



**A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE AO MENOR  
SOB GUARDA A PARTIR DA VIGÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL  
103/19: DESAFIOS E PERSPECTIVAS**

**GRANTING THE DEATH PENSION TO THE MINOR UNDER GUARD  
FROM THE TERM OF THE CONSTITUTIONAL AMENDMENT 103/19:  
CHALLENGES AND PERSPECTIVES**

<i>Recebido em:</i>	22/07/2020
<i>Aprovado em:</i>	04/12/2020

**Antonio Bazilio Floriani Neto<sup>1</sup>**

**Juliana Munhoz da Cunha Marques<sup>2</sup>**

**RESUMO**

Este estudo visa analisar a validade da aplicação do precedente firmado pelo STJ no julgamento do Recurso Especial 1.411.258/RS (Tema 732 dos Recursos Repetitivos) em relação à concessão de pensão por morte ao menor sob guarda a partir da alteração constitucional promovida pela EC 103/19. Para fins desta análise, será considerado o

<sup>1</sup> Doutor em direito pela PUCPR, mestre em direito econômico e especialista em direito previdenciário pela PUCPR. Advogado e professor universitário na Faculdade de Educação Superior do Paraná (FESP). Coordenador do curso de pós-graduação em direito previdenciário da PUCPR. Endereço eletrônico: antonio@rochaefloriani.com.br

<sup>2</sup> Especialista em Direito Processual Civil pelo IBEJ – Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos. Procuradora Federal. Pós-graduanda em Direito Previdenciário e Processual Previdenciário na PUC-PR. Endereço eletrônico: julianamcmarques@hotmail.com



benefício de pensão por morte no âmbito do Regime Geral de Previdência Social. O tema foi desenvolvido, inicialmente, sob a ótica da evolução do conceito de risco social e do modelo de previdência adotado no Brasil. Posteriormente, buscou-se demonstrar que a inovação constitucional confronta com princípios básicos do Estado Social, exigindo uma análise a partir das demais fontes do direito. Finalmente, formou-se o caminho para ponderar sobre a compatibilidade da emenda constitucional com o ordenamento jurídico implementado pelo constituinte de 1988.

**Palavras-chave:** Pensão por morte; Menor sob Guarda; Emenda Constitucional; Princípios.

#### ABSTRACT

This study aims to analyze the validity of the application of the precedent set by the STJ in the judgment of Special Appeal 1.411.258/RS (Theme 732 of Repetitive Appeals) in relation to the granting of a death pension to the minor under custody as of the constitutional amendment promoted by EC 103/19. For the purposes of this analysis, the death pension benefit under the General Social Security Regime will be considered. The theme was initially developed from the perspective of the evolution of the concept of social risk and the pension model adopted in Brazil. Subsequently, it was sought to demonstrate that constitutional innovation confronts basic principles of the Social State, requiring an analysis from the other sources of law. Finally, the way was formed to consider the compatibility of the constitutional amendment with the legal system implemented by the 1988 constituent.

**Keywords:** Death pension; Minor under Guard; Constitutional amendment; Principles.

### 1. Introdução

A doutrina na área previdenciária é uníssona ao comentar acerca dos impactos causados pela primeira revolução industrial nas relações de trabalho ao final do século XVII



e como este evento reestruturou a forma com que os riscos sociais eram cobertos.<sup>3</sup> Antes, a produção era predominantemente artesanal e os indivíduos desenvolviam suas tarefas, em grande parte, por conta própria ou com o auxílio de poucas pessoas. Havia um controle maior sobre os riscos, sobre a intensidade do trabalho e “a segurança era ‘integrada’ de forma empírica na realização dos trabalhos”.<sup>4</sup>

Com uma sociedade predominantemente rural, as famílias eram numerosas e a proteção diante dos infortúnios da vida se dava dentro do próprio núcleo familiar, cabendo aos mais jovens e aptos para o trabalho cuidar daqueles com idade avançada ou incapacitados<sup>5</sup>.

Quando a proteção familiar era insuficiente ou inexistia, buscava-se amparo na ajuda voluntária de terceiros, incentivada pela Igreja<sup>6</sup>. Neste momento, sequer se cogitava a intervenção estatal, que passou a ser ventilada somente no século XVII, com a Lei dos Pobres<sup>7</sup>.

Com a revolução industrial, a estrutura protetiva construída em torno da família sofreu importantes modificações. A conversão dos cercamentos de terras comuns em pastagens é considerada como “o primeiro forte abalo à segurança social dos trabalhadores do campo”, ocorrido entre os séculos XVI e XVIII.<sup>8</sup>

<sup>3</sup> FREITAS, Luís Conceição. **Manual de segurança e saúde do trabalho**. 3. ed. Lisboa: Edições Sílabo, 2016, p. 24-25. Cláudia Salles Vilela Vianna também aponta a Revolução Industrial como evento que desencadeou maior preocupação com a segurança e proteção dos trabalhadores (VIANNA, Cláudia Salles Vilela. **Acidente do trabalho**: abordagem completa e atualizada. São Paulo: LTr, 2017. p. 13).

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>5</sup> IBRAHIM, Fabio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. Rio de Janeiro: Impetus, 2020. p. 1.

<sup>6</sup> IBRAHIM, Fabio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. Rio de Janeiro: Impetus, 2020. p. 1.

<sup>7</sup> IBRAHIM, Fabio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. Rio de Janeiro: Impetus, 2020. p. 1.

<sup>8</sup> SAVARIS, José Antonio. A proteção acidentária no contexto da evolução dos direitos de proteção social. In: LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro; SERAU JUNIOR, Marco Aurélio; FOLMANN, Melissa (coord.). **Os 100 anos da proteção ao acidente de trabalho no Brasil**. Curitiba: IBDP, 2019. p. 54-55.



