

O BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE DE MENOR SOB GUARDA E AS ALTERAÇÕES ADVINDAS COM AS LEIS Nº 9.528/1997 E 9.717/98

Telma Maria Santos Machado¹

RESUMO

Este trabalho analisará as alterações legislativas advindas com as leis 9.528/97 e 9.717/98 e a repercussão na obtenção do benefício de pensão por morte devida ao menor sob guarda a partir da vigência das mesmas, à luz principalmente do artigo 227, da Constituição Federal de 1988 e do artigo 33, § 3º, da lei 8.069/90 (Estatuto da criança e do adolescente), seja no âmbito do Poder Executivo, seja no âmbito do Poder Judiciário.

PALAVRAS-CHAVES: menor sob guarda, leis 9.528/97 e 9.717/98, pensão por morte.

ABSTRACT

This work will examine the legislative changes introduced by the laws 9.528 / 97 and 9.717 / 98 and their effect on obtaining the pension benefit for death due to a minor child under guard from the validity of these same laws, especially in the light of Article 227 of the 1988 Federal Constitution and Article 33, § 3, of law 8.069 / 90 (Child and Adolescent Statute), be that under the Executive, or under the Judiciary.

KEY WORDS: minor child under guard, Laws 9.528/97 and 9.717/98, pension for death.

INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei 9.528/97, que deu nova redação ao artigo 16, § 2º, da LBPS (Lei 8.213/91), a qual omitiu da proteção previdenciária o menor

¹ Graduada em Ciências Biológicas e Direito. Especialista em Direito Processual Público, Mestre em Filosofia. Ex Promotora de Justiça, ex-Procuradora da República. Juíza Federal desde 1999.

sob guarda, para somente equiparar aos filhos os menores tutelados e os enteados, tem-se discutido, no âmbito do Poder Judiciário, o direito a novos benefícios de pensão decorrente da morte do detentor da guarda, a partir da vigência da Lei, à luz do princípio do *tempus regit actum*, segundo o qual, em matéria previdenciária, os benefícios previdenciários devem regular-se pela lei vigente ao tempo em que preenchidos os requisitos necessários à sua concessão. Tratando-se, pois, de pensão por morte, a lei a ser aplicada é aquela em vigor na data do óbito do instituidor da pensão.

Quanto às pensões decorrentes de morte de servidor público que detém guarda de menor, a União tem usado como argumento o art. 5º, da Lei nº 9.717/98 para a negativa do benefício.

A controvérsia aqui debatida ainda se aprofundou com a decisão contida na Orientação Normativa nº 07/2013, da Secretaria de Gestão Pública do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a qual, fundamentada em acórdãos do Tribunal de Contas da União – TCU, fixou que as pensões a menor sob guarda concedidas após 28 de novembro de 1998 são desprovidas de amparo legal.

O TCU, nos acórdãos nº 2.515/2011 (Plenário) e 405/2013 (1ª Câmara), consignou que a pensão a menor sob guarda não mais seria devida em razão da equiparação, quanto aos beneficiários, dos Regimes Próprios de Previdência Social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal ao Regime Geral da Previdência Social, promovida pelo art. 5º da Lei nº 9.717/98.

Eis teor da nova redação do artigo 16, § 2º, da Lei nº 8.213/91:

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

[...]

§ 2º. O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)

O antigo teor do § 2º do mesmo artigo, antes da mudança advinda com a Lei 9.528/97:

§ 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.

Ainda sobre pensão previdenciária de menor sob guarda, o disposto no artigo 217, II, “b”, da lei nº 8.212/91 (Lei de custeio da Previdência Social):

Art. 217. São beneficiários das pensões:

[...].

II - temporária:

- a) os filhos, ou enteados, até 21 (vinte e um) anos de idade, ou, se inválidos, enquanto durar a invalidez;
- b) o menor sob guarda ou tutela até 21 (vinte e um) anos de idade;

Assim dispõe o art. 5º, da Lei nº 9.717/98:

Art. 5º Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social, de que trata a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, salvo disposição em contrário da Constituição Federal.

OS ARTIGOS 227, CF/88, 33, §3º, DO ECA, A “PROTEÇÃO INTEGRAL” À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE E A NOVA REDAÇÃO DO ART. 16, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

Não obstante a modificação legislativa destacada acima, afigura-se que a situação jurídica do menor sob guarda há de ser regulada pela art. 33, § 3º, do ECA, consoante as razões a seguir expostas.

