte, quando, na verdade, a guarda era efetivamente exercida pelos pais.

Para o autor Henrique Tróccoli Júnior (2014, p.08) a “desigualação” dada ao menor tutelado à condição de dependente é justificada se atende melhor ao Princípio da Proteção Integral, pois objetiva a colocação desta em família substituta, já a guarda possui caráter provisório, que antecede o processo principal de tutela e adoção, sendo, portanto por curto período.

Para Heloisa Hernandez Derzi, (2004, p.285) a temporalidade também são elementos que justifique a exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes do segurado, tendo em vista, que há a possibilidade de morte ou ausência do guardião

Lemos L. B.; Menezes R. S. PENSÃO POR MORTE AO MENOR SOB GUARDA FRENTE À ALTERAÇÃO DO ART.16, § 2º DA LEI Nº 8.213/1991

e assim o dever de guarda pode ser transferido à outra pessoa, assim entende que o menor sob guarda não fazer jus a concessão ao benefício da pensão por morte.

No sentido de não reconhecer o direito à pensão por morte do menor sob guarda, dada a constitucionalidade da alteração da lei previdenciária, decidiu a 5ª Turma do Tribunal Regional Federal;

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. ART. 16, PARÁGRAFO 2º, DA LEI Nº 8.213/1991. ÓBITO DO INSTITUIDOR DA PENSÃO NA ÉGIDA DA LEI Nº 9.528/1997, QUE AFASTOU DO ROL DE DEPENDENTES DA PREVIDÊNCIA SOCIAL A FIGURA DO MENOR SOB GUARDA JUDICIAL. Os benefícios previdenciários regem-se pelas normas vigentes ao tempo do fato gerador que, no caso de pensão, é o próprio óbito do instituidor. O menor sob guarda judicial não tem direito à percepção de pensão por morte se o óbito do instituidor ocorreu sob a regência da Lei nº 9.528/1997 que, alterando o art. 16, parágrafo 2º, da Lei nº 8.213/1991, afastou do rol de dependentes da Previdência Social a figura do menor sob guarda judicial. Na hipótese, não há que se falar na disposição contida no art. 33, parágrafo 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, visto que norma de cunho genérico, não se aplicando, pois, aos benefícios regidos pelo Regime Geral da Previdência Social, mantidos por leis específicas. Apelação e remessa oficial providas.

(TRF-5 - AMS: 98955 CE 2006.81.00.000270-5, Relator: Desembargador Federal Marcelo Navarro, Data de Julgamento: 18/09/2007, Quarta Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 24/10/2007 - Página: 826 - Nº: 205 - Ano: 2007).

Nesse mesmo sentido ainda são recorrentes decisões que não atentem para a proteção da dignidade da criança e ao adolescente quanto núcleo essencial, e sim o período em que se ocorreu a morte do seu guardião, sendo este o requisito para adquirir tal direito.

Nessa mesma linha de entendimento decidiu a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL - ART. 535 DO CPC - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO - DIREITO PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - MENOR SOB GUARDA JUDICIAL - ÓBITO POSTERIOR À MP 1.523/96 - IMPOSSIBILIDADE. 1. Não ocorre ofensa ao art. 535 do CPC se o Tribunal de origem decide, de forma suficientemente fundamentada, as questões essenciais ao julgamento da lide. 2. É firme o entendimento neste Superior Tribunal de Justiça de que é indevida a concessão de pensão por morte a menor sob guarda nas hipóteses em que o óbito do segurado ocorreu na vigência da Medida Provisória nº 1.523, de 11/10/1996, posteriormente convertida na Lei nº 9.528/1997. Precedentes. 3. Hipótese em que o óbito do segurado ocorreu em 19/04/2003 (certidão de fl. 21, e-STJ), em momento posterior, portanto, à alteração da legislação. 4. Recurso especial provido.

(STJ - REsp: 1328300 RS 2012/0120628-6, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 18/04/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/04/2013)

Assim como são recorrentes decisões do STJ no sentido não conceder a criança ou adolescente a pensão por morte baseada ao período em que a mesma ocorreu, e não tendo em vista sua proteção constitucional dada sua fundamentalidade, encontra-se também decisões no sentido de que a criança e ao adolescente sob guarda é devida a concessão do benefício, não tendo por base o período em que ocorreu a morte do segurado, e em que a lei que concedia o benefício, mas sim sob égide de que esse dependente é equiparado dependente nos art.33, §º do Estatuto da Criança e Adolescente e no art.227 da CFBR.

Assim decidiu a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça ao julgar a REsp 1.141.788.

"CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA JUDICIAL DA FALECIDA. SERVIDORA PÚBLICA. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO INTEGRAL A CRIANÇAS E ADOLESCENTES (CF, ART. 227). Documento: 1478004 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 16/12/2016 Página 10 de 12 Superior Tribunal de Justiça PREVALÊNCIA DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. O menor sob guarda judicial de servidor público do qual dependa economicamente no momento do falecimento do responsável tem direito à pensão temporária de que trata o art. 217, II, b, da Lei 8.112/90. 2. O art. 5º da Lei 9.717/98 deve ser interpretado em conformidade com o princípio constitucional da proteção integral à criança e ao adolescente (CF, art. 227), como consectário do princípio fundamental da dignidade humana e base do Estado Democrático de Direito, bem assim com o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90, art. 33, § 3º). 3. Segurança concedida." Entendo que a melhor solução a ser dada à controvérsia é aquela adotada pelo acórdão paradigma, no sentido de que o art. 33, § 3º, da Lei nº 8.069/90 deve prevalecer sobre a modificação legislativa promovida na lei geral da previdência social porquanto, nos termos do art. 227 da Constituição, é norma fundamental o princípio da proteção integral e preferência da criança e do adolescente. Conseqüentemente, ao menor sob guarda deve ser assegurado o direito ao benefício da pensão por morte mesmo se o falecimento se deu após a modificação legislativa promovida pela Lei nº 9.528/1997 na Lei nº 8.213/1990.

Este último julgado se refere ao pedido de uniformização de entendimento dos Juizados Especiais Federais (TNU). Para o INSS, autor do pedido de uniformização que defendia ser indevida a concessão do benefício pleiteado, tendo em vista, que a Lei nº 9.528/1997 exclui o menor sob guarda do rol de dependentes para fins previdenciários bem como afirmava ainda que o ECRAD é anterior à Lei previdenciária específica, e para tanto seria inaplicável aos benefícios previdenciários e o tempo que ocorrera a morte do guardião, tempo este em que já era vigente a nova alteração da lei previdência.

É resistente o embate para a negativa da pensão por morte, porém segundo Ministro Sérgio Kukina que “Em situações como a presente, deve-se ter como premissa indissociável a circunstância de que, estando em causa direitos concernentes à criança e ao adolescente, o constituinte de 1988 incorporou os princípios da prioridade absoluta e da proteção integral (artigo 227 da CF)”.

Dada inúmeras controvérsias baseadas em argumentos com embasamentos legais, ainda que se apliquem os critérios da resolução de antinomias permanece o embate quanto à constitucionalidade da alteração da Lei Previdenciária, a referida controvérsia se refere a direitos atinentes a pessoas em desenvolvimento. Por este motivo o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil apresentou a Ação Direita de Inconstitucionalidade quanto o art. 2º da Lei nº 9.528/1997, no tocante a revogação parcial do §2º do art.16 da Lei Federal n. 8.213/1991. (SILVA, 2014, p.57)

Apresenta que tal alteração ocasiona a violação ao Princípio Constitucional implícito da proibição do retrocesso social; a violação aos princípios constitucionais da isonomia e ao da proporcionalidade. Frisa ainda a violação do art.227, “*caput*”, §3º, II e VI da Constituição Federal no qual se refere à proteção especial, destacando os direitos previdenciários, às crianças e adolescentes, violação do art. 26 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança aprovada pelo Decreto nº 99.710/1990 em que determina que todas as crianças possuem o direito de usufruir da previdência social (BRASIL, 2014).

Neste diapasão, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil suscita como argumento na ADI 5.083 a supressão do direito de proteção previdenciária e a ausência de direito semelhante que substitua a alteração, originando consequências diante da morte daquele que teria o direito de prover assistência material, moral e educacional. (BRASIL, 2014)

Por outro lado a Advocacia-geral da União mediante aos ensinamentos de Wladimir Novaes Martinez, entende que:

[...] somente pode ser considerado dependente previdenciário aquele que é economicamente subordinado ao segurado e, a retirada do menor sob guarda não caracteriza retrocesso social, por possuir a guarda natureza transitória não sendo suficiente para configurar dependência econômica sob a análise da legislação previdenciária (BRASIL, 2014a).

Nessa toada a AGU, entende que pelo fato da guarda ser exercida em regra, juntamente com o poder familiar, torna-se esta razão suficiente para a alteração

promovida pela Lei nº 9.528, pois estaria em posição jurídica privilegiada ao ser comparado ao menor que estava apenas sob o poder familiar ou à tutela, ao que estaria sendo protegido pela lei previdenciária de duas formas, como dependente do guardião e dos pelos pais. Ressaltando a violação do Princípio da Isonomia (corrigido após vigência da lei citada).