Isto culminou no êxodo rural, fazendo com que trabalhadores do campo deixassem o local de onde retiravam seu sustento. Por consequência, alterou-se a estrutura dos campos abertos e a terra arável foi convertida em pastagens, aumentando o preço da propriedade.<sup>9</sup>

Os ambientes outrora ocupados por trabalhadores, foram habitados por criações de carneiros, cuja lã era comercializada às indústrias e o desenvolvimento do comércio lanígero constituiu importante recurso para a Inglaterra.<sup>10</sup>

Neste compasso, alterou-se, por consequência, o tecido social: “aldeias abandonadas e ruínas de moradias humanas testemunhavam a ferocidade da revolução, ameaçando as defesas do país, depredando suas cidades, dizimando sua população [...]”.<sup>11</sup>

A partir do momento em que alguns setores produtivos passaram a exigir uma maior concentração de mão-de-obra, uma nova forma de organização do trabalho foi criada, fundada na entrada do capital no processo produtivo, na propriedade das ferramentas, da matéria-prima, no controle e venda da produção pelo detentor do capital, na divisão do trabalho, nas escalas de horário.<sup>12</sup>

Em um sistema fabril, diversos trabalhadores eram concentrados em uma mesma unidade produtiva, em que existiam várias máquinas, complexas, como no caso de fiações de algodão e nas fábricas de açúcar.<sup>13</sup> Com a mecanização, a divisão do trabalho foi generalizada, fragmentando a produção de cada item em etapas sucessivas, o que exigiu do trabalhador mais esforço repetitivo.<sup>14</sup>

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 55.

<sup>10</sup> *Idem.*

<sup>11</sup> SAVARIS, José Antonio. A proteção acidentária no contexto da evolução dos direitos de proteção social. In: LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro; SERAU JUNIOR, Marco Aurélio; FOLMANN, Melissa (coord.). **Os 100 anos da proteção ao acidente de trabalho no Brasil**. Curitiba: IBDP, 2019. p. 55.

<sup>12</sup> FREITAS, Luís Conceição. **Manual de segurança e saúde do trabalho**. 3. ed. Lisboa: Edições Sílabo, 2016. p. 25.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 26.

<sup>14</sup> ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Proteção internacional aos direitos humanos dos trabalhadores: a declaração da OIT sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho de 1988. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 4, n. 3, p. 1363, 2018.



A precarização do ambiente de trabalho, o agrupamento dos trabalhadores, a ausência de ventilação adequada, de manutenção de máquinas, criou condições higiênico-ambientais propícias à aquisição de doenças.<sup>15</sup>

A questão é que novas relações produtivas surgiram, alterando-se a relação existente entre homem, instrumento de trabalho e matéria prima. Por consequência, advieram novos riscos, decorrentes de novas formas de energia, de novas máquinas e de novos ritmos de trabalho, mais intensos que de outrora.<sup>16</sup>

Neste contexto, verifica-se que migração da população das zonas rurais para as zonas urbanas demonstrou a falência de duas instituições de proteção social: família e religião. Falência não no sentido afetivo ou espiritual, mas na insuficiência destes institutos de garantirem aos indivíduos as condições necessárias para sobrevivência diante dos riscos sociais.

Em outros termos, verificou-se que o homem não poderia mais depositar todas as esperanças em seus vínculos familiares ou religiosos o dever de ampará-lo diante das adversidades da vida. Isto porque a família já não era mais volumosa ou mesmo produtiva dos próprios bens de consumo, e a igreja, por sua vez, não funcionava mais como substituta dos déficits familiares.

O Estado, então, foi convidado a assumir uma postura ativa nesta relação, passando a gerenciar a cobertura dos riscos sociais por meio de um sistema denominado de previdência. Desta feita, passou a conceder prestações não só aos segurados, mas também a seus dependentes.

Ocorre que os laços familiares não foram retirados por completo da ideia do seguro social: a família permaneceu possibilitando a concessão de benefícios àqueles que dependiam de quem é (ou era) filiado ao sistema. O ponto a ser destacado, contudo, é que o núcleo

---

<sup>15</sup> FREITAS, *op. cit.*, p. 26.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 26.



familiar não seria o responsável pela concessão do benefício em si, mas o Estado, em virtude de laços que o dependente ostenta (ou ostentava) com o segurado.

Nesta toada, o advento de um Estado Social de Direito propiciou a reflexão sobre a política social a ser aplicada a fim de promover a dignidade humana e, inexoravelmente, a resposta apontada pela história reside na redução das desigualdades sociais.

Perquiriu-se então quais seriam os riscos correntes da condição humana que, por vezes, sujeitavam o cidadão a necessidades básicas como alimento e moradia e faziam-no depender da ajuda de terceiros por razões adversas à sua vontade comprometendo sua dignidade.

Adotou-se então a concepção do *risco social*<sup>17</sup> em face do qual o homem deve ser protegido pelo Estado, pela caracterização deste enquanto garante e pela visão do tributo como instrumento para a justiça social<sup>18</sup>. Logo, o Estado passou a ser o “protetor” remunerado diretamente (previdência) ou indiretamente (saúde e assistência) pelo cidadão.

A solidariedade humana alçou então um patamar estatal visando proteger a sociedade a partir da tutela do indivíduo, em outras palavras, para se ter uma sociedade equilibrada há de haver a proteção para aquele à sua margem, a fim de que este integre a sociedade e permita o bem-estar social.

Neste contexto está a proteção daqueles que dependem do segurado do Regime Geral de Previdência Social (RGPS). Diante destas considerações preliminares, apresentar-se-á, em um primeiro momento, a evolução constitucional acerca da seguridade para, então, adentrar ao tema dos dependentes e, finalmente, abordar a condição do menor sob guarda e os impactos que a reforma promovida pela EC 103/2019 ocasionou no tema.

<sup>17</sup> Sobre o conceito de risco social ver: ASSIS, Armando de Oliveira. Em busca de uma concepção moderna de “Risco Social”. **Revista Industriários**, Rio de Janeiro, n. 18, 1950, p. 24/37.

<sup>18</sup> A temática envolvendo os riscos sociais, em matéria previdenciária, é ampla e pode ser abordada nos mais variados aspectos. Em matéria acidentária e ponderando-se a relação com o custeio, ver FLORIANI NETO, Antonio Bazilio; IBRAHIM, Fábio Zambitte. O aprimoramento do seguro de acidentes de trabalho por meio da nova governança. **Revista Brasileira de Direito Previdenciário**, v. 35, p. 5-22, 2016.



## 2. O SISTEMA DE SEGURIDADE SOCIAL PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988 instituiu um modelo de Seguridade Social em solo pátrio, assegurando os direitos relativos à saúde, previdência e assistência social, como se observa no artigo 194.

