

## Pensão por morte a menor sob guarda deve observar lei em vigor na data do óbito

A pensão por morte a ser paga ao menor sob guarda deve observar a lei em vigor na data do falecimento do segurado. Isso porque esse é o fato gerador para a concessão do benefício previdenciário. Se a morte ocorreu antes da edição da Medida Provisória 1.523, de 11 outubro de 1996, o recebimento está assegurado; se foi depois, o menor não tem direito ao benefício.

A conclusão é da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que definiu também que o menor sob guarda não pode mais ser equiparado ao filho de segurado, para fins de dependência. De acordo com o voto do relator, ministro Gilson Dipp, o reconhecimento do direito à pensão por morte não é mais possível após as alterações promovidas pela MP 1.523/96, reeditada até sua conversão na Lei 9.528, em 10 de dezembro de 1997.

A questão teve início com Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal contra o INSS. O objetivo era a condenação do instituto a considerar o menor sob guarda como dependente equiparado ao filho do segurado, conforme previsto no artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e na redação original do artigo 16, parágrafo 2º, da Lei 8.213/91.

Em primeira instância, a ação foi julgada procedente. O Tribunal Regional Federal da 5ª Região confirmou a sentença. Insatisfeito, o INSS recorreu ao STJ. Alegou, em preliminar, a ilegitimidade do Ministério Público para a defesa de direitos individuais patrimoniais disponíveis ou de qualquer direito individual homogêneo. No mérito, sustentou que a decisão ofendeu o artigo 16, parágrafo 2º, da Lei 8.213, com redação dada pela Lei 9.528, que afastou o menor sob guarda do rol de dependentes de segurados da Previdência Social.

A preliminar de ilegitimidade foi acolhida em decisão monocrática no STJ, mas o Supremo Tribunal Federal a afastou, após examinar Recurso Extraordinário, determinando que o STJ julgasse o mérito do recurso.

Em outro processo (EREsp 727.716) relacionado ao mesmo tema, o Ministério Público alegou que o artigo 16, § 2º, da Lei 8.213, na redação dada pela Medida Provisória, seria inconstitucional. A Corte Especial, no entanto, entendeu que a lei superveniente não teria negado o direito à equiparação do menor sob guarda, mas apenas se omitiu em prevê-lo, não havendo portanto inconstitucionalidade a ser declarada, razão pela qual o incidente não foi sequer conhecido.

Ao analisar agora o Recurso Especial na 5ª Turma, o ministro Gilson Dipp lembrou que, durante algum tempo, foi motivo de debates no STJ se o artigo 33 do ECA – que cria a possibilidade de a criança sob guarda ser considerada dependente para fins previdenciários – deveria prevalecer em relação à legislação previdenciária, por ser tida como norma especial.

Se fosse esse o entendimento, disse o ministro, “o direito do menor sob guarda à percepção do benefício *post mortem* persistiria até os dias atuais, pois não teria sido ceifado pela norma previdenciária de 1997”.

No entanto, em vários julgamentos, a 3ª Seção do STJ já decidiu que não prevalece o disposto no artigo 33 do ECA, em razão da alteração introduzida pela Medida Provisória 1.523.

Diante disso, afirmou o relator, “outra não pode ser a conclusão a respeito da matéria, a não ser a de que o entendimento já assentado no âmbito da 3ª Seção, no sentido de que a pensão por morte deve observar a lei em vigor na data do óbito do segurado, por ser esse o fato gerador para a concessão do benefício, deve ser mantido”.

O ministro explicou que ao menor, cujo guardião morreu antes da Medida Provisória 1.523, continuará assegurada a percepção do benefício. “Contudo, o óbito ocorrido após a alteração legislativa não gerará a percepção do benefício *post mortem*, não havendo, pois, falar em prevalência do artigo 33, parágrafo 3º, do ECA em detrimento da norma previdenciária, cuja natureza é também específica”, concluiu Gilson Dipp. *Com informações da Assessoria de Imprensa do STJ.*

**Date Created**

24/11/2011