

ARQUIVO JURÍDICO

REVISTA JURÍDICA ELETRÔNICA DA UFPI



ISSN
2317-918X

V. 9, N. 2
JUL/DEZ 2022

QUALIS
B2

A PENSÃO POR MORTE DO MENOR SOB GUARDA E O EMBATE ENTRE OS PODERES LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO

Brunna Barros Carvalho Martins

Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Piauí; Especialista em Direito Eleitoral pela Universidade Federal do Piauí; Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Federal do Piauí.

Raul Lopes de Araújo Neto

Professor e Coordenador Adjunto do Programa de Mestrado da Universidade Federal do Piauí. Pós-doutor em Direito pela Universidade de Brasília, Doutor em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília, Especialista em Direito Tributário pela Universidade Federal de Pernambuco.

Resumo: Objetiva-se com o presente artigo analisar a situação da pensão por morte concedida ao menor sob guarda, benefício que vinha sendo assegurado desde 1966 e que foi excluído do rol de benefícios da previdência com a publicação da Lei nº 9.528 em 1997. Em meio a polêmicas sobre a aplicação da referida legislação, foi promulgada a EC 103/2019, ratificando a exclusão do menor sob guarda. Posteriormente à Emenda, o Supremo Tribunal Federal julgou as ADIs 4878 e 5083 para conceder interpretação conforme ao §2º do art. 16 da Lei nº 8.213/1991 a fim de retomar a pensão por morte ao menor sob guarda. Hoje, vigora uma espécie de “transição”, com menores protegidos e outros não, a depender da data do óbito, de forma a acomodar o previsto na EC 103/2019 e a decisão das ADIs 4878 e 5083. Conclui-se que, diante do embate entre os Poderes Legislativo e Judiciário, não há segurança jurídica para que se possa afirmar o que deve esperar o menor sob guarda no que concerne aos benefícios previdenciários.

Palavras-chave: Pensão por morte. Menor sob guarda. Supremo Tribunal Federal. Interpretação conforme. Emenda Constitucional 103/2019.

Aprovado em maio de 2023.

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, vigora no Instituto Nacional de Seguridade Social, a Portaria 1080, de 06 de dezembro de 2022, que equipara a filho o menor sob guarda que comprove dependência econômica, desde que o óbito do segurado tenha ocorrido entre 14 de outubro de 1996 e 13 de novembro de 2019. Nos óbitos ocorridos a partir de então, o menor sob guarda encontra-se excluído do rol de beneficiários. Esse tratamento diferenciado decorre de mais um capítulo do embate entre os Poderes Legislativo e Judiciário que há muito, e com frequência cada vez maior, se observa no Brasil.

O Judiciário tem assumido um protagonismo crescente em todo o mundo, e não é diferente no Brasil, com o Supremo Tribunal Federal como personagem central da política brasileira. É fato, no entanto, que este papel de destaque, que vem sendo bastante questionado, tem gerado muitas polêmicas.

No presente estudo, far-se-á um breve histórico do instituto da pensão por morte no Brasil, com destaque para o menor sob guarda e a proteção garantida a todos os menores na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Estudar-se-á a decisão do Supremo que, analisando as ADIs 4.878 e 5.083 reinterpretou a Lei nº 8.213/1991 para permitir a concessão de pensão por morte a menor sob guarda, apesar da Emenda Constitucional 103/2019 tê-lo excluído do rol dos dependentes. Por fim, analisar-se-á o instituto do *judicial review* a fim de tentar entender o papel dos Poderes Legislativo e Judiciário no disciplinamento da concessão de pensão ao menor sob guarda.

O menor sob guarda, a despeito da proteção garantida pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, está permanentemente desprotegido, em razão da Emenda Constitucional? O que ele pode esperar?

