

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

<http://jus.com.br/revista/texto/23497>
Publicado em 01/2013

Francisco Wendson Miguel Ribeiro

Procurador Federal. Graduado em Direito e pós-graduando em Direito Público pela Universidade de Brasília - UnB.

O menor sob guarda ostenta a condição de dependente do segurado do RGPS para fins de recebimento de pensão por morte quando o óbito ocorreu até 13/10/1996. Depois disso, o menor foi excluído do rol de dependentes do segurado.

Resumo: O menor sob guarda ostenta a condição de dependente do segurado do RGPS para fins de recebimento de pensão por morte quando o óbito de tal segurado tiver ocorrido na vigência da redação original do artigo 16, § 2º, da Lei nº 8.213/91 (isto é, até o dia 13.10.1996), porquanto na nova (atual) redação do mencionado preceito legal (dada pela Medida Provisória nº 1.523/96, que posteriormente foi convertida na Lei nº 9.528/97) o ventilado menor foi excluído do rol de dependentes do segurado. Ademais, a despeito de se concluir, neste trabalho, pela constitucionalidade material da nova redação do § 2º do artigo 16 da Lei nº 8.213/91, os Tribunais pátrios têm variado o entendimento sobre a questão, pelo que a pacificação jurisprudencial a respeito somente ocorrerá após o julgamento, pelo STF, da ADI nº 4.878/DF.

Palavras-chave: menor sob guarda; dependência do segurado do RGPS; pensão por morte; constitucionalidade do art. 16, § 2º, da Lei nº 8.213/91; jurisprudência.

Sumário: Introdução. 1. O Benefício Previdenciário Pensão por Morte. 2. A Guarda da Criança e do Adolescente (Menor). 3. O Menor sob Guarda e a Sua (Não) Condição de Dependente do Segurado do RGPS para Fins de Recebimento do Benefício Previdenciário Pensão por Morte. 4. A Constitucionalidade Material da Nova Redação do § 2º do Artigo 16 da Lei nº 8.213/91. 5. O Entendimento dos Tribunais Brasileiros. Conclusão. Bibliografia

INTRODUÇÃO

Dúvida que atualmente permeia a compreensão da população sobre o universo jurídico é a relacionada ao menor sob guarda e a sua condição, ou não, de dependente do segurado do Regime Geral da Previdência Social - RGPS para fins de recebimento do benefício previdenciário pensão por morte, máxime após a alteração do artigo 16, § 2º, da Lei nº 8.213/91 pela Medida Provisória nº 1.523, de 11 de outubro de 1996 (posteriormente convertida na Lei nº 9.528/97). O presente trabalho, pois, objetiva, por intermédio de breves considerações normativas (inclusive constitucionais) e jurisprudenciais, aclarar a mencionada condição jurídica do menor sob guarda.

1. O BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO PENSÃO POR MORTE

Dentre os benefícios compreendidos no RGPS, encontra-se a pensão por morte (Lei nº 8.213/91^[1], art. 18, II, "a"), que é devida, a contar da data do óbito (quando requerida até trinta dias após a morte do segurado, nos termos do art. 74, I, da Lei nº 8.213/91), do

requerimento administrativo junto ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS^[2] (quando postulada depois de trinta da data do falecimento do segurado, a teor do que dispõe o art. 74, II, da Lei nº 8.213/91) ou da decisão judicial (no caso de morte presumida^[3], conforme previsto no art. 74, III, da Lei nº 8.213/91), ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, esteja aposentado ou não.

Ademais, o referido benefício terá o valor mensal de cem por cento do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela a que teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data de seu falecimento, observado o teto dos benefícios do RGPS insculpido no art. 33 da Lei nº 8.213/91^[4] (Lei nº 8.213/91, art. 75).

Por fim, no que concerne à pensão por morte, a Lei nº 8.213/91 também preconiza:

“Art. 76. A concessão da pensão por morte não será protelada pela falta de habilitação de outro possível dependente, e qualquer inscrição ou habilitação posterior que importe em exclusão ou inclusão de dependente só produzirá efeito a contar da data da inscrição ou habilitação.

§ 1º O cônjuge ausente não exclui do direito à pensão por morte o companheiro ou a companheira, que somente fará jus ao benefício a partir da data de sua habilitação e mediante prova de dependência econômica.

§ 2º O cônjuge divorciado ou separado judicialmente ou de fato que recebia pensão de alimentos concorrerá em igualdade de condições com os dependentes referidos no inciso I do art. 16 desta Lei.

Art. 77. A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em parte iguais. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 1º Reverterá em favor dos demais a parte daquele cujo direito à pensão cessar. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 2º A parte individual da pensão extingue-se: (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

I - pela morte do pensionista; (Incluído pela Lei nº 9.032, de 1995)

II - para o filho, a pessoa a ele equiparada ou o irmão, de ambos os sexos, pela emancipação ou ao completar 21 (vinte e um) anos de idade, salvo se for inválido ou com deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente; (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011)

III - para o pensionista inválido pela cessação da invalidez e para o pensionista com deficiência intelectual ou mental, pelo levantamento da interdição. (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011)

§ 3º Com a extinção da parte do último pensionista a pensão extinguir-se-á. (Incluído pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 4º A parte individual da pensão do dependente com deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente, que exerça atividade remunerada, será reduzida em 30% (trinta por cento), devendo ser integralmente restabelecida em face da extinção da relação de trabalho ou da atividade empreendedora. (Incluído pela Lei nº 12.470, de 2011)

(...)

Art. 79. Não se aplica o disposto no art. 103 desta Lei^[5] ao pensionista menor, incapaz ou ausente, na forma da lei.”.

2. A GUARDA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (MENOR)

Noutro giro, a guarda é uma das formas de colocação da criança ou do adolescente (por uma opção de simplicidade na terminologia, no presente trabalho ambos são chamados menores) em família substituta à natural (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA^[6], art. 28^[7]), caracterizando-se pela obrigação da prestação de assistência moral, educacional e material à criança ou adolescente, e pela atribuição ao seu detentor (guardião) o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais (ECA, art. 33).

À demasia, a guarda se destina a regularizar a posse de fato do menor durante os processos de tutela e adoção (ECA, art. 33, § 1º^[8]), podendo excepcionalmente ser deferida em outros casos para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável (ECA, art. 33, § 2º^[9]).

