

PENSÃO POR MORTE E O MENOR SOB GUARDA

Um estudo da ADI 4878

Fernando Mariz de Souza¹<https://orcid.org/0009-0008-6034-4602>Vinicius Dutra Borges Pereira²<https://orcid.org/0000-0002-0144-8232>Carlos Francisco do Nascimento³<https://orcid.org/0000-0001-6574-4949>

RESUMO

Este trabalho visa analisar a Ação Direta de inconstitucionalidade n. 4878, sobretudo dos institutos da pensão por morte e do menor sob guarda, sob o prisma da Dignidade da Pessoa Humana. Para tanto, utilizou-se de pesquisa bibliográfica qualitativa na doutrina, legislação e jurisprudência acerca do tema. Assim, evidenciou-se que o menor sob guarda é um legitimado para receber o benefício da pensão por morte, não havendo o que falar em relação às fraudes existentes. O interesse das crianças e adolescentes deve prevalecer, consubstanciando-se na prestação, pelo Estado, de meios eficazes na promoção da subsistência deles. Isso se dá mediante a confirmação do fundamento da dignidade da pessoa humana como sendo o valor supremo do ordenamento jurídico brasileiro, conforme orientação doutrinária. Assim, pode-se afirmar que o debate tratado na ação de controle de constitucionalidade é, até mesmo, mais importante que o resultado obtido pelo julgamento.

Palavras-chave

Pensão por Morte; Menor Sob Guarda; Constitucional; Previdenciário.

PENSION FOR DEATH AND MINOR UNDER CUSTODY

A Study of ADI 4878

ABSTRACT

This work aims to analyze the ADI n. 4878, especially the institutes of death pension and minors under custody, from the perspective of the Dignity of the Human Person. To this end, qualitative bibliographic research was used on doctrine, legislation and jurisprudence on the topic. Thus, it became clear that the minor under custody is entitled to receive the death pension benefit, with there being nothing to say in relation to existing fraud. The interests of children and adolescents must prevail, taking the form of the State providing effective means to promote their subsistence. This occurs by confirming the foundation of human dignity as being the supreme value of the Brazilian legal system, in accordance with doctrinal guidance. Thus, it can be said that the debate addressed in the constitutionality control action is even more important than the result obtained by the trial.

Keywords

Death Pension; Minor Under Guard; Constitutional; Social security.

Submetido em: 09/10/2023 – Aprovado em: 20/10/2023 – Publicado em: 25/10/2023

1 Autor. Bacharelado em Direito (UFRN). Rio Grande do Norte. E-mail: fernandomrzsouza@gmail.com

2 Coautor: Bacharelado em Direito (UFRN) Rio Grande do Norte. E-mail: viniciusdutrjap@hotmail.com

3 Orientador: Doutor em Ciências Sociais/ Universidade Federal do Rio Grande do Norte Professor adjunto do Centro de Ensino Superior do Seridó da Universidade Federal do Rio Grande do Norte E-mail: carlos.nascimento@ufrn.br



1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, consagrou diversos direitos e garantias fundamentais. Tais previsões, abstratamente, muito pouco significam. No entanto, a busca pela implementação e, consequentemente, pela concretização, torna o sistema dinâmico.

Nesse sentido, pautado pelo princípio da Dignidade da Pessoa Humana, este escrito visa analisar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.878 e suas consequências e contribuições ao debate jurídico.

O primeiro capítulo, busca estudar a defesa do princípio da dignidade da pessoa humana pela Constituição Federal de 1988, apresentando conceitos para o princípio e para o mínimo existencial. Apresentando, a partir daí a evolução da seguridade social como garantidora desses princípios constitucionais, após ter sua previsão expressa na Carta Constitucional de 1988. Perpassando por legislações decorrentes desta e culminando na Lei n. 8.213/1991 que dispôs expressamente acerca do instituto da pensão por morte.