2. O MENOR SOB GUARDA E A PENSÃO POR MORTE

A pensão por morte foi introduzida no Brasil por meio da Lei Eloy Chaves - Decreto Legislativo nº 4.682/1923, que é considerado um dos marcos da previdência social no Brasil. Sendo um dos benefícios mais antigos do nosso ordenamento, tinha por objetivo garantir subsistência aos herdeiros dos ferroviários que falecessem após dez anos de serviço ou por acidente de trabalho. (AVIAN, 2014)

Em seu início, tinha um caráter mais securitário. Por outro lado, o benefício era devido ao cônjuge sobrevivente inválido, aos filhos, pais e irmãs enquanto solteiras. Percebe-se, assim, a clara intenção de proteger as pessoas que poderiam ficar em situação de vulnerabilidade em decorrência da morte do segurado. Não havia qualquer previsão para pagamento de pensão a enteado, menor sob tutela ou sob guarda.

Por sua vez, o Decreto nº 26.778/49 estendeu o benefício aos filhos e irmãos -maiores de 18 anos, se inválidos. Ademais, trouxe, pela primeira vez, a disciplina de que a pensão ao cônjuge e aos filhos era presumida e a dos demais deveria ser comprovada.

Em 1960 foi promulgada a Lei Orgânica da Previdência Social - LOPS (3.807/60) que manteve o rol de dependentes. Por sua vez, o Decreto Lei nº 66 de 1966 alterou a redação daquela lei para equiparar aos filhos “o enteado; o menor que, por determinação judicial se ache sob guarda e o menor que se ache sob sua tutela e não possua bens suficientes para o próprio sustento e educação”.

Posteriormente, a Constituição de 1988 estabeleceu, entre seus direitos sociais, a proteção à infância bem como, seu artigo 227, passou a garantir, com absoluta prioridade, os direitos das crianças e dos adolescentes. O texto constitucional, portanto, superando a doutrina anterior da proteção ao “menor em situação irregular”, representou um verdadeiro marco de proteção integral à infância e à adolescência no Brasil, o que abrangeria, conseqüentemente, o menor sob guarda.

Em 1991 foi promulgada a Lei nº 8.213/1991 que instituiu o Plano de Benefícios da Previdência Social. Referido diploma legal manteve a disciplina do Decreto Lei nº 66 ao menor sob guarda no que concerne à pensão por morte: tem direito à pensão por morte o menor sob guarda por determinação judicial e mediante declaração do segurado. No entanto, no ano de 1997, o Plano de Benefícios da Previdência Social foi alterado por meio da Lei nº 9.528/97 para, dentre outras medidas, excluir o menor sob guarda da condição de beneficiário.

Como consequência, a Procuradoria Geral da República, no ano de 2012, ingressou com a ADI 4.878 em face da referida mudança legislativa por entender que ela violaria o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, previsto no art. 227, § 3º da Constituição da República. Por outro lado, no ano de 2014, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil interpôs a ADI 5.083 alegando violação ao princípio da proibição do retrocesso social, ao princípio da isonomia e ao princípio da proteção integral e prioritária das crianças e dos adolescentes.

Antes do julgamento das referidas ADIs, foi promulgada a EC 103/2019 que alterou o sistema de previdência social e equiparou ao “filho, para fins de recebimento da pensão por morte, exclusivamente o enteado e o menor tutelado, desde que comprovada a dependência econômica”. Observa-se, portanto, a vontade constitucional de manter o menor sob guarda fora do rol de dependentes da Previdência Social.

No entanto, em junho de 2021, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, julgou parcialmente procedente as ações, de modo a 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’”. Desde então, alguns menores possuem direito à percepção do benefício, estando os demais desassistidos. Pode-se dizer que esses menores continuarão sem direito ao benefício de pensão de morte em razão da EC 103/2019 ou que todos venham a ser posteriormente beneficiados, em razão da vontade demonstrada pelo STF?

3. O JULGAMENTO DAS ADIs 4.878 e 5.083

No ano de 2012, ao interpor a ADI 4.878, a Procuradoria-Geral da República alegou que a alteração promovida pela Lei nº 9.528/97 violava o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, bem como o art. 227, § 3º, da Constituição Federal que determina que o legislador assegure aos menores os direitos previdenciários.

