

VOTO

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator): Trata-se de duas ações diretas, apresentadas pela Procuradoria-Geral da República e pelo Conselho Federal da OAB, que questionam, em síntese, a exclusão do “menor sob guarda” dos beneficiários equiparados a filhos para fins de recebimento de pensão por morte de segurado do INSS, como consequência da revogação parcial do § 2º do art. 16 da Lei Federal 8.213/91 pela Medida Provisória 1.523/96, convertida na Lei Federal 9.528/97.

Cabe analisar, portanto, se a alteração legislativa violou os princípios e as normas constitucionais, mais especificamente os princípios da igualdade, proibição do retrocesso e da proteção integral da criança e do adolescente, como suscitado pelos autores.

I – Princípio da absoluta prioridade e da proteção integral de crianças e adolescentes

Inicialmente, destaco que a Constituição de 1988, em seu artigo 227, determina, com absoluta prioridade, a proteção integral das crianças e adolescentes. Seu parágrafo 3º, inclusive, prevê proteção especial, em relação ao trabalho, apenas para maiores de quatorze anos, a “ *garantias de direitos previdenciários e trabalhistas* ”, ao acesso à escola do jovem trabalhador, à defesa técnica em caso de ato infracional, a “ *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* ” e a programas especializados em caso de dependência de entorpecentes. Ainda, o parágrafo 6º estabelece a igualdade entre os filhos, havidos ou não da relação do casamento ou por adoção.

Tendo como pressuposto os princípios da absoluta prioridade e da proteção integral da criança e do adolescente, tanto o Código Civil como o Estatuto da Criança e do Adolescente versam sobre as disposições relativas à capacidade, representação, filiação e proteção, bem como a outras normas de proteção, previstas em leis especiais, como é o caso da norma aqui em exame.

II – Proteção das crianças e adolescentes pela Lei 8.213/91

A Lei 8.213, de 1991, é norma especial que regulamenta os Planos de Benefícios da Previdência Social.

Em observância ao art. 227, § 3º, inciso II, da Constituição Federal, o art. 13 da Lei 8.213 prevê que o menor, a partir de 14 anos, possa contribuir ao INSS na qualidade de segurado facultativo, desde que não incluído nas disposições do art. 11, que o enquadrem nas hipóteses de segurado obrigatório.

Assim, os direitos trabalhistas e previdenciários ficam garantidos aos menores de 18 e maiores de 16 anos, que podem ser contratados como empregados, nos termos da legislação pertinente, e aos menores de 18 e maiores de 14 anos, que podem ser contratados na condição de menor aprendiz, conforme prevê o art. 427 da CLT.

Por outro lado, enquanto pessoa vulnerável em razão da condição de criança ou adolescente, os filhos do segurado, menores de 21 anos, desde que não emancipados, e os maiores de 21 anos que sejam inválidos, possuam deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave são incluídos entre os beneficiários do segurado (art. 16, I, da Lei 8.213/91), hipótese em que a dependência econômica será presumida (art. 16, § 4º, da Lei 8.213/91).

Aqui, cabe registrar que a redação originária da Lei 8.213 foi mais abrangente ao tratar do filho menor de 21 anos, porquanto não distinguia “qualquer condição”. Os emancipados foram excluídos apenas com a alteração promovida pela Lei 9.032, de 1995. Por outro lado, a partir da redação dada pela Lei 12.470, de 2011, a proteção aos filhos maiores de 21 anos passou a ser mais abrangente, incluindo, além dos filhos inválidos, os que tenham deficiência intelectual ou mental e, a partir da Lei 13.146, de 2015, os que tenham deficiência grave.

Ainda, o art. 16, III, ampara a criança, adolescente ou jovem, irmão do segurado, que seja seu dependente econômico, menor de 21 anos ou inválido, deficiente intelectual ou mental ou deficiente grave, quando inexistirem dependentes das classes dos incisos I e II.