Seguindo a linha dos objetivos da ordem social (bem-estar e justiça social), o constituinte, positivou no art. 194 os denominados, pela doutrina, princípios explícitos da seguridade social: I) universalidade da 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 e VII) caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Tais princípios, muito embora gerais e, *a priori*, aplicáveis à tríade formadora da Seguridade Social, não são, necessariamente, absolutos, e com frequência necessitam dividir espaço com outros princípios não previstos no art. 194 da Constituição de 1988. Isto decorre, em especial, da não homogeneidade da natureza dos direitos: à saúde, à previdência e à assistência social. Enquanto o primeiro detém, por excelência, caráter universal, o segundo encontra-se vinculado à contributividade, e o terceiro atende somente àqueles mais necessitados.

Assim, ao se tratar, por exemplo, do princípio da “universalidade da cobertura e do atendimento”, tem-se como óbvia a sua aplicação no direito à saúde, tendo em vista que, conforme se verá a seguir, a saúde é direito de todos e dever do Estado. Todavia, atinente ao direito à previdência social, o princípio da “universalidade da cobertura e do atendimento”



perde relevância ao dividir espaço com o princípio da contributividade, o qual, após aprovação da Emenda Constitucional nº 20 de 1998, adquiriu ainda mais importância.

De outro lado há de se considerar os princípios implícitos da seguridade social compostos por: precedência da fonte de custeio (CF/88, art. 195, 5º), base orçamentária própria (CF/88, art. 195, § 1º) e solidariedade social (CF/88, art. 3º).

O legislador constituinte não se esquivou de apontar a fonte de custeio do núcleo de seguridade social, e o fez no art. 195 combinado com o artigo 167, IX e o ADCT, art. 76.

Eis por que os princípios da seguridade social indicados na CF/88, art. 194, parágrafo único<sup>19</sup>, não podem ser aplicados indiscriminadamente, ou pior, confundir-se o orçamento da seguridade social com o de componentes individuais.

Disso se extrai que no modelo de seguridade social previsto no art. 194 da Constituição de 1988, 1) a previdência atua no plano de previsibilidade, de seguro, pressupõe contribuição, cobertura de riscos sociais mediante a prévia contribuição daquele que almeja a proteção para si ou para seus dependentes; 2) a assistência social tutela aqueles comprovadamente necessitados<sup>20</sup>; e 3) saúde, protege todo ser humano<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da 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;

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

<sup>20</sup> CF/88, art. 203 combinado com Lei 8.742/93. Importante ressaltar que nos termos do tema 173/STF o estrangeiro enquadra-se na proteção da assistência social brasileira e, conforme Recursos Extraordinários com repercussão geral (REs) 567985 e 580963, o critério de ¼ do salário mínimo deve ser relativizado considerando-se o caso concreto.

<sup>21</sup> CF/88, art. 199/200 combinado com Lei 8.080/1990.



Assim, dentre os vários direitos elencados e debatidos, três serviram de alicerce para o que viria a se chamar seguridade social<sup>22</sup> no Brasil, nos termos da Constituição de 1988, art. 194: previdência, assistência e saúde.

## 2.1. O ENFOQUE NA PREVIDÊNCIA – CONSIDERAÇÕES E EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

Previdência Social é compreendida como um seguro *sui generis*<sup>23</sup>, que possui como características a compulsoriedade da filiação para todos aqueles que exercem atividade remunerada, além de ser coletivo, contributivo e de organização estatal.

Seu propósito é de amparar os cidadãos diante dos riscos sociais, por meio de uma técnica protetiva fundada em contribuições, benefícios e na solidariedade. Bertrand Russel<sup>24</sup> enfatiza que a prudência é o que nos distingue dos demais animais: ao planejarmos o futuro, arcando com riscos e dissabores quotidianos, visando colher prazeres futuros, estamos agindo de forma previdente<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Sobre a seguridade social ver SILVA, Juvêncio Borges; BARBOSA, Kelly de Souza. A Seguridade Social No Brasil e a equiparação etária entre os gêneros para a aposentação: uma avaliação crítica da proposta de Emenda Constitucional 287/2016. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas - UNIFAFIBE**, v. 1, p. 219-252, 2018.

<sup>23</sup> IBRAHIM, Fabio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. Rio de Janeiro: Impetus, 2020. p. 26.

<sup>24</sup> O homem civilizado se distingue do selvagem sobretudo pela prudência – ou então, para usarmos termo um pouco mais abrangente, pela *previdência*. Ele está disposto a suportar dores no presente em vista de prazeres futuros, ainda que estes se mostrem um tanto distantes. Esse hábito cresceu em importância com o surgimento da agricultura; nenhum animal e nenhum selvagem trabalharia na primavera para ter comida no inverno seguinte, exceto no caso de algumas formas de ação puramente instintivas, como a fabricação do mel pelas abelhas ou o enterro de nozes pelos esquilos. Nesses casos, não há previdência; o que existe é o impulso direto para um ato que, para o expectador humano, obviamente se mostrará útil no futuro. A verdadeira previdência só ocorre quando o homem faz algo para o qual impulso algum o impele, agindo porque sua razão lhe diz que em algum momento se beneficiará daquilo. A caça não exige previdência porque é prazerosa, mas cuidar do solo é trabalho e não pode ser feito a partir de um impulso espontâneo. RUSSELL, Bertrand. História da filosofia ocidental. Livro 1 – filosofia antiga. E-book. São Paulo: Nova Fronteira.

<sup>25</sup> FLORIANI NETO, Antonio Bazilio; FOLMANN, Melissa. A cobertura social no Brasil: uma análise a partir da ordem constitucional estabelecida em 1988. In Gilson Bonato e Gabriela Cristine Buzzi. (Coords). **A constitucionalização do direito**. Curitiba: Instituto Memória, 2018.



Na medida em que a sociedade evoluiu, naturalmente o sentido de previdência alçou patamares para além do homem individualista, pois este compreendeu o sentido de convivência em pares e, conseqüentemente, de família. Ser previdente representava cuidar e ter uma grande família para proteger os idosos e doentes<sup>26</sup>.

As guerras e o processo industrial demonstraram a falência deste tipo de previdência geralmente atrelada a concepções religiosas, impondo-se a necessidade de atuação estatal para tutelar os riscos sociais, em suma o Estado assumiu o protagonismo da previdência justificando a nova locução como *previdência social*. Este fato foi historicamente reconhecido com a Lei do Seguro Social de 1883, atribuída ao chanceler alemão Otto Von Bismarck<sup>27</sup>.

