

VOTO-VOGAL

A Senhora Ministra Rosa Weber: 1. Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade**, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo **Procurador-Geral da República**, tendo por objeto o **parágrafo 2º do art. 16 da Lei 8.213/1991**, com a redação dada pela **Lei n. 9.528/97**, com o seguinte teor:

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

(...)

§ 2º O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento."

2. Sustenta-se a **inconstitucionalidade material** do dispositivo indicado, sob o fundamento de que a interpretação segundo a qual a **criança ou adolescente sob guarda** perderam a condição de beneficiários da Previdência Social "*é materialmente incompatível com os princípios constitucionais da proteção integral da criança e do adolescente e da isonomia*". Afirma que após alteração na redação do normativo, "*os menores sob guarda, equiparados aos filhos na redação original, deixaram de constar expressamente do rol de beneficiários contido na Lei nº 8.213/91*".

Diante disso, alega-se que "*o Instituto Nacional do Seguro Social passou a entender que as crianças e adolescentes sob guarda não possuem o direito à pensão por morte, posição confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça em diversos julgados*". Nessa linha, aduz que "*a única interpretação compatível com a Constituição é aquela que inclui, dentre os beneficiários do RGPS arrolados no § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213/91, as crianças e adolescentes sob guarda*".

3. A medida cautelar pleiteada, com o escopo de suspender a eficácia dos atos normativos atacados até o julgamento final da ação, baseia-se na plausibilidade jurídica da tese esposada (*fumus boni juris*) – haja vista os argumentos apresentados pela petição inicial – e no perigo da demora na prestação jurisdicional (*periculum in mora*), devido ao risco que crianças e adolescentes sejam privados de recursos indispensáveis à sua saúde e subsistência.

No mérito, requer-se que se confira **interpretação conforme a Constituição** ao § 2º do art. 16 da Lei 8.213/1991 , no sentido de incluir no seu âmbito de incidência os **menores sob guarda** .

4. Adotado o rito do **art. 12 da Lei n. 9.868/1999** .

5. O **Senado Federal** manifesta-se pela **improcedência** do pedido. Entende não haver “ *correspondência fática da afirmação do impetrante de que houve supressão de direitos constitucionalmente deferidos a crianças e adolescentes*” , uma vez que o instrumento foi modificado para conferir maior garantia aos dependentes dos segurados e ao sistema previdenciário. Afirma, ainda, que “ *estar excluído do sistema previdenciário por não atender às regras estabelecidas não significa a exclusão de toda a seguridade social*” , pois os não beneficiados “ *poderão se socorrer da assistência social*” .

6. A **Presidente da República** defende, inicialmente, o **não conhecimento** da ação, devido ao caráter infraconstitucional da matéria. No mérito, salienta que o dispositivo impugnado não acarreta a supressão de direitos constitucionais de que são titulares as crianças, os adolescentes e os jovens . Aduz, nessa linha, que: “ *A obrigação estatal é devidamente cumprida com a utilização adequada do instituto da guarda provisória ou permanente, de forma que o hipossuficiente estará sempre amparado pelo Estado e pela sociedade, sem que isso importe a obrigação de conferir-lhes benefício previdenciário*” .

7. A **Advocacia-Geral da União** manifesta-se pela **improcedência do pedido** o, conforme ementa a seguir:

Previdenciário. Artigo 16, § P, da Lei nº 8.213/91, com a redação que lhe foi conferida pela Lei nº 9.528/97. Exclusão do menor sob guarda do rol de beneficiários do Regime Geral da Previdência Social. Ausência de violação ao princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, previsto no artigo 227, caput e § 3º, inciso II, da Constituição. A norma atacada justifica-se diante da 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. Prevalência do artigo 16, § 2º, da Lei nº 8.213/91 em relação ao artigo 33, § 3º, da Lei nº 8.069/90. Manifestação pela improcedência do pedido.

8. O **Procurador-Geral da República** destaca as razões deduzidas na petição inicial e requer conhecimento e a **procedência** do pedido objeto da presente ação.

9. **Deferido** o pedido de admissão no feito, na qualidade de *amicus curiae*, do **Instituto Nacional do Seguro Social - INSS**.

10. Como **parâmetros de controle**, invocam-se o princípio da **isonomia** (art. 5º, *caput*, CF/88) e o princípio da **proteção integral da criança e do adolescente** (art. 227, CF/88), *in verbis*:

“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:

(...)

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.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

(...)

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

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas”.

11. A questão constitucional em debate envolve averiguar se a retirada da criança e do adolescente sob guarda do rol de beneficiários do Regime Geral de Previdência Social – RGPS – na condição de dependente do segurado viola normas constitucionais, em razão da alteração engendrada pela Lei n. 9.528/97 na Lei n. 8.213/91.

A legislação previdenciária passou a equiparar aos filhos, ainda que sem presunção de dependência econômica, **apenas os enteados e tutelados**.

O Código Civil assim prevê quanto à tutela:

“Art. 1.728. Os filhos menores são postos em tutela:

I - com o falecimento dos pais, ou sendo estes julgados ausentes;

II - em caso de os pais decaírem do poder familiar”.