A terceira hipótese de proteção de menores operada na Lei 8.213, art. 16, § 2º, equipara a filho o enteado ou menor tutelado, desde que comprovada sua dependência econômica com o segurado. Esta é a hipótese em exame.

III – Redação do art. 16, § 3º, da Lei 8.213 e exclusão do menor sob guarda

A redação originária da Lei 8.213, de 1991 equiparava a filho, nas condições do inciso I, o enteado, o menor sob guarda e o menor tutelado, nos seguintes termos:

“§ 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 guarda; e o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação.”

A Medida Provisória 1.523/96, convertida na Lei 9.528/97, excluiu o menor sob guarda, ao mesmo tempo em que passou a exigir a comprovada dependência econômica do enteado e do tutelado:

“§ 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.”

Cabe aqui registrar que, naquele momento, era comum que avós, segurados do INSS ou servidores públicos, assumissem a guarda dos netos, de modo a torná-los potenciais beneficiários de sua pensão por morte. Esse fato, de todos conhecidos, é registrado por Maria Berenice Dias, em seu Manual de Direito das Famílias, nos seguintes termos:

“Há uma prática bem difundida, de os avós buscarem a guarda dos netos exclusivamente para fins previdenciários. Ainda que muitas vezes os pais residam juntos e na dependência econômica dos avós, estes desempenham o dever de cuidado em decorrência da solidariedade familiar. Estando os genitores no exercício do poder familiar, não se justifica a concessão da guarda aos avós.” (DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 12. ed. Rev. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 561-562.)

Conforme Parecer 53 de 1997, do Senador José Fogaça, aprovado pela Comissão Mista instituída no Congresso Nacional para analisar a MP 1.596,

a alteração legislativa objetivou retirar o menor sob guarda do rol de dependentes do segurado, para fins previdenciários, como medida para alcançar o equilíbrio financeiro do INSS:

“(…) A nova redação do art. 16, § 2º (1ª edição) visou impedir que o menor que, sob determinação judicial, esteja sob a guarda de segurado seja seu dependente, par fins previdenciários.

(…) De acordo com o Governo, os gastos com benefícios da Previdência Social ‘tem-se constituído fonte de crescente pressão sobre as contas fiscais nos últimos anos’. Assim, ele tem argumentado que, enquanto não for aprovada a reforma constitucional da Previdência Social, são imprescindíveis as mudanças empreendidas na legislação infraconstitucional por intermédio da medida provisória em análise, as quais têm permitido trabalhar com a hipótese de equilíbrio financeiro do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Informa, ainda, o Executivo que, se tais mudanças não forem aprovadas, o déficit previdenciário será bastante superior aos valores verificados nos últimos anos. (Diário do Senado Federal. Parecer nº 53 de 1997. Ano LII, nº 219. Brasília, 27 de novembro de 1997, p. 26409-26414).

Recentemente, a reforma previdenciária, realizada também com o objetivo de alcançar a saúde financeira do sistema previdenciário brasileiro, repetiu, no texto da Emenda Constitucional 103, de 2019, a redação dada ao artigo 16 da Lei 8.213, mantendo a exclusão do menor sob guarda dentre os dependentes do segurado, nos seguintes termos:

“Art. 23. A pensão por morte concedida a dependente de segurado do Regime Geral de Previdência Social ou de servidor público federal será equivalente a uma cota familiar de 50% (cinquenta por cento) do valor da aposentadoria recebida pelo segurado ou servidor ou daquele a que teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente na data do óbito, acrescida de cotas de 10 (dez) pontos percentuais por dependente, até o máximo de 100% (cem por cento).

(…)

§ 6º Equiparam-se a filho, para fins de recebimento da pensão por morte, exclusivamente o enteado e o menor tutelado, desde que comprovada a dependência econômica.”

