



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O MENOR SOB GUARDA COMO DEPENDENTE PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS

Ana Carolina Alves da Costa

Rio de Janeiro
2021

ANA CAROLINA ALVES DA COSTA

O MENOR SOB GUARDA COMO DEPENDENTE PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2021

O MENOR SOB GUARDA COMO DEPENDENTE PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS

Ana Carolina Alves da Costa

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – o presente artigo tem como objetivo analisar a possibilidade de o menor sob guarda ser considerado dependente para fins previdenciários, sobretudo após a reforma da previdência trazida ao ordenamento por meio da Emenda Constitucional nº 103/2019. Para isso, primeiramente são abordados os diferentes tipos de guarda, e é feita a sua comparação com o instituto da tutela. Em seguida, o trabalho expõe a mudança no rol de dependentes previdenciários equiparados a filho ao longo do tempo, e versa acerca da posição firmada pelo Superior Tribunal de Justiça que entendeu pela inclusão do menor sob guarda nesse rol. Por fim, defende a manutenção desse entendimento mesmo diante da nova norma.

Palavras Chave – Direito Previdenciário. Menor sob guarda. Reforma da previdência.

Sumário - Introdução. 1. Menor sob guarda X menor tutelado. 2. A exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes para fins previdenciários com o advento da EC 103/2019. 3. A Jurisprudência consolidada do STJ frente à mudança legislativa. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende abordar a questão do menor sob guarda enquanto dependente para fins previdenciários, tema que sempre foi alvo de discussão na doutrina e na jurisprudência, em razão da ausência de previsão expressa na lei previdenciária. Diante dessa lacuna na lei, o assunto foi repetidamente levado aos tribunais do país, com as crianças e adolescentes nessa condição buscando, por essa via, o reconhecimento do seu direito.

Nesse cenário, o Superior Tribunal de Justiça firmou tese, sob a sistemática de julgamento de recursos repetitivos, (Tema 732), garantindo o direito à percepção de pensão por morte ao menor sob guarda.

A conclusão do Tribunal foi no sentido que o Estatuto da Criança e do Adolescente ostenta qualidade de lei especial, enquanto a legislação previdenciária é lei geral, de maneira que a primeira deve prevalecer em caso de conflito, e o ECA estende ao menor sob guarda todos os direitos, inclusive previdenciários.

Ocorre que, a nova redação trazida pela Emenda Constitucional 103/2019 prevê que são equiparados a filho exclusivamente o enteado e o menor tutelado, ou seja, excluindo expressamente quaisquer outras situações. Desse modo, a questão do menor sob guarda ficou novamente fadada à incerteza, mormente porque nesse caso a alteração normativa se deu por meio de emenda, deixando dúvida a persistência do argumento de que o ECA deveria prevalecer nesse novo cenário.

Nesse contexto, pretende-se, no primeiro capítulo, discorrer sobre os institutos da guarda e da tutela, analisando a condição do menor sob guarda na legislação atual, e comparando-a à do menor tutelado, sobretudo com relação aos efeitos práticos trazidos para a vida desses menores e adolescentes.

No segundo capítulo, a intenção é fazer uma abordagem histórica da situação do menor sob guarda frente às mudanças legislativas ocorridas desde a promulgação da Lei previdenciária, bem como a reação jurisprudencial à essas alterações, chegando à tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça. Nesse mesmo capítulo pretende-se avaliar a mudança trazida pela reforma da previdência, principalmente se ela implicaria em violação à Constituição Federal e ao ECA, que preveem proteção absoluta às crianças e aos adolescentes.

Por fim, no terceiro capítulo, o objetivo é defender que o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o menor sob guarda sustenta qualidade de dependente para fins previdenciários, não está superado, mesmo diante da Emenda Constitucional 103/2019. Para isso, será feita uma análise dos fundamentos da decisão, além de um estudo acerca da hierarquia das normas, e do controle de constitucionalidade.

O método de pesquisa utilizado é bibliográfico, com coleta de dados a partir de livros, artigos e publicações em geral. Nesse sentido, para a abordagem do objeto estudado, a pesquisa é qualitativa, tudo com o objetivo de sustentar sua defesa.

