



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS**  
**ESCOLA DE DIREITO, NEGÓCIOS E COMUNICAÇÃO**  
**NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA**  
**COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO**  
**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

**A PENSÃO POR MORTE COMO DIREITO DEVIDO AO MENOR SOB**  
**GUARDA**

ORIENTANDO (A) – GABRIEL AUGUSTO BATISTA DA SILVA

ORIENTADOR (A) - PROF. (A) DRA. CLAUDIA LUIZ LOURENÇO

GOIÂNIA-GO

2022

GABRIEL AUGUSTO BATISTA DA SILVA

**A PENSÃO POR MORTE COMO DIREITO DEVIDO AO MENOR SOB  
GUARDA**

Artigo Científico apresentado à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS).

Prof. (a) Orientador (a) – Dra. Cláudia Luiz Lourenço.

GOIÂNIA-GO

2022

GUSTAVO AUGUSTO BATISTA DA SILVA

**A PENSÃO POR MORTE COMO DIREITO DEVIDO AO MENOR SOB  
GUARDA**

Data da Defesa: 18 de maio de 2022.

BANCA EXAMINADORA



---

Orientadora: Prof. (a): DRA. CLAUDIA LUIZ LOURENÇO Nota:10,0

---

Convidado: Prof.: DRA. DENISE FONSECA FELIX DE SOUSA Nota:10,0

## SUMÁRIO

RESUMO.....	03
<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>04</b>
<b>1 PREVIDÊNCIA SOCIAL E O SISTEMA DE SEGURIDADE SOCIAL CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....</b>	<b>08</b>
1.1 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL .....	11
<b>2 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E O CONCEITO DE FAMÍLIA.....</b>	<b>15</b>
2.1 DO INSTITUTO DA GUARDA E SUA FINALIDADE .....	17
<b>3 OS BENEFÍCIOS DEVIDOS AOS DEPENDENTES E O ENFOQUE NA PENSÃO POR MORTE .....</b>	<b>21</b>
3.1 AS CONDIÇÕES E DIREITOS FRENTE À PENSÃO POR MORTE .....	23
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>29</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>31</b>

# A PENSÃO POR MORTE COMO DIREITO DEVIDO AO MENOR SOB GUARDA

Gabriel Augusto Batista da Silva<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente estudo tem como objetivo a comprovação da condição de dependente previdenciário do menor sob guarda, buscando ser reconhecido e equiparado ao filho, mediante artigo 16, § 2º da Lei 8.213/1991, assim, sendo devido o benefício da pensão por morte. A proeminência da temática aqui abordada consiste na importância de amparo a estes sujeitos em caso de falecimento de seu guardião, bem como o futuro destes indivíduos e os reflexos sociais gerados com a exclusão trazida pelo rol de dependentes previdenciários. Busca-se analisar à Constituição Federal, apontando as garantias e respaldos devidos as crianças e adolescentes; o instituto de guarda trazido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, comprovando a condição de dependentes destes menores, inclusive no que tange a Previdência Social; a análise da Lei de Benefícios Previdenciários conforme o ordenamento jurídico atual, bem como a situação socioeconômica dos jovens e suas naturais condições de dependentes; apontar os requisitos necessários para aprovação do benefício de pensão por morte, a maneira como a lei elenca os seus contribuintes indiretos, analisando a Previdência Social. Em suma, o objetivo principal do trabalho está ligado a obrigação do Estado em considerar o menor sob guarda como titular de direito do benefício de pensão por morte em caso de morte de seu guardião, retomando este ao rol de dependentes previdenciários do § 2º da Lei 8.213/1991.

**Palavras-chave:** Menor sob guarda; Pensão por morte; Estatuto da Criança e do Adolescente; Constituição Federal.

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objeto o sistema da Seguridade Social, instituído pela Constituição Federal de 1988, que introduziu o tema em seu Artigo 194, compreendendo um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

---

<sup>1</sup> Aluno do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Email: [gabrielaugusto.9@hotmail.com](mailto:gabrielaugusto.9@hotmail.com)

Desta forma, estabeleceu a Carta Magna que a previdência social seria uma proteção social aos cidadãos, amparando-os de futuros infortúnios e situações advindas de amparo – são essas classificadas no Artigo 201 da Lei Maior.

Neste contexto, foi-se sancionada a Lei 8.213 de 1991, que dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social e dá outras providências.

Conforme a Lei 8.213/1991, a pensão por morte é direito devido ao conjunto de dependentes do segurado da previdência social que falecer, seja ele aposentado ou não.

São caracterizados como dependentes os filhos até 21 anos, cônjuge, pais que comprovem dependência econômica e irmãos que também comprovem depender financeiramente do falecido.

Ocorre que, não há qualquer menção ao menor sob guarda no dispositivo legal, havendo assim um vácuo na lei, o que leva o tema à incerteza jurídica e a divergências doutrinárias.

Porém, conforme o altíssimo número de crianças e adolescentes que se encontram em situação de guarda no Brasil, urge-se por um acréscimo e reconhecimento legal quanto a condição de dependentes previdenciários, para que em caso de morte de seus tutores, sejam esses menores contemplados com o benefício da pensão por morte.

A supereminência da temática aqui exposta, encontra-se na importância da formação e crescimento desses sujeitos citados em sociedade, trazendo prováveis reflexos sociais a essa confederação a exclusão dos menores do rol taxativo dos dependentes para fins previdenciários da Lei 8.213/1991.

À vista disso, a presente pesquisa contará de análises detalhadas quanto as leis da previdência social que se encontram em vigor, bem como do Estatuto da Criança e Adolescente, decretos, tratados e doutrinas disponíveis sobre o tema, trazendo os impactos legais e sociais advindos do assunto aqui proposto.

Buscar-se-á levantar uma análise detalhada do instituto de guarda, trazendo sua real importância as crianças e adolescentes em situação de

vulnerabilidade, correlacionando-o com a notoriedade da previdência social no que tange o benefício da pensão por morte, fonte de rendimento daquele que dependia do segurado.

Em virtude de tudo isso, em princípio, surgem as seguintes dúvidas a serem solucionadas no transcorrer da pesquisa: Como se deu a evolução das Leis Previdenciárias quanto ao direito da pensão por morte ao menor sob guarda e como tal tema é tratado na atualidade? Excluir o menor sob guarda do rol de dependentes do segurado da previdência seria desconsiderar o atual conceito de família? O artigo 16 da Lei 8.213/1991 obedece às garantias e direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988?