Neste cenário a previdência como elemento distintivo entre o homem civilizado e o selvagem, serviu como norte para a afirmação de Celso Barros Leite<sup>28</sup>

Assim, a previdência no cenário jurídico ganhou contornos de formalidade, deixando de ser uma questão individualizada sobre o futuro para alçar o patamar de uma questão social, mais precisamente a partir do momento em que o homem visualizou no Estado a figura de uma seguradora, tendo em vista a derrocada da proteção familiar e religiosa. O homem precisava acreditar em algo além do destino e acolheu a previdência social como tutora<sup>29</sup>.

O marco histórico da previdência social brasileira representa não só o reconhecimento pelo Estado de sua figura de garante sobre o futuro do cidadão, como também, de que o Brasil passaria a conviver com a expressão reforma previdenciária.

---

<sup>26</sup> *Idem.*

<sup>27</sup> *Idem.*

<sup>28</sup> “Quando um homem primitivo, nas brumas da pré-história, guardou um naco de carne para o dia seguinte depois de saciar a fome, aí estava nascendo a previdência. Não a previdência social, mas não é menos verdadeiro que dela para previdência social foi apenas uma questão de técnica – a segunda forma de inteligência. Cabe destacar que a previdência nasce como técnica do seguro privado e depois socializa-se”. LEITE, Celso Barroso. **A proteção social no Brasil**. São Paulo: LTr. 1972.

<sup>29</sup> FLORIANI NETO, Antonio Bazilio; FOLMANN, Melissa. A cobertura social no Brasil: uma análise a partir da ordem constitucional estabelecida em 1988. *In* Gilson Bonato e Gabriela Cristine Buzzi. (Coords). **A constitucionalização do direito**. Curitiba: Instituto Memória, 2018



A afirmação justifica-se porque desde a edição da Lei Eloy Chaves a previdência brasileira passou por, no mínimo, 25 alterações até 1988, sendo a mais importante de todas a de 1966, com o Decreto-lei 172, com a unificação dos institutos de previdência sob o manto do denominado INPS – Instituto Nacional de Previdência Social<sup>30</sup>.

Frente ao histórico e tormentoso sistema de previdência social, o legislador constituinte distribuiu, inicialmente, a previdência brasileira em 3 regimes de previdência: regime geral (CF/88, art. 201 combinado com Lei 8.213/91); regime próprio de previdência dos servidores públicos (CF/88, art. 40) e regime de previdência complementar (CF/88, art. 202).

A estrutura fornecida pelo legislador constituinte não se restringiu a indicar os regimes, como também a dispor sobre as regras de benefícios, de forma que o engessamento do sistema previdenciário brasileiro restou inerente<sup>31</sup>.

A preocupação do constituinte foi acentuada, mas demonstra o quão o Brasil precisa evoluir na compreensão sobre o significado da previdência social como política de Estado e não de Governo.

Pensar previdência representa compreender que a mesma está em permanente avanço, pois depende diretamente do desenvolvimento social e, conseqüentemente, assegurar padrões sem estudos atuariais e econômicos, reduz a previdência social a uma política de governo. Por decorrência lógica, o engessamento constitucional de uma matéria que demanda adequação ao processo social, culminou em um volume de emendas constitucionais inimagináveis em um Estado de Direito alicerçado em segurança jurídica<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Importante destacar que mesmo com a implantação do INPS ainda resistiram alguns institutos de previdência, como ensinam FLORIANI NETO, Antonio Bazilio; FOLMANN, Melissa. A cobertura social no Brasil: uma análise a partir da ordem constitucional estabelecida em 1988. In Gilson Bonato e Gabriela Cristine Buzzi. (Coords). **A constitucionalização do direito**. Curitiba: Instituto Memória, 2018.

<sup>31</sup> *Idem*.

<sup>32</sup> *Idem*.



Foram, precisamente 9 emendas constitucionais: 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. Destacando-se que a EC 18/98, inseriu um novo regime de previdência voltado aos militares.

Agregue-se a isso as inúmeras alterações das Leis: 8.212/81, 8.213/91, ambas do regime geral; 8.112/90 e 9.717/98, ambas do regime próprio; e LC 108/2001 e 109/2001, ambas do regime de previdência complementar.

A previdência que se sobressai na seara da seguridade social é a do regime geral por abranger a maior parcela da população. Vejamos, pois, as prestações ofertadas, com recorte metodológico àquelas destinadas aos dependentes, tema do presente artigo.

### **3. AS PRESTAÇÕES DESTINADAS AOS DEPENDENTES E O ENFOQUE NA PENSÃO POR MORTE**

A Constituição Federal de 1988 prevê, desde a sua redação original, a cobertura do evento morte (art. 201, I) e a concessão de pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes (art. 201, V), sem contudo especificar quem seriam os demais dependentes, relegando essa definição ao legislador ordinário. Embora a redação dada pela EC 103/19 tenha retirado o evento morte da previsão dos riscos cobertos no art. 201, I, foi mantida a previsão de concessão de pensão ao cônjuge ou companheiro e dependentes, sem alteração do inciso V do art. 201, de modo que permanece a garantia do direito à cobertura do evento morte e o amparo aos dependentes.

A Lei 8.213/91, em seu artigo 18, elenca quais são as prestações e os serviços oferecidos no âmbito do RGPS. Ao segurado, inciso I, estão previstas as aposentadorias (por invalidez, por idade, por tempo e especial), além do benefício relativo à incapacidade temporária (auxílio-doença) e, finalmente, o rol é complementado pelo salário-família, salário-maternidade e auxílio-acidente.



Já aos dependentes, a lei que dispõe sobre o plano de benefícios da Previdência Social, no artigo 18, inciso II, prevê a pensão por morte e o auxílio-reclusão. Registre-se, ainda, que o aludido dispositivo elenca em seu inciso III, serviços que são ofertados tanto aos segurados, quanto aos dependentes, casos do serviço social e da reabilitação profissional.

Para os termos do presente artigo, o enfoque é conferido às prestações destinadas aos dependentes e, mais especificamente, à pensão por morte e, por via reflexa, também ao auxílio-reclusão<sup>33</sup>. Estes benefícios são concedidos à “família previdenciária”<sup>34</sup>, ou seja, àqueles que figuram como dependentes do segurado, seja por uma previsão legal, seja jurisprudencial<sup>35</sup>.