1. MENOR SOB GUARDA X MENOR TUTELADO

A doutrina da proteção integral da criança e do adolescente foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro por meio do artigo 227¹ da Constituição da República de 1988, segundo a qual é um dever conjunto da família, da sociedade e do Estado assegurar que a criança, o adolescente e o jovem tenham, com absoluta prioridade, os seus direitos preservados, bem como resguardá-los de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O Estatuto da Criança e do Adolescente² também consagra essa mesma doutrina expressamente em seus artigos 3º e 4º, e de maneira ainda mais específica que a Constituição, pois além de prever esse dever conjunto em garantir os direitos dos menores, ele ainda afirma

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 set. 2020.

² BRASIL. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 30 set. 2020.

que deve-se assegurar todas as oportunidades e facilidades para facultar o seu desenvolvimento em condições de liberdade e dignidade, que os direitos se aplicam a todas as crianças e adolescentes, sem nenhum tipo de discriminação, e também enumera os aspectos que a garantia de prioridade compreende.

O Código Civil de 2002, em consonância com a nova ordem constitucional que deu maior protagonismo a figura dos menores, abandonou a terminologia “pátrio poder”, substituindo-a pela figura do poder familiar, que na realidade não é apenas um poder, mas um poder-dever, que os pais possuem em relação aos seus filhos menores não emancipados, e que visa o interesse e a proteção desses filhos. Nas Palavras de Paulo Lôbo³, a definição de poder familiar:

A autoridade parental (“poder familiar”, segundo o Código Civil) é o exercício dos direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, no interesse destes. Configura uma autoridade temporária, exercida até a maioridade ou emancipação dos filhos. Ao longo do tempo, mudou substancialmente o instituto, acompanhando a evolução das relações familiares, distanciando-se de sua função originária — voltada ao interesse do chefe da família e ao exercício de poder dos pais sobre os filhos — para constituir um complexo de relações, em que ressaltam os deveres e as responsabilidades

Conforme aduz Rolf Madaleno⁴, em situação normal, os genitores exercem o Poder Familiar em sua plenitude, sendo responsáveis pelos deveres de cuidado, criação e educação dos filhos. Mesmo diante da ausência de um dos pais, havendo um dos genitores, este responderá pelos filhos, e, nessa hipótese restará configurada uma relação monoparental.

Ocorre que, há casos atípicos, em que o menor está fora do poder familiar. São casos em que ocorre extinção, suspensão ou perda deste poder, o que pode se dar por fatos naturais, como o falecimento de ambos os genitores, ou por decisão judicial na qual o magistrado determina essa situação, nos termos previstos pelo Código Civil. Nesses casos, o menor terá de ser reinserido em outro núcleo familiar.

O Estatuto da Criança e do Adolescente⁵, prevê, em seu artigo 28, que a colocação do menor em família substituta se fará sob guarda, tutela ou adoção. A adoção, ao contrário dos outros dois casos, rompe o vínculo com a família biológica de maneira definitiva, e com ela o adotado adquire os mesmos direitos que os demais filhos, por força do princípio constitucional

³ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 8. ed. V. 5. São Paulo: Saraiva, 2018, [e-book].

⁴ MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, [e-book].

⁵ BRASIL, op. cit., nota 2.

da igualdade entre filhos, trazido no bojo da Constituição da República⁶, em seu artigo 227, § 6º.

Com relação à guarda, vale ressaltar que esta se divide em dois tipos, a primeira, no âmbito do poder familiar, e a segunda, que é aquela trazida pelos artigos 33 a 35⁷ do Estatuto da Criança e do Adolescente, e que será objeto de estudo nesse artigo.

Leciona Flávio Tartuce⁸, que o objetivo principal da guarda, nesse caso, é regularizar a posse de fato do menor, e ela pode ser deferida de maneira liminar ou incidente nos processos de tutela ou adoção – excetuando-se o caso de adoção por estrangeiros. Por meio dela, o seu detentor fica obrigado a prestar assistência moral, educacional e material à criança ou adolescente, podendo se opor à terceiros, ainda que sejam os pais, o que acaba se traduzindo em verdadeiro poder familiar.