Ademais, asseverou a PGR que essa mudança legislativa não revogou o art. 33, § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA - que é uma norma especial de proteção da criança e do adolescente e que confere ao menor sob guarda a condição de dependente, inclusive para fins previdenciários. Requereu, assim, interpretação conforme ao art. 16, § 2º da Lei 8.213, para incluir as crianças e os adolescentes sob guarda dentre os beneficiários do Regime Geral de Previdência Social - RGPS.

Por outro lado, na ADI 5.083, interposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em 2014, alegou-se a inconstitucionalidade da revogação parcial do art. 16, § 2º da Lei nº 8.213/91 em razão da violação ao princípio do retrocesso social, ao princípio da isonomia e ao princípio da proteção integral e prioritária das crianças e dos adolescentes. Requereu a OAB a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo da Lei nº 9.528/97 que alterou a Lei nº 8.213/91 ou, subsidiariamente, interpretação conforme.

Somente no ano de 2021, dois anos após a promulgação da EC 103/2019, as ações, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, foram reunidas e, por maioria de votos, julgadas

parcialmente procedentes, “de modo a 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”. Restaram vencidos o próprio relator e os ministros Alexandre de Moraes, Marco Aurélio, Nunes Marques e Luiz Fux. (BRASIL, 2021, p. 03)

O ministro relator, após discorrer sobre a proteção conferida ao menor na Constituição e na legislação infraconstitucional, argumenta que a análise do processo legislativo da Lei nº 9.528/97 deixa clara a intenção do legislador de excluir o menor sob guarda dos beneficiários da Previdência Social. Acrescenta que a alteração constitucional decorrente da Emenda 103/2019 reafirma essa vontade.

Adicionalmente à intenção do legislador de diminuir os custos com a Previdência, em sua relatoria, o ministro Gilmar Mendes acrescenta que um dos objetivos do Poder Legislativo foi combater o “desvio de finalidade identificado nos casos em que avós recebiam guarda dos netos, que continuavam submetidos ao poder familiar dos genitores, com o objetivo de deixar o neto como beneficiário da pensão no caso da sua morte.” (BRASIL, 2021, p. 05)

Ademais, asseverou o relator, que o Supremo já tem posição firmada de que não há direito adquirido a determinado regime jurídico. Assim, para o Ministro, é claramente possível alterar a legislação previdenciária para excluir o menor sob guarda do rol de beneficiários. Registrou, ainda, que o art. 33, §3º da Lei 8.069/90, na parte que dispõe que “a guarda torna o menor dependente, para todos os fins, inclusive previdenciário, não foi recepcionado pelo EC 103 de 2019”. (BRASIL, 2021, p. 15). Concluiu que “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”. (BRASIL, 2021, p. 16)

O ministro Edson Fachin apresentou voto divergente. Asseverou que, a despeito do menor sob guarda ter sido excluído do rol dos dependentes na legislação previdenciária, ainda figura no Estatuto da Criança e do Adolescente como dependente para todos os fins, inclusive previdenciário. Adicionalmente, argumentou que a Constituição Federal, complementada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente implementou a doutrina da proteção integral, transformando crianças e adolescentes em sujeitos de direito e consagrando a eles proteção absoluta.

Quanto ao argumento de que a exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes baseava-se na afirmação de que haveria muitas fraudes no processo de guarda apenas para fins de concessão do direito à pensão, o Min. Fachin também rechaçou-o. Afirmou que se pautava, erroneamente, na presunção de má-fé e que as pretensas fraudes não podem ser justificativa

para impedir o acesso de crianças e adolescentes a seus direitos previdenciários, garantidos tanto pelo art. 227 da Constituição Federal quanto pelo art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ademais, Edson Fachin asseverou que haveria meios de combater a fraude sem a privação de direitos. Argumentou que a guarda é deferida mediante processo judicial, seja na hipótese do §5º do art. 1584 do Código Civil¹, seja nas hipóteses do art. 33 do ECA, sempre mediante formalidades legais e intervenção obrigatória do Ministério Público. Dispôs, ainda, que a interpretação que assegura o direito à proteção previdenciária ao menor sob guarda deve prevalecer não apenas em razão do que preconiza o ECA, mas porque aos direitos fundamentais deve-se aplicar o princípio da máxima eficácia, a fim de assegurar o compromisso do art. 227, §3º, VI da Constituição².