Aqui, tem-se a concepção das fontes do direito, ou seja, meios que servem para sua manifestação, como as leis, os costumes, a doutrina e a jurisprudência. Neste contexto, as fontes são divididas em diretas (leis e os costumes), indiretas (doutrina e jurisprudência), além das integrativas, caso da analogia e dos princípios gerais de direito<sup>36</sup>.

Ao comentarem sobre a pensão por morte, Baltazar Junior e Rocha a classificam como uma “prestação previdenciária, continuada, de caráter substitutivo, destinada a suprir, ou pelo menos minimizar, a falta daqueles que proviam as necessidades econômicas dos dependentes”<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> Art. 80. Art. 80. O auxílio-reclusão, cumprida a carência prevista no inciso IV do **caput** do art. 25 desta Lei, será devido, nas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado de baixa renda recolhido à prisão em regime fechado que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de pensão por morte, de salário-maternidade, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço

<sup>34</sup> ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Comentários à lei de Benefícios da Previdência Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 299.

<sup>35</sup> Como enfatizam FOLMANN, Melissa; SOARES, João Marcelino. **Pensão por morte de acordo com a Lei 13.135/2015**. São Paulo: LTr, 2015.

<sup>36</sup> BRANCATO, Ricardo Teixeira. **Instituições de direito público e de direito privado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. p. 21.

<sup>37</sup> ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Comentários à lei de Benefícios da Previdência Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 299-300.



Neste contexto, pode-se afirmar que ordenamento jurídico assegura aos dependentes do segurado que falecer o direito à prestação em comento, desde que comprovados alguns requisitos: o evento morte, a qualidade de segurado e a condição de dependente daquele que pleiteia. Os requisitos devem ser implementados, todos, na data do óbito, em face do princípio do *tempus regit actum*, que determina a aplicação da lei vigente ao tempo do fato gerador.

### 3.1. O CASO DO MENOR SOB GUARDA E A SUA CONDIÇÃO COMO DEPENDENTE

Como referido, a Constituição não define quem são os dependentes do segurado para fins previdenciários. Elenca expressamente apenas o cônjuge ou companheiro, relegando ao legislador infraconstitucional essa tarefa. Assim, em relação aos dependentes do segurado, a lei 8.213/91, em sua redação original, estabelecia como dependentes preferenciais, ao lado do cônjuge ou companheiro (ou companheira), os filhos de qualquer condição, não emancipados ou inválidos (art. 16, I), e ainda, equiparava à condição de filhos, o enteado, o menor tutelado e o menor sob guarda (art. 16, §2º), este último em consonância com o que já dispunha o art. 33, §3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Na legislação ordinária, o menor sob guarda esteve incluído no rol de dependentes do segurado pelo menos desde 1960, com previsão expressa na Lei 3.807/60<sup>38</sup>, art. 11, §2, *b*, posteriormente no Decreto 83.080/79<sup>39</sup>, assim como na redação originária da Lei 8.213/91. O ECA, nesse sentido, nada mais fez do que consolidar a posição do menor sob guarda quanto aos direitos previdenciários.

<sup>38</sup> Art. 11. §2º. Consideram-se dependentes dos segurados, para os efeitos desta Lei: §2º Equiparam-se a filhos, nas condições estabelecidas no item I, e mediante declaração escrita do segurado: b) o menor que, por determinação judicial se ache sob sua guarda.

<sup>39</sup> Art. 12. Parágrafo único. Equiparam-se aos filhos, nas condições do item I, mediante declaração escrita do segurado: b) o menor que, por determinação judicial, se acha sob a guarda do segurado.



A Medida Provisória 1.523/96, publicada em 14/10/1996 (sucessivamente reeditada, e posteriormente convertida na Lei 9.528, de 10/12/1997) contudo, alterou o art. 16, §2º, da Lei 8.213/91, para o fim de excluir do rol de dependentes o menor sob guarda, mantendo apenas o menor tutelado e o enteado como equiparados a filho do segurado, exigindo ainda a comprovação da dependência econômica em relação ao instituidor – ônus que não existia anteriormente, pois a dependência era presumida, como para todos os demais dependentes preferenciais elencados no inciso I do art. 16<sup>40</sup>.

Para óbitos ocorridos a partir de 14/10/1996, portanto, restou vedada a concessão da pensão ao menor sob guarda, ainda que a guarda tivesse sido deferida antes da alteração legislativa, mesmo que o menor já tivesse sido regularmente inscrito como dependente junto à previdência, e ainda que fosse comprovada a dependência econômica em relação ao segurado.

Esta modificação legislativa que culminou na limitação do rol de dependentes, e o recuo na proteção dos menores sob guarda criou uma verdadeira celeuma. Logo, não por acaso, houve grande judicialização da questão, com fundamento primário na antinomia entre a lei previdenciária e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que no art. 33, §3º, garante ao menor sob guarda a condição de dependente do guardião para todos os fins, *inclusive previdenciários*<sup>41</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça, inicialmente, firmou posição, através de julgado da 3ª Seção (REsp 844.598/PI, DJe 17/02/2009), então com competência em matéria previdenciária, no sentido de que, diante da alteração promovida pela Lei 9.528/97, não prevaleceria o disposto no art. 33, §3º, do ECA (Lei 8.069/90) para fins de concessão de

<sup>40</sup> §2º O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.

<sup>41</sup> 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.

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



pensão por morte no RGPS, pois a lei posterior revoga a lei anterior no que com ela for incompatível<sup>42</sup>.

A abordagem do tema sob o prisma constitucional foi tratada apenas incidentalmente neste julgado, no voto vencido do Min. Napoleão Nunes Maia Filho, que propunha a prevalência do dispositivo do ECA sob dois fundamentos: primeiro, por considerar que o fator determinante da condição de beneficiário da pensão por morte é a dependência econômica (situação fática), independentemente da forma jurídica sob a qual o menor está sendo assistido pelo segurado; e segundo, porque essa exegese seria *“mais compatível com o espírito da Constituição e das leis que protegem as crianças”*.

Interessante notar da leitura de diversos julgados que ora a Corte declara a lei previdenciária como especial em relação ao ECA, aplicando a teoria da especialidade da norma para fazer prevalecer a Lei 9.528/97, ora declara que o ECA é a lei especial, mas aplica o critério cronológico, resultando, em ambos os casos, a mesma conclusão. A divergência em relação à classificação da lei como geral ou especial, contudo, já indicava a insuficiência destes métodos de hermenêutica tradicionais para a solução do conflito das leis.