A análise do processo legislativo que levou à nova redação da norma aqui impugnada, somada à doutrina e à recente alteração constitucional,

demonstra que foi a intenção do legislador excluir o menor sob guarda dentre os possíveis beneficiários do segurado, mudança que objetivou reduzir os gastos da previdência (segundo informações do Senado, eDOC 26 da ADI 5.083, p. 9), inclusive em razão do desvio de finalidade identificado nos casos em que avós recebiam a guarda dos netos, que continuavam submetidos ao poder familiar dos genitores, com o objetivo de deixar o neto como beneficiário da previsão no caso da sua morte.

Verificar se a alteração legislativa violou os princípios da igualdade, da proteção integral da criança e do adolescente e da vedação ao retrocesso, depende, a meu ver, do exame do instituto da guarda, de modo a identificar quais são os menores amparados pelo art. 16 e, em relação aos excluídos, quem responde por eles no caso da morte do guardião.

IV – O instituto da guarda de menores

O ordenamento jurídico brasileiro utiliza o termo guarda para tratar de dois institutos jurídicos distintos: a guarda dos filhos, instituto derivado da própria autoridade parental exercida pelos pais; e a guarda de crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade, enquanto medida protetiva prevista no ECA.

Maria Berenice Dias assinala que o tratamento do instituto da guarda em instrumentos normativos distintos, Código Civil e ECA, tem dado margem para confusão sobre a legislação aplicável, inclusive quanto à identificação do juízo competente para a ação, suscitando conflito de competência entre as varas de família e as varas da infância e da juventude (DIAS, Maria Berenice, p. 562). De forma sintética, aplicam-se as normas do Código Civil, sendo competente o juízo da vara de direito de família, quando o conflito disser respeito à regularização da guarda envolvendo a relação entre os genitores; por outro lado, aplicam-se as normas do ECA, sendo competente a vara da infância e da juventude, quando a criança ou adolescente encontrar-se em situação de risco.

4.1. A guarda enquanto instituto inerente ao exercício do poder familiar:

No direito de família, a guarda dos filhos está implicitamente relacionada ao exercício do poder familiar. Os genitores, titulares do poder familiar, quando vivem juntos, acabam por exercer conjuntamente a guarda dos filhos, de forma implícita. Quando os genitores se separam e passam a ter residências diferentes, é necessário individualizar a guarda dos filhos.

Como regra geral, a guarda tende a ser compartilhada entre os genitores, sendo necessário detalhar o regime de convivência. Em outros casos, a guarda poderá ser deferida unilateralmente a um dos genitores, ficando o outro com o direito de visitas. Mesmo que o genitor não fique com a guarda do filho, permanece titular do poder familiar, mantendo seus direitos e deveres.

É possível, ainda, que os genitores, titulares do poder familiar, compartilhem a guarda com um terceiro, como um avô, por exemplo, ou cedam a este terceiro a guarda, ficando com o direito de visitas regulamentado, sempre em atenção ao princípio do melhor interesse da criança.

Eis o que determina o Código Civil:

“Art. 1583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivem sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

§5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

§6º Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação.

Art. 1585. Em sede de medida cautelar de separação de corpos, em sede de medida cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, a decisão sobre guarda de filhos, mesmo que provisória, será proferida preferencialmente após a oitiva de ambas as

partes perante o juiz, salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte, aplicando-se as disposições do art. 1.584.

Art. 1586. Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais.

Art. 1587. No caso de invalidade do casamento, havendo filhos comuns, observar-se-á o disposto nos arts. 1.584 e 1.586.

Art. 1588. O pai ou a mãe que contrair novas núpcias não perde o direito de ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados por mandado judicial, provado que não são tratados convenientemente.

Art. 1589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente.

Art. 1590. As disposições relativas à guarda e prestação de alimentos aos filhos menores estendem-se aos maiores incapazes.”

Em relação à pensão por morte, o filho do segurado do INSS terá direito ao seu recebimento, estando ele, ou não, sob a guarda do genitor falecido, sendo irrelevante se o genitor, titular do poder familiar, exercia a guarda em conjunto com o outro genitor, ou a guarda unilateral, ou mantinha apenas direito de visitas em relação ao menor. Nesse sentido estabelece a norma do art. 16, I, da Lei 8.213:

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

I – o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; (...)”

