

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p462-481>

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PRESCRIÇÃO DAS PARCELAS DE PENSÃO POR MORTE DEVIDAS A CRIANÇAS E ADOLESCENTES DEPENDENTES PREVIDENCIÁRIOS

THE (IN)CONSTITUTIONALITY OF PRESCRIPTION OF PENSION INSTALLMENTS FOR DEATH DUE TO CHILDREN AND ADOLESCENTS DEPENDENT ON SOCIAL SECURITY

RVD

Recebido em
27.08.2023

Aprovado em.
31.10.2023

Horígenes Fontes Soares Neto¹

RESUMO

A preocupação com a proteção dos direitos da infância e adolescência é marca da Carta Política de 1988, bem assim da legislação infraconstitucional, com espeque nos princípios da dignidade humana, proteção integral e melhor interesse da criança e do adolescente. No aspecto previdenciário, o referido protecionismo vem observado na assunção destes indivíduos como dependentes dos segurados da previdência. Sob tais prismas, o presente estudo questiona a existência de inconstitucionalidade do perecimento de parcelas do benefício previdenciário de pensão por morte devido às crianças e adolescentes incapazes dependentes, cotejando o instituto da prescrição nas esferas cível e previdenciária, ao lado das intersecções e afastamentos deste último ramo do Direito com a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e os princípios que os norteiam. O trabalho se baseia em pesquisa qualitativa, bibliográfica e documental, partindo dos textos legais e constitucional, aliados a interpretações doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema para, ao final, concluir pelo verdadeiro descompasso existente entre o atual texto do art. 74, I, primeira parte, da Lei nº 8.213/1991, condutor de sua inconstitucionalidade quando analisada teleológica e sistematicamente a ordem jurídica.

Palavras-chave: Adolescente. Criança. Inconstitucionalidade. Pensão. Prescrição.

ABSTRACT

The concern with protecting the rights of childhood and adolescence is a hallmark of the 1988 Political Charter, as well as of the infra-constitutional legislation, focusing on the principles of human dignity, full protection and the best interests of children and adolescents. In the social security aspect, such protectionism is observed in the assumption of these individuals as dependents of social security policyholders. Under such perspective, this study questions the existence of the unconstitutionality of the perishing of portions of the pension benefit for death due to incapable dependent children and adolescents, comparing the institute of prescription in

¹ Mestre em Economia Regional e Políticas Públicas pela Universidade Estadual de Santa Cruz - UESC. Especialista em Prática Trabalhista e Processual Civil. Especialista em Direito Público. Especialista em Direito Constitucional Aplicado. Especialista em Direito do Consumidor. Especialista em Prática Material e Processual Previdenciária. Avaliador ad hoc de cursos superiores do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Anísio Teixeira - INEP. Advogado.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p462-481>

the civil and social security spheres, alongside the intersections and removals of the latter branch of Law with the Federal Constitution, the Child and Adolescent Statute and the principles that guide them. The work is based on qualitative, bibliographical and documentary research, starting from legal and constitutional texts, combined with doctrinal and jurisprudential interpretations on the subject, and finally to conclude that there is a real mismatch between the current text of art. 74, I, first part, of Law nº 8.213/1991, conductor of its unconstitutionality when analyzed teleologically and systematically the legal order.

Keywords: Teen. Kid. Pension. Prescription. Unconstitutionality.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal (CF) de 1988, inspirada nos signos protetivos advindos das Convenções e demais normas internacionais decorrentes do pós-segunda guerra mundial, bem assim imbuída do espírito garantista pós-ditadura militar, fez inserir em seu texto inúmeros princípios e dispositivos de resguardo dos direitos e garantias individuais. Neste sentir, o texto constitucional já no art. 1º, IV, determina, enquanto fundamento da República, a dignidade da pessoa humana.

Este móvel protecionista, fundado na dignidade humana, reverbera por toda a Carta Política, de modo que sustentáculos mínimos são ofertados à população em suas mais variadas faixas etárias, com destacada atenção aos idosos, crianças e adolescentes. Assim, ao lado do idoso, a criança e o adolescente ostentam, segundo o diploma constitucional, especial proteção do Estado e da sociedade, é o que dispõe o art. 227 da CF/1988.

A salvaguarda dos direitos dos incapazes, *in casu*, das crianças e adolescentes, não se esgota no texto constitucional, de modo que a Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA), dispõe que os citados gozam de todos os direitos fundamentais do ser humano, anunciando, em sequência, os princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente. Mais disso, a própria legislação civil se atenta aos direitos da infância e adolescência, na medida em que, dentre outros dispositivos, o Código Civil (CC) determina que não prejudica os incapazes a prescrição e a decadência durante o curso desta incapacidade.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p462-481>

Muito embora o contexto protecionista acima narrado, com o advento da Medida Provisória (MP) nº 871/2019, convertida na Lei nº 13.846/2019, significativos impactos foram causados no sistema previdenciário brasileiro. Foram gerados reflexos, inclusive, nos direitos de crianças e adolescentes dependentes à percepção, desde o óbito do segurado, do benefício de pensão por morte.