Alega-se, em defesa da constitucionalidade da distinção entre os tratamentos legais destinados à tutela e à guarda, o **caráter temporário e transitório da guarda** conferida em presença de situações peculiares ou para suprir a falta dos pais ou responsáveis.

Nesse sentido a manifestação da **Advocacia-Geral da União** :

“Como visto, a modificação determinada pela Lei n. 9.528/97 ao texto do dispositivo sob invecitiva tem o efeito, tão somente, de excluir do rol de beneficiários do Regime Geral da Previdência Social, na condição de dependente do segurado, ‘o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda’.

Isso se justifica porque a guarda decorrente de determinação judicial caracteriza-se pela natureza transitória da relação jurídica estabelecida entre o detentor da guarda e o menor, sendo insuficiente, portanto, para configurar a situação de dependência econômica deste em relação ao segurado para fins previdenciários.

Com efeito, o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) ressalta o caráter temporário e excepcional da guarda por ele disciplinada, estabelecendo a possibilidade de que seja revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado”.

Não sobejam dúvidas quanto à **temporiedade** do instituto da guarda, tal como previsto pelo **Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei n. 8.069/90)** . O mesmo diploma especial, porém, prevê também a **proteção previdenciária na condição de dependente** . Reproduzo o teor das disposições do ECA:

“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. (Vide Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 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 do direito 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". (destaquei)

Quanto ao tema, relembro, outrossim, a **Convenção sobre os Direitos da Criança**, promulgada pelo **Decreto nº 99.710/90** :

"Artigo 26

1. Os Estados Partes reconhecerão a todas as crianças o direito de usufruir da previdência social, inclusive do seguro social, e adotarão as medidas necessárias para lograr a plena consecução desse direito, em conformidade com sua legislação nacional.

2. Os benefícios deverão ser concedidos, quando pertinentes, levando-se em consideração os recursos e a situação da criança e das pessoas responsáveis pelo seu sustento, bem como qualquer outra consideração cabível no caso de uma solicitação de benefícios feita pela criança ou em seu nome".

Como deflui das respectivas leituras interpretativas, as normas que estabelecem uma **disciplina específica sobre criança e adolescente** , diferentemente da lei geral previdenciária, ainda que posterior, **guardam completa sintonia com os ditames constitucionais de proteção integral** e da **dignidade da pessoa humana** .

A retirada da previsão anterior da Lei n. 8213/91 revela-se **inconstitucional** , sobretudo à luz da **proibição do retrocesso** quanto aos **direitos sociais** e do seu **desenvolvimento progressivo** , tal como previsto no **artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos** : "*Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados*

Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados”.

Na **doutrina**, pronunciando-se sobre a **inconstitucionalidade** da alteração, leciona Fábio Zambitte Ibrahim:

“(…) acredito que o enquadramento do menor sob guarda, como dependente do RGPS, seja correto, pois o princípio da preexistência do custeio em relação ao benefício não seria aplicável ao caso, já que o menor sob guarda já constava da relação de dependentes, sendo a exclusão inconstitucional. Como se sabe, a Constituição assegura a proteção especial da criança e do adolescente, incluindo prerrogativas previdenciárias (art. 227, § 3º, II, CRFB/88).

A aplicação da legislação infraconstitucional deve, necessariamente, ser cotejada com o texto constitucional, de modo que seus dispositivos sejam interpretados em perfeita compatibilidade com as normas cogentes da Carta de 1988. Ademais, não haveria motivo razoável que autorizasse a distinção entre o menor sob guarda e o tutelado, de modo a incluir este no rol de beneficiários e excluir aquele. O devido processo legal, na abordagem substantiva, impõe o tratamento equânime a ambas as situações”.

Na **jurisprudência**, consabido que nesta Casa, durante muitos anos o tema foi objeto de inúmeros **recursos não apreciados** quanto ao mérito em razão seja da **violação reflexa** da Constituição no caso subjacente, seja da necessidade de **reexame de provas**. Colho precedentes:

“Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Direito Administrativo. 3. Menor sob guarda. Inclusão no rol de dependentes 4. **Matéria infraconstitucional. Ofensa reflexa à Constituição** Federal. **Necessidade de reexame do acervo probatório**. Súmulas 279 e 280 do STF. Precedentes. 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Agravo regimental a que se nega provimento”. (RE 1150680 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 23/11/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-256 DIVULG 29-11-2018 PUBLIC 30-11-2018, destaqueei)

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. MENOR SOB GUARDA. DEPENDENTE. **ANÁLISE PRÉVIA DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL DE ÍNDOLE LOCAL E REEXAME DE PROVAS**. SÚMULAS 279 E 280 DO STF. INEXISTÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA.

AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. IMPOSIÇÃO DE MULTA. MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS. 1. Para se chegar a conclusão diversa daquela a que chegou o Tribunal de origem, seria necessário o reexame dos fatos e provas dos autos e da legislação local aplicável à espécie. Incidência das Súmulas 279 e 280 do STF. 2. A parte Agravante não se desincumbiu do ônus de demonstrar que a decisão recorrida desbordou dos poderes previstos no art. 932, CPC, tampouco trouxe argumentos aptos a infirmar a decisão agravada. 3. Agravo regimental a que se nega provimento, com previsão de aplicação da multa prevista no art. 1.021, §4º, CPC. Verba honorária majorada em 1/4, nos termos do art. 85, §§ 2º, 3º e 11, CPC”. (ARE 943800 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 07/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-050 DIVULG 15-03-2017 PUBLIC 16-03-2017, destaquei)

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. **MENOR SOB GUARDA. DEPENDENTE. ANÁLISE PRÉVIA DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL DE ÍNDOLE LOCAL E REEXAME DE PROVAS. SÚMULAS 279 E 280 DO STF. INEXISTÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. IMPOSIÇÃO DE MULTA.** 1. Para se chegar a conclusão diversa daquela a que chegou o Tribunal de origem, seria necessário o reexame dos fatos e provas dos autos e da legislação local aplicável à espécie. Incidência das Súmulas 279 e 280 do STF. 2. A parte Agravante não se desincumbiu do ônus de demonstrar que a decisão recorrida desbordou dos poderes previstos no art. 932, CPC, tampouco trouxe argumentos aptos a infirmar a decisão agravada. 3. Agravo regimental a que se nega provimento, com previsão de aplicação da multa prevista no art. 1.021, §4º, CPC. Verba honorária majorada em 25%, nos termos do art. 85, §§ 2º, 3º e 11, CPC”. (ARE 906027 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 21/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-238 DIVULG 08-11-2016 PUBLIC 09-11-2016, destaquei)

Por outro lado, há decisões quanto à **inaplicabilidade da alteração da Lei n. 9.528/97 ao Regime Próprio de Previdência Social – RPPS**. Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. PENSÃO POR MORTE INSTITUÍDA EM FAVOR DE MENOR SOB GUARDA. POSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DO ART. 5º DA LEI 9.717/98. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. É devida a pensão por morte, de

caráter temporário, a menor que esteja sob guarda de servidor público federal na data do seu falecimento . **2. Não se aplica à pensão por morte decorrente de relação estatutária a reforma promovida pela Lei 9.528/97, no ponto em que excluiu a equiparação do menor sob guarda judicial aos dependentes do segurado (art. 16, § 2º, da Lei 8.312/91).** 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento”. (MS 31911 MC-AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 30/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 19-10-2016 PUBLIC 20-10-2016, destaquei)

“AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. PODERES DO RELATOR. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. ATO DE CONCESSÃO DE PENSÃO. MENOR SOB GUARDA. RECUSA DE REGISTRO. 1. O art. 205 do Regimento Interno desta Casa, na redação conferida pela Emenda Regimental nº 28/2009, expressamente autoriza o Relator a julgar monocraticamente o mandado de segurança quando a matéria em debate for objeto de jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal. 2 . **A jurisprudência desta Suprema Corte consolidou-se no sentido de que o art. 5º da Lei 9.717/98 não teve o condão de derrogar categorias de beneficiários de pensão por morte do regime próprio de previdência dos servidores públicos federais, de molde a delimitá-las ao mesmo rol previsto para o regime geral.** Agravo regimental conhecido e não provido”. (MS 32914 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 13/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-219 DIVULG 03-11-2015 PUBLIC 04-11-2015)

Registro, de todo modo, que a Lei n.13.135/2015 também retirou o menor sob guarda do rol de beneficiários da pensão por morte concedida no âmbito do Regime Próprio de Previdência Social, ao efetuar alterações na Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Já no **Superior Tribunal de Justiça – STJ** –, a jurisprudência quanto à matéria da exclusão do menor sob guarda do rol de dependente previdenciário **oscilou ao longo da tramitação da presente ação direta** .

Inicialmente , à época da sua propositura (2012), a alteração legislativa em exame era chancelada pela Corte, em razão de consubstanciar norma previdenciária específica. O STJ afastava, inclusive, a apreciação de eventual alegação de inconstitucionalidade, como denotam os seguintes julgados:

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENSÃO POR MORTE. ÓBITO DO INSTITUIDOR DA PENSÃO OCORRIDO APÓS

ALTERAÇÃO LEGISLATIVA NO ART. 16 DA LEI N. 8.213/1991. MENOR SOB GUARDA EXCLUÍDO DO ROL DE DEPENDENTES PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS. BENEFÍCIO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ. INCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

- **Esta Corte Superior firmou compreensão de que, se o óbito do instituidor da pensão por morte ocorreu após a alteração legislativa promovida no art. 16 da Lei n. 8.213/1991 pela Lei n. 9.528/97 - hipótese dos autos -, tal benefício não é devido ao menor sob guarda.**

- Não há como afastar a aplicação da Súmula 83/STJ à espécie, pois a Corte a quo dirimiu a controvérsia em harmonia com a jurisprudência deste Tribunal Superior, que, em vários julgados, também já rechaçou a aplicabilidade do art. 33, § 3º, da Lei n. 8.069/1990, tendo em vista a natureza específica da norma previdenciária.

Agravo regimental desprovido”. (AgRg no REsp 1285355/ES, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 26/02/2013, DJe 04/03/2013, destaquei)

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL - ART. 535 DO CPC - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO - DIREITO PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - MENOR SOB GUARDA JUDICIAL - ÓBITO POSTERIOR À MP 1.523/96 - IMPOSSIBILIDADE.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535 do CPC se o Tribunal de origem decide, de forma suficientemente fundamentada, as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. É firme o entendimento neste Superior Tribunal de Justiça de que é indevida a concessão de pensão por morte a menor sob guarda nas hipóteses em que o óbito do segurado ocorreu na vigência da Medida Provisória nº 1.523, de 11/10/1996, posteriormente convertida na Lei nº 9.528/97. Precedentes.