Com efeito, o texto constitucional, ao verberar que a garantia de vários direitos à criança e aos adolescentes são de “absoluta prioridade”, utilizou-se de dois termos fortemente contundentes, seguramente com a finalidade de deixar indubitosa, ou melhor, de pontuar com tintas carregadas, os deveres

para com eles. O termo *prioritário*², por si só, já denota forte densidade jurídica em nível de proteção que se deve conferir a tais pessoas; e o acréscimo da palavra *absoluta* agiganta o compromisso que todos, Entes privados e públicos têm na consecução de tal comando constitucional. O teor do artigo 227 é indubitável em proclamar a máxima e integral proteção à criança e ao adolescente:

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

§ 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: (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

[...]

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

[...]

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

Nesse toar, a restrição da Lei nº 9.528/1997, que ignora a situação de menores sob guarda efetiva e não mera formalidade para justificar recebimento de benefício previdenciário após a morte do beneficiário originário, afronta o princípio da máxima proteção concebido pela Carta Política de 1988 e põe-se em desconcertante desarmonia com o amplo e prioritário aspecto protetor destacado no preceptivo constitucional alhures transcrito, além de criar, à revelia da “vontade” constitucional, distinção injustificada entre crianças e adolescentes sob tutela e sob guarda.

Em verdade, tutela e guarda são institutos que comungam muitas semelhanças, dos quais decorrem deveres similares, a exemplo da assistência

² O vocábulo prioritário pode ser concebido tanto no sentido de precedência (antecedência, anterioridade preexistência etc) como também no sentido de preferência (prevalência, primazia, privilégio etc). A segunda concepção é a mais adequada à situação jurídica que a CF/88 impôs no tratamento a ser dispensado à criança e ao adolescente.

ampla, material, moral e educacional, por parte do responsável; logo, desarrazoado negar à segunda, quando efetiva, um benefício previdenciário estendido à primeira.

Indo-se mais além pode-se dizer com segurança que, sendo a guarda efetiva, não se justifica a discriminação comparada a situação inclusive de filhos em relação aos pais, dado que deve prevalecer em tal questão onde está em jogo a manutenção de uma criança ou de um adolescente, é o compromisso e as ações reais de ampla proteção, independentemente do Instituto Jurídico que justificava a responsabilidade do instituidor da pensão, se guarda, tutela ou pátrio poder. As diferenças entre tais institutos, que no entanto possuem muitos pontos de contato, não repercutem na vertente ora em análise. Ao contrário, os pontos de interseção indicam seguramente que, em tal matéria, devem desaguar no mesmo mar da proteção integral.

Com efeito, em consonância com o mandamento constitucional, assim preceituou o Estatuto da Criança e do Adolescente:

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

§ 3º - A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente para todos os fins e efeitos de direito, **inclusive previdenciários**. (Original sem grifos).

Percebe-se que a dicção do preceptivo legal acima atende à concretização dos valores constitucionais encartados especialmente no art. 227, *caput*, da CF/88, bem como no respectivo parágrafo 1º, e inciso II, sem deixar de preservar em boa medida a eficácia do art. 16, § 2º da Lei 8.213/1991.

Caminhando no mesmo sentido, o art. 26 da Convenção Internacional sobre Direitos Humanos da Criança, ratificado pelo Brasil, assim prescreve:

Art. 26. Os Estados Partes reconhecerão a todas as crianças o direito de usufruir da previdência social, e adotarão as medidas necessárias para lograr a plena consecução desses direitos, em conformidade com sua legislação nacional.

Nessa quadra, há de se acentuar que a interpretação do dispositivo que levou a tal celeuma não deve levar a uma posição que implique em rompimento da harmonia do nicho jurídico em que situada a questão, e esse nicho é por demais amplo, justamente porque tem como anteparo um dispositivo constitucional que lhe confere substancial suporte, em face da contundência com que enfatizou a proteção à criança e ao adolescente.

Portanto, o intérprete perceber que a ausência do menor sob guarda na nova redação do artigo 16, § 2º, da Lei nº 8.213/91 não lhe tira o direito ao benefício, se de fato comprovada a efetiva dependência do de cujus, é algo como apelar à coerência, tal como proposto por Ronald Dworkin, ao dispor sobre a “cadeia do direito”, aplicando a comparação com o que ele denominou de “romance em cadeia”, mediante o qual cada um que recebe, sucessivamente, um capítulo deste romance para escrever, e ao final, tal romance deverá parecer uma obra de um único autor:

[...] Podemos comparar o juiz que decide sobre o que é direito em alguma questão judicial, não apenas com os cidadãos da comunidade hipotética que analisa a cortesia que decidem o que essa tradição exige, mas o crítico literário que destrinça as várias dimensões de valor em uma peça ou um poema complexo.