O segundo capítulo, por seu turno, trouxe à baila a problemática dos dependentes no referido instituto. Realizou-se a conceituação e a apresentação da previsão legal de quem seriam os dependentes, para a lei. Além disso expõe-se o motivo de haver tal relação entre o segurado e o dependente. Por fim, coube-nos a citação de votos e doutrina que embasam a matéria.

O terceiro, e último, capítulo trata acerca da situação do menor sob guarda e o dispositivo legal que foi objeto da ADI já referenciada. Desse modo, buscou-se a definição, com base na moldura constitucional atual, das considerações e arrematações trazidas pelos ministros, de forma a entender, a partir dos conceitos previstos na constituição e na legislação de defesa a criança e adolescente, qual é o entendimento jurisdicional atual do Supremo Tribunal Federal e como este tribunal julga essa questão para tentar entender quais serão seus julgamentos práticos para o futuro dessa matéria na legislação nacional e nos julgados futuros sobre o tema.

Por fim, com tal análise, e sob o prisma do princípio da dignidade da pessoa humana, a qual é também fundamento da República Federativa do Brasil, conforme art. 1, III, da CRFB/88, este trabalho credita o julgamento da referida ação constitucional como sendo um divisor de águas na tratativa da temática, possuindo amplos reflexos práticos.

2 METODOLOGIA

Este trabalho utilizou-se de pesquisa bibliográfica e qualitativa na doutrina, jurisprudência e legislação acerca do tema. Além disso, a própria Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.878 subsidiou e forneceu elementos para que a pesquisa fosse desenvolvida. A Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei n. 8213/91, dentre outras, também serviram de alicerce para o empreendimento.

Outrossim, a farta bibliografia em artigos científicos e manuais sobre a temática colaboraram para o vislumbre do Estado da Arte da matéria tratada.

3 A evolução da Seguridade Social após a Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988, conhecida por “Constituição Cidadã”, é assim tratada devido ao rol de direitos presentes em seu corpo. A principal característica desses direitos é a promoção de uma sociedade igualitária, livre, democrática, tendo como núcleo central a defesa dos direitos fundamentais.

A Carta constitucional, promulgada em 1988, segue a linha das constituições contemporâneas, conforme assinala o professor Danniell Adriano Araldi Martins (2021), que durante o século XX, após as atrocidades dos Regimes nazista e soviético, as constituições preocuparam-se com a instalação de um Estado Democrático de Direito. Além disso, buscou-se retirar da discricionariedade da política questões como direitos fundamentais, sociais e a chamada ordem econômica.

Vê-se que tais preocupações não eludiram o constituinte brasileiro que, a partir do final do Regime Militar (1964-1985), com o surgimento das Diretas Já, movimento responsável por pleitear a primeira eleição direta em mais de 20 anos, movimentos sociais ganharam força e conseguiram levantar a ideia da existência de direitos fundamentais a todos. Tais como a saúde, educação e liberdade. Logo, esses direitos não eram vistos como uma benesse fornecida pelo Estado, mas um direito da pessoa humana, intrínsecos à personalidade, sendo esses direitos reconhecidos pela Constituição Federal de 1988 (Dos Santos; Vieira; Silva, 2022).

Nota-se, já no preâmbulo, a preocupação do legislador em defender a democracia, a igualdade e uma sociedade justa:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (Brasil, 1988)

Evidencia-se a coerência do poder constituinte originário em tutelar diversos direitos fundamentais e sociais, de modo a criar um Estado de Bem-Estar Social nos moldes do *Welfare State* europeu, pondo o Estado no papel de garantidor dos direitos fundamentais e sociais.