A nova dinâmica alterou a Lei de Planos e Benefícios Previdenciários para prever, no art. 74, I, prazo prescricional de 180 dias, contados do óbito, para que o filho menor de 16 anos possa requerer pensão por morte e recebê-la desde a data do falecimento, do contrário, percebê-la-á desde a data de entrada com o requerimento administrativo (DER), fator que alerta para discussão de possível descompasso entre a legislação previdenciária e o ordenamento jurídico nacional, analisado em seu todo.

Em razão disso, o presente artigo problematiza se de fato é inconstitucional o art. 74, I, primeira parte, da Lei nº 8.213/1991, frente aos princípios protetores das crianças e adolescentes. A este respeito, estipula-se como objetivo geral averiguar o eventual desalinhamento existente entre a lei previdenciária de planos de benefícios do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e as disposições constitucionais e legais a respeito da salvaguarda dos direitos da infância e adolescência.

Como objetivos específicos, pretende-se cotejar o instituto da prescrição e suas causas impeditivas no contexto da legislação civil, previdenciária e da infância e juventude. Ademais, serão observadas as intersecções e distanciamentos entre o texto constitucional, o CC, o ECA e a legislação da previdência no que pertine aos princípios da dignidade humana, vedação ao retrocesso social, proteção integral, melhor interesse da criança e adolescente e a possibilidade de prescrição dos créditos de pensão por morte devidos ao dependente incapaz do(a) segurado(a) falecido(a).

Metodologicamente, este trabalho se lastreia em pesquisa bibliográfica, baseada na análise qualitativa de obras e artigos científicos de estudiosos nas searas constitucional, previdenciária, civil e da infância e juventude. Cabe citar, nesta oportunidade, Almeida (2020), Bandasz e Veiga (2019), Mendes e Branco (2012), Tartuce (2021) e Del-Campo e Oliveira (2012). Tais referenciais teóricos darão norte à

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p462-481>

discussão a respeito da inconstitucionalidade do transcurso de prazo prescricional em desfavor de crianças e adolescentes.

Ainda, é promovida pesquisa documental e análise qualitativa das legislações pertinentes ao tema, sendo elas a CF/1988, o CC/2002, o ECA, a Lei nº 8.213/1991, o Decreto nº 3.048/1999, bem assim de jurisprudências dos Tribunais Superiores. Isto se dá com o fito de perquirir os reais descolamentos existentes entre as leis que regem o sistema previdenciário e as normas e princípios que proporcionam proteção à criança e ao adolescente dependentes do segurado no RGPS.

No cenário apresentado, este artigo se justifica não só pela relevância atual em se discutir no meio jurídico a concretude dos princípios constitucionais e legais de proteção à infância e adolescência sob o aspecto da Previdência Social, como também pela necessidade de manter a harmonia do ordenamento, evitando-se contradições entre os diversos ramos jurídicos. Tudo isso contribui não só para a evolução do Direito, como também para o progresso e consolidação da ciência jurídica, ratificando a importância do estudo do tema proposto.

2 A PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES NOS PRISMAS LEGAL E CONSTITUCIONAL

Os direitos individuais e sociais despontam na ordem jurídica brasileira como expoentes de proteção e garantia dos indivíduos e da sociedade. Sob este aspecto, a CF de 1988 cuidou de assegurar a todos os mínimos necessários, outorgando cuidados diferenciados, dentre outros, à infância e adolescência, a partir do primado da dignidade.

A CF, com base no princípio da dignidade humana, previsto no art. 1º, IV, fez ressoar no complexo normativo a proteção às crianças e adolescentes, como dito. Já na previsão contida no art. 6º, desta Carta Política, a assunção de um sistema protetivo à infância denotou o espírito do constituinte em resguardar os direitos de tal público, o que, mais à frente, no art. 227, esmiuçou-se. A família, a sociedade e o Estado, não só da perspectiva moral, compõem, constitucionalmente, as pessoas responsáveis pela

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p462-481>

garantia dos suportes essenciais ao desenvolvimento pleno e prioritário das crianças e adolescentes. Assim enuncia a CF:

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 (Brasil, 1988).

Em seu âmago, a CF estipulou a necessidade de ser materializado no plano infraconstitucional esta proteção, por meio da efetivação, dentre outros, dos direitos à vida, educação, saúde e lazer. Não se deve esquecer, sobretudo, que as referidas garantias repousam na vontade do constituinte originário brasileiro em pôr o infante e o adolescente a salvo de qualquer espécie de crueldade, opressão, violência, exploração, discriminação ou negligência (Paulo, Alexandrino, 2015). Imbuído do espírito conservacionista constitucional, surge, então, o ECA.