A partir do deslocamento da competência previdenciária, no âmbito do STJ, da Terceira Seção para a Primeira Seção, ocorrida em 2011, passou-se a observar uma lenta alteração na jurisprudência, notadamente a partir de decisões relativas a servidores públicos federais e estaduais, no sentido de fazer prevalecer as disposições do ECA em detrimento da legislação previdenciária local ou federal, pela aplicação unicamente do princípio hermenêutico da especialidade.

---

<sup>42</sup> Ementado da seguinte forma: Embargos de divergência em Recurso Especial. Direito Previdenciário. Pensão por morte. Menor sob guarda. Incabimento. 1. Esta Corte já decidiu que, tratando-se de ação para fins de inclusão de menor sob guarda como dependente de segurado abrangido pelo Regime Geral de Previdência Social – RGPS, não prevalece o disposto no art. 33, §3º do Estatuto da Criança e do Adolescente em face da alteração introduzida pela Lei nº 9.528/97” (REsp nº 503.019/RS, Relator Ministro Paulo Gallotti, in DJ 30/10/2006). 2. Embargos de divergência acolhidos. (STJ), 3ª Seção, EREsp 844.598/PI, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJe 17/02/2009)



A evolução da jurisprudência nesse sentido, e a multiplicidade de processos envolvendo a mesma questão, levou o STJ a afetar o tema como representativo de controvérsia nos termos do art. 543-C do CPC/73, no REsp 1.411.258/RS, firmando a seguinte tese:

**“O menor sob guarda tem direito à concessão do benefício de pensão por morte do seu mantenedor, 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).

A tese jurídica firmada pelo STJ, tal como formulada na redação do Tema 732, não retrata, contudo, o fundamento decisivo utilizado para a solução do caso.

Segundo o Ministro Luis Roberto Barroso, “a *ratio decidendi* de uma decisão corresponde a uma descrição do entendimento adotado pela corte como a premissa necessária ou adequada para decidir o caso concreto, à luz das razões invocadas pela maioria”. (MELLO, 2016).

O caso concreto a ser decidido era a aparente antinomia de leis ordinárias a respeito da inclusão do menor sob guarda como dependente do segurado para fins de concessão de



benefício previdenciário: a existência de uma norma especial, o ECA<sup>43</sup>, garantindo o direito ao menor; e uma lei posterior (Lei 9.527/98), de caráter geral, que retirou esse direito, sem, contudo, revogar expressamente a lei anterior. A solução adotada pela Corte foi pela prevalência da lei especial em detrimento da lei geral, como constou na tese firmada nesse precedente.

Entretanto, ao analisar o inteiro teor da decisão, o que se extrai é que a premissa adotada para chegar a essa conclusão não foi a especialidade da norma, e sim a sua maior conformidade com os princípios constitucionais de proteção ao menor, diante do silêncio da lei geral previdenciária.

Nas palavras do Relator, a discussão “perpassa pelo menos três problemas jurídicos de igual importância, teórica e prática: (i) o da proibição de retrocesso de direitos sociais; (ii) o da especialidade e generalidade das leis e (iii) o da interpretação das regras subconstitucionais escritas, segundo as superiores diretrizes constitucionais.” (REsp 1.411.258/RS).

E ao se analisar todos os fundamentos do voto, o que se observa é que a construção da decisão judicial foi baseada, essencialmente, na insuficiência da legislação previdenciária, em sua nova redação, para dar efetividade aos princípios constitucionais da proteção à infância e adolescência, da isonomia<sup>44</sup> (equiparação entre o menor tutelado e o menor sob guarda), e em última análise à dignidade da pessoa humana. Todo o raciocínio construído na decisão é baseado no princípio da vedação do retrocesso social, no sentido de que, uma vez

---

<sup>43</sup> Quanto às políticas públicas voltadas à criança e ao adolescente, recomenda-se a leitura de 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.

<sup>44</sup> Sobre a ideia de igualdade e a necessidade de aprofundamento da sua ideia, recomenda-se a leitura de FOLLONI, André; FLORIANI NETO, Antonio Bazilio. Desigualdade econômica na Constituição e possibilidades de sua redução por meio de tributos. **Novos Estudos Jurídicos** [Online], v. 23, p. 578-598, 2018.



garantido o direito delineado na Constituição pelo legislador ordinário, este não poderia mais ser alterado em prejuízo daqueles que se haviam beneficiado – no caso, o menor sob guarda.

A verdadeira premissa adotada para se chegar à conclusão da prevalência do ECA sobre a lei previdenciária está expressa no 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.

Ou seja, o Estatuto da Criança e do Adolescente foi considerado como prevalente sobre a lei previdenciária, em última análise, não porque seria especial em relação a esta última, e sim porque melhor atenderia aos princípios constitucionais de proteção ao menor e vedação ao retrocesso social.

Caso a situação fosse inversa (e se considerasse a lei previdenciária como especial em relação ao ECA – como ocorre em vários julgados anteriores do próprio STJ) a decisão não se alteraria, pois a lei previdenciária continuaria sendo insuficiente para a proteção do menor à luz da Constituição.



Nesse caso, portanto, a natureza de norma geral ou especial é irrelevante para a solução do problema hermenêutico, pois buscou-se a solução da aparente antinomia das normas infraconstitucionais a partir de seu fundamento de validade na Constituição Federal.

Assim, pacificou-se a jurisprudência nacional acerca do tema, no âmbito infraconstitucional.

A adoção de fundamentos de ordem constitucional pelo STJ, inclusive, permitiu a interposição e admissão de Recurso Extraordinário por parte do INSS (RE 1164452), sobrestado no Supremo Tribunal Federal (STF) para aguardar o julgamento das ADIs 4878 e 5083, propostas, respectivamente, pelo MPF e pelo Conselho Federal da OAB, nas quais se requer seja declarada a inconstitucionalidade do art. 16, §2º da Lei 8.213/91 por violação a diversos dispositivos e princípios constitucionais (princípio da vedação do retrocesso, da isonomia, e da proteção integral da criança e do adolescente) ou que seja dada interpretação conforme à Constituição, de modo a incluir o menor sob guarda como dependente do segurado, atendendo assim ao disposto no art. 227, §3º da CF.