Por outro lado, no que concerne ao artigo 23 da Emenda Constitucional 103/2019, o Min Fachin afirmou que as ADIs 5.083 e 4.878 não o questionaram, razão pela qual, em nome do princípio da demanda, deixou de verificar sua constitucionalidade.

A Ministra Rosa Weber, também em voto divergente, acrescentou considerar inconstitucional a alteração, especialmente em razão da proibição do retrocesso quanto aos direitos sociais e do seu desenvolvimento progressivo, como previsto no artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Ademais, afirmou não prevalecer a redação da Emenda Constitucional 103/2019, uma vez que se faz necessário prestigiar o arcabouço “normativo elaborado a favor da criança e do adolescente em razão do dever do poder público e da sociedade de protegê-los nos termos do art. 227, caput, e § 3º, inciso II, em observância à máxima proteção, à especial prioridade e à dignidade da pessoa humana”. (BRASIL, 2021, p. 27-28)

¹ Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: [\(Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008\)](#).
§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. [\(Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014\)](#)

² 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. [\(Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010\)](#).

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

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

4. A REVISÃO JUDICIAL E O CASO DA PENSÃO POR MORTE AO MENOR SOB GUARDA

O protagonismo judicial vem se destacando em todo o mundo e não é diferente no Brasil. No entanto, há que se questionar se o Judiciário vem extrapolando a imagem de mero aplicador da lei e se apresentando como um ator que realmente movimenta as bases políticas do país.

Esse destaque do judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal, que se solidificou com a Constituição de 1988, concedendo ao Judiciário amplo poder de intervir no processo político, teve como modelo o utilizado na Alemanha após a Segunda Grande Guerra. (MOLLERS, 2013, p. 36)

Segundo Mollers, não só o Brasil, mas outras sociedades pós - totalitárias como Itália, Espanha, Hungria, África do Sul, Polônia, seguindo o exemplo alemão e por não confiarem em seu processo democrático, estabeleceram limites legais substanciais ao processo político, fornecendo muitos meios de intervenção ao Judiciário.

Rawls e Dworkin, por outro lado, também são grandes defensores da revisão judicial, fundada no posicionamento central do Poder Judiciário. Rawls preocupa-se com a realização da justiça, entendendo que essa não pode ser reduzida à vontade da maioria em detrimento da minoria. Para ele, a justiça é tida como equidade e deriva de um acordo político de vontades “bem-informado, racional e voluntário” e esse acordo é o que torna possível um regime constitucional (RAWLS, 2000, p. 52).

Dworkin, por sua vez, tenta promover a reunião entre direito e moral. Para ele, tudo aquilo que não tiver uma solução normativa binária (*hard cases*)¹, será concretizado por meio de princípios que seriam interpretados por uma leitura moral do direito, plasmada na Constituição. Assim, Dworkin assevera que a função da Suprema Corte é garantir a justiça, mesmo que de maneira contrária à maioria, funcionando como um fórum de princípios. Essa Corte, portanto, exerceria um papel contra majoritário a fim de preservar os valores caros à comunidade política e social. (DWORKIN, 2001)

Ackerman, também defensor da revisão judicial, assevera que “sem a instituição da *judicial review*, a maioria parlamentar reinante terá estímulos massivos para ignorar ações prévias da soberania popular, sempre que lhe seja conveniente” (ACKERMAN, 2009, p. 41). Para o autor, normas jurídicas são legítimas por realizarem o projeto político de efetivação dos direitos

¹ Hard cases para Dworkin são os casos difíceis que devem ser resolvidos não com normas estritamente legais, mas com princípios e diretrizes políticas. Princípio seria um padrão e diretriz política um objetivo a ser alcançado. Segundo um prisma, princípios são normas legais e, por isso, vinculantes. Por outro prisma, são estratégias quando os juízes precisam ir além das regras legais.

fundamentais. Assim, as restrições ao poder político, pelo direito, objetivam possibilitar o pleno desenvolvimento da sociedade civil e da opinião pública.