Os juízes, porém, são igualmente autores e críticos. Um juiz que decide o caso *McLoughlin* ou *Brown* introduz acréscimos na tradição que interpreta; os futuros juízes deparam com uma nova tradição que inclui o que foi feito por aquele. (...) podemos encontrar uma comparação ainda mais fértil entre literatura e direito ao criarmos um gênero literário artificial que podemos chamar de “romance em cadeia”.

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. O projeto literário fictício é fantástico, mas não irreconhecível³.

A abordagem acima transcrita situa-se no campo do direito como integridade, que, na visão de Dworkin, concebe a prática jurídica como um processo em desenvolvimento:

³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica: Gildo Rios. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 275/276.

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento⁴.

Sob tal perspectiva ainda releva deitar os olhos na doutrina de Carlos Maximiliano na qual se encontra o que ele denomina de “preceitos diretores”, aptos a auxiliarem o hermenêuta na hipótese de se deparar com uma contradição. São o que podemos chamar de regras de ouro necessárias para a harmonização das disposições, dentre os quais destaco:

- i) “Procure-se encarar as duas expressões de Direito como partes de um só todo, destinadas a complementarem-se mutuamente [...]”⁵
- ii) “Prefere-se o texto mais claro, lógico, verossímil, de maior utilidade prática e mais em harmonia com a lei em conjunto, os usos, o sistema de Direito vigente e as condições normais de coexistência humana. Sem embargo da diferença de data, origem e escopo, deve a legislação de um Estado ser considerada como um todo orgânico, exeqüível, útil, ligado por uma correlação natural”⁶.

Relativamente ao tema pensão para menor sob guarda no âmbito da Seguridade Social, há precedentes de Tribunais Regionais Federais que corroboram tal arrazoado, mas há de se acentuar também que o Superior Tribunal de Justiça, unificador da jurisprudência infraconstitucional, decidindo em sede de Embargos de Divergência, no ano de 2009, sufragou a tese de que a nova redação do art. 16, §2º, da lei nº 8.213/91, por ser especial, considerou a maioria dos Ministros, prevalece sobre o artigo 33, § 3º, do ECA.

EMEN: EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. **PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA.** ECA. ROL DE DEPENDENTES. EXCLUSÃO. PREVALÊNCIA DA NORMA PREVIDENCIÁRIA. 1. Em consonância com julgados prolatados pela Terceira Seção deste Tribunal, a

⁴ *Id.*, p. 271.

⁵ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, 19ª edição, p. 111.

⁶ *Ibid*, *loc. cit.*

alteração trazida pela Lei 9.528/97, norma previdenciária de natureza específica, deve prevalecer sobre o disposto no art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e Adolescente. 2. Embargos de divergência acolhidos. (STJ, ERESP 200700445913, DJE DATA:06/04/2009).

Entretanto, à luz das várias doutrinas sobre as antinomias jurídicas decorrentes de sucessão de leis no tempo que versem sobre dada matéria de forma diversa, é questionável o critério da especialidade utilizada por quem defende a prevalência da nova redação do artigo 16, § 2º, da lei nº 8.213/91, sob o argumento de que tal lei, posterior ao ECA, cuida especificamente de benefícios previdenciários, uma vez que caberia a alegação de que o ECA trata especificamente de criança e adolescente, sendo, por isso, também lei especial. Nesse caso, a questão de qual norma deve prevalecer requer uma reflexão que leve em consideração a força normativa da Constituição, e não se teria como pacífico critério sufragado pelo STJ. É que não se pode abstrair da possibilidade de uma norma caracterizada como especial, revestir-se de generalidade quando entre em conflito com outra mais específica. *In casu*, tem-se que a lei 8.213/91 versa sobre os vários tipos de benefícios previdenciários para os diversos segurados e dependentes no âmbito da Seguridade Social, ao passo que o ECA, que cuida apenas de crianças e adolescentes, cujo artigo 1º já pontua a destinação constitucional da lei ao especificar que “dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”, prevê uma forma de amparo a eles, na falta de quem tinha a sua guarda efetiva.

