



## A EXCLUSÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES SOB GUARDA DO ROL DE DEPENDENTES DO SEGURADO DO INSS NA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE: UMA ANÁLISE SOB O VIÉS CONSTITUCIONAL

MSc. Francisco Pizzette Nunes<sup>1</sup>  
Ana Paula Costa Zilio<sup>2</sup>

**RESUMO:** A presente pesquisa tem por objetivo analisar sob o aspecto da jurisdição constitucional o papel do tribunal constitucional, ao que se refere o conflito normativo da nova redação da Lei de Benefícios Previdenciários no que tange a exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes previdenciários do segurado do INSS. É notável o choque entre as normas alteradoras, e o Estatuto da Criança e do adolescente, uma vez que o ECA se apresenta como protetor da criança e do adolescente garantindo para tanto a proteção previdenciária ao menor sob guarda. Deve se destacar também a atuação do tribunal constitucional sob este viés, em especial no que diz respeito à inobservância do princípio constitucional da proteção integral à criança e ao adolescente.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Jurisdição Constitucional. Crianças e Adolescentes Sob Guarda. Pensão por Morte.

**ABSTRACT:** The research aims to analyze by the aspect of constitutional jurisdiction the role of the Constitutional Court, regarding the legal conflict of the new text of the Pension Benefits Law and exclusion of children and adolescents in guard of the list of welfare dependents of INSS. It is notorious the clash between the amended law and the Statute of Children and adolescents, since the ECA is presented as child and adolescent protector ensuring social security protection for those under guard. The study also highlights the role of the Constitutional Court under this bias, particularly with regard to the non-observance of the constitutional principle of full protection of children and adolescents.

**Keywords:** Constitutional Law. Constitutional Jurisdiction. Children and Adolescents Under Custody. Death Pension.

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Professor e coordenador do curso de Graduação em Direito da Escola Superior de Criciúma (ESUCRI).

<sup>2</sup> Acadêmica do curso de graduação em Direito da Escola Superior de Criciúma (ESUCRI). Pesquisadora do Grupo de Estudos em Direitos Fundamentais e Estado (GEDIFE).

Esta pesquisa tem por objetivo analisar, sob o manto constitucional, a exclusão da criança e adolescente sob guarda do rol de dependentes do segurado do INSS, abordando os aspectos da jurisdição constitucional, bem como as características gerais da pensão por morte, com foco na análise das garantias previstas na constituição e no ECA, em especial o princípio constitucional da proteção integral da criança e ao adolescente.

Em um primeiro momento é preciso verificar se a extensão do princípio da proteção integral da criança e do adolescente à área previdenciária, tanto sob o viés constitucional como de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Num segundo momento o estudo se preocupa em fazer uma análise da lei de benefícios previdenciários sob o viés constitucional, a fim de verificar se existe alguma discordância com o texto constitucional ao que se referem as garantias inerentes a criança sob guarda.

Por fim, a pesquisa se propõe a analisar a efetividade jurisdicional com base na jurisdição constitucional em que o legislador deveria em tese nulificar atos normativos que não estariam de acordo com a constituição, buscando um ponto de equilíbrio do direito entre a proteção assegurada à criança e ao adolescente na Carta Constitucional, bem como na legislação do ECA.

Necessariamente no diz respeito à concessão do benefício da pensão por morte, parte-se da premissa de que ao suprimir a criança e adolescente sob guarda do rol de dependentes do segurado, a legislação previdenciária acabou deixando de lado uma garantia constitucional positivada.

## **1. DA EXCLUSÃO DO MENOR SOB GUARDA DA LISTAGEM DE DEPENDENTES**

### **1.1 Aspectos Gerais**

A pensão por morte é um benefício previdenciário que está previsto no plano de benefícios da seguridade social, Lei nº 8.213 de 1991, os artigos 74 a 79, sendo concedido aos dependentes do segurado que falecer, estando este aposentado ou não, pois, segundo o artigo 74 da Lei n. 8213/91, “a pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer [...]” (BRASIL, 2016a)

Segundo Castro (2015), para que este tenha o direito de receber a pensão a partir da data do óbito, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) aponta que o requerimento deve ser feito pelo dependente maior de idade até 30 dias após a ocorrência do fato. Se o fizer após esse prazo, receberá a partir da data do requerimento. Por sua vez, se o dependente for criança ou adolescente, poderá solicitar o benefício a qualquer tempo até os 18 anos, pois o recebimento sempre retroagirá à data do óbito.