O STF, até o momento, não se pronunciou sobre o mérito da matéria, seja em sede de controle difuso (pois vem negando seguimento a Recursos Extraordinários por entender que a ofensa seria meramente reflexa ou indireta) ou concentrado (não foi analisado o pedido de liminar em nenhuma das ADIs, adotando-se o rito do Art. 12, da Lei 9.868/99).

#### **4. A MODIFICAÇÃO PROMOVIDA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL 103/2019 E OS NOVOS CONTORNOS DA MATÉRIA**

O debate acerca do tema envolvendo o assunto do presente trabalho, contudo, ganhou novos contornos com o advento da Emenda Constitucional 103/2019. Tal premissa decorre do fato de que, ao tratar da concessão da pensão por morte, a nova redação da Constituição passou a excluir *expressamente* o menor sob guarda do rol de dependentes do



segurado, tanto para o Regime Geral de Previdência Social como para o Regime Próprio da União:

Art. 23. A pensão por morte concedida a dependente de segurado do Regime Geral de Previdência Social ou de servidor público federal será equivalente a uma cota familiar de 50% (cinquenta por cento) do valor da aposentadoria recebida pelo segurado ou servidor ou daquela a que teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente na data do óbito, acrescida de cotas de 10 (dez) pontos percentuais por dependente, até o máximo de 100% (cem por cento).

§ 6º Equiparam-se a filho, para fins de recebimento da pensão por morte, **exclusivamente** o enteado e o menor tutelado, desde que comprovada a dependência econômica.

§ 7º As regras sobre pensão previstas neste artigo e na legislação vigente na data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional poderão ser alteradas na forma da lei para o Regime Geral de Previdência Social e para o regime próprio de previdência social da União.

Com regulamentação dessa temática no plano constitucional, de forma expressa e direta, torna-se necessária a revisão do posicionamento anteriormente citado, eis que a *ratio decidendi* do precedente do STJ parece não mais se sustentar. Isso porque a nova redação conferida ao texto constitucional pela EC 103/2019 traz vedação expressa ao menor sob guarda como dependente do segurado da Previdência Social para fins da pensão por morte.



Assim, em uma análise preliminar, o imbróglgio poderia ser considerado como superado e, a partir da vigência da EC 103/2019, não haveria mais do que se falar no direito desta figura.

De outro giro, ao considerarmos a ideia de seguridade social mencionada neste trabalho anteriormente, os avanços obtidos no conceito de família que, inclusive, foram objeto de modificações no ECA, a necessidade de unidade e de previsibilidade do direito, o artigo busca apresentar que a decisão do constituinte não se revelou a mais acertada. Assim, poder-se-ia cogitar a inconstitucionalidade deste dispositivo.

Quanto ao conceito de seguridade social e, em especial, de previdência, demonstrou-se inicialmente que este direito visa cobrir o cidadão envolto aos mais variados riscos sociais, dentre os quais está a morte. Ademais, verificou-se que o sistema protetivo busca, ao cabo e ao rabo, garantir ao indivíduo condições de superar determinados infortúnios, seja porque ostenta a condição de filiado, seja porque depende daquele que verte as contribuições para o seguro social.

Ademais, o direito deve ostentar unicidade, pois não representa um conjunto de normas isoladas e destoantes. Na concepção romano-germânica, a função dos códigos é de “formular regras, suficientemente gerais, ordenadas em sistema, que se tornem acessíveis à descoberta e ao conhecimento, para que dessas regras, por um trabalho tão simples quanto possível, juízes e cidadãos deduzam facilmente o modo como esta ou aquela dificuldade concreta deve ser resolvida”<sup>45</sup>.

A situação é bem ilustrada por Teresa Arruda Alvim, que aponta como uma conquista civilizatória o fato de nós termos condições de viver segundo regras preestabelecidas, conhecidas<sup>46</sup>. Tendo conhecimento dos padrões de avaliação de conduta,

<sup>45</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 103.

<sup>46</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. *In*: Teresa Arruda Alvim Wambier. (Org.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 11-95. p. 13.



independentemente de juízos de valor, traz ao intérprete a possibilidade de planejar a sua vida, ou seja, de ter previsibilidade<sup>47</sup>.

Nesta toada, pode-se afirmar que “a regra de direito romano-germânica situa-se a meio caminho entre a decisão do litígio, considerada como uma aplicação concreta da regra, e os princípios dotados de uma elevada generalidade”<sup>48</sup>.

No caso em apreço, considerando uma visão hodierna de família, que inclusive já foi reconhecida pelo STF ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 132, reconhecendo a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, não se revela adequado ignorar os avanços promovidos, também, pelo ECA.

Neste contexto, o artigo 33, parágrafo 3º, do ECA, ao destacar, expressamente, que “A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários” incluiu estes indivíduos no conceito de família, consagrado constitucionalmente.

Não obstante, ao excluir esta figura do conceito de dependente para fins da pensão do morte no Regime Geral e no Regime Próprio dos servidores públicos federais, mantendo-o, contudo, no regime de previdência dos militares (Lei 6.880/80, art. 50, §3º, III, com redação dada pela Lei 13.954/19), parece ter o constituinte agido com má-técnica, eis que se a guarda confere ao menor os mesmos direitos, tais como 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, não faz sentido o constituinte desigualar estas pessoas, o que ofenderia o disposto no artigo 3º, IV, da Constituição de 1988, assim como o art. 227, §3º, VI da Carta Constitucional.

<sup>47</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. *In*: Teresa Arruda Alvim Wambier. (Org.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 11-95. p. 13.

<sup>48</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 103.



Ainda nesta esteira, está o disposto no artigo 5º, da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), segundo a qual o julgador deve atender aos fins sociais e se dirigir às exigências do bem comum<sup>49</sup>.

Importante ressaltar, outrossim, a teoria do diálogo das fontes, segundo a qual “as normas jurídicas não se excluem- supostamente porque pertencentes a ramos jurídicos distintos – mas se complementam”<sup>50</sup>. A sua aplicação ganhou espaço em matéria consumerista quando passaram a ser confrontados dispositivos do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e o Código Civil de 2002, notadamente aqueles inerentes à responsabilidade civil e ao direito contratual.