3. Hipótese em que o óbito do segurado ocorreu em 19/04/2003 (certidão de fl. 21, e-STJ), em momento posterior, portanto, à alteração da legislação.

4. Recurso especial provido”. (REsp 1328300/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/04/2013, DJe 25/04/2013, destaquei)

“PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA.

1. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de ser indevida pensão por morte a menor sob guarda se o óbito do segurado tiver ocorrido sob a vigência da MP n. 1.523/96, posteriormente convertida na Lei n. 9.528/97. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido”. (AgRg no Ag 1038727/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/09/2014, DJe 29/09/2014, destaquei)

“PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 3º DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. ADI N. 4878. SOBRESTAMENTO DO FEITO. NÃO CABIMENTO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. O disposto no art. 3º do CPC não foi objeto de manifestação pelo acórdão recorrido, faltando-lhe o requisito indispensável do prequestionamento. Incidência da Súmula n. 282 do STF.

2. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de ser indevida pensão por morte a menor sob guarda se o óbito do segurado tiver ocorrido sob a vigência da MP n. 1.523/96, posteriormente convertida na Lei n. 9.528/97. Precedentes.

3. A pendência de julgamento no Supremo Tribunal de ação em que se discute a constitucionalidade de lei não enseja o sobrestamento dos recursos que tramitam no STJ. Precedente .

4. Agravo regimental não provido”. (AgRg no REsp 1043924/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2014, DJe 18/12/2014, destaqui)

“PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA . **ARGUIÇÃO DE INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. VEDAÇÃO. ANÁLISE DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. INOVAÇÃO RECURSAL EM AGRAVO REGIMENTAL.**

1. A jurisprudência desta Corte sedimentou-se no sentido de ser indevida pensão por morte a menor sob guarda se o óbito do segurado tiver ocorrido sob a vigência da MP n. 1.523/96, posteriormente convertida na Lei n. 9.528/97.

2. A Corte Especial deste Tribunal decidiu, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no REsp 1.135.354/PB, ser **inviável a arguição de questões constitucionais em recurso especial, tendo em vista que a via própria para o exame do pleito de declaração incidental de inconstitucionalidade é o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.**

3. Não compete ao STJ examinar na via especial suposta violação a dispositivo constitucional, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

4. Se a argumentação suscitada não foi, oportunamente, aventada em contrarrazões ao recurso especial, observa-se a ocorrência da preclusão, afinal não se admite inovação argumentativa em sede de agravo regimental.

5. Agravo regimental improvido”. (AgRg nos EDcl no REsp 1104494/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 03/02/2015, destaqui)

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. ACÓRDÃO ASSENTADO EM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. ANÁLISE. IMPOSSIBILIDADE. MENOR SOB GUARDA. EXCLUSÃO DO ROL DE DEPENDENTES. P **REVALÊNCIA DA NORMA PREVIDENCIÁRIA SOBRE O ECA** .

1. Hipótese em que o Tribunal a quo consignou que "os entendimentos doutrinários e Jurisprudenciais, baseados na Constituição Federal, são unânimes ao afirmarem que a Lei nº 9.528/97 que modificou o § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213/91 para excluir o menor sob regime de guarda do rol dos dependentes do segurado, não beneficiários do Regime Geral da Previdência Social, tal alteração não atinge o disposto no art. 33 e seu parágrafo 3º, da lei nº 8.069/90 - ECA, o qual confere ao menor sob guarda, a condição de dependente, tendo em vista que, a própria Constituição Federal assegura no art. 227, § 3º, II, o direito à proteção especial do menor, com garantia de direito previdenciário" 2. Assim, verifica-se que o acórdão recorrido examinou tal questão sob fundamento eminentemente constitucional, o que torna inviável sua análise em Recurso Especial.

3. Ainda que superado esse óbice, a alteração trazida pela Lei 9.528/1997, norma previdenciária de natureza específica, deve prevalecer sobre o disposto no art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Precedentes do STJ .

4. Agravo Regimental não provido". (AgRg no REsp 1370171/PI, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 06/04/2015, destaquei)

“PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. MEDIDA PROVISÓRIA N. 1.523/96 (LEI N. 9.528/97). EXCLUSÃO DO MENOR SOB GUARDA DO ROL DOS DEPENDENTES DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. **PREVALÊNCIA DA NORMA PREVIDENCIÁRIA**. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O art. 557 do CPC autoriza ao relator decidir o recurso, com fundamento na jurisprudência dominante, de forma monocrática, não ofendendo, assim, o princípio da colegialidade.

2. O tema controvertido diz respeito à possibilidade de concessão, ao menor sob guarda, de pensão por morte. O entendimento desta Corte encontra-se uniformizado no sentido de que a Lei 9.528/97, norma previdenciária específica, prevalece em relação ao art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo aplicável às hipóteses em que o óbito ocorreu a partir de sua vigência.