Ocorre que a extrapolação do mecanismo de revisão judicial tem ocasionado uma espécie de supremacia do judiciário, que, em muitos casos, vem gerando perplexidade e questionamentos em todo o mundo e muitas são as vozes que se insurgem contra ela por entender caber ao povo ou ao parlamento a interpretação das constituições.

Waldron (2006, p. 1396), questionando esse excesso de poder do Judiciário, afirma que as falhas nas decisões dos parlamentos podem levar a uma tirania da maioria, mas o *judicial review* seria apenas uma nova rodada de decisão também com base na maioria - contra majoritária, eis que contrária à maioria do parlamento, muitas vezes também tirânica e realizada por membros sem legitimidade eleitoral.

Assevera Waldron, ainda, que o Legislativo, sendo uma assembleia maior, tem menos chance de errar que um pequeno grupo de juízes. Assegura que a preferência pela maioria do Judiciário em detrimento do legislativo demonstra uma desconfiança com a democracia. Argumenta, por fim, contra o *judicial review*, que é possível controlar o legislativo por meio de eleições periódicas, o que não ocorre com o Judiciário.

Observa-se que, mesmo aqueles autores contrários ao *judicial review*, na verdade tentam afastar a superioridade do Judiciário e não, de fato, sua capacidade ou competência para revisar atos dos demais poderes. A questão que se impõe, portanto, é saber se o *judicial review* leva necessariamente a uma supremacia judicial.

A supremacia judicial pressupõe que os juízes detenham a última palavra em interpretação constitucional, assim como o poder de determinar o significado da constituição. Por outro lado, *judicial review*, como explanado acima, significa a prerrogativa da jurisdição constitucional de revisar atos dos demais poderes que podem estar em conflito com a Constituição sem, necessariamente, determinar seu último significado. Portanto, é de se supor que a jurisdição constitucional e o *judicial review* não levam, necessariamente, à supremacia judicial.

Mas como impor limites aos Tribunais, detentores da função de revisar atos de outros poderes? E mais. Considerando que *judicial review* e supremacia judicial não são sinônimos a quem caberia essa última palavra?

Mesmo Rawls, que vê a Suprema Corte como uma instância da razão, entende que suas decisões devem ser motivadas e neutras, no sentido de não privilegiar quaisquer segmentos. Dworkin, da mesma forma que entende que as Cortes são mais bem posicionadas para revelar o sentido da constituição e garantir a estabilidade da democracia, considera primordial que os

julgamentos observem valores preconizados na ordem jurídica e que não haja uma liberdade irrestrita ao Judiciário. (DWORKIN, 2003, p. 271-272)

Voltando ao tema principal, podemos dizer que, na análise do caso do menor sob guarda, o Supremo Tribunal Federal agiu dentro dos limites do *judicial review*, revisando atos do legislativo em conflito com a Constituição? Ou agiu como se tivesse liberdade irrestrita, não observando os ditames preconizados na ordem jurídica?

Verificamos que o menor sob guarda foi excluído do rol dos beneficiários da previdência social por meio da Lei 9.528 de 1997. A Procuradoria Geral da República e o Conselho Federal da OAB interpuseram as ADIs 4.878 e 5.083 em dezembro de 2012 e janeiro de 2014, respectivamente. Em 12 de novembro de 2019 foi promulgada a Emenda Constitucional 103/2019 mantendo o disposto na Lei nº 9.528/97. Em 08 de junho de 2021, o Supremo Tribunal Federal 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”.