A concessão do benefício deve respeitar alguns requisitos, tais como os previstos no artigo 74 da Lei n. 8.213 de 1991, exigindo que o dependente se habilite como beneficiários perante o INSS. Nesse sentido, a pensão por morte tem como beneficiários os dependentes previstos no rol do artigo 16 da Lei n. 8.213/91 (BRASIL, 2016a):

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

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;

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

§ 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.

§ 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o

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

Conforme apontam os dispositivos legais citados acima, a dependência dos indicados no primeiro inciso é presumida, enquanto os outros dependentes devem comprová-la.

Os primeiros possuem prioridade no recebimento do benefício, transferindo o direito aos dependentes dos incisos seguintes apenas na ausência dos primeiros, e havendo mais de um dependente, o benefício deve ser dividido em partes iguais aos beneficiários.

A data de início do recebimento da pensão por morte depende da legislação vigente no momento do óbito e da capacidade do requerente. Conforme demonstra Castro (2015, p. 831), as regras são as seguintes:

- a) para óbitos ocorridos até o dia 10.11.1997 (véspera da publicação da Lei n. 9.528, de 1997), a contar da data:
  - do óbito, tratando-se de dependente capaz ou incapaz, observada a prescrição quinquenal de parcelas vencidas ou devidas, ressalvado o pagamento integral dessas parcelas aos dependentes menores de dezesseis anos e aos inválidos incapazes.
- b) para óbitos ocorridos a partir de 11.11.1997 (Lei n. 9.528/97), a contar da data:
  - do óbito, quando requerida até trinta dias deste;
  - do requerimento, se requerido depois de trinta dias;
  - o beneficiário menor de 16 anos poderá requerer até trinta dias após completar essa idade, quando então retroagirá ao dia do óbito;
  - os inválidos capazes equiparam-se aos maiores de dezesseis anos de idade.
- c) da decisão judicial, no caso de morte presumida; e
- d) da data da ocorrência, no caso de catástrofe, acidente ou desastre.

A renda inicial recebida pelo beneficiário passou por diversas modificações, sendo então estabelecido pela Lei n. 13.135 de 2015, que deverá ser de “100% da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela a que teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data de seu falecimento” (CASTRO, 2015, p. 833).

Segundo Martinez (2014, p. 922), “o benefício segue a regra do direito adquirido. O segurado falecendo após perder a qualidade de segurado, os dependentes não podem usufruí-la. Mas se o óbito se der após o preenchimento dos requisitos legais das aposentadorias, ele se mantém”.

Neste sentido, podemos verificar que os requisitos para adquirir o direito ao benefício de pensão por morte devem ser preenchidos ou estar preenchidos até a data do óbito, para que o referido benefício seja devido.

Sendo assim, se os requisitos mencionados não forem preenchidos, não há a possibilidade de concessão do benefício previdenciário de pensão por morte, e ainda, o segurado deve possuir o requisito da qualidade de segurado, se por ventura não possuir este requisito até a data do óbito, aos seus dependentes não é devido o benefício previdenciário de pensão por morte.

## **1.2 Exclusão do menor sob guarda na concessão do benefício pensão por morte**

Os dependentes dos segurados do INSS, não contribuem diretamente para o custeio do referido benefício da previdência social, no entanto os mesmos possuem relação de subordinação economicamente do segurado.

Assim, antes da alteração feita no parágrafo 2º do artigo 16 da Lei n. 8.213 de 1991, tanto o menor sob tutela quanto o menor sob guarda estavam inseridos no rol de dependentes do segurado do INSS.

Segundo Tavares (2011) não era exigida a produção de prova para comprovar a dependência em relação ao segurado que foi a óbito, visando o requerimento para a concessão do benefício previdenciário da pensão por morte. No entanto a Lei n. 9.032 de 1995, tratou de suprimir a pessoa designada da lista de dependentes. Terá direito, portanto, somente a criança e adolescente sob guarda que atingiu as condições para adquirir o benefício da pensão por morte até a data de 28/04/1995, quando a referida lei entrou em vigor, em que pese, posteriormente, a Lei n. 9.528 de 1997, tenha extinguido a criança e adolescente sob guarda do rol de dependentes.