3. Precedentes: AgRg no REsp 1.141.788/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/11/2014, DJe 24/11/2014; EREsp 859.277/PE, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS

DE OLIVEIRA - DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE, TERCEIRA SEÇÃO, DJe de 27/02/2013; REsp 1.328.300/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/04/2013.

Agravo regimental improvido". (AgRg no REsp 1482391/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/04/2015, DJe 20/04/2015, destaquei)

Posteriormente, aplicando-se já naquela instância superior uma **exegese constitucional**, houve **alteração do entendimento** em julgamento da lavra da **Corte Especial do STJ**:

"PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS. ART. 16 DA LEI N. 8.213/90. MODIFICAÇÃO PELA MP N. 1.523/96, CONVERTIDA NA LEI N. 9.528/97. CONFRONTO COM O ART. 33, § 3º, DO ECA. ART. 227 DA CONSTITUIÇÃO. INTERPRETAÇÃO CONFORME. **PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL E PREFERENCIAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.**

1. Ao menor sob guarda deve ser assegurado o direito ao benefício da pensão por morte mesmo se o falecimento se deu após a modificação legislativa promovida pela Lei n. 9.528/97 na Lei n. 8.213/90.

2. O art. 33, § 3º da Lei n. 8.069/90 deve prevalecer sobre a modificação legislativa promovida na lei geral da previdência social porquanto, nos termos do art. 227 da Constituição, é norma fundamental o princípio da proteção integral e preferência da criança e do adolescente.

3. Embargos de divergência acolhidos". (EResp 1141788/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 07/12/2016, DJe 16/12/2016, destaquei)

Além disso, ao apreciar o Resp 1.411.258/RS, sob a sistemática de julgamento de recursos repetitivos, foi fixada **tese jurídica** sobre a questão:

"DIREITO PREVIDENCIÁRIO E HUMANITÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. PROCESSAMENTO NOS TERMOS DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO 08/STJ. DIREITO DO MENOR SOB GUARDA À PENSÃO POR MORTE DO SEU MANTENEDOR. EMBORA A LEI 9.528/97 O TENHA EXCLUÍDO DO ROL DOS DEPENDENTES PREVIDENCIÁRIOS NATURAIS OU LEGAIS DOS SEGURADOS DO INSS. PROIBIÇÃO DE RETROCESSO. DIRETRIZES

CONSTITUCIONAIS DE ISONOMIA, PRIORIDADE ABSOLUTA E PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE (ART. 227 DA CF). APLICAÇÃO PRIORITÁRIA OU PREFERENCIAL DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI 8.069/90), POR SER ESPECÍFICA, PARA ASSEGURAR A MÁXIMA EFETIVIDADE DO PRECEITO CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO. PARECER DO MPF PELO NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO, A TEOR DA SÚMULA 126/STJ. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO, PORÉM DESPROVIDO.

1. A não interposição de Recurso Extraordinário somente tem a força de impedir o conhecimento de Recurso Especial quando (e se) a matéria decidida no acórdão recorrido apresenta dupla fundamentação, devendo a de nível constitucional referir imediata e diretamente infringência à preceito constitucional explícito; em tema de concessão de pensão por morte a menor sob guarda, tal infringência não se verifica, tanto que o colendo STF já decidiu que, nestas hipóteses, a violação à Constituição Federal, nesses casos, é meramente reflexa. A propósito, os seguintes julgados, dentre outros: ARE 804.434/PI, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe 19.3.2015; ARE 718.191/BA, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 17.9.2014; RE 634.487/MG, Rel. Min. ROSA WEBER, DJe 1.8.2014; ARE 763.778/RS, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, DJe 24.10.2013; não se apresenta razoável afrontar essa orientação do STF, porquanto se trata, neste caso, de questão claramente infraconstitucional.

2. Dessa forma, apesar da manifestação ministerial em sentido contrário, entende-se possível, em princípio, conhecer-se do mérito do pedido recursal do INSS, afastando-se a incidência da Súmula 126/STJ, porquanto, no presente caso, o recurso deve ser analisado e julgado, uma vez que se trata de matéria de inquestionável relevância jurídica, capaz de produzir precedente de mais destacada importância, apesar de não interposto o Recurso Extraordinário.

3. Quanto ao mérito, verifica-se que, nos termos do art. 227 da CF, foi imposto não só à família, mas também à sociedade e ao Estado o dever de, solidariamente, assegurar à criança e ao adolescente os direitos fundamentais com absoluta prioridade. Além disso, foi imposto ao legislador ordinário a obrigação de garantir ao menor os direitos previdenciários e trabalhistas, bem como o estímulo do Poder Público ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado.

4. A alteração do art. 16, § 2o. da Lei 8.213/91, pela Lei 9.528/97, ao retirar o menor sob guarda da condição de dependente previdenciário natural ou legal do Segurado do INSS, não elimina o substrato fático da dependência econômica do menor e representa, do ponto de vista

ideológico, um retrocesso normativo incompatível com as diretrizes constitucionais de isonomia e de ampla e prioritária proteção à criança e ao adolescente.

