

# A (in)constitucionalidade do reconhecimento do menor sob guarda como dependente para fins previdenciários

*The (in)constitutionality of the recognition of the minor in custody as a dependent for social security purposes*

**José Renato Rodrigues**

Juiz Federal da 2ª Vara-Gabinete do JEF de Osasco/SP. Graduado e Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (ITE) de Bauru/SP.

---

## **RESUMO:**

O presente artigo aborda a discussão relativa ao reconhecimento da dependência do menor sob guarda para fins previdenciários, com o escopo de ponderar acerca do direito ao benefício de pensão por morte e/ou auxílio reclusão relativo a(o) sua(eu) guardiã(o) segurada(o) da Previdência Social. Para tanto, além da análise legislativa e doutrinária, serão examinados recentes precedentes do STJ e do STF acerca da matéria, sob o enfoque da EC nº 103/2019.

## **PALAVRAS-CHAVE:**

Menor sob guarda. Dependência. Pensão por morte. Auxílio reclusão. EC nº 103/2019.

## **ABSTRACT:**

The present article addresses the discussion regarding the recognition of the dependence of the minor under custody for social security purposes, with the scope of considering the right to the death pension benefit and/or imprisonment aid related to his/her guardian insured by Social Security. To this end, in addition to the legislative and doctrinal analysis, recent precedents of the STJ and STF on the matter will be examined, under the focus of EC No. 103/2019.

## **KEYWORDS:**

Child in care. Dependency. Death pension. Imprisonment aid. EC No 103/2019.

## **SUMÁRIO:**

1 Introdução. 2 Desenvolvimento. 3 Considerações finais. Referências.

## 1 Introdução

**P**ara facilitar a compreensão no enfrentamento do título proposto, vale a pena fazer e responder a seguinte pergunta: o menor sob guarda é dependente para fins previdenciários? Sendo afirmativa a resposta, o menor sob guarda poderá ter direito ao benefício de pensão morte e/ou auxílio reclusão de sua(eu) guardiã(o) segurada(o) da Previdência Social. A partir dessa análise será desenvolvida a temática deste artigo.

## 2 Desenvolvimento

A Lei nº 8.213/1991 trata, dentre outros, dos beneficiários da Previdência Social, que são os segurados e seus dependentes, elencados nos artigos 10 a 17, bem como dos benefícios previdenciários.

Segurados são os contribuintes obrigatórios que, em linhas gerais, são os empregados (urbanos, rurais e domésticos) e os contribuintes individuais (autônomos, empresários), além dos facultativos (dona de casa, estudante, desempregado, etc.).

Os dependentes dos segurados, de acordo com o disposto no art. 16 da Lei nº 8.213/1991, se dividem em 03 (três) classes, a saber: classe 1 - cônjuge, convivente, filho não emancipado, menor de 21 anos ou inválido ou com deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; classe 2 - pais; classe 3 - irmão não emancipado, menor de 21 anos ou inválido ou com deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave.

A dependência econômica dos dependentes da classe 1 é presumida, enquanto dos demais deve ser comprovada (§ 4º do art. 16).

O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filhos (classe 1) desde que o segurado declare e que haja a comprovação da dependência econômica (§ 2º do art. 16).

O antes dito sobre os dependentes está disciplinado no art. 16 da Lei nº 8.213/91, que tem, atualmente, a seguinte redação:

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 ou deficiência grave; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

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 ou deficiência grave; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)

§ 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 § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

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

§ 5º. As provas de união estável e de dependência econômica exigem início de prova material contemporânea dos fatos, produzido em período não superior a 24 (vinte e quatro) meses anterior à data do óbito ou do recolhimento à prisão do segurado, não admitida a prova exclusivamente testemunhal, exceto na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no regulamento. (Incluído pela Lei nº 13.846, de 2019)

§ 6º. Na hipótese da alínea c do inciso V do § 2º do art. 77 desta Lei, a par da exigência do § 5º deste artigo, deverá ser apresentado, ainda, início de prova material que comprove união estável por pelo menos 2 (dois) anos antes do óbito do segurado. (Incluído pela Lei nº 13.846, de 2019)