Assim, foi concedido o benefício somente para aqueles que cumpriram os requisitos até 28/04/1995, por terem o direito adquirido:

A lei nº 8213/1991, em sua redação original, previa o menor sob guarda do segurado como dependente equiparado a filho. No entanto, a Lei nº 9.032/1995 excluiu-o da listagem de dependentes da classe I. Assim, mantiveram a condição de dependentes todos aqueles menores sob guarda que tiveram implementadas as condições para a fruição dos benefícios até a data de entrada em vigor da Lei nº 9.032/1995, em 28/04/2015. Por exemplo: se o benefício requerido foi a pensão por morte, os menores sob guarda que se encontravam nesta condição por ocasião do óbito anterior à publicação da Lei nº 9.032/1995 mantiveram seus direitos adquiridos. (TAVARES, 2011, p. 88).

Porém com a exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes do segurado do INSS, começaram-se as discussões e diversas ações quando o óbito tenha ocorrido após a data de entrada em vigor da Lei n. 9.032/1995, bem como as alterações feitas com a Lei n. 9.528/1997.

Uma vez que a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) faz a previsão de assistência social à criança e ao adolescente, muitos entendem que essa assistência inclui garantia inclusive ao direito previdenciário, bem como os direitos inerentes a criança e ao adolescente estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, e negar tais direitos seria um retrocesso pois a legislação do ECA, veio para regular as situações que envolvem a criança e o adolescente.

Para Amin (2010), proteção a qual se refere, é baseada nas conquistas obtidas sob o aspecto social, pois por muito tempo a criança e o adolescente permaneceram esquecidos, diante da fragilidade de direitos e garantias a criança e ao adolescente, se buscava formas de para a sua proteção, uma vez que as crianças e adolescentes eram tratados como objetos, razão pela qual, superar esse entendimento foi de extrema importância para a garantia a dignidade da pessoa humana, para que a criança e adolescente fossem vistos como sujeitos de direitos.

Segundo Riezo, (2000) antes da criação do ECA, muitos avôs tinham sob seus cuidados seus netos, e através desse argumento, procuravam diversas maneiras de passar o benefício previdenciário a criança ou adolescente que se encontravam sob a sua proteção, em algumas situações se valendo da simulação, ocorre que esse é um dos motivos pelos quais se é negado a concessão do referido benefício previdenciário da pensão por morte.

Neste sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente surge com a intenção de garantir os direitos inerentes a estes, mas também se apresenta como uma forma de regularização de determinadas situações, inclusive as garantias para fins previdenciários, a fim de evitar manobras e meios que não são idôneos: “[...] um grande feito atribuível ao ECA é já incluir dentre os efeitos inerentes à guarda a condição de dependente, inclusive para fins previdenciários, dispensando-se, assim, por parte dos pretendentes, qualquer tipo de camuflagem” (RIEZO, 2000, p. 33).

Com a promulgação da Constituição Federal, trouxe também à proteção integral e prioritária a criança e ao adolescente, passando a responsabilidade para a família, a sociedade e para o Estado, que possui dever legal de assegurar tais direitos, surgindo posteriormente o ECA, para dar efetividade as garantias inerentes a criança e ao adolescente. Conforme demonstra Amin, (2010, p.11):

A Carta Constitucional de 1988, afastando a doutrina da situação irregular até então vigente, assegurou às crianças e adolescentes,

com absoluta prioridade, direitos fundamentais, determinando à família, à sociedade e ao Estado o dever legal e concorrente de assegurá-los. Regulamentando e buscando dar efetividade à norma constitucional foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente, microssistema aberto de regras e princípios, fundado em dois pilares básicos: 1 – criança e adolescente são sujeitos de direito; 2 – afirmação de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Podemos notar a evolução dos direitos e das garantias trazidas pela Constituição a criança e ao adolescente, dando prioridade aos mesmos, assim como, o Estatuto da Criança e do Adolescente atentou se aos pilares na busca de dar efetividade aos direitos fundamentais e garantias individuais, inerentes a Criança e ao adolescente.

Os direitos fundamentais de um indivíduo funcionam como elementos de uma ordem constitucional objetiva, ao mesmo tempo, são direitos fundamentais que possibilitam aos titulares desses direitos, impor seus interesses perante os órgãos obrigados em prestá-los.

Assim, os direitos fundamentais devem ser garantidos pois em termos formam a base do ordenamento jurídico:

Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primeiramente, um direito subjetivo quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático (MENDES, 2006. p.2).

Contudo a garantia dos direitos para fins previdenciários figura como forma de ampará-los diante da dependência em relação ao seu guardião, sendo o benefício previdenciário a criança e ao menor sob guarda um direito fundamental individual garantido constitucionalmente.