Finalmente, ela ostenta caráter provisório, já que poderá ser revogada a qualquer tempo, ouvido o Ministério Público e mediante ato judicial fundamentado (ECA, art. 35).

3. O MENOR SOB GUARDA E A SUA (NÃO) CONDIÇÃO DE DEPENDENTE DO SEGURADO DO RGPS PARA FINS DE RECEBIMENTO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO PENSÃO POR MORTE

Passemos, portanto, à análise da situação do menor sob guarda para fins de dependência do segurado do RGPS e, pois, recebimento do benefício previdenciário pensão por morte.

Inicialmente, por oportuno, cumpre registrar que, com relação à eficácia da lei no tempo, o ordenamento jurídico brasileiro consagra o princípio do “tempus regit actum” (do tempo rege o ato; art. 6º, caput, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB^[10]), segundo o qual se aplica ao fato jurídico a lei em vigor quando da sua ocorrência. Noutras palavras, o ato jurídico se rege pela lei em vigor na época em que ele ocorreu ou em que resultaram preenchidos os requisitos para o exercício do direito decorrente de tal ato.

Destaque-se que o referido princípio também se aplica no âmbito do Direito Previdenciário, consoante entendimento jurisprudencial de que “em matéria previdenciária, a lei de regência é a vigente ao tempo em que reunidos os requisitos para a concessão do benefício”^[11]. E precisamente com relação à pensão por morte, a Súmula nº 340 do Superior Tribunal de Justiça – STJ vaza:

Súmula nº 340/STJ: “A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado.”.

Partindo dos teores dos aludidos princípio e Súmula, cumpre-nos, portanto, examinar a legislação em vigor quando do óbito do segurado do RGPS para, então, saber se o menor sob guarda é considerado seu dependente, sobretudo para o fim de recebimento da pensão por morte.

Com referência à condição de dependente do segurado para fins de recebimento de benefício do RGPS, esta é regulada pelo artigo 16 da Lei nº 8.213/91, que em sua redação original dispunha:

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

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

II - os pais;

III - o irmão, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

IV - a pessoa designada, menor de 21 (vinte e um) anos ou maior de 60(sessenta) anos ou inválida.

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

§ 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.

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

§ 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.” (grifo nosso).

Percebe-se, pois, que, sob a ótica da redação original do § 2º do artigo 16 da Lei nº 8.213/91, o menor sob guarda é equiparado a filho e, portanto, é dependente do segurado do RGPS. Assim, quando o óbito do segurado tiver ocorrido na vigência de tal redação, ao menor sob guarda é devida a pensão por morte. Esta conclusão, inclusive, é corroborada pelo § 3º do artigo 33 do ECA, que dispõe que “a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários”.

Sucedo, porém, que a referida redação foi alterada pela Medida Provisória nº 1.523, de 11 de outubro de 1996 (com vigência a partir de sua publicação, ocorrida em 14.10.1996), posteriormente convertida na Lei nº 9.528/97, que deu ao § 2º do artigo 16 da Lei nº 8.213/91 o seguinte teor:

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

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e **o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;** (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

(...)

§ 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)” (sem destaques no original).

Verifica-se que a nova redação do dispositivo em tela excluiu o menor sob guarda da condição de equiparado a filho e, por conseguinte, da sua condição de dependente do segurado do RGPS. Desse modo, se o óbito do segurado tiver ocorrido após a vigência da nova redação do § 2º do art. 16 em comento (a partir de 14.10.1996), não é devida pensão por morte ao menor sob guarda.

Impõe esclarecer, ainda, que, como não houve modificação no § 3º do artigo 33 do ECA (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”)^[12].

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 8.213/91 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 ECA, aquela norma tem prevalência sobre esta, pelo que a nova redação do § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213/91 derogou a porção do § 3º do art. 33 do ECA que afirma a dependência do menor sob guarda para fins previdenciários.

Por conseguinte, pode-se concluir, em suma, que: i) se a morte do segurado tiver ocorrido até o dia 13.10.1996, o menor sob guarda é considerado seu dependente e, portanto, lhe é devida a pensão por morte; e ii) por outro lado, se o falecimento do segurado ocorreu após tal data (a partir do dia 14.10.1996), não é devida pensão por morte ao menor sob guarda, porquanto ele não é mais considerado dependente do mencionado defunto.

4. A CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA NOVA REDAÇÃO DO § 2º DO ARTIGO 16 DA LEI Nº 8.213/91

Urge registrar, noutro giro, que alguns juristas sustentam a inconstitucionalidade material da nova redação do § 2º do artigo 16 da Lei nº 8.213/91, em razão da suposta incompatibilidade deste preceito legal com os princípios constitucionais do direito adquirido (CF, art. 5º, XXXVI), da isonomia (CF, art. 5º, caput) e da proteção integral do menor (CF, art. 227, caput e § 3º, II e VI).

Contudo, entendo que não se encontra caracterizada a mencionada inconstitucionalidade material do dispositivo em comento.

Em realidade, no que concerne à apontada ofensa ao inciso XXXVI do art. 5º da Carta Magna^[13], é cediço que direito adquirido é aquele direito que pode ser exercido ou, noutros verbetes, é aquele que, conquanto ainda não exercido, já está incorporado ao patrimônio de seu titular, visto que já preenchidos todos os requisitos fáticos para o seu exercício^[14].

Ora, no caso específico do óbito do segurado do RGPS ocorrer após a vigência da nova redação do § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213/91, na vigência da redação original deste dispositivo legal, que previa a dependência do menor sob guarda para o fim de recebimento da pensão por morte, não se concretizaram todos os pressupostos fáticos para o exercício do direito à pensão por morte. Assim, não havia direito adquirido a tal benefício previdenciário, mas mera expectativa de direito, pelo que resulta incólume o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

Saliente-se, por derradeiro, que também não se sustenta a eventual argumentação de que, para os casos de morte do segurado a partir do dia 14.10.1996, há direito adquirido à aplicação da redação original do art. 16, § 2º, da Lei nº 8.213/91, porquanto, conforme já exaustivamente decidido pelo Supremo Tribunal Federal – STF^[15], não há direito adquirido a regime jurídico.

Por outra face, acerca da indigitada vulneração da cabeça do artigo 5º da Constituição da República^[16], sabe-se que o princípio da isonomia estabelece que se deve dar tratamento igualitário às pessoas que se encontram em situações iguais e tratamento diferenciado às pessoas que estejam em situações diferentes, na medida de suas desigualdades.