§ 7º. Será excluído definitivamente da condição de dependente quem tiver sido condenado criminalmente por sentença com trânsito em julgado, como autor, coautor ou partícipe de homicídio doloso, ou de tentativa desse crime, cometido contra a pessoa do segurado, ressalvados os absolutamente incapazes e os inimputáveis. (Incluído pela Lei nº 13.846, de 2019)

Acerca do menor sob guarda, importante frisar que ele não consta do atual rol de dependentes previsto no supratranscrito art. 16 da Lei nº 8.213/1991. Entretanto, estava ele enquadrado como dependente na redação original do § 2º do art. 16, *verbis*:

§ 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. (destaque nosso)

Ocorre que este dispositivo (§ 2º do art. 16) – que incluía o menor sob guarda no rol dos dependentes – foi alterado pela Medida Provisória nº 1.523, de 14/10/1996, posteriormente convertida na Lei nº 9.528/1997, passando a ter a seguinte redação (atual):

§ 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.

Por isso, sustentou-se que, a partir do advento da MP nº 1.523/1996, o menor sob guarda deixou de ser considerado dependente para fins previdenciários. Nesse sentido, o professor Wladimir Novaes Martinez (2001, p. 137) pontuou que “[...] o menor sob guarda foi eliminado do rol de dependentes [...]”.

Acerca dessa questão, Frederico Amado (2022, p. 563) sustenta que a exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes é “[...] em razão do elevado número de avós que colocavam os seus netos sob guarda apenas para instituir eventual pensão por morte previdenciária.”

Todavia, o § 3º do art. 33 da Lei nº 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – assegura a qualidade de dependente previdenciário ao menor

sob guarda nos seguintes termos: “§ 3º. A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.”

Em virtude desta previsão do ECA, muito já se debateu na doutrina e jurisprudência acerca de qual legislação deveria prevalecer: a previdenciária que excluiu, desde final de 1996, o menor sob guarda como dependente para fins previdenciários, ou a legislação protetiva das crianças e adolescentes, que confere a qualidade de dependente ao menor sob guarda.

Defendendo a prevalência da legislação previdenciária, Sérgio Pinto Martins (2003, p. 310-312), desenvolveu o seguinte raciocínio:

[...]

A alteração legal implicou que o menor sob guarda do segurado deixou de ser dependente para os efeitos da Previdência Social. Isso quer dizer que essa pessoa não poderá, por exemplo, fazer jus a pensão por morte do segurado.

[...]

O menor que estiver sob a guarda do segurado não mais será considerado dependente. A guarda sai da hipótese de dependência em razão dos absurdos que eram cometidos, pelo requerimento da inclusão de menor sob a guarda dos avós com o objetivo de dependência para efeito de previdência social. Isso onera a previdência e descaracteriza a ordem normal das coisas.

Argumenta-se que a disposição contida na nova redação do § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213 seria inconstitucional por violar o inciso II do § 3º do art. 227 da Lei Maior.

Pondera-se que o inciso II, do § 3º do art. 227 da Constituição da República garante ao menor proteção especial do Estado, abrangendo as garantias previdenciárias, incluindo a condição de dependente.

Essas garantias, porém, são as previstas na lei, que irá definir quais são os benefícios devidos e demais condições, entre elas quem é dependente. É a aplicação do princípio da reserva legal (art. 5º, II da Lei Magna).

A mencionada norma constitucional é uma regra de eficácia limitada, pois é dependente da previsão da lei para sua implementação.

O fundamento de validade de todas as normas do ordenamento jurídico está na Constituição.

No caso em tela, não se verifica limitação da abrangência do inciso II, do § 3º do art. 227 da Constituição pelo § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213, quando exclui o menor sob guarda da condição de dependente. O citado dispositivo constitucional diz respeito ao menor como segurado, como trabalhador, tanto que o mesmo inciso faz referência à proteção trabalhista, que só pode referir-se a quem é trabalhador. Não se está tratando de questão de dependente. Logo, a lei ordinária pode versar sobre o assunto, excluindo o menor sob guarda da condição de dependente.