## **2. CONFLITO NORMATIVO AOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS**

A Lei n. 8.213/91 não prevê a figura da criança ou adolescente sob guarda no rol de dependentes do art.16, §2º para a concessão de benefícios previdenciários. A lei vigente considera apenas as seguintes categorias como dependentes: “[...] I – o cônjuge, a companheira, o companheiro, e o filho não

emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido; II – os pais; III – o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido” (BRASIL, 2016a).

A exclusão da criança e adolescente sob guarda ocorreu com a Medida Provisória n. 1.523 de 1996, posteriormente transformada na Lei n. 9.528 de 1997 que modificou a previsão legal do menor sob guarda como dependente do segurado, excluindo a figura do mesmo. Antes da referida exclusão, o art. 16, § 2º trazia a seguinte redação:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: [...] § 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. (BRASIL, 2016a)

Desde a promulgação da Lei n. 9.528/1997, que vigora atualmente, começaram as discussões acerca da divergência da lei, gerando dúvida a respeito de sua constitucionalidade.

Ao entrar com o pedido para a concessão do benefício previdenciário a criança ou adolescente sob guarda se depara com o indeferimento de seu requerimento no qual o fundamento utilizado pela previdência é de que o mesmo foi excluído da lista de dependentes.

No entanto veio a tona um amplo conflito entre as normas, pois a Constituição Federal e o ECA determinam que o Estado possui o dever de zelar e garantir a proteção à criança e ao adolescente.

A Constituição Federal não faz distinção da criança ou adolescente tutelado ou sob guarda, seu objetivo maior é a proteção da criança e do adolescente como um todo, pois tem a intenção de assegurar os direitos individuais e garantias fundamentais aos mesmos, sem qualquer distinção.

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. § 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: [...]II – garantias de direitos previdenciários e trabalhistas. (BRASIL, 2016b)

No entanto, ainda não há resolução definitiva para o referido conflito, assim o ECA também prevê os direitos inerentes à criança e adolescente sob guarda, pois tem efetividade de acordo com os preceitos constitucionais. Também prevê de forma expressa que a guarda confere a criança e ao adolescente a condição de dependente para todos os fins e direitos inclusive os direitos previdenciários.

De acordo com o art. 33, 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.  
[...] § 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários. (BRASIL, 2016c)

Portanto, com a atual redação da Lei n. 8213 de 1991, o que se percebe é uma ampla distinção tanto da criança ou adolescente sob guarda, quanto daquela tutelada, ferindo os preceitos constitucionais previstos no artigo 5º da Constituição.

Um dos princípios basilares da carta magna do Brasil, no que diz respeito à isonomia/igualdade, não foi respeitado, como pode se abstrair da leitura do artigo 5º da CRFB: “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 [...]”. (BRASIL, 2016b)

Segundo Barroso (2013), uma norma inferior deve total observância a Constituição Federal, ou seja, não pode ferir os preceitos constitucionais nela estabelecidos, pois a Carta Magna é o parâmetro norteador de todas as normas infraconstitucionais, não devendo as últimas serem aplicadas quando constatado sua incompatibilidade com a Constituição.

O legislador deve respeitar os direitos assegurados constitucionalmente, dessa forma, a exclusão do menor sob guarda da lista de dependentes importa em sério gravame à efetividade da constituição, à sua força normativa. Nesse sentido, Barroso (2013. p. 329) discorre: “[...] Efetividade significa a realização do direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados.

Notável é a historicidade de tais direitos, assim, é nítida a afronta ao Princípio do Não Retrocesso Social, pois esses direitos devem ser ampliados e

jamais restringidos, pois, conforme Lenza (2015 p.1295) afirma, “[...] nem a lei poderá retroceder, como, em igual medida, o poder de reforma, uma vez que a emenda à Constituição deve resguardar os direitos sociais já consagrados”.

Deve se observar que mudanças como as que a Lei de Benefícios sofreu não respeitam as garantias de proteção à criança ou adolescente sob guarda, e também não respeitam a Constituição Federal, pois se mostram como aniquiladoras da justiça social, sendo que, de acordo com Canotilho (2003 p. 339) “A violação do núcleo essencial efetivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestadamente aniquiladoras da chamada <justiça social>”.

É possível afirmar que as regras de concessão do benefício previdenciário de pensão por morte não trataram de forma igualitária a criança ou adolescente sob guarda ao excluí-los do rol de dependentes, motivo pelo qual tal regra não deveria ter sido recepcionada, uma vez que, no entender de Alexandre de Moraes (2007, p. 83):

A igualdade se configura como uma eficácia transcendente, de modo que toda situação de desigualdade persistente a entrada em vigor da norma constitucional deve ser considerada não recepcionada, se não demonstrar compatibilidade com os valores que a Constituição, como norma suprema, proclama.