O princípio em debate, gize-se, vincula todas as manifestações do Poder Público, inclusive o Poder Legislativo (igualdade formal na lei), que não pode criar discriminações legais sem “uma pertinência lógica entre a distinção inserida na lei e o tratamento distintivo dela consequente”^[17] compatível com os interesses prestigiados na Carta Política de 1988.

Além disso, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, para se identificar a afronta à isonomia:

“(...) tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles”^[18].

Do mesmo modo é o entendimento do E. STF no que tange ao princípio em espeque, in verbis:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 77 DA LEI FEDERAL N. 9.504/97. PROIBIÇÃO IMPOSTA AOS CANDIDATOS A CARGOS DO PODER EXECUTIVO REFERENTE À PARTICIPAÇÃO EM INAUGURAÇÃO DE OBRAS PÚBLICAS NOS TRÊS MESES QUE PRECEDEM O PLEITO ELETIVO. SUJEIÇÃO DO INFRATOR À CASSAÇÃO DO REGISTRO DA CANDIDATURA. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. ARTIGO 5º, CAPUT E INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 14, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INOCORRÊNCIA. 1. A proibição veiculada pelo preceito atacado não consubstancia nova condição de elegibilidade. Precedentes. 2. O preceito inscrito no artigo 77 da Lei federal n. 9.504 visa a coibir abusos, conferindo igualdade de tratamento aos candidatos, sem afronta ao disposto no artigo 14, § 9º, da Constituição do Brasil. 3. A alegação de que o artigo impugnado violaria o princípio da isonomia improcede. **A concreção do princípio da igualdade reclama a prévia determinação de quais sejam os iguais e quais os desiguais. O direito deve distinguir pessoas e situações distintas entre si, a fim de conferir tratamentos normativos diversos a pessoas e a situações que não sejam iguais.** 4. **Os atos normativos podem, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. É necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio.** 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.”^[19].

Ora, na espécie, alega-se que a violação do princípio da isonomia decorre da distinção supostamente injustificável entre o menor sob o guarda e o menor sob tutela, uma vez que a este é conferida a condição de dependente do segurado para fins previdenciários, ao passo que àquele cujo óbito do segurado tenha ocorrido a partir de 14.10.1996 não se atribui a referida condição.

Entretanto, a despeito de a guarda e a tutela serem formas de colocação do menor em família substituta (ECA, art. 28), a situação jurídica do menor sob guarda é diversa da situação jurídica do menor sob tutela.

Com efeito, na guarda: i) se objetiva regularizar a posse de fato do menor durante os processos de tutela e adoção, podendo excepcionalmente ser deferida em outros casos para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável; ii) ocorre somente a transferência parcial dos poderes inerentes ao poder familiar (com as relações jurídicas – direitos e obrigações – daí advindas) para o guardião, permanecendo os demais poderes a cargo do titular do poder familiar, a saber, os pais vivos, com os quais o menor sob

guarda mantém as outras relações jurídicas decorrentes, inclusive a relação para fins de dependência previdenciária; iii) o menor é dependente de seus pais para fins previdenciários; e iv) se estabelece uma situação jurídica precária, revogável a qualquer tempo.

Já na tutela, de outra banda: a) se objetiva suprir a ausência do poder familiar dos pais do menor, esta decorrente da morte deles ou da suspensão/destituição do aludido poder familiar; b) ocorre a transferência total dos poderes inerentes ao poder familiar para o tutor, com o qual o menor mantém todas as relações jurídicas advindas deste poder (todos os direitos e obrigações, mormente o dever de guarda, nos termos do art. 36, parágrafo único, do ECA), inclusive para fins de dependência previdenciária; c) o menor é dependente do tutor para fins previdenciários; e d) se estabelece uma situação jurídica mais perene que a estabelecida pela guarda, a teor do que rezam os artigos 38 e 24 do ECA^[20].

Portanto, a partir dessa diferenciação entre guarda e tutela se buscou legalmente dar um tratamento distinto aos dois tipos de menores (menor sob guarda e menor sob tutela), com vistas a, com isso, garantir a observância ao princípio da isonomia, na medida em que: 1) trata-se desigualmente os desiguais; 2) evita-se o aumento da desigualdade, aumento este que se verificaria se se garantisse a condição de dependente do menor sob guarda em relação ao seu guardião, visto que, neste caso, ele teria uma dupla dependência previdenciária – seria dependente dos pais e do guardião –, em oposição às outras formas de colocação do menor em família substituta, nas quais se constata apenas uma relação de dependência previdenciária, já que não há esta relação do menor para com os pais biológicos nas hipóteses de tutela e adoção; e 3) aperfeiçoa-se e amplia-se o sistema de proteção especial (integral) do menor, como veremos a seguir.

Desse modo, a nova redação do art. 16, § 2º, da Lei nº 8.213/91 não ofende o caput do artigo 5º da Constituição Federal, porque a diferenciação legislativa nele preconizada está assentada em critério discriminatório dotado de justificativa racional afinada com os valores prestigiados no texto constitucional, maiormente a proteção integral do menor.

Por último, no que pertine à ventilada violação do art. 227, caput e § 3º, II e VI, da Constituição Federal^[21], é sabido que o princípio da proteção integral do menor tem como fundamento a ideia de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, direitos estes que devem ser assegurados e protegidos, de forma diferenciada, especial, integral e com absoluta prioridade, pela família, pela sociedade e pelo Estado.

Ora, como registrado anteriormente, o menor sob guarda nos casos de óbito do segurado a partir da vigência da nova redação do art. 16, § 2º, da Lei nº 8.213/91, não obstante não seja dependente do guardião, é dependente dos pais para fins previdenciários, pelo que não está em situação previdenciária de desamparo (o núcleo essencial do bem jurídico constitucionalmente protegido está assegurado).

Não bastasse, a exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes do segurado para fins previdenciários contribui para o aperfeiçoamento e ampliação do sistema de proteção integral/especial do menor. Isso porque estimula os processos/medidas de tutela e adoção, os quais são sabidamente mais seguros e protetivos para o menor do que a guarda, já que: i) ostentam critérios mais minuciosos/exigentes relativos à análise das reais condições do tutor/adotante para o bem-estar e a proteção do menor (artigos 36 usque 52-D do ECA); ii) possuem a característica de perenidade/irrevogabilidade^[22], que são sempre mais benéficas e protetivas ao menor do que o caráter de precariedade da guarda; e iii) transferem a totalidade dos deveres inerentes ao poder familiar para o tutor/adotante, o que não ocorre com a guarda.