Não vejo inconstitucionalidade do § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213 sob violação do princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, da Constituição), em razão de que a guarda não é semelhante à tutela e à curatela, que têm tratamento diferenciado. Assim, em se tratando de situações distintas, é possível a existência de discriminação, como de a lei excluir o menor sob guarda da condição de dependente para fins de Previdência Social.

Prevê o § 2º do art. 33 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) que, excepcionalmente, deferir-se-á guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta de eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados. A guarda a que faz referência a lei é para fins civis e não previdenciários. Entretanto, o § 3º do

mesmo artigo dispõe que a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários. Entendo que o § 3º do art. 33 da Lei 8.069 foi derogado pela previsão do § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213 na nova redação determinada pela Lei nº 9.528, pois a lei posterior revoga a anterior quando seja incompatível com esta última (§ 1º do art. 2º da LICC). É o que ocorre na disposição do § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213 que é incompatível com a previsão do § 2º do art. 33 da Lei nº 8.069. Dessa forma, o menor sob guarda não mais é dependente para fins previdenciários.

Cabe à norma legal incluir ou excluir pessoas da condição de dependente, como já ocorreu com a pessoa designada pelo segurado, que era dependente e deixou de sê-lo. A matéria é de ordem legal, e o legislador pode dispor da forma como desejar, tendo por base critério eminentemente político.

[...]

Já compartilhando do outro entendimento, ou seja, que deve preponderar o ECA, há uma lição doutrinária mais recente:

[...]

Os menores sob guarda foram excluídos do rol de dependentes, conforme se verifica do art. 16, § 2º, da Lei n. 8.213/1991, com nova redação dada pela Lei n. 9.528, de 10.12.1997, tema que tem gerado grandes debates.

[...]

Essa restrição, no entanto, representa uma vulneração aos arts. 6º e 227 da Constituição Federal e às disposições protetivas inseridas no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13.7.1990). Especialmente porque a guarda, segundo dispõe o art. 33 do Estatuto, obriga à prestação de assistência global e, sobretudo, assegura à criança ou ao adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos, inclusive previdenciários.

[...] (CASTRO; LAZZARI, 2018, p. 217)

Ainda exemplificativamente, é possível apontar alguns julgados sobre os dois posicionamentos. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) chegou a decidir que o menor sob guarda para fins previdenciários existiu somente até a MP nº 1.523/1996, ou seja, entendeu que a Lei previdenciária (art. 16 da Lei nº 8.213/1991), dada sua especialidade, deveria prevalecer sobre o disposto no ECA:

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 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 2007/0044591-3, 3ª Seção, Relatora Ministra Jane Silva - Desembargadora convocada do TJ/MG, por maioria, DJe 06/04/2009)

Já em sentido contrário, a Turma Nacional de Uniformização (TNU), nos autos do processo nº 2006.71.95.1032-2, em votação por maioria, na sessão do dia 16/02/2009, e a Corte Especial do Tribunal Regional Federal da Primeira Região (TRF1) reconheceram a inconstitucionalidade da mencionada Medida Provisória e, por consequência, a dependência previdenciária do menor sob guarda. Assim ficou a ementa do mencionado julgado do TRF1:

CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO - ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 2º DO ART. 16 DA LEI 8.213/91, COM A REDAÇÃO DADA PELA MEDIDA PROVISÓRIA 1.523, DE 11/10/96, REEDITADA E CONVERTIDA NA LEI 9.528/97 - SUPRESSÃO DO MENOR SOB GUARDA JUDICIAL DO ROL DE BENEFICIÁRIOS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL, NA CONDIÇÃO DE DEPENDENTE DO SEGURADO - AFRONTA AOS ARTS. 227, § 3º, II E VI, E 5º, *CAPUT*, DA CF/88 - INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA.

I - A redação original do § 2º do art. 16 da Lei 8.213/91 estabelecia que se equiparavam "a filho, nas condições do inciso I, mediante declaração do segurador: 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."

II - A Medida Provisória 1.523, de 11/10/96, reeditada e convertida na Lei 9.528/97, alterou o aludido § 2º do art. 16 da Lei 8.213/91, para estabelecer que "o enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurador e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento", suprimindo, portanto, o menor sob guarda judicial do rol de beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependente do segurador.