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n.5.083 tramita pelo Supremo Tribunal Federal- STF, obtendo como relator o Ministro José Antônio Dias Toffoli, bem como ainda aguarda julgamento a ADI 4.878 ajuizada pela Procuradoria Geral da República – PGR com a finalidade de que crianças e adolescentes sob guarda sejam inseridos novamente no rol de dependentes do Regime Geral de Previdência Social.

Na tentativa de sanar tantas controvérsias a Turma Nacional de Uniformização – TNU - no ano de 2009 consolidou entendimento unificado sobre o tema, declarando ter o menor pensão por morte. Para o relator da referida matéria a exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes viola norma constitucional que determina tratamento prioritário, inclusive no que se refere aos direitos previdenciários.

Todavia, enquanto não há posição consolidada do Supremo Tribunal Federal, ainda são permanentes as divergências judiciais referentes ao objeto do presente trabalho, bem como se verifica diversas posições jurisprudenciais concernentes ao presente tema, o que expõe ao sujeito de direito, considerado como pessoa em desenvolvimento em total estado vulnerabilidade, transferindo a aqueles que realmente necessitam a mercê de entendimentos que geram desigualdades.

7 CONCLUSÃO

O presente artigo apresenta um tema em que são presentes antinomias, bem como entendimentos divergentes, busca a partir do mesmo uma reflexão sobre a constitucionalidade da alteração da Lei nº 8.213/1991 em seu art.16, §2º correlacionado ao art.227 e 60 da Constituição Federal de 1988 e o art.33, §3º do Estatuto da Criança e do adolescente.

O tema abordado na presente pesquisa não se trata apenas de mais um caso de antinomias, mas, sim, da proteção de seres humanos em estado de desenvolvimento. Assim o texto da Lei Previdenciária deve está em consonância

com os direitos que versem a proteção da criança e do adolescente a fim de que esta cumpra com a determinação do Princípio da Proteção Integral conforme prevê a Constituição Federal.

Em atenção ao Princípio da Proteção Integral, bem como ao da Absoluta Prioridade, os direitos concernentes a criança e ao adolescente devem ser observados sob égide da responsabilidade daquele que mais têm condição de protegê-los.

Obter como mecanismo a supressão dos direitos da criança e do adolescente para que se evitem ações fraudulentas é violar a própria Constituição. Formas de fiscalizações para que se evite a fraude no sistema previdenciário devem ser criadas com esse o único fim, e não rebaixar o instituto que protege os vulneráveis. Considera tal motivo insuficiente para causar uma alteração normativa de relevância social, alterando um direito que visa proteger, dar estabilidade, educação básica bem como dignidade material a quem vive em situação de risco social.

Por todo o exposto, cabe discussão a concessão do benefício da Pensão por Morte ao Menor sob guarda, tendo em vista a sua condição de ser criança, logo este não merece continuar a mercê de entendimentos controversos que põe em jogo um direito a ele concedido, por se tratar de norma constitucional prevista no art. 227 da Constitucional Federal de 1998.

REFERÊNCIAS

ARTIFON, Danielle Perini. *O Menor Sob Guarda e sua Exclusão da Proteção Previdenciária. Aspectos Constitucionais*. Revista de Previdência Social. 226/735. São Paulo. Setembro, 1999.

BALERA, Wagner. *Legislação Previdenciária Anotada*. São Paulo: Conceito, 2011.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Planalto, 05 Outubro 1988. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>> Acesso em: 2 fev. 2018.

Lemos L. B.; Menezes R. S. PENSÃO POR MORTE AO MENOR SOB GUARDA FRENTE À ALTERAÇÃO DO ART.16, § 2º DA LEI Nº 8.213/1991

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 25 set. 1991b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em 20 mai. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997. Altera dispositivos das Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 11 dez. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9528>. Acesso em 20 de maio de 2018.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan.2002 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 15 mai. 2018.

BRASIL. STJ. *Primeira Sessão reafirma que menor sob guarda tem direito à pensão por morte.* Ed. 2017. Disponível em <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Primeira-Se%C3%A7%C3%A3o-reafirma-que-menor-sob-guarda-tem-direito-%C3%A0-pens%C3%A3o-por-morte>. Acesso em 01 jan. 2018.

BRASIL, Turma Nacional de Uniformização. Processo: Processo 2006.71.95.1032-2. Relator: Manoel Rolim Campbell Penna. Diário de Justiça, Brasília, 16 fev 2009c. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Direta de Constitucionalidade 5.083. Relator: Ministro DIAS TOFFOLI. Distrito Federal, Brasília, 07 jan. 2014.

BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.197/12. Altera o art.16 da Lei nº 8.213/1991 (Lei de Benefícios da Previdência Social). Disponível em. <<http://comberlato.blogspot.com.br/2012/03/projeto-permite-inclusao-de-menor-sob.html>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

JUNIOR, Waldemar Ramos. *Diferença entre guarda e Tutela para Fins de Concessão do Benefício de Pensão por Morte.* Ed.2015. Disponível em <<https://saberalei.com.br/pensao-por-morte-guarda-e-tutela/>>. Acesso em 02 fev. 2018.

KAMISKI, André. *Conselho Tutelar no Estatuto da Criança e do Adolescente.* Porto Alegre: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, 2010. Disponível em http://prioridadeabsoluta.org.br/entenda-a-prioridade/#_ftnref1, acesso em 03 fev. 2018.

Lemos L. B.; Menezes R. S. PENSÃO POR MORTE AO MENOR SOB GUARDA FRENTE À ALTERAÇÃO DO ART.16, § 2º DA LEI Nº 8.213/1991

NUNES, Francisco Pizzette; Zílio, Ana Paula Costa. *A Exclusão de Crianças e Adolescentes Sob Guarda do Rol de Dependentes do Segurado do INSS na Concessão do Benefício De pensão por morte: Uma Análise sob o Viés Constitucional*. Ed.2016. Disponível em <file:///C:/Users/SHITARA/Downloads/14743-11731-1-PB.pdf> Acesso em 02 fev. 2018.

NUNES, Larissa Baldi. *Pensão Por Morte: Alterações Introduzidas Pela Lei Nº 13.135/2015*. Ed.2016. <<https://www.univates.br/bdu/bitstream/10737/1537/1/2016LarissaBaldiNunes.pdf>> Acesso em 01 dez. 2017.

OLIVEIRA, Nelsi Aparecida. *O Menor Sob Guarda E A Prestação Previdenciária Em Decorrência Do Óbito Do Segurado Guardião*. Ed.2011. Disponível em <<http://animaopet.com.br/pdf/anima6/TCC-Menor-Sob-Guarda-Nelsi-A-de-Oliveira-JUL2011.pdf>> Acesso em 28 dez. 2017.

RIBEIRO, Wendson. O menor sob guarda e a sua (não) condição de dependente do segurado do RGPS para fins de recebimento de pensão por morte. Breves considerações normativas e jurisprudenciais. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3491, 21jan. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23497>>. Acesso em: 5 fev. 2018.

SALVADOR, Sérgio Henrique. *STJ e a pensão por morte do menor sob guarda: proteção ou restrição social*. Revista. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 97, fev 2012.

Disponível <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11156>. Acesso em 01 fev. 2018.

SANTOS, Antônio Ricardo Surita dos. *Uma análise sobre exclusão da figura do menor sob guarda da proteção previdenciária sob a perspectiva dos direitos fundamentais sociais*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7ffe81740cade70f>>. Acesso em: 18 mai. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/296686435_Estado_social_e_principio_da_solidariedade>. Acesso em 18 jun. 2018.

SILVA. Paulo Leandro. *Menor Sob Guarda e Dependentes da Lei Previdenciária*. Ed. 2017. Disponível em <http://uniesp.edu.br/sites/_bibliotECRIAD/revistas/20170802101754.pdf> Acesso em 28 dez. 2017.

Lemos L. B.; Menezes R. S. PENSÃO POR MORTE AO MENOR SOB GUARDA FRENTE À ALTERAÇÃO DO ART.16, § 2º DA LEI Nº 8.213/1991

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Resp nº 1328300/RS. 2012/0120628-6. Relatores: Ministra Eliana Calmon; Ministro Herman Benjamin. Julgado em 18/04/2013. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23110417/recurso-especial-resp-1328300-rs-2012-0120628-6-stj/relatorio-e-voto-23110419?ref=juris-tabs>>. Acesso em 10 dez. 2017.

TARTUCE, Flávio. *Breve estudo das antinomias ou lacunas de conflito*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 879, 29 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7585>>. Acesso em: 4 fev. 2018.

Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação em Mandado de Segurança n.º AMS 98955 CE 2006.81.00.000270-5. Relator Desembargador Federal Marcelo Navarro. Julgado em 18/09/2017. Publicado em 24/10/2017. Disponível em <<https://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/270416/apelacao-em-mandado-de-seguranca-ams-98955-ce-20068100000270-5>>. Acesso em 10 dez. 2017.