Por outro lado, o Parecer 53 de 1997, da Comissão Mista do Congresso, ao analisar a MP 1.596 que foi convertida na Lei 9.528/97, apontou como um dos objetivos da exclusão do menor sob guarda para fins previdenciários a necessidade de se alcançar o equilíbrio financeiro do INSS. (BRASIL, 1997). Da mesma forma, o parecer da Comissão Especial instituída para analisar a Proposta de Emenda Constitucional também deixou claro que o objetivo primordial da denominada Reforma Constitucional era garantir o equilíbrio atuarial da previdência social no Brasil. Verifica-se, portanto, que o Legislativo agiu em nome da maioria, preocupado com os custos dos direitos previdenciários. (BRASIL, 2019)

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, invocando os princípios da proteção integral da criança e do adolescente, da proibição do retrocesso social, da isonomia e da máxima efetividade dos direitos fundamentais, preocupou-se em proteger os direitos das minorias, como defendido por Rawls e Dworkin. No entanto, além de desconsiderar o custo dessa decisão para os cofres da previdência, o STF ignorou a existência da Emenda Constitucional 103/2019, que ratificou a intenção do legislador de excluir o menor sob guarda.

Não seria o caso de o Supremo Tribunal Federal considerar que ambas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade perderam o objeto em razão da Emenda Constitucional superveniente? Ao ignorar a Emenda Constitucional, supostamente em razão do princípio da demanda ou mesmo citando-a para afirmar que “tampouco prevalece, no caso em exame, a redação atual da Emenda Constitucional n.º 103/2019, que manteve a exclusão do “menor sob guarda” do rol de dependentes do segurado”; não agiu o STF com liberdade irrestrita? (pg. BRASIL, 2021, p. 67)

É fato que a Emenda Constitucional 103/2019 ainda pode ser objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, o que pode levar o Supremo a impor sua vontade sobre o Legislativo, mais uma vez, independentemente das razões que este expôs. O Legislativo, por seu turno, não ficaria adstrito às decisões de inconstitucionalidade do STF, que vinculam somente os órgãos administrativos e judiciais responsáveis pela aplicação da norma, jamais o Parlamento. Assim, poderia o Congresso Nacional, diante de uma suposta declaração de inconstitucionalidade da EC 103/2019, editar nova Emenda Constitucional reavivando a norma afastada pelo Supremo. Nada impede, por conseguinte, uma nova declaração de inconstitucionalidade em face desse dispositivo reeditado e assim sucessivamente.

No caso em análise, em 06 de dezembro de 2022, foi expedida a Portaria 1080 INSS/DIRBEN, objetivando orientar a obediência aos dispositivos contidos na EC 103/2019 e ao disposto no acórdão proferido nas ADIs retromencionadas. Assim, de acordo com seu art. 26 “para óbitos ocorridos entre 14 de outubro de 1996 e 13 de novembro de 2019, equipara-se a filho o menor sob guarda que comprove a dependência econômica, conforme determinado pelo STF no julgamento vinculante das ADI's 4878 e 5083”.

Assim, no atual momento, os menores sob guarda, cujos responsáveis faleceram entre 14 de outubro de 1996 e 13 de novembro de 2019, possuem direito à pensão por morte, caso comprovem a dependência econômica; os demais, não estão contemplados por esse benefício previdenciário. (BRASIL, 2022)

5- CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde sua instituição, a pensão por morte tinha o objetivo de proteger as pessoas que pudessem ficar em situação de vulnerabilidade em razão do óbito do segurado. Não foi diferente quando da extensão do benefício ao menor sob guarda, por meio do Decreto Lei nº 66 de 1966.

Por outro lado, a Constituição Federal, em seu artigo 227, dispõe que é dever da família, do Estado e da sociedade, garantir às crianças e adolescentes, com absoluta prioridade, o direito à vida, saúde, educação, lazer, dignidade, dentre outros. Visando regulamentar o referido artigo, em 1990 foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, norma especial de proteção das crianças e adolescentes, cujo §3º do artigo 33, confere ao menor sob guarda a condição de dependente, inclusive para fins previdenciários.