Portanto, estar, ou não, sob a guarda do segurado, não é relevante para o estabelecimento da condição de beneficiário. O importante, aqui, é que o segurado não tenha perdido o poder familiar em relação ao filho.

Isso aplica-se, inclusive, nos casos de guarda deferida a terceiros, de forma unilateral ou compartilhada, quando os pais mantêm o poder familiar em relação aos filhos, sendo deles dependentes para fins previdenciários.

4.2 Guarda enquanto instituto de direito assistencial

Flávio Tartuce refere-se à guarda existente fora do âmbito familiar, prevista no artigo 28 e regulamentada nos artigos 33 a 35 do ECA, como um instituto de direito assistencial (Flavio Tartuce, p. 704). Nos termos do art. 28 do ECA, a guarda, assim como a tutela e a adoção, é considerada forma de colocação em família substituta. O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe sobre a guarda nos seguintes termos:

“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.

§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.

§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.

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

§4º Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público.

Art. 34. O poder público estimulará, por meio de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente afastado do convívio familiar.

§1º A inclusão da criança ou adolescente em programas de acolhimento familiar terá preferência a seu acolhimento institucional, observado, em qualquer caso, o caráter temporário e excepcional da medida, nos termos desta Lei.

§2º Na hipótese do §1º deste artigo a pessoa ou casal cadastrado no programa de acolhimento familiar poderá receber a criança ou adolescente mediante guarda, observado o disposto nos arts. 28 a 33 desta Lei.

§3º A União apoiará a implementação de serviços de acolhimento em família acolhedora como política pública, os quais deverão dispor de equipe que organize o acolhimento temporário de crianças e adolescentes em residências de famílias selecionadas, capacitadas e acompanhadas que não estejam no cadastro de adoção.

§4º Poderão ser utilizados recursos federais, estaduais, distritais e municipais para a manutenção dos serviços de acolhimento em família acolhedora, facultando-se o repasse de recursos para a própria família acolhedora.

Art. 35. A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público.”

Assim, passamos a ter a guarda como uma forma provisória de colocação de criança, que se encontra em situação de vulnerabilidade, em família substituta.

No caso dos processos de adoção e tutela, a guarda provisória poderá ser concedida para regularização da guarda de fato, até a conclusão do processo.

Uma vez concluída a adoção, a criança torna-se filha, os adotantes passam a ser pais, exercendo o poder familiar e a guarda, naturalmente. Nesses casos, o adotado é filho e, nessa condição, beneficiário para fins previdenciários.

Caso o adotante venha a falecer no curso do processo de adoção, enquanto detém apenas a guarda provisória do menor, há duas possibilidades: ou o processo de adoção será concluído favoravelmente, caso o adotante já tenha manifestado a vontade pela adoção após o estágio de convivência, e o menor passará a filho e, nessa condição, beneficiário previdenciário; ou a adoção não poderá ser concluída, e o menor será reencaminhado ao acolhimento estatal, tendo sua guarda deferida, provisoriamente, a outra família substituta.

Em relação à tutela, importante registrar que ela se aplica aos casos em que a criança ou adolescente deixa de estar sob o poder familiar dos genitores, especialmente em razão de sua morte, ou desaparecimento, ou suspensão do poder familiar. Nesses casos, é preciso que outrem se responsabilize pelo menor, dada a ausência dos pais, até que complete a

maioridade. O tutor ocupa o lugar jurídico deixado pelo vazio da autoridade parental, mas não cria vínculo de filiação com o tutelado. O tutor recebe os poderes necessários para a proteção dos menores, incluindo sua educação, saúde e desenvolvimento, mas também a administração de seus bens. Aliás, boa parte da doutrina é crítica ao fato da tutela ter sido pensada para os órfãos ricos (DIAS, Maria Berenice. p. 695), em que o interesse do tutor, em alguns casos, envolve justamente o patrimônio herdado.