A guarda pode também ser deferida, em casos excepcionais, fora de processo de tutela ou adoção para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsáveis, caso em que pode ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados, conforme preceitua o ECA. Sobre essa situação, Rolf Madaleno⁹ observa:

A guarda vinculada a terceiros em muito se aproxima do conceito de família extensa ou ampliada, acrescentado ao Estatuto da Criança e do Adolescente pela Lei n. 12.010/2009 e correspondendo àquela família que se estende para além da unidade pais e filhos e que é formada por parentes próximos, com os quais a criança convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. Desse modo a criança cujos pais foram destituídos do poder familiar e, por conseguinte, da própria guarda física de sua prole, deverão ser prioritariamente, mantidos ainda em sua família consanguínea, mas em outra dimensão ou extensão, através da guarda de terceiros, como avós, irmãos tios e primos, mas que apresentem com a criança ou com o adolescente os necessários laços de afinidade e afetividade, compreendendo a família no seu sentido plural, onde o elo de importância está no sangue, mas fundamentalmente no amor.

Ressalte-se que a guarda, em regra geral, não impede a visitação dos pais, mas confere ao menor a condição de dependente para todos os fins e efeitos de direito.

A tutela, por fim, é deferida após a perda ou suspensão do poder familiar, e implica, necessariamente, no poder de guarda. Ela é dividida em três categorias, previstas no Código Civil.

⁶ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁷ BRASIL, op. cit., nota 2.

⁸ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito de família*. 14. ed. V. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2019, [e-book].

⁹ MADALENO, op. cit.

Primeiramente, no artigo 1.729, parágrafo único¹⁰, há a previsão da tutela testamentária, instituída por vontade dos pais, em conjunto, por meio de testamento ou outro documento autêntico, e sendo necessário que os pais detenham o poder familiar no momento do óbito.

A segunda hipótese é de tutela legítima, que é aquela trazida pelo artigo 1.731¹¹, cabendo aos parentes consanguíneos do menor, com preferência dos ascendentes sobre os colaterais, e sempre partindo daqueles de grau mais próximo para os mais distantes.

O artigo 1.732¹², por sua vez, traz o instituto da tutela dativa, caso em que o juiz nomeia tutor idôneo e residente no município do menor, diante da ausência de tutor testamentário ou legítimo, da exclusão ou escusa desses, ou ainda quando removidos por inidoneidade.

A tutela é instrumento por meio do qual é outorgada a representação, o governo e a assistência dos menores, diante da falta de seus pais, com finalidade na proteção e representação legal e oficial dessas crianças e adolescentes, bem como de seu patrimônio, e representa a substituição do poder familiar, conforme traduz Rolf Madaleno¹³.

Estudando os dois institutos, pode-se perceber que, ainda que cada um tenha as suas particularidades, as consequências práticas de ambos na realidade dos envolvidos é muito semelhante.

Mesmo diante dessa similitude prática dos efeitos trazidos pelos institutos da guarda e da tutela, sobretudo na vida dos menores por eles abarcados, a legislação previdenciária insiste em dar tratamento diferenciado aos dois casos, considerando como dependente somente o menor tutelado, e excluindo da sua proteção o menor sob guarda. Essa diferenciação representa verdadeira afronta à Constituição Federal e ao Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme será exposto ao longo deste artigo.

2. A EXCLUSÃO DO MENOR SOB GUARDA DO ROL DE DEPENDENTES PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS COM O ADVENTO DA EC 103/2019

A Emenda Constitucional nº 103¹⁴, de 12 de novembro de 2019, consubstancia a reforma da previdência e, dentre as muitas mudanças trazidas por esse texto normativo, a mais relevante delas para o estudo do tema ora abordado está no artigo 23, parágrafo sexto, que prevê

¹⁰ BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 30 set. 2020.

¹¹ Ibid.

¹² Ibid.

¹³ MADALENO, op. cit.

¹⁴ BRASIL. *Emenda Constitucional nº 103*, de 12 de novembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm>. Acesso em: 17 mar. 2021.

que “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”.

A questão do rol de dependentes para fins previdenciários é controversa, e já passou por diversas alterações normativas. Na redação original do artigo 16, parágrafo segundo¹⁵, da Lei nº 8.213/91 o menor sob guarda - assim como o enteado e o menor sob tutela - era expressamente reconhecido como dependente, equiparado a filho, desde que mediante declaração do segurado, e que a guarda tivesse sido estabelecida por decisão judicial.

Essa situação se manteve estável até a promulgação da Lei nº 9.528/97¹⁶. Com o advento dessa lei, que alterou o artigo 16, parágrafo segundo¹⁷ da Lei nº 8.213/91, o menor sob guarda foi retirado do rol expresso de dependentes previdenciários equiparados a filho, que passou a se restringir ao menor tutelado e ao enteado, desde que comprovada a dependência econômica.

O Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁸, por outro lado, prevê, em seu artigo 33, parágrafo terceiro, que “a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários”. Essa é mais uma demonstração do princípio da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente, que são dois princípios basilares do Estatuto, indo ao encontro do previsto na Constituição da República¹⁹, sobretudo em seu artigo 227.

Sobre essa necessidade de proteção especial das crianças e adolescentes, Rolf Madaleno²⁰ observa:

Dotados de direitos especiais, têm as crianças e adolescentes, por sua exposição e fragilidade, prioridade em sua proteção, como fato natural dessa etapa de suas vidas, quer fiquem expostas por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, ou por abuso dos pais ou responsáveis. Crianças e adolescentes são destinatários do princípio dos melhores interesses, conceito jurídico indubitavelmente indeterminado, mas que sempre haverá de prevalecer em favor do infante quando em confronto com outros valores, pois sempre será necessário assegurar o pleno e integral desenvolvimento físico e mental desse adulto do futuro, sujeito de direitos.

Desse modo, apesar da alteração normativa supracitada, a questão continuou a ser debatida, com menores em situação de guarda provocando o Poder Judiciário a fim de obter o reconhecimento da situação de dependência e conseqüentemente a percepção de benefício

¹⁵ BRASIL. *Lei nº 8.213*, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 17 mar. 2021.

¹⁶ BRASIL. *Lei nº 9.528*, de 10 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9528.htm#art2>. Acesso em: 17 mar. 2021.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 14.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 2.

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁰ MADALENO, op. cit.

previdenciário instituído por seus guardiões, se baseando no Estatuto da Criança e do Adolescente²¹ e na Constituição da República²².

Ao longo do tempo a Jurisprudência se tornou pacífica no sentido de reconhecer esse direito. A Turma Nacional de Uniformização julgou o tema em mais de uma ocasião, reconhecendo a possibilidade de concessão de pensão por morte ao menor sob guarda, mesmo nos casos em que o óbito do segurado tenha ocorrido na vigência da Lei nº. 9.528/1997²³, sob o argumento de que o Estatuto da Criança e do Adolescente deve prevalecer²⁴, como ilustra a seguinte ementa²⁵:

Pedido de uniformização de jurisprudência formulado pela autora. Previdenciário. Pensão por morte. Menor sob guarda. Dependente para fins previdenciários. Prevalência do ECA. Óbito do segurado ocorrido sob a vigência da lei n.º 9.528/97. Art. 33, parágrafo 3º, do estatuto da criança e do adolescente. Conflito aparente de normas. Incompatibilidade material do art. 16, parágrafo 2º, da lei 8213/91, com o princípio da proteção integral da criança e do adolescente. Art. 227, parágrafo 3º, da constituição federal. Possibilidade de concessão do benefício. Questão de ordem nº 20 da TNU. Incidente conhecido e parcialmente provido.

No mesmo sentido se posicionou o Superior Tribunal de Justiça, que julgou a questão utilizando a sistemática de recursos repetitivos, sob o Tema 732, ocasião em que firmou a seguinte tese²⁶:

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.

A matéria é ainda objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5083, na qual o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil questiona a alteração trazida pela Lei nº 9.528/1997²⁷ ao artigo 16, parágrafo segundo, da Lei nº 8.213/1991²⁸, sob o argumento de que

²¹ BRASIL, op. cit., nota 2.

²² BRASIL, op. cit., nota 1.

²³ BRASIL, op. cit., nota 15.

²⁴ BRASIL, op. cit., nota 2.

²⁵ BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. *PEDILEF 5005069-90.2012.4.04.7102*. Relator Juiz Federal Daniel Machado da Rocha. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/phpdoc/virtus/>>. Acesso em: 25/04/2021.

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1411258/RS*. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1411258>. Acesso em: 25 abr.2021.

²⁷ BRASIL, op. cit., nota 15.

²⁸ BRASIL, op. cit., nota 14.

ela estaria tratando de modo desigual filhos, enteados e menores tutelados em comparação ao menor sob guarda, quando todos estariam na mesma situação de dependência econômica.

A OAB alega que essa distinção violaria diversos princípios constitucionais, mormente o da isonomia, da dignidade da pessoa humana, da segurança jurídica e da proteção integral da criança e do adolescente. A ação segue pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

O advento da EC 103/2019²⁹, representa uma ameaça para este cenário, até então estável, de jurisprudência consolidada pela possibilidade de reconhecimento do menor sob guarda como dependente previdenciário. Isso porque, a legislação previdenciária anterior apenas omitiu a figura desse menor do artigo 16, parágrafo segundo, da Lei nº 8.213/1991³⁰, enquanto o artigo 23, parágrafo sexto da EC 103/2019³¹ dispõe expressamente que a equiparação de filho deve se dar exclusivamente ao menor tutelado e ao enteado.