III - A Constituição Federal consagra, em relação à criança e ao adolescente, o princípio da proteção integral, cabendo à família, à sociedade e ao Estado o dever de, solidariamente, assegurar-lhes, 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, direitos naturais fundamentais (art. 227, *caput*, da Carta Magna).

IV - O constituinte elenca, ainda, no § 3º do art. 227 da Carta Maior, sete normas indicativas das obrigações que o legislador ordinário não pode deixar de cumprir, entre as quais destacam-se a garantia, ao menor – criança e adolescente –, dos direitos previdenciários e trabalhistas, e o estímulo do Poder Público ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado.

V - "Sabemos que a supremacia da ordem constitucional traduz princípio essencial que deriva, em nosso sistema de direito positivo, do caráter eminentemente rígido de que se revestem as normas inscritas no estatuto fundamental. Nesse contexto, em que a autoridade normativa da Constituição assume decisivo poder de ordenação e de conformação da atividade estatal – que nela passa a ter o fundamento de sua própria existência, validade e eficácia –, nenhum ato de Governo (Legislativo, Executivo e Judiciário) poderá contrariar-lhe os princípios ou transgredir-lhe os preceitos, sob pena de o comportamento dos órgãos do Estado incidir em absoluta desvalia jurídica." (ADI 2.215/PE, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 26/04/2001).

VI - Desse modo, a norma contida no art. 16, § 2º, da Lei 8.213/91 - na redação dada pela Medida Provisória 1.523, de 11/10/96, reeditada e convertida na Lei 9.528/97 -, na parte em que exclui o menor sob guarda judicial da condição de dependente, colocando-o à margem da proteção previdenciária estatal, é inconstitucional, pois não se harmoniza com as garantias estabelecidas na Lei Maior, entre elas as do art. 227, *caput*, § 3º, II e VI, da Carta.

VII - Ademais, a discriminação trazida pela nova redação do § 2º do art. 16 da Lei 8.213/91 – ao excluir o menor sob guarda judicial da condição de dependente do segurador –, afronta, também, o princípio constitucional da isonomia, previsto no art. 5º, *caput*, da CF/88, pois, do ponto de vista essencial – não do *nomen iuris* do instituto jurídico sob cuja tutela vivem –, os menores sujeitos à guarda judicial de outrem necessitam dos mesmos cuidados e da

mesma proteção estatal dispensada aos tutelados, diante do infortúnio da morte do guardião ou tutor, conforme o caso.

VIII - Acolhimento da arguição de inconstitucionalidade do § 2º do art. 16 da Lei 8.213/91, com a redação dada pela Medida Provisória 1.523, de 11/10/96, reeditada e convertida na Lei 9.528/97, na parte em que excluiu o menor sob guarda judicial do rol dos beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependente do segurado.

(TRF da 1ª Região, Corte Especial, INREO 1998.37.00.001311-0/MA, Relatora Desembargadora Federal Assusete Magalhães, e-DJF1 21/09/2009)

Esta celeuma persistiu até o E. STJ julgar, como representativo da controvérsia, o Recurso Especial nº 1.411.258/RS e fixar a seguinte tese ao decidir o Tema 732:

O menor sob guarda tem direito à concessão do benefício de pensão por morte do seu mantenedor, comprovada sua dependência econômica, nos termos do art. 33, § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda que o óbito do instituidor da pensão seja posterior à vigência da Medida Provisória 1.523/96, reeditada e convertida na Lei 9.528/97. Funda-se essa conclusão na qualidade de lei especial do Estatuto da Criança e do Adolescente (8.069/90), frente à legislação previdenciária.

O Tribunal da Cidadania acolheu, então, a tese, agora vinculante, da prevalência do ECA sobre a legislação previdenciária e, assim, que o menor sob guarda é dependente para fins previdenciários. O julgamento do aludido recurso foi em 11/10/2017 e o trânsito em julgado ocorreu em 09/03/2023.