Baseado no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, o ECA demarcou, na esfera legal brasileira, o patente interesse público na proteção integral destes indivíduos. Indiscutível o olhar do legislador para a oferta de todos os meios necessários ao gozo pelas crianças e adolescentes dos direitos fundamentais, o que se consagra no art. 3º, do citado diploma. Disto decorre o repúdio a quaisquer espécies de discriminação, desigualdades e restrições ao desenvolvimento moral, mental, físico, social e espiritual, em condições de dignidade plena e liberdade destes indivíduos, como *ipsis litteris* se extrai do texto legal:

Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem (Brasil, 1990).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p462-481>

Nos termos da literatura, o princípio do melhor interesse da criança designa os comprometimentos jurídico e social com a manutenção de condições imprescindíveis ao desenvolvimento da infância e adolescência. É o que alicerça a justificativa da sobrelevação das garantias deste público no conflito de normas jurídicas. Simultaneamente, e no intuito de completar o entendimento advindo do melhor interesse, o princípio da proteção integral determina a obrigação em garantir as necessidades do ser em desenvolvimento, reconhecendo-lhe cobertura, exemplificativamente, aos direitos à vida, convivência, educação, saúde, lazer e liberdade (Del-Campo, Oliveria, 2012).

A par dos princípios da dignidade humana, do melhor interesse da criança e do adolescente e da proteção integral, destaque também se dá ao princípio da vedação ao retrocesso social aplicado ao Direito da Infância e Juventude. Com espeque nos direitos individuais e sociais, dentre eles a previdência e a proteção à infância, doutrina e jurisprudência sinalizam que uma vez promovido pelo ordenamento jurídico o avanço e as conquistas no campo garantista, é vedado ao legislador suprimir ou reduzir os direitos conseguidos, sob pena de ensejar retrocesso social e proteção insuficiente dos seus titulares (Sarlet, 2008).

Em vista disso, o princípio da vedação ao retrocesso social é de observância cogente pelo poder público, o qual deve elaborar e manter políticas públicas de garantia de acesso dos cidadãos aos seus direitos básicos. Confirma-se, por estas vias, o Estado democrático e social de direitos, a máxima efetividade das normas constitucionais, além da proteção da confiança legítima, não sendo suficientes quaisquer justificativas de reserva do possível ou liberalismo econômico para embasar a retirada do que já se conquistou, por conta da íntima ligação que há entre os direitos individuais e sociais e a dignidade humana. É o que reforça Vasconcellos e Luiz:

Como os direitos sociais estão diretamente ligados à dignidade da pessoa humana, o princípio da proibição do retrocesso social toma grande importância no nosso Estado Contemporâneo, como garantia da segurança jurídica e à preservação dos direitos já adquiridos (Vasconcellos, Luiz, 2015, p. 45).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p462-481>

A vedação ao retrocesso social, dignidade humana, melhor interesse e proteção integral da criança e do adolescente que inspiraram os arts. 6º e 201, V, da CF, também sinalizaram suas importâncias na esfera infraconstitucional. Não só o ECA, como também a legislação e o regulamento de planos e benefícios da previdência, outorgaram evidentes direitos às crianças e adolescentes, atendendo às suas necessidades básicas.

No âmbito previdenciário, seara que interessa a esta pesquisa, o art. 16 da Lei nº 8.213/1991 e do Decreto nº 3.048/1999, sinalizou que o filho não emancipado, menor de 21 anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual, mental ou grave é dependente do segurado do RGPS. Também o enteado e o tutelado, nas mesmas condições exigidas para o filho e que comprovem dependência econômica, foram incluídos nesta categoria de dependentes. Afirma a legislação:

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 vinte e um anos de idade ou inválido ou que tenha deficiência intelectual, mental ou grave;**

[...]

§ 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 (Brasil, 1991). (grifos nossos)

Perceba-se que a legislação previdenciária cuidou de proteger, além do filho, também o enteado e a criança ou adolescente em tutela do segurado. Embora o legislador por aí tenha encerrado a extensão da norma, a jurisprudência, por analogia, alargou-a, considerando dependente do segurado a criança ou adolescente em situação de guarda, como restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em sede de controle concentrado de constitucionalidade, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.878, cuja ementa se transcreve abaixo:

AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO CONJUNTO. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. ARTIGO 16, § 2º, DA LEI N.º 8.213/1991. REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p462-481>