A preocupação do constituinte torna-se evidente ao apresentar os direitos fundamentais e sociais como sendo o norte de todo o ordenamento jurídico. Nesse aspecto corrobora o pensamento do constitucionalista Ingo Wolfgang Sarlet:

Consoante amplamente aceito, mediante tal expediente, o Constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar

aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive (e especialmente) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que igualmente integram (juntamente com os princípios fundamentais) aquilo que se pode – e neste ponto parece haver consenso – denominar de núcleo essencial da nossa Constituição formal e material. (Sarlet, 2011, p. 37)

Dessa forma, toda norma jurídica deve ser analisada à luz dos princípios fundamentais para, com isso, tornar convergente a interpretação do corpo de normas legais, garantindo que toda a sociedade alcance uma vida em harmonia, paz, igualdade e dignidade sem qualquer prejuízo à população.

Nesse esteio, a dignidade da pessoa humana, não é uma criação constitucional e, muito menos, pode-se dizer que os textos constitucionais concedem dignidade às pessoas que estão sob o crivo da sua jurisdição. A constitucionalização apenas agrega, visando promover e efetivar, ao mundo jurídico algo que é inseparável do homem. Por isso, deve estar presente em todo e qualquer Estado que tenha pretensão de construir um pleno Estado Democrático de Direito.

O mínimo existencial, por seu turno, trata-se de um direito fundamental derivado diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, abarcando assim as condições materiais básicas para uma vida digna. Devido a sua gênese, acima referenciada, possui caráter universal, igualitário e inerente a todas as pessoas.

Tais condições mínimas necessárias a uma vida digna se manifestam através de outros direitos fundamentais positivados pela Constituição Federal de 1988, como o direito a saúde, educação, moradia, alimentação, acesso à justiça, assistência social, entre outros.

Para Sarmiento (2016), provavelmente, a primeira formulação jurídica do direito ao mínimo existencial foi feita pelo jurista brasileiro Pontes de Miranda, que já em 1933 afirmou:

Como direito público subjetivo, a subsistência realiza, no terreno da alimentação, das vestes e da habitação, o *standard of living* segundo três números, variáveis para maior indefinidamente e para menor até o limite, limite que é dado, respectivamente, pelo indispensável à vida quanto à nutrição, ao resguardo do corpo e à instalação. É o mínimo vital absoluto. Sempre, porém, que nos referirmos ao mínimo vital, deve-se entender o mínimo vital relativo, aquele que, atentando-se às circunstâncias de lugar e de tempo, se fixou para cada zona em determinado período (...). O mínimo vital relativo tem de ser igual ou maior que o absoluto. O direito à subsistência torna sem razão de ser a caridade, a esmola, a humilhação do homem ante o homem. (...) Não se peça a outrem, porque falte; exija-se do Estado, porque este deve. Em vez da súplica, o direito. (Pontes de Miranda, 1933 apud Sarmiento, 2016, p. 191)

Contudo, há quem defenda que o conceito tenha surgido na Alemanha, vinte anos depois, tendo sido apresentado em uma decisão do Tribunal Federal Administrativo Alemão, em 1953. Ainda que não haja plena certeza acerca da origem, ambos os conceitos promovem,

às suas maneiras, a união da dignidade da pessoa humana com a liberdade material e o estado social, uma vez que cabe ao Estado desenvolver políticas públicas que promovam aos indivíduos necessitados as condições mínimas de existência digna na sociedade brasileira.

Nesse contexto, de acordo com Bittar (2019, p.110):

O Brasil se encontra plenamente integrado com a mais avançada concepção a este respeito, e este movimento é, sem dúvida nenhuma, fruto de enormes conquistas inauguradas com o fim da ditadura civil- militar, e com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Depreende-se, a partir do exposto, que no Brasil há uma intensificação no que tange à implementação dos direitos ditos “fundamentais”, com enfoque e sob o prisma do princípio da dignidade da pessoa humana. Desse modo, desde a chamada “redemocratização” o Brasil vem ampliando políticas públicas assistencialistas, sobretudo as de amparo às populações mais carentes.