Trilhando o mesmo caminho, o E. Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar precedentes, por apertada maioria de votos (6x5), os pedidos das Ações Diretas de Inconstitucionalidades nºs 4.878 e 5.083, conferiu "interpretação conforme ao § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213/91, para contemplar, em seu âmbito de proteção, o "menor sob guarda", nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, relator do acórdão. O julgamento conjunto das duas ações foi finalizado em 07/06/2021, tendo havido o trânsito em julgado em 05/03/2022.

Assim ficou a ementa do acórdão na ADI nº 4.878/DF:

ACÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO CONJUNTO. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. ARTIGO 16, § 2º, DA LEI Nº 8.213/1991. REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI Nº 9.528/1997. MENOR SOB GUARDA. PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DOCTRINA 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 nº 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 nº 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 nº 10.406/2002); seja nos casos do art. 33, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 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 nº 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).

(STF, ADI 4.878/DF, Pleno, Relator para o Acórdão Ministro Edson Fachin, por maioria, DJe 06/08/2021)

Em virtude do decidido na via concentrada pelo E. STF, sinalizava-se que a questão do menor sob guarda estava totalmente resolvida e pacificada favoravelmente ao menor sob guarda, que foi reconhecido como dependente para fins previdenciários.

Entretanto, novos questionamentos surgiram diante do advento da Emenda Constitucional nº 103/2019 – nova reforma da Previdência Social – e, ainda, do decidido, incidentalmente, pelo STF, no julgamento das ADIs nºs 4.878 e 5.083.

A EC nº 103/2019 passou a vigor em 13/11/2019 e, expressamente, excluiu o menor sob guarda como dependente, nos termos do disposto no § 6º do art. 23 da referida Emenda Constitucional, *verbis*: "§ 6º. Equiparam-se a filho, para fins de recebimento da pensão por morte, exclusivamente o enteado e o menor tutelado, desde que comprovada a dependência econômica."

Ora, constando a aludida vedação, agora, no texto constitucional, deve ele prevalecer sobre o disposto em lei ordinária – o § 3º do art. 33 da Lei nº 8.069/90?

No sentido afirmativo foi o voto vencido do relator Ministro Gilmar Mendes nas duas ADIs:

[...]

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

Isso porque, o artigo 33, § 3º, da Lei 8069/90, na parte em que dispõe que a guarda torna o menor dependente, para todos os fins, inclusive previdenciário,

não foi recepcionado pela EC 103 de 2019, ao menos com a interpretação que se busca, de equipará-lo a filho para fins de pensão por morte.

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

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

[...] destaque no original.

No entanto, o STF também decidiu esse ponto seguindo o voto condutor do acórdão do Ministro Edson Fachin:

[...]

Os pedidos formulados nas ADIs 5083 e 4878, contudo, não contemplaram a redação do art. 23 da EC 103/2019, razão pela qual, ao revés do e. Ministro Relator, não procedo à verificação da constitucionalidade do dispositivo, em homenagem ao princípio da demanda. De toda sorte, os argumentos veiculados na presente manifestação são em todo aplicáveis ao art. 23 referido.

[...]

Assim, o STF não enfrentou, no julgamento simultâneo das ADIs nºs 4.878 e 5.083, a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do § 6º do art. 23 da EC nº 103/2019.

É possível presumir que o STF, quando enfrentar, outra vez, a questão do menor sob guarda em ação na via concentrada questionando a constitucionalidade da EC nº 103/2019, deverá novamente reafirmar, forte no disposto no art. 227<sup>1</sup> da Constituição Federal de 1988, e se valendo dos substanciosos fundamentos prevaletentes e constantes dos votos proferidos nas ADIs nºs 4.878 e 5.083, o mesmo entendimento, ou seja, ser o menor sob guarda judicial dependente para fins previdenciários.

Esse entendimento é mais amplo, na medida em que também desejável que o STF – que já demorou demasiadamente para decidir, pois a ADI nº 4.878 foi ajuizada pelo Procurador Geral da República em 2012 – faça isso o mais rápido possível em prol da necessária segurança jurídica, considerando o apertadíssimo placar (6x5) no julgamento das mencionadas ADIs, bem como para se tutelar, dentre outros, o princípio da igualdade, evitando-se indesejados tratamentos díspares de pessoas vulneráveis que se encontram na mesma situação fática, ou seja, entre menores sob guardas judiciais que recebem benefícios previdenciários e outros que não recebem, agora por força da idêntica regra trazida pela novel EC nº 103/2019 (§ 6º do art. 23).