N.º 9.528/1997. MENOR SOB GUARDA. PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL. PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA. ART. 227, CRFB. INTERPRETAÇÃO CONFORME, PARA RECONHECER O MENOR SOB GUARDA DEPENDENTE PARA FINS DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO, DESDE QUE COMPROVADA A DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. 1. Julgamento conjunto da ADI nº 4.878 e da ADI nº 5.083, que impugnam o artigo 16, § 2º, da Lei nº 8.213/1991, na redação conferida pela Lei nº 9.528/1997, que retirou o “menor sob guarda” do rol de dependentes para fins de concessão de benefício previdenciário. 2. A Constituição de 1988, no art. 227, estabeleceu novos paradigmas para a disciplina dos direitos de crianças e de adolescentes, no que foi em tudo complementada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/1990). **Adotou-se a doutrina da proteção integral e o princípio da prioridade absoluta, que ressignificam o status protetivo, reconhecendo-se a especial condição de crianças e adolescentes enquanto pessoas em desenvolvimento.** 3. Embora o “menor sob guarda” tenha sido excluído do rol de dependentes da legislação previdenciária pela alteração promovida pela Lei nº 9.528/1997, ele ainda figura no comando contido no art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/1990), que assegura que a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e direitos, inclusive previdenciários. 4. O deferimento judicial da guarda, seja nas hipóteses do art. 1.584, § 5º, do Código Civil (Lei n.º 10.406/2002); seja nos casos do art. 33, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/1990), deve observar as formalidades legais, inclusive a intervenção obrigatória do Ministério Público. A fiel observância dos requisitos legais evita a ocorrência de fraudes, que devem ser combatidas sem impedir o acesso de crianças e de adolescentes a seus direitos previdenciários. 5. A interpretação constitucionalmente adequada é a que assegura ao “menor sob guarda” o direito à proteção previdenciária, porque assim dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente e também porque direitos fundamentais devem observar o princípio da máxima eficácia. Prevalência do compromisso constitucional contido no art. 227, § 3º, VI, CRFB. 6. ADI 4878 julgada procedente e ADI 5083 julgada parcialmente procedente para conferir interpretação conforme ao § 2º do art. 16, da Lei n.º 8.213/1991, para contemplar, em seu âmbito de proteção, o “menor sob guarda”, na categoria de dependentes do Regime Geral de Previdência Social, em consonância com o princípio da proteção integral e da prioridade absoluta, nos termos do art. 227 da Constituição da República, desde que comprovada a dependência econômica, nos termos em que exige a legislação previdenciária (art. 16, § 2º, Lei 8.213/1991 e Decreto 3048/1999)². (grifo nosso)

É explícito, deste modo, o intuito seja do constituinte, seja do legislador, de proteção à criança e ao adolescente na acepção mais lata do termo. Não sem razão,

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4.878/DF**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, Diário de Justiça da União, 6 ago. 2021a. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1273429529/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4878-df/inteiro-teor-1273429530>. Acesso em: 10 dez. 2022. s.p.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p462-481>

o ordenamento jurídico brasileiro, em uníssono, demarca a peculiar atenção dispensada a este público, sobretudo na esfera previdenciária.

Os normativos, inspirados no protecionismo, possibilitam a concessão de pensão por morte, benefício previsto no art. 74 da Lei nº 8.213/1991, e art. 105 do Decreto nº 3.048/1999, para o âmbito do RGPS, e devido aos dependentes do segurado falecido, exatamente com a pretensão de cobrir o risco social morte e evitar o perecimento de direitos daqueles que necessitam de cobertura previdenciária, incluídas as crianças e adolescentes filhos, enteados, tutelados ou sob guarda do segurado falecido.

3 O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO NA INTERSECÇÃO ENTRE DIREITO CIVIL E PREVIDENCIÁRIO

“O Direito não socorre aos que dormem”, eis o brocardo que marca a existência da prescrição no ordenamento jurídico. Em essência, aos sujeitos de direito não é dada a prerrogativa de, diante de lesão ou ameaça de lesão a bem jurídico, permanecer inerte à busca pela prestação jurisdicional, isto porque, uma vez assim agindo, sua pretensão será consumida por aquilo que os arts. 189 e ss., do CC, denominaram de prescrição, conforme advoga Tartuce (2021, p.292):

A prescrição extintiva, fato jurídico em sentido estrito, constitui, neste contexto, uma sanção ao titular do direito violado, que extingue tanto a pretensão positiva quanto a negativa (exceção ou defesa). **Trata-se de um fato jurídico *stricto sensu* justamente pela ausência de vontade humana**, prevendo a lei efeitos naturais, relacionados com a extinção da pretensão. A sua origem está no decurso do tempo, exemplo típico de fato natural. (grifo nosso)

Na prescrição, diversamente da decadência, não há a extinção do direito em si, mas da pretensão em pleitear este direito, corroendo, à guisa de exemplo, parcelas de um eventual benefício previdenciário a que teria acesso a pessoa. Tal instituto é peça fundamental nas leis brasileiras, não só para impedir o prolongamento *ad aeternum* da possibilidade de recorrer ao Judiciário para que o titular de um direito veja atendidos seus anseios, mas muito além disso, significa a proteção ao princípio da segurança jurídica.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p462-481>

Perceba-se, como bem salientou Tartuce na passagem acima transcrita, a prescrição combate a inércia do sujeito, esta caracterizada pela ausência de vontade, livre e desimpedida, de buscar o atendimento às suas pretensões. Neste diapasão, há de se destacar que a vontade humana livre é elemento essencial a caracterizar a prescrição, não por acaso, ao elencar as causas impeditivas da prescrição, o art. 198, III, do CC, infirma que não corre prescrição contra absolutamente incapazes, estes entendidos, nos moldes do art. 3º, do mesmo diploma legal, como aqueles menores de 16 anos.

Segundo a doutrina, a teoria das incapacidades está para o Direito brasileiro como verdadeiro mecanismo de asseguaração das garantias daqueles que por si sós não podem, por expressa determinação legal, exprimir sua vontade. Baseado nisto, o ordenamento põe a salvo inúmeros direitos destes indivíduos, sob o manto do protecionismo marcante nas relações que envolvem crianças e adolescentes.