Desse modo, não há falar em afronta ao princípio da proteção integral do menor (e, pois, às normas constitucionais invocadas, incluindo o inciso VI do § 3º do art. 227 da Constituição Federal, que deve ser interpretado sistemática e teleologicamente) pelo art. 16, § 2º, da Lei nº 8.213/91 (em sua nova redação), porquanto o que houve, em verdade, foi a implantação de alteração legislativa destinada a elevar a efetividade do referido princípio constitucional.

5. O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Noutro giro, urge ponderar que os Tribunais brasileiros têm variado o entendimento quanto à matéria em apreço.

Com efeito, de um lado, o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais Regionais Federais da 2ª e da 5ª Regiões adotam o entendimento acima esposado, no sentido da constitucionalidade da nova redação do § 2º do artigo 16 da Lei nº 8.213/91 e da impossibilidade de concessão da pensão por morte ao menor sob guarda do segurado falecido após a vigência do aludido preceito legal, por ausência do requisito legal “dependência”.

Nesse sentido, peço licença para transcrever os seguintes precedentes:

“DECISÃO 1. Trata-se de recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o qual, em síntese, entendeu que tendo a prova documental demonstrado que o segurado falecido contribuía para o sustento do menor de forma integral, auxiliando-o também na formação moral e em sua proteção, é deferido o benefício de pensão e que a Lei 9.528/97 não revogou expressamente o parágrafo 3º do art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual confere ao menor sob guarda a condição de dependente para todos os efeitos, inclusive previdenciários.

2. Admitido o recurso, subiram os autos.

3. Instado a se manifestar (fl. 130), o Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso (fls. 132-133).

4. A orientação desta Suprema Corte firmou-se no sentido de que deve ser aplicada ao benefício previdenciário a legislação vigente à época da aquisição do direito à benesse. Nesse sentido: RE 415.454/SC, Plenário, rel. Min. Gilmar Mendes, pub. DJE 26.10.2007; RE 391.121-AgR/RN, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 06.05.2005.

5. Em caso similar no RE 553.010/RN, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 25.4.2005, assim se pronunciou:

“(…)

O Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência acerca da inexistência de direito adquirido a regime jurídico (cf. o julgamento da ADI 3.105).

Se, na ação, pleiteia-se concessão de benefício de pensão por morte a menor designada como dependente sob guarda nos termos do art. 16 da Lei 8.213/1991, e verificando-se que esse tipo de designação foi extinta, em 1997, pela Lei 9.528, não há direito adquirido ao benefício nos casos em que o falecimento do beneficiário tenha ocorrido depois da alteração legislativa.”

6. Portanto, evidencia-se que o acórdão recorrido está em confronto com a jurisprudência desta Corte, motivo pelo qual conheço do recurso extraordinário e dou-lhe provimento, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do CPC. Invertam-se os ônus da sucumbência, salvo se a recorrida for beneficiária da justiça gratuita.

Publique-se.” (STF, RE 461.514/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, in DJe de 27/02/2009; destacamos).

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.523/96, REEDITADA ATÉ SUA CONVERSÃO NA LEI Nº 9.528/97. MENOR SOB GUARDA EXCLUÍDO DO ROL DE DEPENDENTES PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I. A questão sub examine diz respeito a possibilidade do menor sob guarda usufruir do benefício de pensão por morte, após as alterações promovidas no art. 16, § 2º da Lei nº 8.213/91, pela Medida Provisória nº 1.523/96, reeditada até sua conversão na Lei nº 9.528 em 10 de dezembro de 1997 que, por sua vez, o teria excluído do rol de dependentes de segurados da Previdência Social.

II. No julgamento dos Embargos de Divergência nº 727.716/CE, Rel Min. CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO), a Corte Especial, apreciando incidente de inconstitucionalidade do art. 16, § 2º, da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela citada Medida Provisória, exarou entendimento de que, como a lei superveniente não teria negado o direito a equiparação, mas apenas se omitido em prevê-lo, não haveria inconstitucionalidade a ser declarada.

III. O entendimento já assentado no âmbito da Terceira Seção é no sentido de que a concessão da pensão por morte deve se pautar pela lei em vigor na data do óbito do segurado, instituidor do benefício.

IV. Após as alterações legislativas ora em análise, não é mais possível a concessão da pensão por morte ao menor sob guarda, sendo também inviável a sua equiparação ao filho de segurado, para fins de dependência.

V. Recurso especial provido.” (STJ, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, REsp 720706/SE, in DJe de 31/08/2011; sublinhei).

“PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 557, CAPUT-, DO CPC. PENSÃO POR MORTE. QUALIDADE DE DEPENDENTE. MENOR SOB GUARDA. IMPOSSIBILIDADE. LEI N.º 8.069/90 (ECA). NÃO-APLICAÇÃO. ÓBITO OCORRIDO APÓS A LEI N.º 9.528/97. DECISÃO ACERTADA.

1. As decisões monocráticas, fulcradas no art. 557 do CPC, tem por objetivo maior a economia e a celeridade processuais, não obstaculizando, porém, o acesso às vias especiais. Trata-se a constitucionalidade do referido dispositivo legal de questão já pacificada pelo Supremo Tribunal Federal.

2. Os dependentes de segurado falecido têm assegurado o direito à percepção da pensão por morte, cuja concessão deve ser feita mediante a observância dos requisitos previstos na legislação vigente ao tempo do óbito.

3. A redação original do art. 16 da Lei n.º 8.213/91 equiparava ao filho o menor que, por determinação judicial, estivesse sob a guarda do segurado, mas a Lei n.º 9.528/97, dando nova redação ao § 2º do art. 16, acabou por excluir o menor sob guarda da relação de dependentes, mantendo apenas o enteado e o menor tutelado equiparado ao filho, e ainda assim, desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.

4. O Estatuto da Criança e do Adolescente não tem o condão de determinar a percepção do benefício previdenciário pelo demandante. A uma porque a Lei n.º 9.528/97 é posterior à 8.069/90. A duas, porque a Lei n.º 8213/91, dispondo sobre os Planos de

Benefícios da Previdência Social é especial em relação ao Estatuto da Criança e do Adolescente, especificamente sobre a questão previdenciária.