Para tanto, poder-se-ia supor, respectivamente, o seguinte: No princípio, o Estado definia somente que o benefício de pensão por morte seria devido aos dependentes do segurado que viesse a falecer, não elencando estes.

Contanto, a Lei 8.213/1991 em sua redação original passou a dispor em relação aos dependentes do segurado. A divisão se dava da seguinte forma: seriam reconhecidos como dependentes preferenciais o cônjuge ou companheiro (ou companheira), seguidos pelos filhos de qualquer condição, os inválidos ou não emancipados (art. 16, I) e por fim eram equiparados a condição de filho o enteado, o menor tutelado e o menor sob guarda (art. 16, §2º).

Nesta toada, obteve o menor sob guarda a condição de dependente para fins previdenciários desde 1960, o que chegou ao fim em 14/10/1996, após a publicação da Medida Provisória 1.523/96 que excluiu o menor sob guarda do art. 16, §2º da Lei 8.213/1991, mantendo apenas o menor tutelado e o enteado como filho equiparado do segurado - ainda que exigisse a comprovação da dependência econômica em relação ao instituidor.

Desta forma, para todos aqueles óbitos posteriores a publicação da Medida Provisória 1.523/96 não seriam devidos a pensão por morte ao menor sob guarda, mesmo que seu registro tenha sido efetivado anteriormente a ela, contrariando o disposto no art. 33, §3º do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), que garantia ao menor sob guarda a condição de dependente, inclusive previdenciário, do seu guardião.

Assim, com o passar dos anos discussões cercaram o tema, não chegando a gerar uma decisão unânime quanto a ele, havendo diferentes entendimentos e jurisprudências. Ocorre que, com a publicação das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 5.083 e 4.878 no ano de 2021 houve um novo entendimento, que classificou o menor sob guarda como dependente para fins previdenciários.

Tal decisão foi fundada na garantia constitucional sob a família, sendo esta entendida como formação social. Sob uma ótica afetiva, entende-se como família a relação de amor, afeto e cuidado entre pais e filhos, devendo sempre os pais primarem pela educação e bem-estar de seus filhos.

Em vista disso, quando os pais deixam de zelar de seus filhos, ocorrem algumas formas de violação de direitos e garantias fundamentais, como à prestação de assistência moral, educacional e material.

Utilizando-se uma metodologia eclética e de complementaridade, mediante a observância da dogmática jurídica, materializada na pesquisa bibliográfica, em virtude da natureza predominante das normas jurídicas; do método dedutivo-bibliográfico, cotejando-se normas e institutos processuais pertinentes ao tema; do processo metodológico-histórico, utilizando sempre que as condições do trabalho exigirem uma incursão analítica dos textos legais; do processo metodológico-comparativo; e do estudo de casos.

Ter-se-á por objetivo principal fazer uma análise do sistema de Seguridade Social previsto no art. 107 da Constituição Federal de 1988 com enfoque ao benefício de pensão por morte ao menor sob guarda, tratando de sua evolução legislativa até os dias de hoje. Com isso, buscar caracterizar o menor sob guarda ao rol de dependentes previdenciários da Lei 8.213/1991, o qual atualmente não é enquadrado.

Como desdobramento deste, alia-se a pretensão de, primeiramente no capítulo I, analisar o Estatuto da Criança e Adolescente – ECA em relação ao atual desamparo ao menor sob guarda, bem como conceituar e referenciar o conceito de família adotado pelo Código Civil; em seguida, no capítulo II, analisar o contexto histórico da pensão por morte ao menor sob guarda no Brasil, apresentando a classificação dada em lei originária até o presente momento; e,

por fim, no capítulo III, discutir por meio de julgados dos Tribunais Superiores qual à posição a se adotar em relação ao benefício previdenciário aqui tratado ao menor sob guarda.

Nesse diapasão, em razão da dificuldade de sua compreensão e consequentes discussões a respeito dessas exceções, torna-se interessante, conveniente e viável destrinchar o benefício da pensão por morte ao menor sob guarda, esclarecendo o motivo de sua urgente inclusão no sistema jurídico brasileiro, apontando seus ensejos legais e inconstitucionalidades quanto a exclusão do menor sob guarda como dependente do segurado da previdência social.

## **1 PREVIDÊNCIA SOCIAL E O SISTEMA DE SEGURIDADE SOCIAL CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Estabeleceu a Constituição Federal, mediante artigo 194, os seguintes direitos previstos aos cidadãos: direito relativos à saúde, previdência e assistência social. Vê-se então a instituição da seguridade social em solo pátrio.

Contudo, ao se analisar os direitos relativos à saúde, previdência e assistência social, nota-se uma discrepância entre eles. Enquanto na saúde e assistência social qualquer pessoa usufruirá, independentemente de contribuição, na previdência social, para que o cidadão goze dos seus direitos, necessita obrigatoriamente estar filiado e contribuindo para o Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

Não obstante, ao criar o sistema de seguridade social, elencou o constituinte no artigo 194 da Lei Maior, uma série de objetivos ou princípios, inerentes a tal sistema: I) universalidade de cobertura e do atendimento; II) uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III) seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; IV) irredutibilidade do valor dos benefícios; V) equidade na forma de participação no custeio; VI) diversidade da base de financiamento, identificando-se, em rubricas contábeis específicas para cada área, as receitas e as despesas vinculadas a ações de saúde, previdência e assistência social, preservando o

caráter contributivo da previdência social; VII) caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

O princípio da universalidade da cobertura e do atendimento, previsto no inciso I do artigo 194, garante a cobertura dos riscos sociais das pessoas pertencentes ao sistema de proteção, tratando então sob a universalidade da cobertura e do atendimento da previdência social.

Conforme inciso II do supracitado artigo, o princípio da uniformidade e equivalências dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais instaura tratamento igualitário aos trabalhadores, não havendo discriminação quanto ao tipo de trabalho praticado, seja ele urbano ou rural, em conformidade com a isonomia trazida pela Constituição Federal de 1988.

Já no inciso III, o princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços versa sobre as garantias previstas aos beneficiários de acordo com os riscos sociais eminentes a eles.

O princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios, elencado no inciso IV traz garantia constitucional quanto a impossibilidade de diminuição do valor nominal destes.

Estabelece a CF/88 que, conforme alguns dispuserem de maiores recursos financeiros, estes possuem maior capacidade contributiva para com a previdência social, sendo assim, contribuirão de maneira proporcional ao que recebem, conforme a equidade na forma de participação do custeio do inciso V.