Veja-se que, *ope legis*, aqueles menores de 16 anos são considerados absolutamente incapazes, de sorte que a normativa civil impede que a prescrição os atinja, porque deles não advém vontade livre e desimpedida para a prática de atos jurídicos (Tartuce, 2021, p. 294). Questão remansosa na jurisprudência dos Tribunais Superiores, conforme aresto exemplificativo que abaixo se transcreve³:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO EM RELAÇÃO A PARTE ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. NÃO OCORRÊNCIA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM DESACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. 1. A fundamentação utilizada pelo Tribunal a quo para firmar seu convencimento está em desacordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual não flui o prazo prescricional contra os absolutamente incapazes, inclusive os interditados ainda que sob curatela. Nesse sentido: AgInt no AREsp 1.164.869/MG, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 21/5/2018; REsp 1.684.125/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 13/3/2018; REsp 908.599/PE, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 17/12/2008. 2. "Portanto, no caso de pessoas absolutamente incapazes, o prazo prescricional fica impedido de fluir, de tal maneira que, enquanto perdurar a causa, inexistente prescrição a ser contada

³ Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.902.058/PR**. Relator Ministro Herman Benjamin. Brasília, Diário de Justiça da União, 1 jul. 2021b. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1263982249/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no-resp-1902058-pr-2020-0275836-9/inteiro-teor-1263982257>. Acesso em: 13 dez. 2022. s.p.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p462-481>

para efeito de pretensão. A prescrição, na hipótese, só se iniciará se, e quando, cessada a incapacidade." (REsp 1.469.825/RS, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 19/4/2018). 3. Agravo Interno não provido.

Inspirada nessa sistemática protetiva, a Lei de Planos e Benefícios da Previdência Social, acompanhada de seu Decreto regulamentador nº 3.048/1999, reproduziram, respectivamente, em seus arts. 103, parágrafo único, e 347, §1º, que

Prescreve em cinco anos, a contar da data em que deveriam ter sido pagas, toda e qualquer ação para haver prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela Previdência Social, **salvo o direito dos menores, incapazes e ausentes, na forma do Código Civil.** (grifo nosso)

Deve ser observado que a lei previdenciária, originariamente e em compasso com o arcabouço protetivo dos incapazes, como prevê o CC, pontuou que existe para o Direito Previdenciário, à toda evidência, a aplicabilidade do instituto da prescrição, contudo este fato jurídico encontra limitações nas disposições do CC no que concerne aos direitos dos menores, incapazes e ausentes. Repise-se, para o CC são absolutamente incapazes os menores de 16 anos, portanto, as crianças e os adolescentes com 16 anos incompletos deveriam estar a salvo de quaisquer prejuízos eventualmente advindos dos transcurso de prazos prescricionais em seu desfavor.

Por estes trilhos caminhava a legislação previdenciária, tendo em conta que não prejudicava os incapazes a prescrição, nos moldes do determinado pelos arts. 103, parágrafo único, da Lei nº 8.213/1991, acompanhada pelo art. 347, §1º, do Decreto nº 3.048/1999. Contudo, a MP nº 871/2019, convertida na Lei nº 13.846/2019, alterou os rumos do impedimento de decurso da prescrição em face de incapazes, dispondo no art. 74, I, primeira parte, da Lei nº 8.213/1991, replicado no art. 105, I, do Decreto nº 3.048/1999, que para haver direito aos absolutamente incapazes de perceberem benefício previdenciário de pensão por morte desde o passamento do segurado, não de requerer este benefício, administrativamente, em até 180 dias após o óbito, ao revés, perceberão as parcelas tão somente a partir da DER. É o texto legal:

Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data:

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p462-481>

I - do óbito, quando requerida em até 180 (cento e oitenta) dias após o óbito, para os filhos menores de 16 (dezesesseis) anos, ou em até 90 (noventa) dias após o óbito, para os demais dependentes; (grifo nosso)

O dispositivo em referência insere no contexto da legislação previdenciária abordagem totalmente discrepante daquilo que se verificava no sistema protetivo até então. Atualmente, pela inteligência dos dispositivos ora citados, prescritas estarão as verbas de pensão por morte, benefício destinado ao suporte às necessidades vitais dos dependentes do segurado falecido, compreendidas entre o óbito e o requerimento administrativo do benefício, acaso este requerimento não seja feito em até 180 dias contados do falecimento do segurado instituidor.

O legislador previdenciário, na espécie, inovou em prejuízo das crianças e adolescentes, sobretudo àqueles em maior situação de vulnerabilidade social, como os órfãos, ao retirar-lhes o direito às verbas retroativas. Como foi evidenciado, o instituto da prescrição está para aqueles que deliberadamente, e despidos de qualquer impedimento, por omissão, permitem o decurso do tempo sem a busca do atendimento a suas pretensões.

A vontade livre e desembaraçada é, portanto, essência dos prazos prescricionais. Os absolutamente incapazes, do contrário deste cenário, e por expressa determinação legal, não podem exprimir sua vontade sem que sejam representados, sendo ilógico, por estes passos, que lhes prejudique o tempo na busca de suas pretensões enquanto nesta condição permanecerem (Siqueira, 2019).