Entretanto, apesar das benesses momentâneas, o que ocorre na maioria dos programas instituídos com intuito de prestar assistência à população é, posteriormente, a necessidade de que os referidos programas sejam ampliados e até mesmo revisitados pela legislação. Ademais, o princípio da dignidade da pessoa humana é, de acordo com Bittar (2019) uma Utopia Realista, visto que as necessidades da população sempre estarão se modificando.

Isso posto, vê-se como norte principal de todos os direitos sociais defendidos na Constituição Federal o principal deles: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. A qualidade inerente reconhecida em cada ser humano que o faz digno de respeito e estima por parte de toda sociedade, garantindo a todos direitos e deveres fundamentais que deve prestar e serem prestado a si pelo Estado e pela Sociedade que os asseguram de serem vítimas de atos degradantes e desumanidades, quanto previnem que esses atos sejam cometidos a outros, promovendo uma participação ativa e saudável na busca por garantir a prosperidade de todos e o bom convívio em sociedade (Sarlet, 2011).

A partir da dignidade da pessoa humana, surge o direito a garantia de uma vida digna e saudável em comunhão com os demais membros da sociedade como característica fundamental do princípio da dignidade da pessoa humana, e nesse contexto que como principal corolário desse princípio surge o direito ao mínimo existencial. Que é o mínimo exigido para que a população como um todo tenha efetivado o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo, portanto, algo intrinsecamente ligado aos direitos fundamentais e sociais (Weber, 2013).

Por esse motivo, há a real necessidade de concretização deste princípio, uma das formas de se chegar a esse objetivo é com o oferecimento do chamado “mínimo existencial”. Segundo Dantas e Baracho (2017, p. 8):

O Mínimo Vital deve ser entendido como um núcleo de direitos sociais imprescindíveis à existência do homem. A falta de alimento, de assistência

médica e outras necessidades podem desencadear uma série de doenças que comprometem a vida. Na verdade, é uma questão de sobrevivência.

Assim, tem-se o mínimo existencial como corolário lógico da dignidade da pessoa humana, visto que esta funciona como um gênero do qual aquele é uma espécie. Nesse enfoque, o Mínimo Existencial é dotado de dinamicidade, principalmente devido às mudanças político-econômicas as quais o corpo social está sujeito.

No entanto, não nos convém tecer considerações a respeito da influência econômica nos programas assistencialistas e nos princípios e direitos fundamentais constitucionais. Cabe, sim, abordar a perspectiva oferecida pelo referido direito fundamental, tratando com a devida cautela e buscando ampliar e aprofundar o objeto de pesquisa.

Nesse sentido salienta Silveira e Silva (2016, p. 27):

Verifica-se que é preciso ter cautela para não se cair em uma visão extremada em que o Estado deve e pode atender a toda e a qualquer prestação. Não se deve, ainda, admitir que este se encontre livre de suas obrigações, sempre que alegar estar em meio a crises econômicas. Acredita-se que o Estado está sempre vinculado ao atendimento do mínimo existencial.

Vislumbra-se, então, apenas o fim imediato, que é a satisfação momentânea da necessidade e não o caráter emancipatório produzido pelo instituto da pensão por morte. Nesse diapasão, Novelino (2021) assevera que a assistência aos desamparados deve ter prioridade na formulação e execução das políticas públicas. Além disso, apesar de que em alguns casos a jurisprudência modifique as arestas do núcleo que qualifica o mínimo existencial, esta não é solidificada, ocorre apenas a sua ampliação ou retração dependendo do caso concreto.

Estabelecido, então, o direito de todos a ter garantido pelo Estado o acesso a saúde, moradia, a uma renda mínima, alimentação e outros direitos que encobrem o rol de direitos fundamentais, surge conforme nota o professor Ricardo Lobo Torres (1989), o papel dos órgãos que compõe a seguridade social do estado brasileiro em agir como garantidores do mínimo existencial, de forma a cumprir com os deveres constitucionais expostos na Magna Carta nacional de garantia uma vida digna para todos.