O princípio da diversidade da base de financiamento, previsto no inciso VI, aduz quanto a tríplice fonte de custeio da seguridade social: governo, empregadores e empregados. Todavia, toda sociedade tem o dever de participação, direta ou indiretamente, de modo com que as crises no sistema sejam evitadas.

São previstos no artigo 195 da Constituição Federal os princípios da fonte de custeio da seguridade social.

Estabeleceu o legislador que, a previdência social seria custeada pela própria poluição, de modo com que os princípios elencados no artigo 194 não podem ser aplicados de modo singular. Assim, salvo alguns casos previstos em lei, não se confunde o orçamento da seguridade social com o de componentes individuais.

Quanto ao caráter democrático e descentralizado da administração, presente no inciso VII, estabelece a participação dos aposentados, empregadores, trabalhadores e o poder público nos seus órgãos colegiados, gerenciando e organizando o sistema, sendo essa formação chamada de gestão quadripartite.

Sobre os princípios supramencionados, diz Frederico Armado (2020, p. 24):

Com o advento do constitucionalismo pós-positivista, os princípios passaram à categoria de normas jurídicas ao lado das regras, não tendo mais apenas a função de integrar o sistema quando ausentes as regras regulatórias, sendo agora dotados de coercibilidade e servindo de alicerce para o ordenamento jurídico, pois axiologicamente inspiram a elaboração das normas-regras.

Portanto, é de se notar que embora o legislador estabeleça os direitos inerentes a seguridade social, bem como seus objetivos, resta vaga a definição de seguridade.

Neste sentido, dispõe Ali Mohamad Jaha (2020, p. 01):

A Proteção Social é garantia de inclusão a todos os cidadãos que se encontram em situação de vulnerabilidade ou em situação de risco. Essa proteção se exterioriza por mecanismos criados pela sociedade, ao longo do tempo, para atender aos infortúnios da vida, como doença, idade avançada, acidente, reclusão, maternidade entre outros, que impeçam a pessoa de obter seu sustento.

Complementa Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari (2020, p. 105 e 106):

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu o sistema de Seguridade Social, como objetivo a ser alcançado pelo Estado brasileiro, atuando simultaneamente nas áreas da saúde, assistência social e previdência social, de modo que as contribuições sociais passaram a custear as ações do Estado nestas três áreas, e não mais somente no campo da Previdência Social. Porém, antes mesmo da promulgação da Constituição, já havia disposição legal que determinava a transferência de recursos da Previdência Social para o então Sistema Único Descentralizado de Saúde – SUDS, hoje Sistema Único de Saúde – SUS.

A seguridade social tem por objetivo a proteção do indivíduo de eventuais riscos inerentes as áreas da saúde, previdência e assistência social. Tal afirmação fica clara, vez que a seguridade social garante aos indivíduos as mínimas condições de sobrevivência, seja em caso de doença, invalidez, maternidade, morte ou idade avançada, preservando sempre a dignidade da pessoa humana.

Contudo, a previdência social difere-se da seguridade social, tendo como enfoque as relações inerentes ao trabalho e se apresentando como protetora de seu contribuinte em caso de alguma contingência, seja ela acidente, idade avançada, doença ou até mesmo invalidez.

A previdência social se postula como imposição legal, havendo necessidade de contribuição por parte dos empregados e empregadores para realização de sua manutenção.

Como principal objetivo da previdência social, destaca-se a vida digna de seus contribuintes em caso de quaisquer riscos sociais por ele acobertados.

Conforme artigo 201 da Constituição Federal de 1988, a previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória. O referido artigo garante a cobertura de eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho e idade avançada, proteção à maternidade, proteção ao trabalhador e situação de desemprego involuntário, salário-família e auxílio-reclusão aos dependentes do segurado de baixa renda, auxílio-funeral, além do benefício de pensão por morte.

Não obstante, a Constituição Federal de 1988 equipara a previdência social à um direito social, da mesma forma da alimentação, trabalho, moradia, educação, saúde, lazer, segurança, infância, proteção à maternidade e a assistência aos desamparados.

Desta forma, conclui-se dizer que a previdência social se difere da seguridade social, vez que a primeira é parte integrante do sistema de seguridade social, enquanto a segunda é um gênero da qual a previdência social é espécie.

## 1.1 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Conforme ordenamento jurídico evoluiu ao decorrer dos anos, com a previdência social não foi diferente.

Tem-se que a previdência social possui origem no final do século XIX e início do século XX. Portanto, é no início do século XX que vemos a real introdução da assistência social no Brasil, sendo ela atrelada a criação do Decreto Lei 4.628/1923, nomeado de Lei Eloy Chaves, onde fora instaurado as primeiras Caixas de Aposentadorias e Pensões (os chamados CAPs), nas empresas de estrada de ferro, abrangendo todo o país.

Sobre a Lei Eloy Chaves, conceitua Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari (2019, p. 100):

A Lei Eloy Chaves criou, de fato, a trabalhadores vinculados a empresas privadas, entidades que se aproximam das hoje conhecidas entidades fechadas de previdência complementar, ou fundos de pensão, já que se constituíam por empresas.

Após a criação da Lei Eloy Chaves a previdência social passou por cerca de 25 alterações até o ano de 1988, sendo que dentre elas a de maior destaque ocorre no ano de 1966, através do Decreto-lei 172, que unifica os institutos de previdência em um único sistema, o chamado INPS – Instituto Nacional de Previdência Social.

Perante a criação do INPS, a Constituição Federal passou a distribuir a previdência social em 3 regimes distintos, são eles: Regime Geral (artigo 201 da CF/88 em combinação com a Lei 8.213/1991); Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos (artigo 40 da CF/88); e por fim o Regime de Previdência Complementar (artigo 202 da CF/88).

Previsto pela Lei 8.213/1991, o Regime Geral de Previdência Social – RGPS, tem como objetivo atender a grande maioria da população (excluindo somente os militares e servidores públicos) quando estes se encontram em situação de riscos sociais conforme elenca o artigo 1º da referida lei.

Para Frederico Amado (2018, p. 18):

Os benefícios pagos pelo Instituto Nacional de Seguridade Social constituem grande parte da economia dos municípios brasileiros mais pobres e menores, onde se têm verificado que as pessoas aposentadas

muitas vezes são as principais fontes de recurso dos lares, muitas vezes gerando o maior impacto positivo do que os recursos repassados através do Fundo de Participação dos Municípios.

Já no Regime Próprio da Previdência Social - RPPS, estabelecido pelo Artigo 40 da Constituição Federal de 1988, é aquele voltado para servidores públicos e seus beneficiários.