4 A INCONSTITUCIONALIDADE DA PRESCRIÇÃO EM FACE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Como é cediço e ficou aclarado nas linhas precedentes, a proteção das crianças e adolescentes no ordenamento jurídico brasileiro é um dos expressivos pontos nodais seja da CF de 1988, seja da legislação infraconstitucional. Nestas linhas, há de se observar que o sistema, até os dias atuais construído, pauta-se na harmonia entre os princípios do melhor interesse da criança, da proteção integral, da vedação ao

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p462-481>

retrocesso social, todos eles alicerçados na dignidade do ser humano, fundamento da Carta Política.

Urge ser percebido que o constituinte, nos arts. 194 e 201, ambos da CF/1988, estipulou também para a previdência social a universalidade da cobertura e do atendimento dos riscos sociais a que se sujeitem os indivíduos. A partir disso, implementou garantias de benefícios e serviços àqueles que prestem reais contribuições ao sistema e a todos que de modo direto possam ser atingidos por eventos danosos sofridos pelo segurado.

A ideia da figura dos dependentes da previdência, sejam eles de primeira, segunda, terceira classes ou por equiparação, surge deste aspecto, havendo um tratamento diferenciado dado para aqueles em situação presumida de maior vulnerabilidade, como os filhos ou equiparados (Almeida, 2020).

Dito panorama é transposto para a legislação infraconstitucional, de modo que não só o ECA, como também a legislação civil se atenta para a necessidade de assegurar os direitos da infância e adolescência. Há a garantia de que diversos institutos do Direito os beneficiem, e tantos outros não os prejudiquem, dentre eles a prescrição, como dispõe o CC e foi anotado nas linhas pretéritas deste trabalho. Isto representa a harmonia normativa que deve prevalecer no sistema jurídico vigente, daí se extraindo a inadmissibilidade da coexistência de dispositivos com sentido que destoe dos rumos dados pela CF, e já encontrados na legislação infraconstitucional (Mendes, Branco, 2012).

A harmonia do ordenamento jurídico merece prevalecer em prol da unidade das normas constitucionais e do Direito. Bem sinaliza Barroso (2012) que a desatenção aos princípios e fundamentos constitucionais já instaurados, e espalhados no campo infraconstitucional, pode representar verdadeira síndrome de inefetividade da Constituição Federal, o que transformaria as premissas da Carta Política em verdadeiras “palavras ao vento”. Isso quer dizer que uma vez inobservado aquilo que promove a CF, lado outro restará infringido o sentido constitucional, fator que no caso demonstra evidente retrocesso social vedado.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p462-481>

Admitir que as parcelas de benefício previdenciário a que fazem jus as crianças e adolescentes dependentes do segurado falecido sejam consumidas pela prescrição, afronta o que determina o art. 227 da CF/1988, além de calcificar injustiça social patente e inconstitucionalidade cristalina. A alteração dos arts. 74, I, primeira parte, da Lei nº 8.213/1991, seguida pelo art. art. 105, I, do Decreto nº 3.048/1999, demonstra a desproteção previdenciária a um conjunto de agentes que, *ope legis*, são tidos por vulneráveis e merecedores de especial cuidado nos direitos e políticas públicas implementados (Bandsz, Veiga, 2019), além de clarificar o descarrilho entre as diversas legislações infraconstitucionais que afetam crianças e adolescentes.

Diante do espírito constitucional, é vedado o desfazimento de toda e qualquer proteção de direitos fundamentais que tenham sido outorgados aos indivíduos. Ao eliminar das políticas públicas ou do âmbito normativo-legal disposições que garantam, por exemplo, direitos sociais, estar-se-ia afrontando diretamente todo o sistema da Constituição Federal, e dando passos atrás na evolução do Direito (Mendes, Branco, 2012).

Na mesma linha de raciocínio, Paulo e Alexandrino (Paulo, Alexandrino, 2015) reafirmam o dever de observância plena aos direitos e garantias individuais. Estipulados no artigo 60, § 4º, da Constituição Federal, como cláusulas pétreas, são insuprimíveis senão por uma nova Carta Política, possuidores de eficácia direta e imediata e garantidores da unidade da ordem jurídica. Advogam os autores referenciados que uma vez violado o sentido e alcance projetados para os princípios e normas da CF, outro caminho não há que não suscitar a inconstitucionalidade dos dispositivos infratores por meio do manejo de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) junto ao STF.

A ADI é o instrumento processual constitucional utilizado pelo Direito para o questionamento de afrontas legislativas aos dispositivos e princípios da Carta Política, daí porque seu manejo para discutir o ferimento causado à CF quando da existência de dispositivo que permite transcurso de prescrição em desfavor de crianças e adolescentes dependentes no âmbito de proteção previdenciário. A lei que limita, expressa e injustificadamente, direitos e garantias individuais, sobretudo dos mais

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p462-481>

vulneráveis, como é o caso de crianças e adolescentes, já se apresenta natimorta e, neste sentido, deve ser extraída, de logo, do sistema legal (Garcia, 2019).

Não restam dúvidas, diante do pacífico entendimento que emana da literatura e da jurisprudência, de que as proteções sociais previstas no artigo 6º da CF/1988, também são cláusulas pétreas, cuja limitação jamais poderá se dar por um conjunto normativo que não seja uma nova Constituição. Se descabe até mesmo a emenda constitucional tratar de modo diverso, tampouco pode a legislação infraconstitucional fazê-lo.