5. Recentemente foi afetado à Corte Especial do STJ o julgamento da Questão de Ordem no controle de constitucionalidade difuso sobre a questão, qual seja, a nova redação dada ao art. 16, § 2º, da Lei nº 8.213/91. Todavia, tal Corte, por maioria, acolheu preliminar de não conhecimento da arguição de inconstitucionalidade, sob o argumento de que de que, como a lei superveniente não teria negado o direito a equiparação do menor sob guarda à condição de filho, mas apenas se omitido em prevê-lo, não haveria inconstitucionalidade a ser declarada.

6. É de se considerar, portanto, a recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que Lei nº 9.528/1997, que alterou a redação do art. 16, § 2º, da Lei nº 8.213/1991, por ser norma previdenciária específica, prevalece em relação ao disposto no art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo aplicável, portanto, às hipóteses em que o óbito ocorreu a partir da vigência da MP nº 1.523/1996.

7. Não possui respaldo o inconformismo do apelado em não ter o MM. Juiz a quo entendido pela sua equiparação ao 'menor tutelado', previsto em lei. O autor não logrou comprovar a dependência econômica em relação à falecida segurada, nem a tutela do mesmo, deferida à avó.

8. As razões expostas no presente agravo interno não são suficientes ao juízo positivo de retratação, pois não trouxeram qualquer alegação que pudesse convencer esta Relatora em sentido contrário ao decidido.

9. Agravo interno conhecido e desprovido.” (TRF da 2ª Região, Segunda Turma Especializada, Desembargadora Federal Liliane Roriz, AC 200851070005834, in E-DJF2R de 26/09/2012; sem destaques no original).

“PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. ÓBITO OCORRIDO QUANDO JÁ VIGORAVA A LEI 9.528/97. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA LEI EM VIGOR NO MOMENTO DO ÓBITO.

1. A Lei nº 9528/97, já vigente à data do óbito dos extintos segurados, vedou a guarda judicial para fins previdenciários.

2. É a data do falecimento do de cujus que constitui o fato gerador da pensão por morte, conforme tem se firmado a jurisprudência majoritária. E é com base na legislação vigente a essa época que se verificará se a pessoa tem ou não direito ao benefício.

3. Não assiste razão aos apelantes ao invocar a proteção do art. 33, parágrafo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente -ECA, eis que tal norma não serve para fins de pensão previdenciária, à míngua de previsão específica própria da Lei nº 8.213/1991. Precedentes TRF5: AC 546786/SE, Rel. Des. Fed. Geraldo Apoliano, Terceira Turma; AC 489622/PB, Rel. Des. Fed. Cesar Carvalho (Convocado), Primeira Turma. Apelação improvida.” (TRF da 5ª Região, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal José Maria Lucena, AC 200685000031829/SE, DJE de 16/11/2012; destaquei).

Por outra face, a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais e os Tribunais Regionais Federais da 1ª, da 3ª e da 4ª Regiões entendem diversamente, no sentido de que é inconstitucional a nova redação do § 2º do artigo 16 da Lei nº 8.213/91 e, portanto, é devida a pensão por morte ao menor sob guarda, mesmo nos casos em que o óbito do segurado do RGPS tenha ocorrido a partir de 14.10.1996, porquanto permanece a sua condição de dependente.

Em tal sentido, colaciono os seguintes julgados;

“V O T O - E M E N T A EMENTA: PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO DO PRESIDENTE DA TNU QUE INADMITIU PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO. RESTABELECIMENTO DE PENSÃO POR MORTE. **MENOR SOB GUARDA. CONDIÇÃO DE DEPENDENTE.** SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA PELA TURMA RECURSAL DO AMAZONAS. PARADIGMAS DESTA TNU. SIMILITUDE FÁTICO-JURÍDICA ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E PARADIGMAS. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL DEMONSTRADA. **RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO DE DEPENDENTE.** AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. - Cabe agravo regimental da decisão do Presidente da Turma Nacional de Uniformização que inadmitir incidente de uniformização de jurisprudência (agravo interposto antes da alteração do art. 34 da Resolução CJF n.º 22/08, que tornou irrecurável a decisão de inadmissibilidade do IUJ proferida pelo Presidente da TNU). - O incidente de uniformização de interpretação do direito federal tem cabimento quando fundado em divergência entre decisões de Turmas Recursais de diferentes Regiões ou quando o acórdão recorrido for proferido em contrariedade a súmula ou jurisprudência dominante desta Turma Nacional de Uniformização, do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. - Hipótese na qual a recorrente alega que a decisão da Turma de origem, confirmando a sentença de improcedência do seu pedido de restabelecimento de pensão por morte, divergiu da jurisprudência dominante desta TNU, segundo a qual o menor sob guarda se equipara ao filho para fins previdenciários, por força do art. 33, §3.º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. - Identificada a similitude fática entre o acórdão da Turma de origem, que entendeu incabível o benefício de pensão por morte em razão da exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes da Lei de Benefícios da Previdência Social (Lei n.º 8.213/91, art. 16, § 2.º) e os paradigmas desta TNU, reconhecedores da condição de dependente do menor sob guarda, sob o fundamento de prevalência do ECA sobre a LBPS. - Conhecimento do incidente de uniformização por divergência entre acórdão impugnado e decisões paradigmas. - No mérito, **a pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data do óbito, quando requerida até trinta dias depois deste; ou do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior; ou, ainda, da decisão judicial, no caso de morte presumida (LBPS, art. 74), exigindo-se para a obtenção do benefício a comprovação da qualidade do instituidor e a dependência econômica do beneficiário.** - Nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente, 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; e reconhece ainda à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários (Lei n.º 8069/90, art. 33, § 2.º). - Esta TNU já firmou jurisprudência no sentido de que o ECA, ao prever que “a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários” (Lei n.º 8069/90, art. 33, §3.º), deve prevalecer sobre o art. 16, §2.º, da Lei n.º 8.213/91, atribuindo a condição de dependente ao menor sob guarda, em função da proteção conferida à criança e ao adolescente pelo ordenamento jurídico pátrio (TNU – PEDILEF n.º 200481100039432, Juiz Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, DJU 9 set. 2009; PEDILEF n.º 200671950010322, Juiz Federal Manoel Rolim Campbell Penna, DJU 28 ago. 2009; PEDILEF n.º 200783005039533, Juiz Federal Cláudio Roberto Canata, DJU 22 mai. 2009; PEDILEF n.º 200770950142990, Juiz Federal Otávio Henrique Martins Port, DJU 25 mar. 2009). No julgamento do PEDILEF n.º 200783005039533, de fato decidiu-se que: **“De acordo com os princípios constitucionais que regem a matéria, principalmente o da proteção integral da criança e do adolescente, cuja a responsabilidade é não só da família do menor mas também da sociedade e do Estado, é de rigor a aplicação da norma constante do art.**