Posteriormente, sob a justificativa da existência de fraudes e em razão dos custos, o menor sob guarda foi excluído do rol de beneficiários da previdência social, por meio da Lei nº

9.528/97. Referida vontade legislativa foi corroborada pela Emenda Constitucional nº 103/2019, após inúmeras decisões judiciais que afastavam a aplicação daquela lei, por entendê-la contrária às disposições constitucionais e ao ECA.

Malgrado a existência de fraudes em que avós, segurados do INSS, assumem a guarda de netos que continuam submetidos ao poder familiar dos genitores, a fim de torná-los beneficiários de sua pensão por morte; há que se tomar medidas para prevenção e punição do referido ardid. Não se pode presumir a má-fé de todos os requerentes e, com isso, terminar por privar crianças e adolescentes de direitos constitucionalmente garantidos.

É certo que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar as ADIs 4.878 e 5.083, em junho de 2021, declarou a inconstitucionalidade da Lei nº 9.528/974, razão pela qual vigora, atualmente, uma regra de transição, que confere ao menor sob guarda o direito à pensão por morte, desde que o óbito do segurado tenha ocorrido até a data de promulgação da EC 103/2019. No entanto, faz-se necessário o questionamento da constitucionalidade referida emenda, a fim de assegurar ao menor sob guarda os benefícios que lhe foram conferidos pelo constituinte, em nome da proteção aos princípios da proibição do retrocesso social, da isonomia e da proteção integral e prioritária das crianças e adolescentes.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *A nova separação de poderes*. Tradução: Isabelle Maria Campos Vasconcelos, Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009

ARAÚJO, Larissa Olympia. *A pensão por morte à luz da Reforma Previdenciária - uma análise crítica sobre as inovações legislativas*. <https://jus.com.br/artigos/90283/a-pensao-por-morte-a-luz-da-reforma-previdenciaria-uma-analise-critica-sobre-as-inovacoes-legislativas>. Acesso em 16/05/2023

ARAÚJO NETO, Raul Lopes de. *Teoria Geral do Direito Previdenciário*. Teresina: EDUFPI, 2022

AVIAN, Eduardo. *Pensão por morte: evolução história, mudança de paradigma e situação atual*. <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/42263/pensao-por-morte-evolucao-historia-mudanca-de-paradigma-e-situacao-atual>. Acesso em 16/05/2023

BRASIL. *Lei 8.213, de 24 de julho de 1991*. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm Acesso em 16/05/2023

- BRASIL. *Parecer nº 53 de 1997*. Diário do Senado Federal: Ano LII, nº 219, p. 26404-26423. Brasília, 29 de novembro de 1997. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/13995?sequencia=82>. Acesso em 16/05/2023
- BRASIL. *Lei 9.528, de 10 de dezembro de 1997*. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19528.htm Acesso em 16/05/2023
- BRASIL. *Emenda Constitucional 103, de 12 de novembro de 2019*. Disponível em [planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm) Acesso em 16/05/2023
- BRASIL. *Parecer nº 53 de 1997*. Diário do Senado Federal: Ano LII, nº 219, p. 26404-26423. Brasília, 29 de novembro de 1997. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/13995?sequencia=82>. Acesso em 16/05/2023
- BRASIL. *Parecer de 04 de julho de 2019*. Diário da Câmara dos Deputados: Letra C, Edição Extra. Brasília, 05 de julho de 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucional nº 5083*. Ministro Relator: Gilmar Mendes, 08 de junho de 2021. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15347225925&ext=.pdf> Acesso em 16/05/2023
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001
- MOLLERS, CHRISTOPHERS: *The three branches - a comparative model of separation of powers*. 1ª Ed. United Kingdom: Oxford, 2013
- RAWLS, JOHN. *O Liberalismo político*. Tradução: Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000
- WALDRON, Jeremy. *The core of the case against judicial review*. Connecticut: The Yale Law Journal . [Vol. 115, No. 6 \(Apr., 2006\)](#) pp. 1346-1406