Como isso ainda não aconteceu, imprescindível lembrar que compete ao STF, desde que provocado na via concentrada ou difusa, decidir acerca da constitucionalidade ou não de uma lei ou ato normativo, pois, como órgão de cúpula do Judiciário é o guardião da Constituição Federal (art. 102 da CF/88).

---

<sup>1</sup> “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.”

Assim, se o STF julgar uma ação na via concentrada e reconhecer, em abstrato, que uma lei ou ato normativo é constitucional ou inconstitucional, todas as decisões judiciais, inclusive outras do próprio STF prolatadas na via difusa, que reconheçam o contrário, não podem subsistir.

O desrespeito a decisões proferidas, na via concentrada, pelo STF, implica agressão ao § 2º do artigo 102 da CF/88<sup>2</sup> e ao parágrafo único do artigo 28 da Lei nº 9.868/1999<sup>3</sup>, os quais aduzem que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade na Ação Direta de Inconstitucionalidade tem efeito vinculante.

Neste cenário, Frederico Amado (2022, p. 568) defende o respeito à decisão do STF somente para os casos de óbitos ocorridos antes da EC nº 103/2019:

[...]

Dessa forma, *para os óbitos até a vigência da Emenda 103 (13/11/19)* a decisão do STF vincula o INSS (controle abstrato de constitucionalidade com eficácia vinculante perante a Administração Pública), garantindo a inserção do menor sob guarda como equiparado a filho, *desde que provada a dependência econômica*, prevalecendo o ECA sobre a exclusão perpetrada pela Lei 9.528/97. Por outro lado, considerando que o STF rejeitou a aferição de constitucionalidade do art. 23, § 6º, da EC 103/2019, conquanto *obter dictum* o Ministro Fachin aduziu que os mesmos argumentos seriam válidos para a extensão da tese, *a decisão não vincula o INSS para os óbitos a contar de 14/11/2019*.

Considerando a amplitude da regra do artigo 33, § 3º, do ECA, a decisão da Suprema Corte também se aplica aos Regimes Próprios de Previdência Social, sendo que no RPPS federal se limita às mortes até 13/11/19, considerando que o artigo 23 da EC 103/2019 não se aplica ao RPPS dos estados, Distrito Federal e municípios, sendo que nestes regimes locais a aplicação da decisão do STF é temporalmente irrestrita.

[...] (destaques no original)

### 3 Considerações finais

Com esta última citação doutrinária, que corrobora a necessidade de novo enfrentamento, pela Suprema Corte, da questão do menor sob guarda, conclui-se defendendo que, enquanto o STF não se debruça novamente sob o tema, agora sob o enfoque da EC nº 103/2019, há que se respeitar e se seguir, fielmente e por ser o mais justo, a tese firmada pelo STJ no Tema nº 732 e o decidido, via concentrada, pelo STF nas ADIs nºs 4.878 e 5.083, conferindo “interpretação conforme ao § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213/91, para contemplar, em seu âmbito de proteção, o ‘menor sob guarda’” e se concedendo, nas vias administrativa e

<sup>2</sup> “Art. 102. [...] § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

<sup>3</sup> “Art. 28. [...] Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

judicial, pensão por morte e/ou auxílio reclusão, uma vez preenchidos os requisitos legais, aos menores sob guarda judicial que demonstrem a dependência econômica da(o) guardiã(o) segurada(o), independentemente da data da morte e/ou prisão – fatos geradores da pensão e auxílio reclusão.

## Referências

AMADO, Frederico. *Curso de direito e processo previdenciário*. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2022.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 21. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários à lei básica da previdência social*. Tomo II – Plano de benefícios. 5. ed. São Paulo: LTr, 2001.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito à seguridade Social*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito previdenciário esquematizado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.