33, parágrafo 3.º, do Estatuto da Criança e do Adolescente e não aquela constante no artigo 16, parágrafo 2.º, da Lei n.º 8213/91". - Reforma da decisão agravada, dando-se provimento parcial ao pedido de uniformização, para reiterar-se a tese da condição de dependente do menor sob guarda. - Se a Turma Nacional decidir que o incidente de uniformização deva ser conhecido e provido no que toca a matéria de direito e se tal conclusão importar na necessidade de exame de provas sobre matéria de fato, que foram requeridas e não produzidas, ou foram produzidas e não apreciadas pelas instâncias inferiores, a sentença ou acórdão da Turma Recursal deverá ser anulado para que tais provas sejam produzidas ou apreciadas, ficando o juiz de 1º grau e a respectiva Turma Recursal vinculados ao entendimento da Turma Nacional sobre a matéria de direito (TNU - Questão de Ordem n.º 20). - Não examinados na sentença ou no acórdão os pressupostos fáticos para a concessão da pensão por morte, impõe-se o retorno dos autos às instâncias ordinárias para análise, em concreto, do preenchimento ou não dos demais requisitos exigidos para a concessão do benefício, não cabendo tal análise em sede de pedido de uniformização (TNU - Questão de Ordem n.º 20; e Súmula n.º 42 desta TNU). Prejudicada a análise do pedido de antecipação dos efeitos da tutela. - Agravo Regimental provido e Pedido de Uniformização conhecido e parcialmente provido." (TNU, Rel. Juiz Federal Janilson Bezerra de Siqueira, PEDILEF 00056181220104013200, in DOU de 11/05/2012; salientei).

"PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. TRABALHADOR URBANO. AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA PRIMEIRA INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE NULIDADE. MENOR SOB GUARDA JUDICIAL. DEFERIMENTO EM 1996. ÓBITO POSTERIOR À LEI N. 9.528/97. ALTERAÇÃO DO § 2º DO ART. 16 DA LEI N. 8.213/91. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CORTE ESPECIAL DESTA TRIBUNAL. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CUSTAS PROCESUAIS.

1. A ausência de intervenção do Ministério Público não induz à nulidade do processo, uma vez que não restou caracterizado qualquer prejuízo aos interesses do incapaz, visto que a parte autora estava devidamente representar. Ademais, o pedido foi julgado procedente e pelo juízo a quo e, por ocasião do julgamento do recurso, houve manifestação do parquet no âmbito da segunda Instância.

2. Segundo a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte, deve-se aplicar, para a concessão de benefício de pensão por morte, a legislação vigente ao tempo do óbito do instituidor (Súmula 340/STJ).

3. Atendidos os requisitos indispensáveis à concessão do benefício previdenciário (óbito do segurado e qualidade de dependente), é assegurada a pensão por morte ao cônjuge/companheiro(a) e filhos, que, em decorrência de presunção legal, são dependentes previdenciários, nos termos da lei de regência.

4. Existência nos autos de prova da qualidade de segurada da falecida, tendo em vista que era titular do benefício de aposentadoria por idade.

5. A corte especial, por maioria, declarou a inconstitucionalidade do § 2º do art. 16 da Lei 8.213/91, com redação dada pela Medida Provisória n. 1.523, de 11/10/96, reeditada e convertida na Lei 9.528/97, com relação à exclusão do menor sob guarda judicial da condição de dependente do segurado.

6. Direito ao benefício de pensão por morte reconhecido, no valor de um salário mínimo, na forma determinada na sentença.

7. As prestações em atraso devem ser pagas de uma só vez, monetariamente corrigidas de acordo com a Lei n. 6.899/81, pelos índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, aprovado pelo Conselho da Justiça Federal, incidindo tal correção desde a

data do vencimento de cada parcela em atraso (Súmulas n.s 148 do STJ e 19 do TRF - 1ª Região).

8. Juros de mora devidos em 1% (um por cento) ao mês a contar da citação até o advento da Lei 11.960/09, a partir de quando incidirão à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês - ou outro índice de juros remuneratórios das cadernetas de poupança que eventualmente venha a ser estabelecido -, até a apuração definitiva dos cálculos de liquidação.

9. Honorários advocatícios fixados em 10% sobre as prestações vencidas até a data da prolação da sentença no caso de sua confirmação ou até a prolação do acórdão no caso de provimento da apelação da parte autora, atendendo ao disposto na Súmula 111/STJ, porém limitados aos valores nela constantes, em face do princípio do non reformatio in pejus.

10. Nas causas ajuizadas perante a Justiça Estadual, no exercício da jurisdição federal (§ 3º do art. 109 da CF/88), o INSS está isento das custas somente quando lei estadual específica prevê a isenção, o que ocorre nos estados de Minas Gerais, Goiás, Rondônia e Mato Grosso. Em se tratando de causas ajuizadas perante a Justiça Federal, o INSS está isento de custas por força do art. 4º, inc. I, da Lei 9.289/96, abrangendo, inclusive, as despesas com oficial de justiça.

11. Apelação do INSS não provida. Remessa oficial provida em parte." (TRF da 1ª Região, Segunda Turma, Rel. Desembargadora Federal Monica Sifuentes, AC 0004108-09.2010.4.01.9199/MG, in e-DJF1 de 04/10/2012; grifo nosso).

“PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. PENSÃO POR MORTE. PREENCHIDOS OS REQUISITOS LEGAIS. DECISÃO FUNDAMENTADA.

I - Não procede a insurgência da parte agravante porque preenchidos os requisitos legais para a concessão da pensão por morte.