Em tese uma norma inferior à Constituição não pode criar uma regra excluindo os direitos inerentes à criança e ao adolescente sob guarda, pois a proteção a eles decorre de cláusula pétrea prevista no art. 60 da CRFB.

Portanto, não pode ser alterado nem mesmo com emenda constitucional se pode excluir direitos individuais fundamentais, como os da criança ou adolescente sob tutela ou sob guarda “Art. 60, § 4º: Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais” (BRASIL, 2016b).

Dessa forma é notável que tais direitos só poderão sofrer restrição através da ação do poder constituinte originário, instaurando-se uma nova ordem jurídica, pois “o poder constituinte originário [...] instaura uma nova ordem jurídica, rompendo por completo com a ordem jurídica precedente”. (LENZA, 2015, p. 223)

Observa-se que não resta dúvida acerca do conflito entre a Lei n. 9.528/1997 em face da CRFB e do ECA. No entanto cabe ao Estado assumir a sua função social em respeito à criança ou adolescente sob guarda. De acordo com o

art. 6º da CRFB “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. (BRASIL, 2016b)

Uma vez concedida a guarda da criança ou do adolescente a um guardião, para o seu bem estar, proteção e subsistência, os princípios constitucionais devem, por sua vez, ser observados, pois se trata da dignidade da pessoa humana, bem como da proteção integral da criança e do adolescente, valores previstos na CRFB e no ECA para garantir a segurança e subsistência destas pessoas em desenvolvimento.

A preocupação do legislador foi em proteger a criança e o adolescente, sendo injustificável tamanha discriminação e desigualdades de tratamentos na concessão do benefício previdenciário da pensão por morte ao menor sob guarda.

### **3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE SOB A TEORIA DE HANS KELSEN**

No decorrer da pesquisa, buscamos os elementos que corroboram com a força normativa da Constituição, de forma a demonstrar a garantia de efetividade e controle de normas inconstitucionais, vindo a caracterizar a necessidade de caçar atos normativos que venham ferir a supremacia da Constituição. Retirar normas inconstitucionais que ainda circulam em nosso ordenamento jurídico, figura uma forma de garantia, justiça e de coerência jurídica.

Segundo Kelsen (2003), a jurisdição constitucional tem a finalidade de controle, fazendo parte de um sistema que contempla mecanismos que estabelecem a finalidade de fiscalizar normas jurídicas, funcionando como garantia de regularidade da constituição em suas funções estatais.

Apresenta-se como uma teoria que nos traz um modo eficiente e eficaz de consideração jurídica, pois se utilizarmos, por exemplo, a exclusão das crianças e adolescentes sob guarda do rol de dependentes do segurado do INSS, podemos verificar um claro conflito normativo entre a legislação previdenciária e o ECA.

Este conflito poderia ser resolvido sob o manto da Constituição, pois bastaria a observação da norma suprema como medida, e no que concernem os

atos normativos inferiores, todos devem ou deveriam estar em observância e respeito à ordem constitucional vigente. Nesse sentido, Kelsen, (2003, p.125) disserta:

Como a Constituição regula, no essencial, a elaboração das leis, a legislação é, com respeito a ela, aplicação do direito. Com relação ao decreto, e a outros atos subordinados a lei, ela é ao contrário, criação do direito.

Para explicitar ainda mais a temática ora debatida, o conflito normativo existente com relação à concessão do benefício previdenciário à criança ou adolescente sob guarda, coloca em cheque a efetividade jurisdicional ao que se refere à regularidade da Constituição.

Se existe um conflito entre as duas leis em relação ao benefício de pensão por morte, ao certo uma delas está em desacordo com a Carta Constitucional, devendo as leis inferiores se encontrar em correspondência com a Constituição Federal.

De acordo com Hans Kelsen (2003, p. 126):

A ideia de regularidade se aplica a cada grau, na medida em que é aplicação ou reprodução do direito. Porque a regularidade nada mais é que a relação de correspondência de um grau inferior com um grau superior da ordem jurídica [...] Garantias da Constituição significam, portanto garantias da regularidade das regras imediatamente subordinadas à Constituição, isto é, essencialmente, garantias da constitucionalidade das leis.