Diante de tal situação, é no mínimo controverso a aplicação de critério que considera o ECA lei geral em relação à lei previdenciária, cujo dispositivo em tela cederia frente à posterior lei 8.213/91, dita especial, sendo insuficiente, na hipótese, a análise lógico-formal procedida pelo egrégio STJ e por alguns Tribunais, embora nestes a tese da guarda efetiva geradora de pensão venha se fortalecendo, conforme se verá em alguns precedentes a seguir colacionados.

Em outras palavras, tem-se que o argumento generalidade/especialidade não tem densidade suficiente para resolver a questão, mesmo porque ambas podem ser caracterizadas como leis especiais, com seus campos de atuação próprios, e que neste ponto, ora em debate, cruzam-se.

A análise entre os critérios da especialidade e cronológico demanda aprofundamento, sendo que a afirmação *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, segundo a qual prevalece o critério especialidade sobre o cronológico, inclusive, o que levaria a uma antinomia de segundo grau, não é absoluta; havendo de se enfatizar que, em dadas circunstâncias excepcionais, dentre elas, naturalmente as que visem a implementar mandamento constitucional, até mesmo uma lei geral pode prevalecer frente a uma especial, tal como destaca Maria Helena Diniz, ao discorrer sobre “*antinomia de segundo grau*”⁷:

Realmente, os critérios de solução de conflitos não são consistentes, daí a necessidade de a doutrina apresentar metacritérios para resolver antinomias de segundo grau e, apesar de terem aplicação restrita à experiência concreta e serem de difícil generalização, são de grande utilidade.

[...] Em caso de antinomia entre o critério de especialidade e o cronológico, valeria o metacritério *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, segundo o qual a regra de especialidade prevaleceria sobre a cronológica. A meta-regra *lex posterior generalis non derogat priori speciali* não tem valor absoluto, tendo em vista certas circunstâncias presentes. Não há regra definida, pois, conforme o caso, haverá supremacia ora de um, ora de outro critério. (Original sem grifo).

[...] Em caso extremo de falta de um critério que possa resolver a antinomia de segundo grau, **o critério dos critérios para solucionar o conflito normativo seria o do princípio supremo da justiça: entre duas normas incompatíveis dever-se-á escolher a mais justa.** (Original sem negrito)

[...] O juiz resolve não o conflito entre as normas, mas o caso concreto submetido à sua apreciação, mediante um ato de vontade que o faz optar pela aplicação de uma das disposições normativas. Só o legislador é que poderia eliminá-lo.

[...] Entre duas normas plenamente justificáveis, deve-se opinar pela que permitir a aplicação do direito com sabedoria, justiça, prudência, eficiência e coerência com seus princípios⁸.

Ou seja, conquanto, em regra, uma norma geral posterior não revogue norma especial anterior, existem determinadas circunstâncias em que, para a própria harmonia e sentido dos cânones do ordenamento jurídico, tal regra é abandonada em prol da coerência e da preservação da essência do sistema normativo. Corresponde a uma forma de autoproteção desse mesmo

⁷ Respectivamente, *lex specialis derogat legi generali* e *lex posterior derogat legi priori*.

⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**, 19ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 90-92.

sistema, que não toleraria, incólume, tamanha perplexidade. O próprio “equilíbrio reflexivo”, nas palavras de John Rawls, que guia um cidadão comum para o senso de justiça, não poderia, então, deixar de apontar, para o aplicador do direito, a busca da solução menos ofensiva ao constitucionalismo posto. Eis as palavras desse Filósofo do Direito:

Para explicar a noção de equilíbrio reflexivo partimos da idéia (incluída na noção de pessoas livres e iguais) de que os cidadãos são capazes de razão (*teoria e prática*), assim como têm senso de justiça. Nas condições normais da vida humana, essas capacidades desenvolvem-se gradualmente, e, com a maturidade, são exercidas em vários tipos de juízos de justiça aplicados a todo tipo de assunto da estrutura básica da sociedade às ações particulares e ao caráter das pessoas na vida cotidiana. O senso de justiça (como forma de sensibilidade moral) envolve uma faculdade intelectual, já que seu exercício na elaboração de juízos convoca as faculdades da razão, imaginação e julgamento.