No caso em apreço, o imbróglgio envolvendo uma quantidade elevada de normas jurídicas, gerando problemas não só ao indivíduo, mas também ao julgador, no que tange à inclusão do menor sob guarda como dependente do segurado, parecia ter sido dirimido pelo julgamento do STJ.

Assim, a teoria do diálogo das fontes serve como um leme diante deste “*big bang legislativo*”<sup>51</sup>: aponta a necessidade de o direito ser visualizado como um sistema, tal qual o solar, cuja órbita se dá em torno da Constituição.

E, aqui, advém o principal problema da inovação promovida pela EC 103/2019 no que tange ao menor sob guarda: o dispositivo do texto constitucional aponta em sentido diametralmente oposto ao que prevê o próprio sistema constitucional, de inclusão do indivíduo, de garantia de direitos fundamentais, de proteção ao cidadão, de não só prever direitos, mas também de que sejam assegurados meios para que estes sejam efetivados.

<sup>49</sup> Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

<sup>50</sup> TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015. p.15.

<sup>51</sup> TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015. p.15.



Assim, diante deste cenário, revela-se extremamente importante o debate acerca da constitucionalidade do artigo 23, § 6º, da EC 103/2019, servindo o presente trabalho para iniciar tal incompatibilidade da redação do dispositivo com os demais comandos normativos, matéria esta que ainda se revela incipiente, haja vista a recém mudança do texto constitucional.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução dos modelos de previdência social desde os seus primórdios, na época da revolução industrial, até o modelo moderno de Estado Social, revela a preocupação constante da sociedade em amparar seus indivíduos não apenas em face dos infortúnios decorrentes da atividade laborativa, mas também dos demais riscos sociais que atingem o trabalhador, e por consequência a sua família.

O rol dos riscos sociais protegidos pelo Estado brasileiro foi definido no art. 201 da Constituição Federal de 1988, e inclui duas espécies de prestações devidas não ao segurado, mas aos seus dependentes: pensão por morte e auxílio-reclusão, este último limitado aos segurados de baixa renda. Até a promulgação da EC 103/2019, a Constituição era silente quanto à definição do rol de dependentes do segurado além do cônjuge ou companheiro(a), sendo tarefa do legislador ordinário a sua definição.

A EC 103/19, como visto, inovou nesse campo, e sem coerência com os princípios que tratam da proteção social à infância e adolescência, da proteção da família, da isonomia (porque distinguiu o menor sob guarda do menor tutelado e porque não excluiu o menor sob guarda do rol de dependentes do regime previdenciário dos militares), tratou de constitucionalizar uma matéria que deveria ser afeta à lei ordinária, exatamente pela dinâmica das relações sociais e familiares.



Interessante notar que no §4º do mesmo art. 23 da EC 103/19, o constituinte derivado estabelece que o rol de dependentes para fins de concessão da pensão por morte será aquele estabelecido pela Lei 8.213/91<sup>52</sup>.

Ora, se a Lei 8.213/91 já não previa a inclusão do menor sob guarda, desnecessária seria a previsão do §6º. A técnica demonstra que a intenção do legislador reformador foi de fato sedimentar a exclusão desses menores da proteção previdenciária, em claro efeito limitador da jurisprudência dominante sobre o tema, representada pela tese firmada no julgamento do Tema 732 pelo STJ.

### Referências Bibliográficas

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Proteção internacional aos direitos humanos dos trabalhadores: a declaração da OIT sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho de 1988. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 4, n. 3, p. 1363, 2018.

ASSIS, Armando de Oliveira. Em busca de uma concepção moderna de “Risco Social”. **Revista Industriários**, Rio de Janeiro, n. 18, 1950

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.

---

<sup>52</sup> Art. 23. §4 O tempo de duração da pensão por morte e das cotas individuais por dependente até a perda dessa qualidade, o rol de dependentes e sua qualificação e as condições necessárias para enquadramento serão aqueles estabelecidos na Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.



BRANCATO, Ricardo Teixeira. **Instituições de direito público e de direito privado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 23ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FLORIANI NETO, Antonio Bazilio; FOLMANN, Melissa. A cobertura social no Brasil: uma análise a partir da ordem constitucional estabelecida em 1988. In Gilson Bonato e Gabriela Cristine Buzzi. (Coords). **A constitucionalização do direito**. Curitiba: Instituto Memória, 2018.

FLORIANI NETO, Antonio Bazilio; IBRAHIM, Fábio Zambitte. O aprimoramento do seguro de acidentes de trabalho por meio da nova governança. **Revista Brasileira de Direito Previdenciário**, v. 35, p. 5-22, 2016.

FOLLONI, André; FLORIANI NETO, Antonio Bazilio. Desigualdade econômica na Constituição e possibilidades de sua redução por meio de tributos. **Novos Estudos Jurídicos** [Online], v. 23, p. 578-598, 2018

FOLMANN, Melissa; SOARES, João Marcelino. **Pensão por morte de acordo com a Lei 13.135/2015**. São Paulo: LTr, 2015

FREITAS, Luís Conceição. **Manual de segurança e saúde do trabalho**. 3. ed. Lisboa: Edições Sílabo, 2016.



IBRAHIM, Fabio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. Rio de Janeiro: Impetus, 2020.

LEITE, Celso Barroso. **A proteção social no Brasil**. São Paulo: LTr. 1972

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/archive>>

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 36 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luis Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: A ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**. Brasília: AGU, ano 15, n. 3, jul./set. 2016

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Comentários à lei de Benefícios da Previdência Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SAVARIS, José Antonio. A proteção acidentária no contexto da evolução dos direitos de proteção social. *In*: LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro; SERAU JUNIOR, Marco Aurélio; FOLMANN, Melissa (coord.). **Os 100 anos da proteção ao acidente de trabalho no Brasil**. Curitiba: IBDP, 2019.

SILVA, Juvêncio Borges; BARBOSA, Kelly de Souza. A Seguridade Social No Brasil e a equiparação etária entre os gêneros para a aposentação: uma avaliação crítica da proposta



de Emenda Constitucional 287/2016. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas - UNIFAFIBE**, v. 1, p. 219-252, 2018.

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

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015.

VIANNA, Cláudia Salles Vilela. **Acidente do trabalho: abordagem completa e atualizada**. São Paulo: LTr, 2017.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. *In*: Teresa Arruda Alvim Wambier. (Org.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.