Intitula-se Regime Próprio porque cada ente público de federação, seja União, Estados, Distrito Federal e Municípios, pode ter seu próprio regime. Desta maneira separa a previdência dos servidores públicos que são titulares de cargo efetivo, entre aqueles em atividade daqueles já aposentados e pensionistas que possuem benefícios pagos por ente estatal.

Aos fundamentos Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari (2019, p. 90):

Durante muito tempo houve a concessão de benefícios de aposentadorias (e em alguns casos, de outros benefícios) sem a exigência de contribuição por parte dos servidores, apresentando-se, até então, como regimes tipicamente não contributivos. Com a exigência de contribuição desde a EC n. 3/1993, também os chamados “regimes próprios” passaram a ter caráter contributivo.

Como último regime, temos o Regime de Previdência Complementar – RPC, também intitulado de Previdência Privada. Tal regime, tem como base a contribuição não mais para o Estado e sim para um ente privado, visando assegurar ao trabalhador o recebimento de um recurso adicional, desta maneira, o contribuinte acumula reserva de poderes, para que no futuro desfrute de uma maior complementação de aposentadoria.

Sobre o Regime de Previdência Complementar, diz Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari (2019, p.93):

Nestas situações, ainda que não se observe um retorno ao modelo totalmente estatal, podem ser notadas mudanças de caráter social, como a instituição de um *aporte previdencial solidário* a qualquer pessoa que tenha cotizado valores insuficientes, para assegurar um complemento de renda – custeado pelo Estado – a partir destes aportes, o que assegura uma proteção social um pouco maior que a assistencial.

Desta maneira, o legislador constituinte estabeleceu os regimes da previdência, entretanto não estabeleceu as regras pertencentes aos benefícios de cada um destes, de forma com que o sistema previdência ficou passível de mutações.

Neste íterim, a previdência social permanece em constante estado de evolução, fato culminante em um vasto volume de emendas constitucionais que trazem a sensação de um Estado de Direito alicerçado em insegurança jurídica.

São 9 as emendas constitucionais supracitadas: EC 18/98, EC 20/98, EC 41/2003, EC 42/2003, EC 47/2005, EC 62/009, EC 88/2015, EC 93/2016 e EC 103/2019. Destaca-se as duas emendas no ano de 2003, fato que corrobora a insegurança presente no modelo criado, bem como a introdução ao regime de previdência próprio aos militares no ano de 1998.

Não obstante as diversas emendas elencadas, agrega-se também as inúmeras alterações nas leis que tratam do regime geral, Lei 8.212/1981 e Lei 8.213/1991, as alterações nas leis do regime próprio, Lei 8.112/1990 e Lei 9.717/1998, bem como as mudanças nas leis que versam sob o regime complementar, Lei Complementar 108/2001 e Lei Complementar 109/2001.

## **2 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E O CONCEITO DE FAMÍLIA**

A família é um instituto resguardado pela Constituição Federal, que estabelece a sua importância como base da sociedade e por isto tem proteção especial do Estado, conforme artigo 226 da Carta Magna. Deste modo, a família é fundamental ao desenvolvimento de uma sociedade, sendo esta a maior representante do estado de cultura deste sistema.

Originalmente, o Código Civil de 1916 considerava família legal e socialmente aceita aquelas oriundas de casamento válido e eficaz, sendo os demais tipos de entidades familiares desconsideradas e marginalizadas pela sociedade da época, como ocorria nos casos denominados de *concubinato*, tidos hoje como união estável.

Entretanto, esta forma de se classificar família se tornou obsoleta com a edição da Lei Maior de 1988, que passou a abranger diferentes tipos de família e desconsiderou casamento como única forma de constituição familiar.

Deste modo, esclarece o brilhante doutrinador Rolf Madaleno (2020, p. 102):

[...] a família matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, institucional vista como unidade de produção e de reprodução cedeu lugar para uma família pluralizada, democrática, igualitária, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, construída com base na afetividade e de caráter instrumental.

Neste diapasão, a formação familiar nos dias de hoje, tem por único requisito a existência do afeto, não sendo necessários vínculos consanguíneos, casamento legal, ou qualquer outra imposição por parte dos seus entes.

Complementa Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2017, p.52):

[...] a entidade familiar deve ser entendida, hoje, como grupo social fundado, essencialmente, em laços de afetividade, pois a outra conclusão não se pode chegar à luz do texto constitucional. [...] essa afetividade traduz-se, em concreto, no necessário e imprescindível respeito às peculiaridades de cada um de seus membros, preservando a imprescindível dignidade de todos. Isto é, a família é o refúgio das garantias fundamentais reconhecidas a cada um dos cidadãos.

Em síntese, a família pode ser entendida como uma relação de amor e proteção entre pais e filhos, sendo que para os pais a proteção, educação, bem-estar e alimentação dos filhos devem ser priorizadas.

Conclui Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2017, p. 38):

Com o passar dos tempos, porém, o conceito de família mudou significativamente até que, nos dias de hoje, assume uma concepção múltipla, plural, podendo dizer respeito a um ou mais indivíduos, ligados por traços biológicos ou sociopsicoafetivos, com a intenção de estabelecer, eticamente, o desenvolvimento da personalidade de cada um. [...] sendo assim, a família é inegavelmente, a instituição social primária, podendo ser considerada um regime de relações interpessoais e sociais, com ou sem a presença da sexualidade humana, com o desiderato de colaborar para a realização das pessoas humanas que compõem um determinado núcleo.

Contudo, ainda que a Constituição Federal de 1988 tenha estendido o conceito de família e garantido direitos aqueles que não se encontram nas conformidades do Código Civil de 1916, ocorrem situações em que os preceitos bases da família não são seguidos, sobrevivendo assim diversas formas de violações aos direitos fundamentais, originando casos de exploração sexual, abandono e maus tratos.

Em meio a este cenário, estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a possibilidade de uma família substitutiva aquele cujos princípios bases estão sendo violados. É a chamada “guarda”, momento em que

menores poderão ser realocados em uma nova família, visando atender o maior interesse do infante e do jovem, sendo garantido à devida prestação de assistência moral, educacional e material.

Conceitua Rolf Madaleno a família substitutiva (2020, p.85):

[...] a manutenção ou reintegração de criança ou adolescente terá como preferência a sua família natural em relação a qualquer outra providência, só sendo colocada em família substitutiva se não for possível reinseri-la na família natural ou encaixá-la na família extensa ou ampliada, e depois de os pais naturais terem sido previamente destituídos do poder familiar. Embora o artigo 28 do ECA não descreva o conceito de família substituta, ela está representada pelos pais que se cadastram de forma unilateral ou bilateral, quando casados ou vivendo em união estável, como candidatos à adoção, aguardando adotados e adotantes a longa espera que sempre envolve essas lentas trajetórias rumo à adoção.