Em relação ao menor tutelado, uma vez deferida a tutela, o tutor passa a exercer sobre o tutelado os deveres correspondentes ao poder familiar, até que o menor complete a maior idade, até que o tutor solicite a adoção do tutelado ou até que seja alterada, por decisão judicial, a tutela. No caso de o tutelado ser dependente econômico do tutor, sua condição de beneficiário para fins previdenciários está garantida. Não sendo, pode ser até que o tutelado receba pensão por morte em razão do falecimento de seus genitores, mas, de qualquer forma, não há a dependência econômica a causa vulnerabilidade.

Observe-se o art. 34:

“O Poder Público estimulará, por meio de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado. Essa é a regra do art. 34, caput, do ECA, que traz, segundo a doutrina, uma forma de guarda especial, destinada a crianças e adolescentes de difícil colocação, excluídos ordinariamente da adoção e da tutela. A Lei 12010 /2009 procurou regulamentar essa guarda especial.

De início, a inclusão da criança ou adolescente em programas de acolhimento familiar terá preferência a seu acolhimento institucional, observado, em qualquer caso, o caráter temporário e excepcional da medida (art. 34, §1º, do ECA). Em casos tais, a pessoa ou casal cadastrado no programa de acolhimento familiar poderá receber a criança ou o adolescente se sente melhor do que em uma instituição. Além disso, procura-se dar uma função social da família incontestável, atendendo às suas finalidades coletivas.

Por fim, sem qualquer alteração, determina o art. 35 da Lei 8069 /1990 que a guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público, sempre tendo como parâmetro o princípio de proteção integral ou de melhor interesse da criança. Justamente por isso é que a jurisprudência tem apontado que a decisão quanto à guarda não faz coisa julgada material.” (Flávio Tartuce, p. 706-707)

Portanto, a guarda coloca-se como um instituto temporário, para regulamentar a situação do menor que aguarda o curso do processo de adoção, a consolidação da tutela, ou o retorno à família, quando os genitores estão com o poder familiar suspenso por qualquer questão que gere vulnerabilidade da criança. No último caso, o ECA prefere que a criança, ou adolescente, seja acolhida por família substituta, que ficará com sua guarda provisória até que o juizado decida pelo retorno aos pais ou responsáveis, ou pela adoção.

Essa temporalidade da guarda prevista no ECA fica clara ao examinarmos o disposto no art. 35 do ECA: *“A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público”*.

V – Inexistência de violação aos princípios constitucionais de igualdade, proteção integral à criança e ao adolescente e vedação de retrocesso

Nos procedimentos de adoção e tutela, a guarda se destina a regularizar a posse de fato de criança ou adolescente. Nestes casos, os tutelados e adotados continuam a usufruir da condição de dependentes para fins previdenciários.

A guarda poderá ser decidida em processos entre genitores que, não mais vivendo juntos, mas em posse do poder familiar, precisam definir com quem ficará os filhos menores de 18 anos. Nesses casos, igualmente, na condição de filhos, os menores serão dependentes para fins de pensão por morte dos genitores segurados do INSS.

Poderá, ainda, a guarda ser deferida a terceiros, de forma temporária, em razão de situações peculiares envolvendo os pais ou representantes legais. Essa é a hipótese em que o menor deixa, então, de ser beneficiário do segurado do INSS que detém sua guarda – ausência de dependência econômica, para fins previdenciários, do menor sob guarda em relação ao segurado, devido à natureza transitória da relação jurídica estabelecida entre eles. A guarda, inclusive, não gera efeitos sucessórios.

Assim, verifico que o fato de o menor estar sob guarda de um terceiro não determina, necessariamente, sua condição de dependente deste, quer

pela provisoriedade da guarda, quer pela manutenção, em muitos casos, do poder familiar e da condição de dependente de seu genitor, mesmo que falecido, quer por estar sob os cuidados do Estado.