Disso decorre que uma vez inserida a proteção à criança e ao adolescente entre os direitos sociais, reforçada também no artigo 227 da CF/1988, norma que se preste a atuar de modo diferente lesiona o espírito de sustentação da Carta Política. Não se admite o retrocesso social e jurídico ou a quebra de eficácia das disposições constitucionais, as quais, em ocorrendo, devem ser enfrentadas por meio de ações que visem realizar o controle de constitucionalidade (Barroso, 2012).

Subtrair da criança e do adolescente dependentes previdenciários um direito que lhes é caro, é ato antijurídico e merece confrontação para restabelecer a ordem. Ao revés, a CF/1988 se transforma em mera folha de papel que não é capaz de exprimir os anseios sociais e a construção do Direito, perdendo sua força normativa e sendo superada por ilegalidades, ensinamentos advindos das lições de Ferdinand Lassalle e Hans Kelsen (apud Mendes, Branco, 2012). Uma Constituição deve ser encarada como norma suprema do Estado. Destarte, com fundo em seus princípios, exige da legislação que não retroceda, mas avance e amplie a proteção até então conferida.

Não há conseqüência lógica para que, de um lado, o CC e o ECA ponham a salvo dos efeitos do tempo os direitos das crianças e adolescentes e, de outro, os estatutos previdenciários permitam que a prescrição consuma as parcelas de pensão por morte devidas a este público. Não há sentido, outrossim, que a legislação considere como absolutamente incapazes os menores de 16 anos, portanto, vedando-lhes a validade dos atos quando por eles praticados sem representação e, *pari passu*, os prejudique porque eventualmente não tenham efetuado o requerimento administrativo do benefício de pensão por morte em 180 dias contados do óbito do segurado do qual dependam.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p462-481>

Em interpretação sistemática e teleológica, as vontades constitucional e legislativa, de forma manifestada, voltam-se à proteção integral e ao melhor interesse da criança e do adolescente, não havendo razão para que a lei previdenciária trate de modo diverso questões semelhantes em suas finalidades. Está-se, pois, diante de flagrante inconstitucionalidade do art. 74, I, primeira parte, da Lei nº 8.213/1991 e, por arrastamento, do art. art. 105, I, do Decreto nº 3.048/1999.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dignidade humana, corolário do sistema jurídico brasileiro, não só se apresenta enquanto fundamento da Constituição Federal de 1988, mas também inspira todo o arcabouço normativo vigente e a implementação de diversos outros princípios norteadores do Direito. Como se observou, a Carta Política, ao lado da legislação infraconstitucional, baseada na dignidade, na vedação ao retrocesso social, na proteção integral e no melhor interesse das crianças e adolescentes, confere a estes indivíduos proteção diferenciada.

Os arts. 6º e 227, ambos da CF/1988, erigem crianças e adolescentes como sujeitos de direito que urgem do Estado e da sociedade cuidado especial, de maneira que seus interesses devem ser resguardados. Isto se dá em razão de serem eles considerados vulneráveis sob a ótica do Direito, tomados, portanto, como incapazes de por si sós exercerem atos da vida civil sem que estejam representados ou assistidos. Assim reza o art. 3º do CC, do qual, por exegese, extrai-se que dos atos dos incapazes não exsurge vontade livre e desimpedida apta a perfectibilizar atos jurídicos, quando praticados desassistidos ou sem representação.

A fragilidade das crianças e adolescentes, com destaque para aqueles menores de 16 anos, tidos por absolutamente incapazes, é o que moveu o implemento das normas protetivas no ECA, no CC e na legislação previdenciária. Atento às necessidades primárias de tal público, o art. 16 da Lei nº 8.213/1991, enunciou-os como dependentes dos segurados do RGPS e outorgou-lhes benefícios previdenciários como a pensão por morte.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p462-481>

A par disso, a legislação previdenciária abrangeu a proteção concedida e, assim como corretamente o fez o CC, apontou que embora “o tempo não socorra aos que dormem”, ratificando o instituto da prescrição também na esfera previdenciária, afirmou que em face de crianças e adolescentes não transcorre a prescrição. É o que se retira de interpretação do art. 103, parágrafo único, da Lei nº 8.213/1991, e 347, §1º, do Decreto nº 3.048/1999.

Prescrição, fato que faz perecer a pretensão em razão do deliberado decurso do tempo pelo titular do direito, é instituto jurídico que solicita a vontade, aqui caracterizada pela omissão, livre e desembaraçada, para que se possa operar. Era neste contexto que seguia a legislação previdenciária ao afastar qualquer tipo de curso de prazo prescricional sobre benefícios ou parcelas dele na esfera previdenciária dos incapazes, menores e ausentes.

Contudo, na contramão dos princípios protetivos das crianças e adolescentes, a MP nº 871/2019, convertida na Lei nº 13.846/2019, ao promover alterações na lei previdenciária, modificou o art. 74 da Lei nº 8.213/1991, acompanhado do art. 105 do Decreto nº 3.048/1999, para determinar que acaso o requerimento de pensão por morte feito pelo dependente menor seja realizado 180 dias após o óbito do segurado, este dependente terá direito às parcelas do benefício somente a partir da DER. Significa, assim, que a legislação previdenciária passou a prever prazo prescricional em desfavor dos incapazes.