Logo, a Seguridade Social age como verdadeiro agente garantidor dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais, uma vez que é através da Seguridade Social que o Estado age para garantir o acesso a saúde, a previdência social e a assistência social, nos termos do art. 194 da Constituição Federal de 1988, que prevê o seguinte:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

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 - eqüidade na forma de participação no custeio;
- VI - diversidade da base de financiamento, identificando-se, em rubricas contábeis específicas para cada área, as receitas e as despesas vinculadas a ações de saúde, previdência e assistência social, preservado o caráter contributivo da previdência social; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)
- VII - caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados.
- VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Portanto, elucida-se que a preocupação de colocar a seguridade social como uma cobertura universal e igualitária para todos foi uma diligência consciente do constituinte originário ao desenvolver uma linha de pensamento uniforme para nortear todos os empreendimentos que visem a garantia de uma seguridade social que seja guiada pela guarda do direito daqueles que necessitam do Estado para terem uma vida digna.

De acordo com Gabriel Pereira Batista da Silva:

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

É nesse espírito de proteção do indivíduo, permeado de riscos, em prol de garantir um sustento mínimo para aqueles que não possuem meios de subsistência, que nasce toda a organização da Seguridade Social e de seus órgãos após a Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal de 1988, conforme aponta Castro e Lazarri (2023), estabeleceu que o acesso a saúde seria universalizado. Ademais, reforçou-se o acesso à assistência social com a criação de novos benefícios, fortalecendo o direito a todos, inclusive daqueles que não contribuam para a previdência social.

Posteriormente, surge a Lei n. 8.213/91, que dispôs sobre diversos benefícios da previdência social, surge também a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), Lei n. 8.742/93 que dispõe acerca da organização da assistência social e normatiza o Benefício de Prestação Continuada (BPC), principal benefício assistencial atualmente exercido.

Nesse prisma, como demonstra Agostinho (2020), surge a Emenda Constitucional n. 20/1998, a qual ratificou o regime contributivo e limitado e tratou do regime de previdência complementar. Posteriormente, com o advento da EC n. 41/2003 que tratou dos benefícios

para servidores públicos e, atualmente, a EC n. 103/2019 que buscou reformar a previdência social de forma a equilibrar o sistema financeiro e atuarial da Previdência Social brasileira.

Constata-se que, após a promulgação da Magna Carta de 1988, ocorre um esforço consciente e deliberado do poder público em garantir, para toda a população, uma Seguridade Social funcional e que preste o melhor atendimento possível a todos os seus usuários, sobretudo como forma de garantir o direito ao mínimo existencial. Exemplificando o que foi tratado anteriormente, pode-se utilizar o instituto da pensão por morte.

5 A Pensão Por Morte e seus dependentes

A pensão por morte é um benefício garantido pela Previdência Social, sendo regulado pelos art. 74 e seguintes da Lei 8.213/91, a chamada lei de benefícios, e previsto expressamente no art. 201, V da Constituição Federal de 1988 que diz:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) (Brasil, 1988)

Atenta-se que a pensão por morte é um benefício prestado aos dependentes de qualquer segurado da previdência social que venha a falecer, desde que obedecidos os requisitos arrolados pelo art. 16 da Lei de Benefícios, o qual informa:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

IV - (Revogada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 1º A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.

§ 2º .O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997) (Vide ADIN 4878) (Vide ADIN 5083) (Brasil, 1991)

Assim sendo, a pensão por morte busca a garantir a subsistência dos dependentes de um segurado pela Previdência Social que faleceu. Pois estes, que anteriormente teriam sua renda garantida pelo segurado falecido, não sofrerão graves prejuízos à sua subsistência e qualidade de vida em decorrência do falecimento do provedor.