De tal modo, nota-se o papel fundamental da família substitutiva na proteção da criança ou adolescente que teve a sua família natural previamente destituída, agindo esta como uma hipótese de família secundária.

## **2.1 DO INSTITUTO DA GUARDA E SUA FINALIDADE**

A família é a base de uma sociedade, sendo também a representação do estado de cultura do deste sistema. Nas relações familiares estão presentes as primeiras interações entre indivíduos, formando cidadãos que refletirão diretamente em todo o meio social.

Em tese, as crianças e adolescentes encontrarão em suas famílias apoio físico e psicológico necessários à sua formação. Entretanto, cabe ao Estado intervir e aplicar medidas cabíveis nas situações em que estes vulneráveis não estiverem encontrando condições adequadas à sua erudição.

Dentre essas medidas, a guarda se apresenta como método capaz de intervir na má formação das crianças e adolescentes, sendo responsável por resguardá-los de seus preceitos fundamentais.

Contudo, destaca Murilo José Digiácomo e Ildeara de Amorim Digiácomo, (2020, p.64) a diferenciação da guarda tratada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), da guarda exercida em pode familiar, sendo disposta no Código Civil:

Importante salientar que a guarda de que trata o ECA se constitui numa modalidade de colocação de criança ou adolescente em família substituta, não se confundindo, portanto, com a “guarda” decorrente do poder familiar que os pais exercem em relação a seus filhos, esta regulada pelo Código Civil (art. 1634, inciso II). Em ambos os casos se está falando no direito de uma pessoa ter criança ou adolescente em sua companhia, porém tratam-se de institutos distintos, regulados por leis diversas. O próprio Código Civil, em seu art. 1584, §5º, ao falar de “guarda” como modalidade de colocação em família substituta, se reporta expressamente à “lei específica”, que não é outra senão o ECA.

O Estatuto da Criança e Adolescente elenca a guarda em seu artigo 33 e seguintes. Destaca-se o *caput* do referido artigo:

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.

Ademais, conceitua Luciano Alves Rossato, Paulo Eduardo Lépure e Rogério Sanches Cunha a definição de guarda perante o ECA (2019, p. 290):

Segundo norma do Estatuto, a guarda é a modalidade de colocação em família substituta destinada a regularizar a posse de fato. Assim, ela obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo ao seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

Observa-se que a guarda no direito infanto-juvenil é uma forma de colocação da criança ou adolescente em família substitutiva, ocorrendo quando estes se encontrarem em situação de risco.

Não obstante, o ECA visa a regularização da posse desses sujeitos, de modo com que busque tornar essa posse de fato uma guarda de direito, assegurando as prerrogativas do menor que se encaixe nessa condição. É o que diz o §1º do artigo supracitado: “*A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção de estrangeiros*”.

Para Valter Kenji Ishida (2015, p. 90): “*A guarda provisória (art. 33, § 1º do ECA) subdivide-se em duas subespécies: liminar e incidental, nos processos de tutela e adoção, salvo nos de adoção por estrangeiros, onde é juridicamente impossível*”.

Tal parágrafo demonstra uma tentativa do legislador de tornar a guarda um procedimento jurídico na sociedade brasileira, ora esta ocorre em suma maioria de maneira informal e longe do poder judiciário.

Explica Maria Josefina Becker (2013, p. 185) em comentário ao artigo 33 do ECA:

A medida de colocação em família substituta sob a forma de guarda é bastante flexível e oferece alternativas de proteção à criança e ao adolescente em diversas circunstâncias. Não é demais acrescentar que a guarda é uma prática altamente difundida entre as famílias das classes populares, fruto da solidariedade humana existente no seio desses segmentos sociais. É a vizinha que toma conta das crianças enquanto a mãe vai para o hospital, a tia que cuida dos sobrinhos quando a irmã entra em crise, e assim por diante.

Entretanto, não se pode confundir a guarda como um simples meio de controle social, a guarda é um objeto de proteção integral as crianças e adolescentes, onde visa assegurar sempre o princípio do maior interesse do menor, buscando proporcionar uma vida digna, em um ambiente ideal a sua formação e desenvolvimento como pessoa.

De tal modo, a criança e adolescente somente será colocado sobre guarda de terceiro no momento que aqueles que tinham o dever de exercê-la, deixarem de fazer. Aos fundamentos Luciano Alves Rossato, Paulo Eduardo Lépre e Rogério Sanches Cunha a definição de guarda perante o ECA (2019, p. 291):

[...] a guarda como modalidade de colocação em família substituta só existirá se for descumprido o dever de guarda, decorrência do exercício do poder familiar, que implica zelo que os pais devem ter com sua prole, e que encontra previsão expressa nos arts. 1.566, IV; 1.583 e 1.584, caput, todos do CC/2002.

Com a vigência da Constituição Federal de 1988, o menor deixou de ser um objeto de direito e passa a ser um sujeito de direitos, dotado de necessidades, sejam elas físicas, morais, psíquicas e econômicas. Desta maneira, ao assumir a guarda de um menor, o guardião torna-se responsável por seus interesses, devendo assumir todos os seus cuidados necessários, observando ainda suas condições de fragilidade por se tratar de pessoa em desenvolvimento físico e psicológico.

Visando o bem-estar do menor, a guarda é um instituto autônomo, sendo que pode ser deferida em processo de tutela e de adoção, ou até mesmo sem a concessão destas. Isso ocorre conforme o §2º do artigo 33 do ECA, que possibilita a concessão da guarda como forma de atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsáveis:

§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

Já quanto ao supracitado parágrafo, Valter Kenji Ishida (2015, p. 90) o define como duas hipóteses, sendo de guarda permanente e peculiar:

A permanente (art. 33, § 2º, 1ª hipótese) destina-se a atender situações peculiares, onde não se logrou uma adoção ou tutela, que são mais benéficas ao menor. É medida de cunho perene, estimulada pelo art. 34 do ECA. [...] a nominada guarda peculiar (art. 33, § 2º, 2ª hipótese) traduz uma novidade introduzida pelo Estatuto. Visa ao suprimento de uma falta eventual dos pais, permitindo-se que o guardião represente o guardado em determinada situação (ex.: menor de 16 anos, cujos pais estejam em outra localidade, impedidos de se deslocarem, e que necessita ser por eles representados para retirada de FGTS).