5. Nesse cenário, a jurisprudência desta Corte Superior tem avançado na matéria, passando a reconhecer ao menor sob guarda a condição de dependente do seu mantenedor, para fins previdenciários. Precedentes: MS 20.589/DF, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, Corte Especial, DJe 2.2.2016; AgRg no AREsp. 59.461/MG, Rel. Min. OLINDO MENEZES, DJe 20.11.2015; AgRg no REsp. 1.548.012/PE, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 20.11.2015; AgRg no REsp. 1.550.168/SE, Rel. Min.

MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 22.10.2015; REsp. 1.339.645/MT, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 4.5.2015.

6. Não se deve perder de vista o sentido finalístico do Direito Previdenciário e Social, cuja teleologia se traduz no esforço de integração dos excluídos nos benefícios da civilização e da cidadania, de forma a proteger as pessoas necessitadas e hipossuficientes, que se encontram em situações sociais adversas; se assim não for, a promessa constitucional de proteção a tais pessoas se esvai em palavras sonoras que não chegam a produzir qualquer alteração no panorama jurídico.

7. Deve-se proteger, com absoluta prioridade, os destinatários da pensão por morte de Segurado do INSS, no momento do infortúnio decorrente do seu falecimento, justamente quando se vêem desamparados, expostos a riscos que fazem periclitar a sua vida, a sua saúde, a sua alimentação, a sua educação, o seu lazer, a sua profissionalização, a sua cultura, a sua dignidade, o seu respeito individual, a sua liberdade e a sua convivência familiar e comunitária, combatendo-se, com pertinácia, qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, caput da Carta Magna).

8. Considerando que os direitos fundamentais devem ter, na máxima medida possível, eficácia direta e imediata, impõe-se priorizar a solução ao caso concreto de forma que se dê a maior concretude ao direito. *In casu*, diante da Lei Geral da Previdência Social que apenas se tornou silente ao tratar do menor sob guarda e diante de norma específica que lhe estende a pensão por morte (Lei 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 33, § 3o.), cumpre reconhecer a eficácia protetiva desta última lei, inclusive por estar em perfeita consonância com os preceitos constitucionais e a sua interpretação inclusiva.

9. Em consequência, fixa-se a seguinte tese, nos termos do art. 543-C do CPC/1973: O MENOR SOB GUARDA TEM DIREITO À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE DO SEU MANTENEDOR, COMPROVADA A SUA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA, NOS TERMOS DO ART. 33, § 3o. DO ESTATUTO DA

CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, AINDA QUE O ÓBITO DO INSTITUIDOR DA PENSÃO SEJA POSTERIOR À VIGÊNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA 1.523/96, REEDITADA E CONVERTIDA NA LEI 9.528/97. FUNDA-SE ESSA CONCLUSÃO NA QUALIDADE DE LEI ESPECIAL DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (8.069/90), FRENTE À LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

10. Recurso Especial do INSS desprovido". (REsp 1411258/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/10/2017, DJe 21/02/2018)

O Superior Tribunal de Justiça passou, pois, a **rechaçar a supressão da proteção previdenciária nos casos de guarda** e a fazer prevalecer o quanto disposto no ECA em razão do **princípio da proteção integral e preferencial da criança e do adolescente**. Confirmam-se recentes julgados:

“ PREVIDENCIÁRIO . EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. EXCEPCIONAL ADMISSIBILIDADE. MITIGAÇÃO. PENSÃO POR MORTE DO AVÔ. DEPENDÊNCIA. MENOR À DATA DO ÓBITO. PESSOA COM DEFICIÊNCIA DE LONGO PRAZO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Destacadas e reconhecidas as excepcionalidades do caso concreto, são mitigadas as exigências formais para o conhecimento dos embargos de divergência, em que se mostra notório o dissídio jurisprudencial, de modo a prevalecer valores sociais e humanitários relevantes, diretamente referidos à dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático Brasileiro (CF, art. 1º, III). 2. Resta demonstrada a divergência entre o acórdão embargado (AgRg nos EDcl no REsp 1.104.494/RS, SEXTA TURMA, j. em 16/12/2014) e o aresto paradigma (RMS 36.034/MT, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, j. em 26/02/2014), confronto excepcionalmente admitido pelas razões acima e por ser esse precedente o primeiro - e o mais contemporâneo à época da interposição do recurso -, vindo a alterar a jurisprudência anterior, firmando nova e remansosa compreensão sobre o tema, em sentido oposto ao do acórdão embargado. 3. **Esta Corte de Justiça consagra o entendimento da possibilidade de concessão de pensão previdenciária, no regime geral, a menor sob guarda judicial, mesmo quando o óbito do segurado houver ocorrido na vigência da redação do § 2º do art. 16 da Lei 8.213/91, dada pela Lei 9.528/97. Prevalência do disposto na Carta Federal (art. 227) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90, art. 33, § 3º) sobre a alteração legislativa que retirou o menor sob guarda da condição de dependente previdenciário natural ou legal do segurado do INSS. Entendimento**

que se mantém inalterado, quando, ao atingir a maioria, é o beneficiário da pensão pessoa portadora de severa deficiência de longo prazo, passando à tutela do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015). 4. Embargos de divergência providos". (REsp 1104494/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, CORTE ESPECIAL, julgado em 03/02/2021, DJe 02/03/2021, destaquei)