Nota-se que houve uma preocupação do legislador em evitar o surgimento de quaisquer questionamentos acerca da possibilidade de extensão dessa equiparação para outros grupos - como o do menor sob guarda - bem como de suprimir a margem para interpretação jurisprudencial, à exemplo do que ocorreu previamente.

Outro ponto relevante é que a alteração legislativa dessa vez se deu por Emenda Constitucional, e não por lei ordinária, o que influencia diretamente na hierarquia entre as normas. Um dos principais argumentos para a manutenção do menor sob guarda no rol de dependentes seria justamente a afronta ao ECA, porém, em se tratando de Emenda Constitucional, não haveria mais como sustentar esse argumento, tendo em vista o status superior da última.

De outra sorte, o ECA em muitas ocasiões espelha previsões constitucionais, o que reacende a discussão, fazendo com que não haja, por enquanto, consenso formado.

3. A JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STJ FRENTE À MUDANÇA LEGISLATIVA.

O poder constituinte é dividido pela doutrina em poder constituinte originário, e poder constituinte derivado. Sobre o poder constituinte originário, leciona Paulo Gustavo Gonet Branco³²:

²⁹ BRASIL, op. cit., nota 13.

³⁰ BRASIL, op. cit., nota 14.

³¹ Ibid.

³² MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 101.

A autoridade máxima da Constituição, reconhecida pelo constitucionalismo, vem de uma força política capaz de estabelecer e manter o vigor normativo do Texto. Essa magnitude que fundamenta a validade da Constituição, desde a Revolução Francesa, é conhecida com o nome de poder constituinte originário. Ao contrário do que ocorre com as normas infraconstitucionais, a Constituição não retira o seu fundamento de validade de um diploma jurídico que lhe seja superior, mas se firma pela vontade das forças determinantes da sociedade, que a precede. Poder constituinte originário, portanto, é a força política consciente de si que resolve disciplinar os fundamentos do modo de convivência na comunidade política.

A Constituição da República de 1988 é resultado de exercício do poder constituinte originário. Com a sua promulgação, houve um rompimento com a ordem constitucional anterior e uma modificação da estrutura constitucional do Estado em seus aspectos basilares.

O poder constituinte derivado, por sua vez, se subdivide em reformador e decorrente, e o poder constituinte derivado reformador é exercido por meio de emendas à constituição. Sobre o tema, nas palavras de Alexandre de Moraes³³:

O Poder Constituinte derivado reformador, denominado por parte da doutrina de competência reformadora, consiste na possibilidade de alterar-se o texto constitucional, respeitando-se a regulamentação especial prevista na própria Constituição Federal e será exercitado por determinados órgãos com caráter representativo. No Brasil, pelo Congresso Nacional.

Considerando esse cenário, a emenda constitucional deve estar em consonância com o texto constitucional. O poder constituinte derivado, ao contrário do originário, não é ilimitado, ele tem a função de adaptar a Constituição a novos contextos sociais e políticos, sem, contudo, dissociar-se da sua base, precipuamente no que diz respeito às cláusulas pétreas.

Desse modo, para além dos requisitos previstos no artigo 60 da Constituição da República³⁴, a emenda constitucional deve ainda respeitar requisitos materiais, sob risco de ser objeto de controle de constitucionalidade, e, se for o caso, ter a sua inconstitucionalidade declarada. Sobre a possibilidade de controle de constitucionalidade do poder reformador, leciona o Ministro Luis Roberto Barroso³⁵:

Encontrando fundamento na Constituição e sendo por ela disciplinado, o poder reformador é, na verdade, uma competência juridicamente vinculada. Como consequência, afigura-se natural e lógico que esteja sujeito aos diferentes mecanismos de controle de constitucionalidade. No direito brasileiro, tal possibilidade é mais do que puramente teórica: o Supremo Tribunal Federal já admitiu inúmeras ações diretas

³³ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, [e-book].

³⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁵ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva 2015, [e-book].

de inconstitucionalidade contra emendas constitucionais, tendo acolhido diversas delas.