Contudo, embora suas denominações (provisória e permanente), há de se observar a primazia da lei em estabelecer a essência do instituto da guarda, em outras palavras, o objetivo do legislador de que a guarda não seja desvirtuada e passe a objetivar outros fins que não sejam a proteção jurídica de jovens físicos e psicologicamente hipossuficientes.

### **3 OS BENEFÍCIOS DEVIDOS AOS DEPENDENTES E O ENFOQUE NA PENSÃO POR MORTE**

São beneficiários da Previdência Social todos aqueles que possuem a garantia da proteção previdenciária, alguns na qualidade de segurados e outros na qualidade de dependentes dos segurados.

Segundo Hélio Gustavo Alves (2020, p. 41), serão considerados segurados:

O cidadão que estiver inscrito e filiado na Previdência Social e estiver em dia com suas contribuições previdenciárias estará no gozo da qualidade de segurado, fenômeno que garante a ele exigir seus direitos previstos pelo sistema normativo previdenciário.

Desta forma, todos aqueles que gozarem da qualidade de segurado da Previdência Social e estiverem submetidos à algum risco social, poderão ser beneficiários do Regime Geral de Previdência Social. Contudo, o ordenamento jurídico garante amparo aqueles considerados dependentes dos segurados, incluindo-os como detentores do direito de gozar das prestações previdenciárias

dos segurados, sem que haja a necessidade de um vínculo direto com a Previdência Social.

Caracterizam Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari (2019, p. 311) os dependentes:

Dependentes são as pessoas que, embora não estejam contribuindo para a Seguridade Social, a Lei de Benefícios elenca como possíveis beneficiários do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, em razão de terem vínculo familiar com segurados do regime, fazendo jus às seguintes prestações: pensão por morte, auxílio-reclusão, serviço social e reabilitação profissional.

Observa-se então que, os considerados dependentes não possuem direito próprio junto a Previdência, mas somente poderão obter benefícios em caso de aquele que eles são vinculados possuir qualidade de segurado no ato da implementação do benefício.

A Lei 8.213/1991 divide os segurados de três formas, sendo que dentre todas elas o vínculo e grau parental são levados em consideração.

Dentre os primeiros tipos de segurado estão: o cônjuge, companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave.

Em seguida, tem-se os pais como segundo tipo, seguido do 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, compondo a terceira classe.

Apresentados os dependentes, a Lei 8.213/1991 dispõe que serão devidos aos dependentes os seguintes benefícios: pensão por morte; auxílio-reclusão; serviço social; e reabilitação profissional.

Destaca-se a pensão por morte, benefício devido ao conjunto dos dependentes do segurado que vierem a falecer:

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

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;

II – do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior;

Nesta toada, a pensão por morte é um benefício previdenciário que se destina aos dependentes do segurado, visando prover o sustento familiar após a morte do segurado.

Segundo Hélio Gustavo Alves (2020, p. 84):

A pensão por morte é um benefício que substituiu a renda do(a) segurado(a) ao(s) dependente(s), que visa à manutenção do rendimento familiar. Sua concessão independe de carência, porém deve estar dentro do período da qualidade de segurado.

Complementa Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari (2019, p. 1185):

A pensão por morte é o benefício pago aos dependentes do segurado, homem ou mulher, que falecer, aposentado ou não, conforme previsão expressa do art. 201, V, da Constituição Federal. Trata-se de prestação de pagamento continuado, substitutiva da remuneração do segurado falecido.

Portanto, insta observar a preocupação do legislador em garantir que o Estado arque com a responsabilidade de garantir aos dependentes do segurado, as mínimas condições a sobrevivência, em caso de morte daquele que arcava com as despesas do cotidiano.

Assim, resta evidente que o benefício de pensão por morte nada mais é do que a garantia a subsistência daqueles que se encontram em necessidade, bem como a salvaguarda ao princípio da dignidade da pessoa humana, elencado na Constituição Federal de 1988.

### **3.1 AS CONDIÇÕES E DIREITOS FRENTE À PENSÃO POR MORTE**

De início, auferese o disposto no artigo 33 do Estatuto da Criança e do adolescente:

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

§ 1º (...)

§ 2º (...)

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

Nota-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente não apresenta quaisquer exceções quanto a condição de dependentes dos menores sob guarda.

Entretanto, o § 2º do artigo 16 da Lei 8.213/1991, após alterações legislativas retirou o menor sob guarda do rol de dependentes para fins previdenciários, equiparando o filho e o menor tutelado, desde que comprovada a dependência econômica.

Ora, com dada alteração, criou o ordenamento jurídico controversia quanto ao tema, surgindo assim uma dificuldade em resolver esta questão, pois tratam-se de duas leis específicas tratando da mesma matéria, entretanto de maneiras completamente distintas.

Mauro Campbell Marques (2014, p. 6), preceitua:

A condição de dependente, seja da criança ou do adolescente, sob guarda, gera controvérsia provocada pela alteração promovida pela Lei 9.528/1997, de 11/12/1997 sobre o § 2º do art. 16 da Lei 8.213/1991, que exclui o rol de dependentes a criança ou o adolescente sob guarda. Como bem pontua Oscar Valente Cardoso, a dificuldade em resolver a questão está no fato de que duas leis específicas, de igual hierarquia, abordam o assunto, uma de natureza previdenciária, outra destinada à proteção da criança e do adolescente, o que serve à conclamação da comunidade jurídica a refletir acerca da proteção à criança e ao adolescente sob a guarda de segurado da previdência.

Não restam dúvidas quanto a controvérsia gerada por tal alteração legal, cabendo assim, aos operadores do direito, manifestarem pela proteção as crianças e adolescentes, estes que deviam ser expressamente respaldados pela Carta Magna.

Entretanto, a exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes para fins previdenciários viola preceito constitucional:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistências aos desamparados, na forma desta Constituição.

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.

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

II – garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

É cristalina a Constituição Federal de 1988 ao estabelecer que crianças e adolescentes devem ter seus direitos previdenciários assegurados, não sendo ressalvados idade, raça, classe social ou qualquer outra distinção, se tratando da mais pura expressão do princípio da isonomia, elencado no caput do artigo 5º, da Lei Maior.