“ PREVIDENCIÁRIO . PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. PENSÃO POR MORTE. NETOS MENORES SOB GUARDA DO AVÔ MATERNO. REVALORAÇÃO DO SUBSTRATO FÁTICO-PROBATÓRIO. POSSIBILIDADE. CASO CONCRETO. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA CARACTERIZADA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 33, CAPUT, E § 3º, DA LEI N. 8.069/90 (ECA) E 16, I, e 77, § 2º, II, DA LEI N. 8.213/91 . 1. Verifica-se não ter ocorrido ofensa aos arts. 489, § 1º, e 1.022, II, do CPC/2015, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos, não se podendo, ademais, confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional. 2. **A teor do art. 33, caput, do ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), "A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou ao adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais". Já o § 3º do mesmo dispositivo estabelece que "A guarda confere à criança ou ao adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciário". 3. Nada obstante a prevalente responsabilidade de os pais biológicos proverem as necessidades primárias de sua prole, o que se apresenta a julgamento, na espécie, é um quadro em que a competente Justiça estadual outorgou ao avô materno dos netos recorrentes os encargos próprios da **guarda disciplinada nos arts. 33/35 do ECA , daí resultando que, nos termos legais, também incumbia a esse avô prestar "assistência material" aos netos (art. 33, caput, do ECA). 4. Mediante reavaliação do conjunto fático-probatório, jurisprudencialmente autorizada por esta Corte, faz-se de rigor o reconhecimento, no caso concreto, **da presença do vínculo de dependência econômica entre os netos recorrentes e o falecido avô guardião, como postulado pelo art. 16, § 2º, da Lei n. 8.213/91 (cuja diretriz, embora refira apenas o vínculo da tutela, também abrange a hipótese da guarda, como a versada nestes autos)**. 5. **Recurso especial dos menores provido.** (REsp 1842287/SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/02/2020, DJe 28/02/2020, destaquei)****

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO . DIREITO DO MENOR SOB GUARDA À PENSÃO POR MORTE DO SEU MANTENEDOR. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVADA . RESP 1.411.258/RS JULGADO SOB A SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS (TEMA 732). 1. Inicialmente, insta salientar que à hipótese dos autos não incide o óbice da Súmula 7/STJ, porquanto o contexto fático-probatório está perfeitamente delineado nos termos da sentença e do acórdão vergastado. 2. Em sentença, o Juízo de piso esclareceu o seguinte: "(...) A prova documental indica que a guarda judicial do menor foi concedida à falecida Maria Aparecida Scarpinete Ribeiro em 06.06.05, nos autos da ação nº 208/03, que tramitou na 2ª Vara local (fls. 12/13). Já a prova testemunhal esclarece que o menor viveu sob a guarda de fato da falecida praticamente desde que nasceu. Também demonstra a ausência dos genitores, sendo o pai residente em local incerto e a mãe no Estado do Pará, nada contribuindo para o sustento do menor, que atualmente está sob a guarda da avó. (...) Pretende-se apenas preservar os interesses do menor e reconhecer que, efetivamente, dependia economicamente da falecida, sem ajuda de qualquer outro parente. Em resumo, **não vislumbrando a existência de fraude e demonstrada a dependência econômica, prevalece o disposto no art. 33, § 3º, da Lei nº 8.069/90.**" 3. *In casu*, percebe-se que o menor, praticamente desde o nascimento, viveu sob a guarda de fato da bisavó falecida, instituidora da pensão, e de que aquele não dispunha de qualquer ajuda de outros parentes, inexistindo dúvidas quanto à dependência econômica. 4. Dessarte, nota-se que o entendimento do Tribunal a quo não está em conformidade com a orientação do Superior Tribunal de Justiça, consolidada no julgamento do REsp 1.411.258/RS, repetitivo de controvérsia (Tema repetitivo 732), de que o menor sob guarda tem direito à concessão do benefício de pensão por morte do seu mantenedor, comprovada sua dependência econômica, nos termos do art. 33, § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda que o óbito do instituidor da pensão seja posterior à vigência da Medida Provisória 1.523/1996, reeditada e convertida na Lei 9.528/1997. Funda-se essa conclusão na qualidade de lei especial do Estatuto da Criança e do Adolescente (8.069/1990), frente à legislação previdenciária. 5. Recurso Especial provido". (REsp 1845498/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2019, DJe 12/05/2020, destaquei)

“DIREITO PREVIDENCIÁRIO . AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO MENOR SOB GUARDA À PENSÃO POR MORTE DO SEU MANTENEDOR, EMBORA A LEI 9.528/1997 O TENHA EXCLUÍDO DO ROL DOS DEPENDENTES PREVIDENCIÁRIOS NATURAIS OU LEGAIS DOS SEGURADOS DO INSS. PROIBIÇÃO DE RETROCESSO. DIRETRIZES