II - Constam dos autos: termo de entrega sob guarda e responsabilidade do autor a sua avó, em 02.06.2005 (fls. 13); certidão de nascimento do autor, em 10.12.2000 (fls. 14); certidão de óbito da avó do autor, ocorrido em 07.09.2006, causa da morte "choque séptico; sepse (aplasia medular pós QT - Leucemia mielóide aguda)", qualificada a falecida como casada, aposentada, com 47 anos de idade; extrato obtido no site da Previdência Social indicando que a falecida recebia auxílio doença previdenciário por ocasião do óbito (fls. 16); relatório emitido pela "Clínica Interação", sem data (sendo possível, com base na idade do autor nele mencionada, concluir que foi emitido em maio de 2007), com informações acerca de dificuldades psicomotoras enfrentadas pelo demandante, alegando urgência de acompanhamento quanto a psicomotricidade e fonoaudiologia, com honorários mensais de R\$ 120,00 e débito, à época, de R\$ 300,00 (fls. 17/18); relatório fonoaudiológico também sem data, emitido na mesma época (considerando a idade do autor nele mencionada), relatando dificuldades enfrentadas pelo autor, honorários mensais de R\$ 120,00 e débito em aberto de R\$ 210,00 (fls. 19/20).

III - Foram ouvidas duas testemunhas que afirmaram que o autor esteve sob os cuidados da de cujus desde o nascimento.

IV - Consulta ao sistema Dataprev, verifica-se que Hermes Souza Lima, avô do autor, vem recebendo desde 01.08.2007 o benefício de pensão por morte instituído pela de cujus, sua esposa (NB 1393998183).

V - A falecida guardiã recebia auxílio-doença por ocasião do óbito. Assim, não se cogita de não ostentar a qualidade de segurada, tanto que seu marido vem recebendo pensão em razão de seu falecimento.

VI - O autor encontrava-se sob a guarda da falecida, conferida judicialmente em 02.06.2005.

VII - O §2º do artigo 16 da Lei nº 8.213/91, em sua redação original, equiparava a filho, nas condições do inciso I, mediante declaração do segurado, o menor que, por determinação judicial, estivesse sob guarda.

VIII - A Lei nº 9.528, de 10.12.1997, originada de Medida Provisória, diversas vezes reeditada, alterou a redação do art. 16, §2º, para dispor que, apenas "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".

IX - Em que pese a alteração legislativa, inexistem óbices substanciais à inclusão do menor sob guarda como dependente do guardião segurado, em face dos mandamentos constitucionais de proteção integral e prioritária à criança e ao adolescente, inclusive com a garantia de direitos previdenciários (art. 227, §3º, II, da CF). Além disso, há de se prestigiar o acolhimento do menor, sob a forma de guarda, nos termos do art. 227, §3º, VI, da Magna Carta.

X - Verifica-se, ainda, que o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 33, §3º, dispõe que "a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários".

XI - De se observar, ademais, a similitude entre os institutos da tutela e da guarda, por se destinarem à proteção da criança ou adolescente que, por alguma das razões legais, não tem, em sua família originária, a garantia dos direitos à vida e desenvolvimento plenos. A finalidade protetiva permite incluir o menor sob guarda na expressão "menor tutelado" do §2º do art. 16 da Lei nº 8.213/91.

XII - A possibilidade de inscrição do menor sob guarda, contudo, não afasta a necessária comprovação da dependência econômica, em relação ao segurado guardião, nas relações estabelecidas sob a égide da Medida Provisória nº 1.523, de 11.10.1996, e suas posteriores reedições, que culminaram na Lei nº 9.528/97.

XIII - Os elementos constantes dos autos, demonstram a dependência econômica em relação à falecida guardiã, fazendo jus o autor ao benefício pleiteado.

XIV - Em suma, comprovado o preenchimento dos requisitos legais para concessão de pensão por morte, previstos na Lei nº 8.213/91, o direito que persegue o requerente merece ser reconhecido.

XV - Decisão monocrática com fundamento no art. 557, caput e § 1º-A, do C.P.C., que confere poderes ao relator para decidir recurso manifestamente improcedente, prejudicado, deserto, intempestivo ou contrário a jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, sem submetê-lo ao órgão colegiado, não importa em infringência ao C.P.C. ou aos princípios do direito.

XVI - É pacífico o entendimento nesta E. Corte, segundo o qual não cabe alterar decisões proferidas pelo relator, desde que bem fundamentadas e quando não se verificar qualquer ilegalidade ou abuso de poder que possa gerar dano irreparável ou de difícil reparação à parte.

XVII - Não merece reparos a decisão recorrida, que deve ser mantida, porque calcada em precedentes desta E. Corte e do C. Superior Tribunal de Justiça.

XVIII - Agravo improvido." (TRF da 3ª Região, Oitava Turma, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARIANINA GALANTE, AC 0013990-34.2008.4.03.9999/SP, in e-DJF3 de 26/10/2012; frisamos).

“PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. CONCESSÃO. MENOR SOB GUARDA. QUALIDADE DE DEPENDENTE DEMONSTRADA. CONJECTÁRIOS.

1. A concessão do benefício de pensão por morte depende da ocorrência do evento morte, da demonstração da qualidade de segurado do de cujus e da condição de dependente de quem objetiva a pensão.

2. Para a obtenção do benefício de pensão por morte deve a parte interessada preencher os requisitos estabelecidos na legislação previdenciária vigente à data do óbito, consoante iterativa jurisprudência dos Tribunais Superiores e desta Corte.

3. A nova redação dada pela Lei n.º 9.528/97 ao § 2º do art. 16 da Lei n.º 8.213/91 não teve o condão de derrogar o art. 33 da Lei n.º 8.069/90 (ECA), sob pena de ferir a ampla garantia de proteção ao menor disposta no art. 227 do texto constitucional, que não faz distinção entre o tutelado e o menor sob guarda. Permanece, pois, como dependente o menor sob guarda judicial, inclusive para fins previdenciários.

4. Hipótese em que evidenciada a qualidade de dependente do requerente, já que comprovado que vivia sob a guarda fática da avó.

5. Os juros moratórios são devidos desde a citação, de forma simples e à taxa de 12% ao ano (Súmula n.º 204 do Superior Tribunal de Justiça e Súmula n.º 75 deste Tribunal), passando, a partir de julho de 2009, à taxa aplicável às cadernetas de poupança por força do disposto no art. 1º-F da Lei n.º 9.494/97 (precedentes da 3ª Seção desta Corte, da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça e do Plenário do Supremo Tribunal Federal).

6. Correção monetária aplicável desde quando devida cada parcela pelos índices oficiais jurisprudencialmente aceitos e, a partir de julho de 2009, de acordo com a "remuneração básica" das cadernetas de poupança, por força do art. 1º-F da Lei n.º 9.494/97." (TRF da 4ª Região, Quinta Turma, Rel. Desembargadora Federal Rogerio Favreto, APELREEX 0008739-66.2012.404.9999/SC, in D.E. de 18/10/2012; negritei).