Seguindo essa linha, os entendimentos jurisprudenciais tornaram-se favoráveis a condição de dependente do menor sob guarda, ao passo que o Superior Tribunal de Justiça afetou o tema como representativo de controvérsia, nos termos do ARTIGO 543-c do CPC/73, no REsp 1.411.258/RS, onde a seguinte tese foi firmada:

O menor sob guarda tem direito à concessão do benefício da pensão por morte do seu mantedor, comprovada a sua dependência econômica, nos termos do art. 33, §3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda que o óbito do instituidor da pensão seja posterior à vigência da Medida Provisória 1.523/96, reeditada e convertida na Lei 9.528/97. Funda-se essa conclusão na qualidade de lei especial do Estatuto da Criança e do Adolescente (8.069/90), frente à legislação previdenciária. (STJ, Primeira Seção, REsp 1.411.258/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 21/02/2018).

Nota-se que a decisão se fundou sob argumento de qualidade de lei especial do ECA, frente à legislação previdenciária, assim como a sua maior conformidade com os princípios constitucionais que protegem o menor, frente à ao silêncio da lei geral previdenciária.

Vejamos o parágrafo 38 do voto:

38. Assim, considerando que os direitos fundamentais devem ter, na medida do possível, eficácia direta e imediata, deve-se priorizar a solução ao caso concreto que mais dê concretude ao direito. In casu, diante da Lei Geral da Previdência Social que apenas é silente (ou se tornou silente) ao tratar do menor sob guarda e diante de norma específica que estende a pensão por morte aos menores nessa situação (sob guarda), deve ser reconhecida a eficácia desta última, por estar em perfeita consonância com os preceitos constitucionais e sobretudo com a ideologia do sistema jurídico que prioriza a proteção ao menor e ao adolescente.

Resta evidente que o Estatuto da Criança e do Adolescente foi considerado como lei prevalente por melhor atender aos princípios de proteção aos menores.

Diante julgados e entendimentos diversos quanto ao tema, o Supremo Tribunal Federal, no ano de 2021, reconheceu e pacificou, através de Ações

Diretas de Inconstitucionalidade (4.878 e 5.083) a condição de dependente do menor sob guarda para fins previdenciários no âmbito do Regime Geral da Previdência Social, desde que comprovada a dependência econômica.

Aas ações foram propostas pela Procuradoria-Geral da República e aforadas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, questionando a exclusão do menor sob guarda dos beneficiários equiparados a filhos para fins de recebimento de pensão por morte de segurado do Instituto Nacional da Seguridade Social, tendo como consequência a revogação parcial do § 2º do artigo 16 da Lei 8.213/1991, dado pela Medida Provisória n.º 1.523/1996, posteriormente convertida na Lei 9.528/97.

Como fundamentação principal, as ADI's foram embasadas no dever da família, sociedade e Estado em assegurar a criança, adolescente e jovem, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, convivência familiar, resguardando-os de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, conforme o elencado no artigo 227, § 3º da Constituição Federal de 1988.

Em votos, os Ministros Edson Fachin, Dias Toffoli, Carmén Lúcia, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Roberto Barroso, argumentaram:

A interpretação que assegura ao “menor sob guarda” o direito à proteção previdenciária deve prevalecer, não apenas porque assim dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, mas porque direitos fundamentais devem observar o princípio da máxima eficácia. Assegura-se, assim, a prevalência do compromisso constitucional contido no art. 227, § 3º, VI, da Constituição. Vale ressaltar que, nos termos do texto constitucional, assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, seus direitos fundamentais é dever que se impõe não apenas ao Estado, mas também à família e à sociedade.

Nota-se que, a desconsideração da condição de dependente do menor sob guarda para fins previdenciários, corresponde ao descumprimento de preceito constitucional, além de inobservância ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

Salientam os nobres Ministros, a dependência econômica dos filhos quanto aos pais:

Os filhos são dependentes dos pais e, portanto, na falta destes, beneficiários da pensão por morte. Este direito encontra guarida no art.

16, I, da Lei n.º 8213/1991, que considera dependentes do segurado, além do cônjuge, companheira ou companheiro, o filho.

É cristalina a exigibilidade da pensão por morte ao menor sob guarda, visto a sua condição de dependente não diferir dos já previstos em lei previdenciária.

Não obstante, destacam ainda a condição das crianças e adolescentes como sujeitas de direito:

A doutrina da proteção integral *ressignifica* o estatuto protetivo de crianças e adolescentes, conferindo-lhes status de sujeitos de direito. Seus direitos e garantias devem, portanto, ser universalmente reconhecidos, diante de sua especial condição de pessoas em desenvolvimento.

Posto isso, o ordenamento jurídico caracterizou a categoria crianças e adolescentes como detentora de direitos fundamentais, não impedindo, porém, a criação de situações jurídicas específicas para elas, bem como a criação de instrumentos.

Diante de todo o exposto, julgaram-se procedentes a ADI 4878 e parcialmente procedente a ADI 5083, conferindo a interpretação conforme ao § 2º do artigo 16, da Lei 8.213/1991, contemplando a proteção ao menor sob guarda.

Com isto, firmou-se entendimento:

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO CONJUNTO DAS ADIs 4.878 E 5.083. DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. ART. 16, § 2º, DA LEI N.º 8.213/1991. REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI 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. ALEGADOS VÍCIOS QUANTO À SUPERVENIÊNCIA DA EC Nº 103/2019. ART. 23, § 6º. NECESSIDADE DE ADITAMENTO DA INICIAL E DE IMPUGNAÇÃO DE TODO COMPLEXO NORMATIVO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU ERRO MATERIAL. PAGAMENTO DE VALORES RETROATIVOS. IMPACTO FINANCEIRO. PRETENSÃO DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. NÃO CABIMENTO. EMBARGOS REJEITADOS. 1. Os pedidos formulados nas ADIs 4.878 e 5.083 não contemplaram a redação do art. 23 da EC nº 103/2019, razão pela qual não se procedeu à verificação da constitucionalidade do mencionado dispositivo, em homenagem ao princípio da demanda. 2. A ausência de aditamento da inicial e de impugnação da totalidade do complexo normativo, em sede de controle normativo abstrato, somente configura vício processual e enseja o não conhecimento da ação se houver revogação ou alteração substancial de seu objeto. Na hipótese, o mencionado art. 23, § 6º, da EC nº 103/2019, repetiu a redação conferida ao art. 16 da Lei nº 8.213/1991, conforme afirmado no julgamento do acórdão embargado. 3. A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/1998, somente se justifica quando presentes razões de segurança jurídica ou excepcional

interesse social, que não se verificaram nos presentes embargos. 4. Os embargos de declaração não constituem meio hábil para reforma do julgado, sendo cabíveis somente quando houver no acórdão omissão, contradição, obscuridade, ou erro material, o que não ocorre no presente caso. 5. Embargos de declaração rejeitados.