A Emenda Constitucional nº 103/2019³⁶, na tentativa de suprimir o direito do menor sob guarda à percepção de pensão por morte, tratou crianças e adolescente em situação igual como desiguais. Apesar das diferenças jurídicas entre o instituto da tutela e o instituto da guarda, na prática ambos se confundem.

Fato é que a situação de dependência do menor está presente nos dois casos, seja com relação aos tutores ou aos guardiões, e o ordenamento deveria priorizar o bem-estar desses cidadãos.

O princípio da isonomia e a ampla e prioritária proteção à criança e ao adolescente são diretrizes constitucionais, que estão sendo frontalmente contrariadas pelo conteúdo da emenda em questão, nesse ponto.

Além disso, o artigo 227 da Constituição da República³⁷, prevê expressamente que o menor deve ter direito a proteção especial e que esse é um dever que cabe também ao Estado, além da família e da sociedade. O parágrafo 3º, II, do mesmo artigo, inclui os direitos previdenciários e trabalhistas nessa proteção ao menor, enquanto o parágrafo 3º, VI, reconhece a vulnerabilidade do menor órfão ou abandonado, com estímulo do Poder Público ao seu acolhimento, sob a forma de guarda.

Desse modo, percebe-se que há um incentivo do legislador ao instituto da guarda enquanto forma de acolhimento, o que vai de encontro a essa distinção legislativa, que se mostra extremamente prejudicial aos menores nessa condição.

O Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a alteração do art. 16, § 2º da Lei nº 8.213/91³⁸, pela Lei nº 9.528/97³⁹, no julgamento do Tema 732, concluiu que ela implicaria em um retrocesso normativo, indo contra o comando explícito e, sobretudo, o espírito da norma constitucional. Afirmou ainda que os direitos fundamentais são de inquestionável pertinência, e que os dispositivos definidores desses direitos devem ser interpretados de forma a garantir a sua plena eficácia.

No fundamento da decisão, que reconheceu o direito, o Relator, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho⁴⁰, afirmou ainda:

³⁶ BRASIL, op. cit., nota 14.

³⁷ BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁸ BRASIL, op. cit., nota 14.

³⁹ BRASIL, op. cit., nota 15.

⁴⁰ BRASIL, op. cit., nota 25.

A alteração de uma norma concessiva ou ampliativa de direito fundamental previsto na CF atentam contra a proibição de retrocesso, princípio constitucional implícito que se destina justamente para os casos em que o direito fundamental exija a edição de normas para a consecução do seu fim, visando evitar que o legislador ordinário suprima arbitrariamente a disciplina infraconstitucional concretizadora de um direito fundamental social, sem criar alternativas que conduzam ao objetivo social.

Em suma, a conclusão da decisão foi pela preponderância do ECA sobre a Lei Geral da Previdência Social, sob o argumento de que a primeira é norma especial, que estende os direitos de esfera previdenciária ao menor sob guarda, enquanto a última é norma geral, e apenas silente nesse mérito.

Apesar desse ser o ponto central da tese definida, as razões que motivaram a decisão não se restringem a isso, de maneira que não se pode ignorar todo o restante da fundamentação.

Conforme foi amplamente demonstrado ao longo do artigo, o ECA está em perfeita harmonia com a previsão constitucional e com a ideologia do sistema jurídico, que prioriza as crianças e os adolescentes. Não se trata pura e simplesmente de uma previsão qualquer contida em lei especial, mas sim de uma situação em que o conteúdo constitucional está espelhado nessa norma.

Diante disso, ainda que a alteração tenha se dado por emenda constitucional, o que faz com que a previsão ostente *status* normativo superior ao ECA, o entendimento do STJ não está automaticamente invalidado. Os demais fundamentos que embasaram a decisão se mantêm inalterados, e são, por si só, aptos a garantir que o menor sob guarda tenha o seu direito de dependente previdenciário reconhecido.

CONCLUSÃO

A pesquisa constatou que mesmo com o advento da reforma da previdência, trazida ao ordenamento por meio da Emenda Constitucional nº 103/19, o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de estender a equiparação a filho ao menor sob guarda para fins de reconhecimento enquanto dependente previdenciário tende a se manter válido.

Desde a promulgação da Lei nº 8.213/91 o rol dos considerados dependentes para percepção de pensão por morte já passou por algumas alterações. O texto original previa expressamente a inclusão do menor sob guarda nessa condição, na qualidade de equiparação ao filho, mas com a publicação da Lei nº 8.213/91, ele foi retirado desse rol, que passou a se restringir ao menor tutelado e ao enteado.