A partir disso, o desembargador Luís Alberto d’Azevedo Aurvalle (2007, p. 5) enuncia:

“A dependência econômica superveniente – como o próprio nome o diz – decorre de amparo que vinha sendo outorgado pelo segurado anteriormente ao falecimento, mesmo à margem do âmbito alimentar do direito de família.”

É mister a análise do conceito de dependente: “O dependente é aquele que está vinculado ao instituto da previdência, de forma indireta em razão do seu vínculo com o segurado. Ligado de forma indissociável ao direito do respectivo titular e não possui direito próprio junto à Previdência.” (Nunes, 2020, p. 37).

Percebe-se, a partir dos conceitos acima, que a qualidade de dependente para a legislação e doutrina brasileira, vem a partir de uma ligação econômica direta do dependente para com o segurado/provedor.

É nesse sentido que, para os cônjuges, filhos menores de 21 anos ou inválidos ou portadores de deficiência, é reconhecido a dependência econômica de forma presumida, conforme preceitua o art. 16, I da Lei de Benefícios e é defendido por Castro e Lazzari (2023). Ou seja, comprovada a relação conjugal, de convivência em união estável, ou a relação de filiação, é reconhecido de forma presumida o direito a receber a pensão por morte.

Vemos que a qualidade de dependente do segurado não advem somente de uma relação de parentesco sanguíneo, sendo, conforme dita Wladimir Novaes Martinez, “dependente é a pessoa economicamente subordinada ao segurado” (1997, p. 201-2008 apud Silva, 2009, p. 66), dessa forma, vemos que a dependência econômica do beneficiário também apresenta importante fator para ser reconhecido como dependente no Direito Previdenciário Brasileiro.

Ademais, conforme a doutrina da primazia do direito da criança e adolescente, conforme decidido no art. 33, §3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, o instituto da guarda garante para a criança ou adolescente a qualidade de dependente para todos os fins de direitos, inclusive os previdenciários.

5 O menor sob Guarda e a ADI 4878

Embora o avanço na edição de novas leis seja latente, em alguns pontos as alterações não são bem recebidas. Ainda, há a possibilidade destas serem mal interpretadas ou não serem oportunas. Conforme salientam Araújo e Lima (2023, p. 10):

Bem alertou Calamandrei que o otimismo excessivo do legislador é perigoso. A realidade social se transforma com rapidez notável e as disposições do

direito positivo, dessa maneira, envelhecem, “caducam”, tornam-se ultrapassadas. Leis que conferiam prerrogativas estão sujeitas a perderem sentido no futuro, abrindo margem para reformas, por conseguinte.

A Lei n. 9.587/97, procurando deixar a matéria às claras, tornou-a obscura. Pois deu a seguinte redação ao art. 16, §2º da Lei 8.213/91:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

§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.

Com base no referido dispositivo, a Procuradoria Geral da República entendeu que a redação original do dispositivo defendia que o menor que estivesse, mediante decisão judicial, sob a guarda do segurado teria direito ao benefício da pensão por morte, posição que violaria o princípio da proteção integral a criança e ao adolescente assegurados na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Dito isso foi ajuizada a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.878, a qual busca declarar a inconstitucionalidade da mudança no art. 16, §2º da Lei de Benefícios, de forma a garantir o direito dos menores sob guarda o reconhecimento como dependente para efeito do direito aos benefícios, principalmente, o de pensão por morte.

No curso da referida ação de controle de constitucionalidade, o Ministro Gilmar Mendes, relator do processo, defendeu a proteção integral à criança e ao adolescente, conforme defendido pelo ECA, vejamos:

Verificar se a alteração legislativa violou os princípios da igualdade, da proteção integral da criança e do adolescente e da vedação ao retrocesso, depende, a meu ver, do exame do instituto da guarda, de modo a identificar quais são os menores amparados pelo art. 16 e, em relação aos excluídos, quem responde por eles no caso da morte do guardião (BRASIL, 2021)

No entanto, o Ministro decidiu que, por seu caráter provisório, a guarda não caracteriza o menor como dependente do segurado falecido:

Assim, verifico que o fato de o menor estar sob guarda de um terceiro não determina, necessariamente, sua condição de dependente deste, quer pela provisoriedade da guarda, quer pela manutenção, em muitos casos, do poder familiar e da condição de dependente de seu genitor, mesmo que falecido, quer por estar sob os cuidados do Estado.”