[...]. Juízos refletidos são aqueles proferidos quando as condições são favoráveis ao exercício de nossas faculdades da razão e senso de justiça: ou seja, sob condições em que parecemos ter a capacidade, a oportunidade e o desejo de fazer um julgamento correto [...]⁹.

Lembrando mais uma vez a doutrina de Dworkin, agora no que se refere aos princípios constitucionais como vetores da interpretação jurídica, tem-se que, para além dos critérios de hierarquia, cronológico e da especialidade, diante de um caso, tal o ora analisado, em que a utilização de um destes não se mostre convincente para a resolução do conflito, há de se apelar para o critério de reverenciar a regra que se nutra dos princípios mais relevantes. Ou seja, à luz do “espírito” da nossa Constituição, o que merece a maior proteção: a proteção da criança e do adolescente que se viu privado da proteção econômica de quem efetivamente a sustinha, ou livrar a Seguridade Social de mais um tipo de dependente, às custas da privação do menor de 21 anos, para trazer algum incremento ao sistema? A resposta a esta pergunta dirá que sociedade se deseja construir, mesmo porque, repita-se, não se está a defender que o simples termo de guarda, sem comprovação de dependência efetiva, geraria a pensão, cuidado, aliás, que os Magistrados têm demonstrado, segundo se perceberá no precedente a seguir, meramente exemplificativo dos muitos encontrados:

⁹RAWLS, John. **Justiça como equidade, uma reformulação**, Organizador: Erin Kelly. Tradução: Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 40/41.

PREVIDENCIÁRIO. MENOR SOB GUARDA (§ 2º DO ART. 16 DA LEI 8.213/91, NA REDAÇÃO ORIGINAL). ÓBITO DO SEGURADO OCORRIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 9.528/97, QUE EXCLUIU A PESSOA DO MENOR SOB GUARDA, POR DETERMINAÇÃO JUDICIAL, DO ROL DE DEPENDENTES DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE. TERMO INICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA: REQUISITOS PREENCHIDOS. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. 1. [...]. 3. 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. 4. No caso, o termo de guarda foi deferido à Senhora Marilúcia Barbosa Oliveira, em 27.6.1994, e o óbito desta ocorreu em 08.04.2006, quando já em vigor a Lei 9.528/97, que excluiu do rol de dependentes de segurados da Previdência Social o menor sob guarda, dando nova redação ao art. 16 da Lei 8.213/91. 5. A Eg. Corte Especial deste Tribunal, ao julgar a Arguição de Inconstitucionalidade na Remessa Oficial n. 1998.37.00.001311-0/MA, Relatora Desembargadora Federal Assusete Magalhães, acolheu o pleito de arguição de inconstitucionalidade quanto à supressão da expressão "menor sob guarda por decisão judicial" do art.16, §2º, da Lei 8.213, na redação da Medida Provisória 1.523, de 11 de outubro de 1996, reeditada e convertida na Lei 9.528, de 1997. Precedentes desta Corte. 6. **A parte autora comprovou a dependência econômica em relação à instituidora do benefício, fazendo jus, portanto, ao benefício de pensão por morte.** 7. Quanto à data inicial do benefício, por se tratar a representada de menor impúbere, não corre a prescrição, nos termos do art. 198, inciso I do CC 2002 e art. 103, parágrafo único da Lei 8.213/91, sendo a pensão devida desde a data do óbito do instituidor do benefício. 8. Honorários advocatícios devidos no percentual de 10% (dez por cento) sobre as prestações vencidas até o julgamento da apelação, nos termos do enunciado da Súmula n. 111 do STJ. 9. Juros e correção monetária nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal. 10. Implantação do benefício, no prazo máximo de 30 dias (CPC, art. 273), com comunicação imediata à autarquia previdenciária. 11. Apelação da parte autora a que se dá provimento. (Negritamos). (TRF1, AC 110758420084013300, DJF1 DATA:18/08/2014)

O ART. 5º, DA LEI Nº 9.717/98 E A NEGATIVA DO BENEFÍCIO RELATIVAMENTE AOS MENORES CUJA GUARDA ERA CONFIADA A SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS.

Não obstante as negativas reiteradas da União, com base na letra do artigo 5º, da lei nº 9.717/98 (transcrita na Introdução deste trabalho) de reconhecer o direito dos menores cujos responsáveis pela guarda efetiva eram servidores públicos civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais, tem-se que tal atitude decorre de erro de interpretação do preceptivo

legal acima, conforme vem se pronunciando a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, segundo se constatará alhures.