Com isso, a questão passou a ser constantemente judicializada, ou seja, as pessoas que se encontram nessa situação passaram cada vez mais a recorrer ao Poder Judiciário, a fim de obter o reconhecimento dos seus direitos. O argumento central utilizado nesses casos, era no sentido de que a exclusão do menor sob guarda iria de encontro ao Estatuto da criança e do adolescente, que prevê que a guarda confere ao menor todos os direitos, inclusive previdenciários.

A jurisprudência aos poucos foi se tornando pacífica, e se posicionando no sentido de reconhecer o direito dos menores nessa condição.

Nesse ponto, merece destaque o julgamento do Tema 732 pelo Superior Tribunal de Justiça sob a sistemática dos recursos repetitivos, em que ficou definida tese reconhecendo os direitos do menor sob guarda na esfera previdenciária, desde que comprovada a dependência econômica e mesmo que o óbito do instituidor tenha ocorrido posteriormente à vigência da Medida Provisória 1.523/96, reeditada e convertida na Lei 9.528/97.

Essa importante decisão do STJ pôs fim à polêmica por um tempo, mesmo com Recurso Extraordinário ainda pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, visto que os tribunais locais passaram a seguir a orientação do Tribunal Superior.

Ocorre que a edição da Emenda Constitucional nº 103/2019 acabou reacendendo a discussão. Isso porque ela prevê que, para percepção de pensão por morte, equiparam-se a filho exclusivamente o menor tutelado e o enteado, ou seja, ela traz de maneira expressa a proibição de ampliação deste rol.

Como a EC ostenta status de norma constitucional, ela deveria, em tese, se sobrepor ao ECA, mesmo este sendo lei especial, de modo que a proibição de extensão do rol de beneficiários de pensão por morte, e a consequente exclusão do menor sob guarda deste rol, prevaleceriam, tornando assim sem efeito a prévia decisão do STJ em sentido contrário, visto que pautada em legislação de status inferior.

Analisando mais a fundo os fundamentos da sobredita decisão, porém, pode-se perceber que, apesar de pautada no ECA, ela encontra respaldo na Constituição da República. Muitos dos dispositivos do estatuto reproduzem princípios constitucionais, tanto implícitos quanto expressos, e, ainda que se tenha concluído que o ECA deveria se sobrepor à lei geral da previdência, não se pode ignorar todo o embasamento sobre o qual se construiu essa tese.

Não se trata pura e simplesmente da hierarquia entre as normas, mas sim de preceitos que norteiam todo o ordenamento jurídico, e encontram a sua maior base na Constituição, ou seja, no poder constituinte originário. Dessa maneira, mesmo se pautando na questão do status

normativo, não haveria motivo para considerar que a decisão do Superior Tribunal de Justiça esteja superada.

A emenda constitucional, por representar espécie de exercício do poder constituinte reformador, não pode estar em dissonância com o texto constitucional, cabendo, nessa hipótese, até mesmo o exercício de controle de constitucionalidade.

Por esse motivo, nesse artigo defende-se a posição de que a edição da EC 103/2019 não importa em superação do entendimento do STJ, e, conseqüentemente, que os menores sob guarda devem continuar a ser considerados como dependentes para fins previdenciários, mesmo nos dias atuais, independentemente da data em que ocorreu o óbito do instituidor do benefício.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Curso de *direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva 2015, [e-book].

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 set. 2020.

_____. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 30 set. 2020.

_____. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 30 set. 2020.

_____. *Emenda Constitucional nº 103*, de 12 de novembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm>. Acesso em: 17 mar. 2021.

_____. *Lei nº 8.213*, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm>. Acesso em: 17 mar. 2021.

_____. *Lei nº 9.528*, de 10 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9528.htm#art2>. Acesso em: 17 mar. 2021.

_____. Turma Nacional de Uniformização. *PEDILEF 5005069-90.2012.4.04.7102*. Relator Juiz Federal Daniel Machado da Rocha. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/phpdoc/virtus/>>. Acesso em: 25 abr. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1411258/RS*. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1411258>. Acesso em: 25 abr. 2021.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 8. ed. V. 5. São Paulo: Saraiva, 2018, [e-book].

MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, [e-book].

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, [e-book].

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito de família*. 14. ed. V. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2019, [e-book].