Em que pese, o menor sob guarda restou reconhecido como dependente em matéria previdenciária, devendo assim o Instituto Nacional da Seguridade Social, observada a dependência econômica da criança ou adolescente, conceder o benefício de pensão por morte em caso de morte do segurado.

Ainda, garante aos devidos, uma condição de vida digna, assegurando o direito à vida, saúde e alimentação, assim como preceitua a Constituição de 1988.

## **CONCLUSÃO**

O presente trabalho científico dedicou-se a apresentação de argumentos jurídicos para validação da pensão por morte como direito devido ao menor sob guarda, apontando óbices legais encontradas na Constituição Federal, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei de Benefícios Previdenciários e exposição de ensinamentos de doutrinadores quanto ao tema.

Como análise principal, a pesquisa aponta conflitos existentes entre o artigo 16, § 2º da Lei 8.213/1991, quanto ao artigo 33, § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, buscando solucionar as divergências legais com base no disposto na Constituição Federal e entendimento do Supremo Tribunal Federal conforme os julgamentos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 4878 e 5083.

No primeiro capítulo, apresentou-se a Previdência Social, demonstrando a sua discrepância quanto aos demais direitos previstos aos cidadãos diante da necessidade de filiação ao RGPS, seus princípios e objetivos para com os contribuintes, conforme dado pela Constituição de 1988.

Não obstante, trouxe as evoluções legislativas cercado a Previdência, apontando os objetivos à serem alcançados conforme o passar dos anos.

No capítulo seguinte, fora apresentado a família como instituto resguardado pela Constituição Federal, esclarecendo ser essa um dos alicerces

da sociedade, sendo crucial ao desenvolvimento social e a representação maior do estado de cultura deste sistema.

Ainda no segundo capítulo, foi conceituada a família e guarda perante o Código Civil, bem como a guarda trazida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo diferenciadas em seus tipos.

O terceiro e último capítulo, dedicou-se a apresentar os dependentes e os benefícios que a estes são devidos conforme a Lei de Benefícios Previdenciários, enfatizando a pensão por morte e seus requisitos para concessão.

Por final, no último capítulo foram apresentadas as condições e direitos frente à pensão por morte, sendo que para a caracterização do direito do menor sob guarda ao recebimento da pensão por morte, diversos argumentos foram apresentados para justificar tal interpretação.

Dentre eles, destacou-se a abordagem do ECA em relação a condição de dependente previdenciário do menor sob guarda; às incongruências do artigo 16, § 2º da Lei 8.213/1991 frente aos preceitos constitucionais das crianças e adolescentes; o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em reconhecer o menor sob guarda como dependente previdenciário, fazendo jus ao benefício de pensão por morte.

Perante esses fundamentos, conclui-se pela urgência na revogação parcial do § 2º do artigo 16 da Lei 8.213/1991, acrescentando o menor sob guarda também como dependente, visto a sua dependência econômica com seu guardião, o que em caso de morte, o abdicaria de uma vida digna, alimentação e educação.

É injustificável deixar com que crianças e adolescentes sejam vítimas de um sistema previdenciário inerte aos desamparados, mas sim, buscar suprir as lacunas deixadas pela Previdência Social, abrangendo com imediatismo os que necessitam, ora, não se podem surgir sequelas causadas por políticas públicas falhas.

Coibir o benefício previdenciário da pensão por morte a um dependente é elidir a subsistência do hipossuficiente em caso de morte do seu guardião,

desconsiderando a relevância da família para com o ordenamento jurídico e omitindo-se as necessidades e anseios dos necessitados.

Ante esse cenário, descaracterizar a equiparação do menor sob guarda ao menor tutelado nada mais é do que infringir o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), corrompendo o conceito de família presente na legislação atual, onde o fato gerador da família é o afeto e não o laço consanguíneo.

À guisa de conclusão a exclusão do menor sob guarda do rol taxativo do art. 16 da Lei 8.213/1991 contraria as garantias e direitos fundamentais interpostos pela Lei Maior. Ora, não equiparar o menor sob guarda ao menor tutelado fere os princípios da proteção à infância e adolescência, isonomia, bem como à dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Hélio Gustavo, **Guia prático dos benefícios previdenciários: de acordo com a Reforma Previdenciária – EC 103/2019**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BALERA, Wagner. O menor sob guarda e a Seguridade Social. In: SERAU JR, Marco Aurélio, e FOLMANN, Melissa (orgs.). **Previdência Social: em busca da Justiça Social**. São Paulo: LTr, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 07/09/2021.

BRASIL. **Lei 8.213, de 24 de julho de 1991**. Plano de Benefícios da Previdência Social. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm)> Acesso em 07/09/2021

BRASIL. **Lei nº 8.069, 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília: Diário Oficial da União, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)> Acesso em 07/09/2021

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 23ª. ed. Rio de Janeiro; Forense, 2020.

CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 12. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013. 1248 p.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim. **Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado e Interpretado**. 8. Ed. Curitiba, Ministério Público do Estado do Paraná, 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito de Civil Famílias**. 9. Ed. Salvador, JusPODIVM, 2017.

MARQUES, Mauro Campbell. **O Direito do Menor sob Guarda à Pensão por Morte, na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Superior Tribunal de Justiça. Doutrina: edição comemorativa, 25 anos. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2014. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Dout25anos/issue/archiv>  
e> Acesso em 07/09/2021

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado Artigo por Artigo**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à Consolidação das Leis das Previdência Social**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

SANTOS, Marisa Ferreira dos; LENZA, Pedro (coord.) **Direito previdenciário esquematizado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SOUZA, Ismael Francisco de; CABRAL, Johana. Políticas públicas para crianças e adolescentes: uma análise a partir do plano decenal dos direitos humanos de crianças e adolescentes. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – UNIFAFIBE**, v. 6, p. 115-151, 2018.

Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4878/DF**. Relatores: Ministro Gilmar Mendes, Ministro Alexandre de Moraes, Ministro Marco Aurélio, Ministro Nunes Marques e Ministro Luiz Fux. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4332894>> Acesso em 07/09/2021

Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 5083/DF**. Relatores: Ministro Gilmar Mendes, Ministro Alexandre de Moraes, Ministro Marco Aurélio, Ministro Nunes Marques e Ministro Luiz Fux. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4516931> > Acesso em 07/09/2021