A matéria relativa à concessão de pensão por morte do servidor público está disciplinada na Lei nº 8.112/1990 (Regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.), em particular nos seguintes dispositivos:

Art. 215. Por morte do servidor, os dependentes fazem jus a uma pensão mensal de valor correspondente ao da respectiva remuneração ou provento, a partir da data do óbito, observado o limite estabelecido no art. 42.

Art. 216. As pensões distinguem-se, quanto à natureza, em vitalícias e temporárias.

§ 1º A pensão vitalícia é composta de cota ou cotas permanentes, que somente se extinguem ou reverterem com a morte de seus beneficiários.

§ 2º A pensão temporária é composta de cota ou cotas que podem se extinguir ou reverter por motivo de morte, cessação de invalidez ou maioridade do beneficiário.

Quanto às classes de beneficiários e o atributo específico ligado à vitaliciedade e à temporariedade da pensão, dispõe o art. 217, também da Lei nº 8.112/1990, *in verbis*:

Art. 217. São beneficiários das pensões:

I - vitalícia:

- a) o cônjuge;
- b) a pessoa desquitada, separada judicialmente ou divorciada, com percepção de pensão alimentícia;
- c) o companheiro ou companheira designado que comprove união estável como entidade familiar;
- d) a mãe e o pai que comprovem dependência econômica do servidor;
- e) a pessoa designada, maior de 60 (sessenta) anos e a pessoa portadora de deficiência, que vivam sob a dependência econômica do servidor;

II - temporária:

- a) os filhos, ou enteados, até 21 (vinte e um) anos de idade, ou, se inválidos, enquanto durar a invalidez;
- b) o menor sob guarda ou tutela até 21 (vinte e um) anos de idade;

c) o irmão órfão, até 21 (vinte e um) anos, e o inválido, enquanto durar a invalidez, que comprovem dependência econômica do servidor;

d) a pessoa designada que viva na dependência econômica do servidor, até 21 (vinte e um) anos, ou, se inválida, enquanto durar a invalidez.

Conforme visto, a Lei 8.112/90 expressamente prevê a possibilidade de pagamento de pensão ao menor sob guarda, não havendo que se falar em ilegalidade.

E nem se diga que o art. 5º da Lei 9.717/98, que prevê a impossibilidade de concessão de benefícios distintos nos dois regimes, pode ser fundamento para a negativa da pensão, uma vez que o benefício em questão – pensão por morte – continua existindo nos dois regimes, contudo, cada um com seu rol próprio de beneficiários. Nesse sentido:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. ROL DE DEPENDENTES PREVISTOS NA LEI Nº 8.112/90. SITUAÇÃO NÃO ALTERADA PELA LEI Nº 9.717/98. REQUISITOS PARA A LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA PREENCHIDOS. AGRAVO IMPROVIDO. O art. 5º da Lei nº 9.717/98, ao vedar aos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos a concessão de benefícios distintos daqueles previstos no Regime Geral da Previdência Social, não alterou o rol de dependentes e beneficiários dos segurados dos regimes próprios. O texto do dispositivo é muito claro ao vedar o deferimento de "benefícios" e, em nenhum momento, diz que os beneficiários dos regimes próprios terão de ser os mesmos elencados no Regime Geral da Previdência Social. Permanece íntegra a previsão, feita pela Lei nº 8.112/90, de que menor sob guarda ou tutela é beneficiário de pensão temporária por morte de servidor público federal (art. 217, II, "b"). Relevância do fundamento e situação de urgência a reclamar a liminar em mandado de segurança. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (AG 08018182120134050000, Desembargador Federal Lazaro Guimarães, TRF5.)

Concebendo-se que a interpretação é também uma atividade criadora do direito, e que tal atividade está sempre se renovando, mais se avulta a importância do que o filósofo Hans-Georg Gadamer (1900-2002) escreveu sobre o horizonte histórico do intérprete, na sua obra *Verdade e Método*. Dignas de profunda reflexão também as palavras de Gadamer encontradas na obra "O problema da consciência histórica":

Pensem na interpretação de um texto. Tão logo descubra alguns elementos compreensíveis, o intérprete esboça um projeto de significação para todo o texto. Mas os primeiros elementos

significativos só vêm à luz se ele se entregar à leitura com um interesse mais ou menos determinado. Compreender “a coisa” que surge ali, diante de mim, não é outra coisa senão elaborar um primeiro projeto que se vai corrigindo, progressivamente, à medida que progride a decifração. Nossa descrição não é mais do que uma forma de “abreviação”, já que se trata de processo muito mais complicado: de início, sem uma revisão do primeiro projeto, nada há que possa constituir as bases de um novo significado; além disso, ocorre concomitantemente que os projetos discordantes entre si ambicionam constituir a unidade de significação, até que a “primeira” interpretação tente substituir os conceitos nela pressupostos por outros conceitos mais adequados¹⁰.