Contudo é importante e se faz necessário atentarmos para uma análise de normas vigentes que possivelmente poderiam estar em desacordo com a Constituição, pois um ato normativo que demonstre inconstitucionalidade deve ser declarado nulo mediante controle de constitucionalidade, seja ele difuso ou concentrado.

Todos, autoridades públicas e cidadãos em geral, têm o direito de examinar em todas as circunstâncias a regularidade do ato nulo, de declará-lo irregular e de tratá-lo, em consequência, como não-válido, não-obrigatório. (KELSEN, 2003, p. 141)

Todos poderiam declarar uma norma inconstitucional como nulas, mas devemos nos atentar ao fato de que este papel principal de nulificar um ato/lei inconstitucional é pertencente ao Tribunal Constitucional, a quem é atribuída essa função de analisar e declarar situações inconstitucionais ou conflitantes. De

acordo com Kelsen, (2003, p.170) “[...] se quisermos que a constituição seja garantida com eficácia, é necessário que o ato submetido ao controle do tribunal constitucional seja diretamente anulado por decisão própria, se considerado irregular”.

Conforme Kelsen (2003), a necessidade se nulificar um ato normativo inconstitucional diz respeito à força normativa da Constituição, não apenas pelo direito que esta sendo tutelado com base em determinada legislação, mas pela regularidade e supremacia da ordem constitucional, a fim de resguardar e evidenciar a força normativa da Constituição.

Partindo do pressuposto de um confronto entre normas o que se espera é a resolução dos conflitos normativos com base na observância da Constituição, resguardando a sua supremacia e nulificando atos/leis que vierem a interferir nos preceitos constitucionais, por ser imprescindível a regularidade da ordem constitucional.

É através da jurisdição constitucional que se evitam brechas na legislação, o que resulta na diminuição de lides na busca de um atendimento claro e mais efetivo das necessidades sociais, e ao manter a observância a Carta Constitucional é resguardada a supremacia da Constituição dos atos que venham a violar seus preceitos e comandos.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A análise do direito da criança e do adolescente sob guarda em receber o benefício previdenciário da pensão por morte traz a tona uma ampla discussão acerca do conflito normativo entre a Lei de Benefícios Previdenciários e o ECA, nas quais se mostram divergentes com relação à garantia previdenciária trazida na redação do artigo 33 do ECA, em face da lei 8213 de 1991.

Normalmente os conflitos surgem pela evolução da sociedade e em decorrência das necessidades que são apresentadas, no entanto a lei previdenciária suprimiu o menor sob guarda sem dar a devida importância aos direitos e garantias individuais conferida pela Carta Magna a Criança e ao Adolescente sob guarda, garantias que também foram estabelecidas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A fim de tomar a melhor decisão, a constituição deve ser o parâmetro ao que se refere à constitucionalidade das leis, sendo que a atuação do tribunal constitucional se faz necessária para fazer com que o Direito seja bem compreendido evitando lacunas, observamos que cada ação deve ser justificada com base na Constituição, tornando-se imprescindíveis para o bom funcionamento da justiça, pois os atos/leis infraconstitucionais servem para regular e resolver litígios, não para causar conflitos.

Compreende-se e justifica-se, então, que a jurisdição constitucional de Hans Kelsen, seria mais que modelo para solucionar e evitar conflito, surgindo com a proposta de estabelecer e garantir à ordem constitucional, dando ênfase à força normativa da constituição, resultando na nulificação de normas inconstitucionais, para manutenção da supremacia da Constituição.

## REFERÊNCIAS

Amin. Andréia Rodrigues. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

BRASIL. Lei 8213 de 24 de Julho de 1991. BRASIL 2016a.

\_\_\_\_\_. Constituição Federal da Republica Federativa do Brasil, 2016b.

\_\_\_\_\_. Lei 8.069 de 13 de Julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente. BRASIL, 2016c.

CANOTILHO. José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed. Coimbra - Portugal: Editora Almedina 2003.

CASTRO. Carlos Alberto Pereira de. **Manual de direito previdenciário**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

Kelsen. Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

LENZA. Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 19ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

MARTINEZ. Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário**. São Paulo: Editora LTR, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira, Direitos Fundamentais e Controle de constitucionalidade, 3ª Ed. .São Paulo: Saraiva, 2006, p. 2.

MORAES. Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas, 2007

RIEZO. Barbosa. **Estatuto da Criança e do Adolescente Interpretado**. São Paulo: Editora Lawbook, 2000.

TAVARES. Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário**. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2011.