CONSTITUCIONAIS DE ISONOMIA, PRIORIDADE ABSOLUTA E PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE (ART. 227 DA CF). APLICAÇÃO PRIORITÁRIA OU PREFERENCIAL DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI 8.069/1990), POR SER ESPECÍFICA, PARA ASSEGURAR A MÁXIMA EFETIVIDADE DO PRECEITO CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO EM RECURSO ESPECIAL REPETITIVO, RESP 1.411.258/RS, REL. MIN. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. RECURSO ESPECIAL DO IPAJM A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Nos termos do art. 227 da CF, foi imposto não só à família, mas também à sociedade e ao Estado, o dever de, solidariamente, assegurar à criança e ao adolescente os direitos fundamentais com absoluta prioridade. Além disso, foi imposto ao legislador ordinário a obrigação de garantir ao menor os direitos previdenciários e trabalhistas, bem como o estímulo do Poder Público ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado. 2. A alteração do art. 16, § 2o. da Lei 8.213/1991, pela Lei 9.528/1997, ao retirar o menor sob guarda da condição de dependente previdenciário natural ou legal do Segurado do INSS, não elimina o substrato fático da dependência econômica do menor, e representa, do ponto de vista ideológico, um retrocesso normativo incompatível com as diretrizes constitucionais de isonomia e de ampla e prioritária proteção à criança e ao adolescente. 3. Não se deve perder de vista o sentido finalístico do Direito Previdenciário e Social, cuja teleologia se traduz no esforço de integração dos excluídos aos benefícios da civilização e da cidadania, de forma a proteger as pessoas necessitadas e hipossuficientes que se encontram em situações sociais adversas; se assim não for, a promessa constitucional de proteção a tais pessoas se esvai em palavras sonoras, que não chegam a produzir qualquer alteração no panorama jurídico. 4. Deve-se proteger, com absoluta prioridade, os destinatários da pensão por morte de Segurado do INSS no momento do infortúnio decorrente do seu falecimento, justamente quando se vêem desamparados, expostos a riscos que fazem periclitir a sua vida, a sua saúde, a sua alimentação, a sua educação, o seu lazer, a sua profissionalização, a sua cultura, a sua dignidade, o seu respeito individual, a sua liberdade e a sua convivência familiar e comunitária, combatendo-se, com pertinácia, qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, caput da Carta Magna). 5. Considerando que os direitos fundamentais devem ter, na máxima medida possível, eficácia direta e imediata, impõe-se priorizar a solução ao caso concreto de forma que se dê a maior concretude ao direito. ***In casu*, diante da Lei Geral da Previdência Social que apenas se tornou silente ao tratar do menor sob guarda e diante de norma específica que lhe estende a pensão por morte (Lei 8.069/1990, Estatuto**

da Criança e do Adolescente, art. 33, § 3o.), cumpre reconhecer a eficácia protetiva desta última lei, inclusive por estar em perfeita consonância com os preceitos constitucionais e a sua interpretação inclusiva . 6. Nesse cenário, a jurisprudência desta Corte Superior, no julgamento do Recurso Especial 1.411.258/RS, representativo da controvérsia, consolidou a orientação de que **o menor sob guarda tem direito à concessão do benefício de pensão por morte do seu mantenedor, comprovada a sua dependência econômica, nos termos do art. 33, § 3o. do Estatuto da Criança e do Adolescente** , ainda que o óbito do instituidor da pensão seja posterior à vigência da Medida Provisória 1.523/1996, reeditada e convertida na Lei 9.528/1997. 7. Recurso Especial do IPAJM a que se nega provimento". (AgInt no REsp 1542353/ES, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/03/2019, DJe 26/03/2019, destaqui)

Escorreita , portanto, a hermenêutica adotada pelo STJ à luz da Constituição Federal .

A meu juízo, deve-se conferir **prevalência à norma protetiva específica do ECA** sobre a lei geral previdenciária, a fim de dar concretude à previsão constitucional de absoluta prioridade à criança e ao adolescente quanto ao gozo de direitos, sobretudo os sociais, como o previdenciário.

A supressão efetuada pela Lei n. 9.528/97 não se coaduna com o desenho de proteção constitucionalmente erigido em prol das crianças e dos adolescentes. Configura, em verdade, **insustentável retrocesso** no quadro de promoção e de proteção nacional e internacional à infância e à juventude.

Ponto que a sustentada motivação da alteração legislativa com o desiderato de evitar fraudes previdenciárias – ainda recorrente, infelizmente, no Brasil – não é suficiente para validar a nova redação legal e afastar a sua inconstitucionalidade.

Malgrado existam casos em que o guardião postule e obtenha a guarda com a finalidade única de instituir eventual benefício de pensão por morte, por exemplo, a real configuração de fraude há de ser averiguada por meios próprios, com o escrutínio dos requisitos tanto da guarda quanto do benefício previdenciário envolvido.

Tampouco prevalece, no caso em exame, a redação atual da Emenda Constitucional n.º 103/2019, que manteve a exclusão do “menor sob guarda” do rol de dependentes do segurado, *in verbis*:

“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 outorga de direitos à luz da máxima proteção e da total prevalência deve prestigiar o arcabouço normativo elaborado a favor da criança e do adolescente em razão do dever do poder público e da sociedade de protegê-los nos termos do art. 227, *caput*, e § 3º, inciso II, em observância à máxima proteção, à especial prioridade e à dignidade humana.

12. Ante o exposto, **conheço** da ação direta e julgo **procedente** o pedido, para, acompanhando a divergência aberta pelo Ministro Edson Fachin, e rogando vênias ao eminente Relator, dar **interpretação conforme** a Constituição ao **§ 2º do art. 16 da Lei 8.213/1991**, para contemplar, em seu âmbito de proteção, o “menor sob guarda”.