Percebe-se também que a concretização possibilitada pela hermenêutica reconstrói o próprio direito num processo contínuo, com o que, a norma acaba por não se confundir com o texto. Nesse aspecto, a doutrina de Rodolfo Viana Pereira traz alguns esclarecimentos apropriados para o estudo, principalmente quando o autor discorre sobre o tópico “A Hermenêutica como Concretização”, no qual ele também aborda a diferença entre texto e norma, proposta por Friedrich Müller:

(...) podemos definir o âmbito da Hermenêutica Constitucional (o âmbito do fazer hermenêutico no Direito) não mais como o processo de descoberta de uma vontade intrínseca à norma, seja a vontade *subjéctiva* ou *objectiva*, seja a vontade da Lei infraconstitucional ou da própria Constituição. Também não se equipara *tout court* à disciplina sistematizadora de catálogos cerrados de métodos de interpretação. Para além disso, a Hermenêutica do Direito torna-se *concretização*, ou seja: *processo de reconstrução do Direito aplicável ao caso, à luz do padrão constitucional e através de um procedimento argumentativo e racionalmente controlável*¹¹.

Há de ser destacado, ademais, que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS 25.823/DF, reconheceu a plena legalidade do ato administrativo de concessão de pensão temporária instituída em favor de menor que se encontrava sob a guarda de servidora pública federal. O acórdão foi assim ementado:

MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, QUE EXTINGUIU PAGAMENTO DE PENSÃO A NETA DE EX-SERVIDORA.

¹⁰ GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica: Conferência 5 – Esboço dos fundamentos de uma hermenêutica**. Organizador: Pierre Fruchon. Tradução: Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 61.

¹¹ PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica Filosófica e Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 164.

1. O menor que, na data do óbito do servidor, esteja sob a guarda deste último, tem direito à pensão temporária até completar 21 (vinte e um) anos de idade (alínea "b" do inciso II do art. 217 da Lei nº 8.112/90). Irrelevante o fato de a guarda ser provisória ou definitiva.

2. Segurança concedida. (STF. Tribunal Pleno. MS 25823/DF. Relator: Min. CARLOS BRITTO. Julgamento: 25/06/2008.

Ainda convém ressaltar que alguns acórdãos do TCU que decidiram pela suspensão do benefício ao menor sob guarda têm sido alvos de Mandados de Segurança no STF, e a Corte Suprema tem concedido medidas cautelares aos impetrantes, considerando-se, inclusive, numa ponderação de valores, o caráter essencialmente alimentar do benefício em questão: MS 31.807-MC/DF e MS 31.703-MC/PA, ambas de relatoria do Min. Luiz Fux; MS 31.679-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello; e MS 31.911-MC/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

Para ilustrar esse entendimento da Suprema Corte, decisão monocrática proferida pelo Min. Joaquim Barbosa no Mandado de Segurança 31861/MC:

Decisão:

Trata-se de cautelar em mandado de segurança impetrado por menor impúbere contra o acórdão 8.582/2012 da Segunda Câmara do Tribunal de Contas da União que rejeitou ato de concessão de pensão por morte a menor que se encontrava sob a guarda de servidora pública federal. A impetrante sustenta que, ao contrário do afirmado pela autoridade coatora, é legal o pagamento da referida pensão, ante a previsão expressa contida na alínea b do inc. II do art. 217 da Lei 8.112/1990. O pedido de medida cautelar funda-se no fato de que a pensão foi implementada em 2009 e se constitui até hoje na única fonte de renda da família da impetrante. A inicial menciona decisões deste Supremo Tribunal Federal no sentido do deferimento da liminar.

É o relatório.