Percebe-se, pois, que a jurisprudência sobre a matéria objeto do presente trabalho está carente de pacificação, pacificação esta que certamente ocorrerá após o julgamento, pelo STF, da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI n.º 4.878/DF, que foi ajuizada pela Procuradoria-Geral da República e na qual se sustenta a inconstitucionalidade da nova redação do § 2º do artigo 16 da Lei n.º 8.213/91 (na parte em que exclui o menor sob guarda do rol de dependentes do segurado do RGPS), ao fundamento de que viola o princípio da proteção integral da criança e do adolescente e, portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

Pode-se concluir, por conseguinte, que ao menor sob guarda somente é atribuída a condição de dependente do segurado do RGPS para fins de recebimento do benefício previdenciário pensão por morte quando o óbito do aludido segurado tiver ocorrido na vigência da redação original do § 2º do artigo 16 da Lei n.º 8.213/91 (ou seja, falecimento até o dia 13.10.1996). Isso porque na vigência da nova (atual) redação do mencionado preceito legal (dada pela Medida Provisória n.º 1.523, de 11 de outubro de 1996, que posteriormente foi convertida na Lei n.º 9.528/97) o menor sob guarda não é mais considerado dependente do referido defunto e, pois, não lhe é mais devida a pensão por morte.

Urge frisar, por derradeiro, que, não obstante se conclua, neste trabalho, pela constitucionalidade material da nova redação do § 2º do artigo 16 da Lei n.º 8.213/91, já que em consonância com os princípios constitucionais do direito adquirido (CF, art. 5º, XXXVI),

da isonomia (CF, art. 5º, caput) e da proteção integral do menor (CF, art. 227, caput e § 3º, II e VI), os Tribunais pátrios têm variado o entendimento sobre tal questão, pelo que a pacificação jurisprudencial a respeito somente ocorrerá após o julgamento, pelo STF, da ADI nº 4.878/DF.

BIBLIOGRAFIA

AFONSO DA SILVA, José. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

CURY; Garrido; Marçura. Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da Proteção Integral: Pressuposto para Compreensão do Direito da Criança e do Adolescente. Disponível em: <<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/657/454>>. Acesso em: 24.nov.2012.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Individuais e suas Limitações: Breves Reflexões. In Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Notas

[1] A Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.

[2] Autarquia federal a quem compete a gestão do Plano de Benefícios e Serviços do Regime Geral da Previdência Social, nos termos das Leis nºs 8.029/90, 8.212/91 e 8.213/91.

[3] Sobre a morte presumida, preconizam os artigos 6º e 7º do Código Civil (Lei 10.406/02), in verbis: “Art. 6º. A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.” e “Art. 7º. 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.”. Ademais, o art. 78 da Lei nº 8.213/91 esclarece que: i) “por morte presumida do segurado, declarada pela autoridade judicial competente, depois de 6 (seis) meses de ausência, será concedida pensão provisória” (caput); ii) “mediante prova do desaparecimento do segurado em consequência de acidente, desastre ou catástrofe, seus dependentes farão jus à pensão provisória independentemente da declaração e do prazo” de seis meses de ausência (§ 1º); e iii) “verificado o reaparecimento do segurado, o pagamento da pensão cessará imediatamente, desobrigados os dependentes da reposição dos valores recebidos, salvo má-fé” (§ 2º).

[4] Lei nº 8.213/91, art. 33: “A renda mensal do benefício de prestação continuada que substituir o salário-de-contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado não terá valor inferior ao do salário-mínimo, nem superior ao do limite máximo do salário-de-contribuição, ressalvado o disposto no art. 45 [acréscimo de vinte e cinco por cento no valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar de assistência permanente de outra pessoa] desta Lei”.

[5] Lei nº 8.213/91: “Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo. Parágrafo único. Prescreve em cinco anos, a contar da data em que deveriam ter sido pagas, toda e qualquer ação para haver prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela Previdência Social, salvo o direito dos menores, incapazes e ausentes, na forma do Código Civil.”.

[6] Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

[7] ECA, art. 28: “A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei”.

[8] ECA, art. 33, § 1º: “A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros”.

[9] ECA, art. 33, § 2º: “Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados”.

[10] LINDB (Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), art. 6º, caput: “A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”.

[11] STF, Segunda Turma, RE 577.827 AgR/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, in DJe de 13.06.2011.

[12] LINDB, art. 2º, § 1º: “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

[13] CF/88: “Art. 5º (...) XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”.

[14]De acordo com a LINDB (art. 6º, § 2º), “consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”. E nas palavras de Dirley da Cunha Júnior (in Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 702), “entende-se por direito adquirido a garantia segundo a qual um direito, desde que cumpridas as condições necessárias para o seu exercício, incorpora-se ao patrimônio de seu titular, que dele poderá usufruir a qualquer tempo, ainda que posteriormente extinto ou agravadas as bases normativas de sua constituição”.

[15] Nesse sentido os seguintes precedentes: STF, RE 576.397 AgR/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Cármem Lúcia, in DJe de 21.11.2012; e STF, RE 227.775 AgR/CE, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, in DJe de 23.10.2012.

[16] CF/88: “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: (...)”.

[17] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit., p. 664.

[18] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, PP. 21-2.

[19] STF, Tribunal Pleno, ADI 3.305/DF, Rel. Min. Eros Grau, in DJ de 24.11.2006.

[20] ECA: “Art. 38. Aplica-se à destituição da tutela o disposto no art. 24.”; e “Art. 24. A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.”.

[21] CF/88: “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. (...) § 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: (...) II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas; (...) VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado.”.

[22] ECA, art. 39, § 1º: “A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.”.

Autor

- **Francisco Wendson Miguel Ribeiro**

Procurador Federal. Graduado em Direito e pós-graduando em Direito Público pela Universidade de Brasília - UnB.

<https://plus.google.com/107763379175162004940/about>

Informações sobre o texto

Como citar este texto (NBR 6023:2002 ABNT):

RIBEIRO, Francisco Wendson Miguel. 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. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n.

3491, 21 jan. 2013 . Disponível em:<<http://jus.com.br/revista/texto/23497>>. Acesso em: 18 fev. 2013.