VI - Inexistência de direito adquirido a regime jurídico

O problema relativo à modificação das situações subjetivas em virtude da mudança de um instituto de direito não passou despercebido a Carlos Maximiliano, que assinala, a propósito, no clássico Direito intertemporal:

“Não há direito adquirido no tocante a instituições, ou institutos jurídicos. Aplica-se logo, não só a lei abolitiva, mas também a que, sem os eliminar, lhes modifica essencialmente a natureza. Em nenhuma hipótese granjeia acolhida qualquer alegação de retroatividade, posto que, às vezes, tais institutos envolvam certas vantagens patrimoniais que, por equidade, o diploma ressalve ou mande indenizar.” (MAXIMILIANO, Carlos, Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, p. 62)

Em acórdão proferido no RE 94.020, de 4.11.1981, o Supremo deixou assente, mediante voz do Ministro Moreira Alves:

“(…) em matéria de direito adquirido vigora o princípio – que este Tribunal tem assentado inúmeras vezes – de que não há direito adquirido a regime jurídico de um instituto de direito. Quer isso dizer que, se a lei nova modificar o regime jurídico de determinado instituto de direito (como é o direito de propriedade, seja ela de coisa móvel ou imóvel, ou de marca), essa modificação se aplica de imediato.” (RE 94.020, rel. Min. Moreira Alves, RTJ, 104 (1)/269 [272])

No que concerne ao direito dos servidores públicos, é pacífica a orientação doutrinária e jurisprudencial no sentido de que não se pode invocar direito adquirido para reivindicar a continuidade de um modelo jurídico referente ao sistema de remuneração, férias, licenças ou enquadramento ou qualquer benefício, exatamente por não se poder invocar direito adquirido a um dado estatuto jurídico, ressalvada a irredutibilidade de vencimentos.

Também no julgamento da ADI 3.105, considerou-se a inexistência de direito adquirido a um dado estatuto jurídico. A não incidência inicial da

contribuição sobre os proventos dos inativos não assegurava aos aposentados imunidade em relação à tributação, e o fato de não se ter estabelecido a tributação até então não legitimava, do ponto de vista do direito adquirido, a preservação indefinida desse *status*.

Vê-se, assim, que o princípio constitucional do direito adquirido não se mostra apto a proteger as posições jurídicas contra eventuais mudanças dos institutos jurídicos ou dos próprios estatutos jurídicos previamente fixados.

No caso dos autos, entender que a legislação previdenciária não poderia ser alterada para excluir o menor sob guarda do rol de beneficiários do segurado implicaria reconhecer um “direito adquirido” desse menor a um determinado regime jurídico, o que é claramente rechaçado pela jurisprudência desta Corte.

VII – A não recepção do art. 33, §3º, do ECA pela EC 103/2019

Por fim, registro que o aparente conflito entre o art. 33, §3º, da Lei 8.069/90 e o art. 16, §2º, da Lei 8.113/91 não se coloca mais.

Isso porque, o artigo 33, § 3º, da Lei 8069/90, na parte em que dispõe que a guarda torna o menor dependente, para todos os fins, inclusive previdenciário, não foi recepcionado pela EC 103 de 2019, ao menos com a interpretação que se busca, de equipará-lo a filho para fins de pensão por morte.

Veja-se que a EC 103, em seu art. 23, §6º, repetiu a redação do art. 16, § 2º, da Lei 8.213, aqui impugnado, fazendo constar que apenas se equiparam a filho, para fins de pensão por morte, “ **exclusivamente** o enteado e o menor tutelado, desde que comprovada a dependência econômica”.

Portanto, a exclusão do menor sob guarda da condição de dependente para fins de pensão por morte decorre, agora, de norma constitucional, estando superada a discussão sobre a prevalência do ECA ou da lei previdenciária.

VIII - Dispositivo

Ante o exposto, voto por negar provimento às ações diretas e declarar a constitucionalidade do art. 16, § 2º, da Lei 8.213/91, na redação dada pela Lei 9.528/97.