Aprecio o pedido de liminar em regime de plantão (inc. VIII do art. 13 do RISTF). Compulsando os autos, verifico que o ato coator fundamenta-se em alteração da jurisprudência do Tribunal de Contas da União, o qual passou a entender, em julgamento proferido no ano de 2011, que o art. 5º da Lei 9.717/1998 derogou a referida alínea b do inc. II do art. 217 da Lei 8.112/1990. Ocorre, contudo, que, na linha do que sustenta a impetrante, a previsão normativa contida na Lei 8.112/1990 não foi explicitamente revogada pela legislação superveniente mencionada pelo Tribunal de Contas da União. Ante o exposto, defiro a medida cautelar requerida para suspender os efeitos do ato coator em relação à menor impetrante, até o julgamento definitivo deste mandado de segurança.

[...].

(MS 31861 MC, Relator(a): Min. ROSA WEBER, julgado em 11/01/2013, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-025 DIVULG 05/02/2013 PUBLIC 06/02/2013)

CONCLUSÃO

À luz das ponderações acima, a interpretação que melhor se adéqua aos princípios escritos e a outros decorrentes do regime e dos princípios adotados pela CF/88, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, tal como explicita o seu artigo 3º, §2º, é a que confere máxima eficácia ao preceptivo constitucional que prevê a “proteção integral” e a “prioridade absoluta” relativamente às crianças e adolescentes.

Não se pode imaginar e muito menos conceber que o Constituinte, ao utilizar a expressão “prioridade absoluta” e “proteção integral” ao longo do artigo 227, da CF/88, redação dada pela EC 65/2010, não estaria munindo o aplicador da lei de contundente justificativa para reconhecer o direito em espécie aos destinatários da norma constitucional.

Lembra Gilmar Mendes na apresentação da obra *A força normativa da Constituição* (por ele traduzida do alemão para o idioma português), que a doutrina da “força normativa da Constituição”, da lavra de Konrad Hesse, segundo a qual, sem desprezar o significado dos fatores históricos, políticos e sociais que contribuem para que a mesma ocorra, confere peculiar destaque à chamada “vontade da Constituição” (*Wille zur Verfassung*), porque é através dela que a Constituição se transforma em força ativa, em face da disposição de se orientar a conduta segundo a ordem nela estabelecida¹². Tal doutrina tem inteira aplicação neste arrazoado, dado que para além dos artigos de lei em sentido estrito que em determinado ponto parecem se repelir, há o que se pode denominar de cogente destinação constitucional em situar, concretamente, as

¹² HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 5.

crianças e os adolescentes no patamar em que possam, de fato, fazer jus à integral proteção, mediante a priorização absoluta, conforme dicção constitucional, da implementação dos deveres de todos, especialmente, neste caso, do Poder Público em relação a eles.

Consoante leciona Hesse, a Constituição não configura somente um ser, mas também um dever ser, e é graças à pretensão de sua eficácia que a Constituição busca imprimir ordem e conformação à realidade política e social¹³. Ao Poder Judiciário, portanto, que tem atribuição diuturna de interpretar e aplicar das leis, e como “guardião da Constituição”, cabe atentar para esse verdadeiro arcabouço jurídico-normativo que, ao fim e ao cabo, visa a construir uma Nação socialmente solidária, juridicamente coerente, sociologicamente comprometida e eticamente responsável.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 05 out 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 19 fev 2015.

_____, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 19 fev 2015.

_____, Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 19 fev 2015.

_____, Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>.

_____, Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>.

_____, Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997. Altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>.

¹³ *Ibid.*, p. 15.

_____, Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998. Dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>.

_____, Supremo Tribunal Federal. MS 31861 MC, Relator(a): Min. ROSA WEBER, julgado em 11/01/2013, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-025.

_____, Supremo Tribunal Federal. STF. Tribunal Pleno. MS 25823/DF. Relator: Min. CARLOS BRITTO. Julgamento: 25/06/2008.

_____, Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1), AC 110758420084013300, DJF1 DATA:18/08/2014.

_____, Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5), AG 08018182120134050000, Desembargador Federal Lazaro Guimarães, TRF5.)

_____, Superior Tribunal de Justiça. ERESP 200700445913, DJE DATA: 06/04/2009.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica: Gildo Rios. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, 19ª edição.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**. 19 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

RAWLS, John. **Justiça como equidade, uma reformulação**, Organizador: Erin Kelly. Tradução: Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica: Conferência 5 – Esboço dos fundamentos de uma hermenêutica*. Organizador: Pierre Fruchon. Tradução: Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

Publicado no dia 12/06/2015

Recebido no dia 26/07/2014

Aprovado no dia 29/07/2014