Conforme clarificado nos capítulos apresentados, todo o ordenamento se direciona para a proteção integral da infância e adolescência, havendo inúmeros exemplos, seja na doutrina, jurisprudência ou nos instrumentos legais, que lhes conferem distinção positiva. Isso sinaliza, do ponto de vista teleológico e sistemático, que a CF/1988, e as leis, não permitem que fatos jurídicos como a prescrição tragam prejuízos aos incapazes, nomeadamente os absolutamente incapazes. Repise-se, a própria legislação civil põe a salvo da prescrição os direitos dos incapazes, porque se não podem por si sós exprimirem suas vontades e praticarem atos válidos, também não lhes pode prejudicar o decurso do tempo.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p462-481>

É ilógico, inconstitucional e contrário ao Direito retirar das crianças e adolescentes dependentes previdenciários o direito à integralidade das verbas de pensão por morte desde a data do óbito do segurado. Não se deve imputar prejuízo a quem não o causou. O art. 74 da Lei nº 8.213/1991, bem assim o art. 105 do Decreto nº 3.048/1999, caminham na oposição a tudo o quanto preconizado pelo restante da legislação, e violam os princípios constitucionais da vedação ao retrocesso, da proteção integral e melhor interesse da criança e adolescente, além do princípio da dignidade humana.

Não só isso, aclarou-se nos capítulos precedentes que, inclusive, a própria Lei nº 8.213/1991 e o Decreto nº 3.048/1999 se contradizem, na medida em que mantêm, respectivamente, os arts. 103, parágrafo único, e 347, §1º, os quais ressalvam a prescrição de parcelas de benefício a crianças e adolescentes, mas inovam, de outra sorte, com o art. 74 da Lei nº 8.213/1991, bem assim o art. 105 do Decreto nº 3.048/1999, que preveem prescrição para os citados indivíduos. Um verdadeiro contrassenso e quebra de unidade normativa.

O ordenamento jurídico brasileiro não deve aceitar contradições, em prol do princípio da unidade, mas não só dele, também em prol dos princípios da supremacia da constituição e da efetividade das normas constitucionais. Os dispositivos ora discutidos infringem frontalmente todo o conjunto de proteção das crianças e adolescentes e são, com isso, inconstitucionais, merecendo combate por meio de ADI.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, R. A (in)observância do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente no Direito Previdenciário brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Social**. Belo Horizonte, v. 3, n. 3, p. 36-47, 2020.

BANDSZ, T.; VEIGA, C. K. A (i)legalidade e in(constitucionalidade) na alteração da prescrição para o menor na legislação previdenciária a partir da MP 871/2019 convertida na Lei 13.846/2019. **Anais Mostra Científica do CESUCA**. Cachoeirinha, v. 13, 2019.

BARROSO, L. R. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e crítica da jurisprudência**. São Paulo, Saraiva, 2012.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p462-481>

BRASIL. **Constituição Federal**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, Diário Oficial da União, 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 out. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 3.048/1999**: publicado em 07 de maio de 1999. Brasília, Diário Oficial da União, 1999. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em 28 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.069/1990**: publicada em 13 de julho de 1990. Brasília, Diário Oficial da União, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 25 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.213/1991**: publicada em 24 de julho de 1991. Brasília, Diário Oficial da União, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 15 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4878/DF**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, Diário de Justiça da União, 6 ago. 2021a. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1273429529/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4878-df/inteiro-teor-1273429530>. Acesso em: 10 dez. 2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.902.058/PR**. Relator Ministro Herman Benjamin. Brasília, Diário de Justiça da União, 1 jul. 2021b. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1263982249/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no-resp-1902058-pr-2020-0275836-9/inteiro-teor-1263982257>. Acesso em: 13 dez. 2022.

DEL-CAMPO, E. R. A.; OLIVEIRA, T. C. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo, Atlas, 2012.

GARCIA, G. F. B. Impactos da medida provisória nº 871/2019 nos Benefícios Previdenciários e da Assistência Social. **Revista Brasileira de Direito Previdenciário**. Porto Alegre, n. 49, p. 5-21, 2019.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Saraiva, 2012.

PAULO, V.; ALEXANDRINO, M. **Direito Constitucional descomplicado**. São Paulo, Método, 2015.

SARLET, I. W. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador, n. 15, p. 1-38, 2008.

SIQUEIRA, J. P. F. H. A medida provisória 871/2019 e seus impactos na obtenção benefícios previdenciários junto a varas previdenciárias. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, v. 204, p. 271-301, 2019.

TARTUCE, F. **Manual de Direito Civil**. Rio de Janeiro, Método, 2021.



<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p462-481>

VASCONCELLOS, M. O.; LUIZ, F. V. O princípio da proibição do retrocesso social e sua importância na contemporaneidade. **Themis**. Fortaleza, v. 22, n. 28, p. 39-58, 2015.