No entanto, vê-se que o relator decidiu no sentido de que a proteção à criança e ao adolescente é integral, conforme as disposições da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, veja-se a redação do art. 4º do ECA:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (Brasil, 1990)

Ademais, o instituto do menor sob guarda conforme define Bittencourt, Borsio e Pires (2021), é a criança menor de idade que se encontra sob o poder familiar de um terceiro que não seus genitores, com o objetivo de proteger a sua incolumidade física, psicológica e material, prestando-lhe a devida assistência.

Como bem assevera o Relator Gilmar Mendes, o requisito para se encontrar como dependente no direito previdenciário não é o menor estar sob a guarda, mas o fato de que o segurado estaria exercendo o seu poder de família sob o filho, conforme exposto:

Portanto, estar, ou não, sob a guarda do segurado, não é relevante para o estabelecimento da condição de beneficiário. O importante, aqui, é que o segurado não tenha perdido o poder familiar em relação ao filho

Partindo do conceito exposto acima, vê-se que o menor sob guarda se encontra sob o poder familiar do segurado, uma vez que o mesmo tem esse vínculo de fato, o poder de família é exercido pelo segurado no momento de seu falecimento. Sendo, portanto, conforme exposto pelo próprio relator, um dependente. Tal fato se mostra uma ocorrência reiterada devido à subjetivização do direito de família, conforme narração de Carvalho (2018, p. 71):

Parte da doutrina brasileira que se dedica ao Direito de Família aderiu, com significativa produção bibliográfica, à promoção e à divulgação de um estudo familiarista impregnado da visão ética voltada para o individualismo subjetivista. Algumas decisões judiciais vêm sendo prolatadas com esse fundamento, gerando alguma perplexidade no âmbito jurídico, mesmo quando tais decisões estejam absolutamente contrárias ao previsto na norma codificada ou na solidificação doutrinária da matéria. O crescimento de uma corrente jurisprudencial do Direito de Família no Brasil que acolhe a subjetivização das relações afetivas promove, diretamente, a crise do Direito de Família codificado deste ramo, à proporção que o afasta do direito positivado e o aproxima de um direito do caso concreto.

No entanto, o Ministro Edson Fachin (2021) defende que embora o legislador previdenciário tenha desconsiderado o menor sob guarda como dependente, o ECA em seu art. 33, §3º estabelece que o menor sob guarda é dependente para todos os fins legais, incluindo previdenciário.

O ministro Edson Fachin também manifestou-se inclinando para a primazia dos direitos da criança e do adolescente acima de outros ditames legais, vejamos:

A doutrina da proteção integral, como se pode depreender, consagra a proteção absoluta que deriva não apenas do caput do art. 227 da Constituição de 1988, mas, também, dos tratados internacionais vigentes sobre o tema, dos quais sobressai a Convenção dos Direitos das Crianças (Decreto 99710/1990).

A prioridade absoluta, conforme Valter Kenji Ishida, significa primazia dos direitos das crianças e dos adolescentes em todas as esferas de interesse, incluindo a judicial, a extrajudicial e a administrativa (ISHIDA, Válter Kenji. Estatuto da Criança e Adolescente: doutrina e jurisprudência. 15ed. São Paulo: Atlas, 2014, p; 14)(Brasil, 2021, p. 30)

Dessa forma, a partir dos dispositivos legais tratados, deve-se sobrepor os interesses das crianças e adolescentes sobre os do Estado e da legislação Ordinária, não podendo as alterações realizadas no art. 16 da Lei n. 8.213/91 ferirem os direitos garantidos pela magna carta para os menores sob guarda.

Ademais, a alegação de que incluir menor sob guarda no rol de dependentes incentivaria diversas fraudes, não se demonstra cabível e proporcional para a exclusão do direito destes. Assim, o Ministro Edson Fachin confirma:

Não se trata de cancelar qualquer tipo de fraude, ao revés. Em primeiro lugar, porque o argumento pauta-se na presunção de má-fé. Em segundo lugar, porque pretensas fraudes supostamente ocorridas em processos de guarda não são justificativa para impedir o acesso de crianças e adolescentes a seus direitos previdenciários, assegurados tanto pelo art. 227, CRFB, quanto pelo art. 33, do Estatuto da Criança e do Adolescente. (Brasil, 2021, p. 31)

Reitera-se, portanto, que os direitos constitucionais dos menores e adolescentes deve se sobrepor aos interesses econômicos do Estado, uma vez que é dever deste garantir a proteção daqueles. Logo, comprovada a dependência econômica e a situação de guarda dos menores, deve-se reconhecer a qualidade de dependentes de qualquer criança ou adolescente que se encontre em situação de guarda por terceiro.

Ademais, para a Ministra Rosa Weber, a retirada do Menor Sob Guarda, seria um grave retrocesso aos direitos sociais, previsão que é expressamente vedada pela nossa constituição pátria, a Ministra diz:

A supressão efetuada pela Lei n. 9.528/97 não se coaduna com o desenho de proteção constitucionalmente erigido em prol das crianças e dos adolescentes. Configura, em verdade, insustentável retrocesso no quadro de promoção e de proteção nacional e internacional à infância e à juventude. (Brasil, 2021, p. 61)

Logo, conforme define Canotilho (Apud Andrade, 2016 p. 187) os princípios adquirem caráter de garantia institucional e de direito subjetivo, de forma que qualquer retrocesso nos princípios geraria quebra na segurança jurídica e na proteção da confiança dos cidadãos em âmbito econômico, social e ambiental.

Portanto, sendo um retrocesso social, vê-se que a Ministra Rosa Webber acertadamente decidiu pela inconstitucionalidade da alteração legislativa proposta pela Lei 9.587/97 no art. 16, §3º da Lei 8.213/91.

Portanto, julgou-se por maioria, a inconstitucionalidade das alterações apresentadas pela Lei n. 9.587/97 quanto a exclusão do menor sob guarda como dependente previdenciário.

Entretanto, note-se que o referido julgamento, não analisou o art. 23 da Ec 103/2019, que excluiu expressamente o menor sob guarda da pensão por morte, e tal dispositivo, a partir do princípio da demanda, conforme defendido pelo Ministro Edson Fachin. Portanto, nota-se que, talvez a ADI 4878 não venha a ter tantos efeitos práticos, porém, vem para de forma extremamente importante, sedimentar a proteção da criança e do adolescente e de seus direitos constitucionais dentro da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

6 CONCLUSÃO

A discussão em torno do menor sob guarda e sua caracterização como dependente para fins previdenciários é uma questão de grande importância, sendo necessário primeiramente entender o dever do Estado, conforme imposto pela Carta Constitucional de 1988, que busca defender a dignidade da pessoa humana. A partir dessa defesa de uma vida digna e justa para todos os brasileiros, que se garante a todos um mínimo existencial, definido aqui, como o mínimo exigido para que a população como um todo tenha efetivado o princípio da dignidade da pessoa humana, de forma que todos aqueles que se encontrem desamparados não sejam vítimas de segregação social, garantido assim para todos, uma sociedade livre, igualitária e digna para seus habitantes.

Estabelecido essa questão, estudou-se o dever do Estado em garantir os direitos constitucionais do mínimo existência, da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais e sociais como corolários desses princípios, firmando a partir daí a obrigação do Estado em prover para todos os brasileiros essas prerrogativas. Dessa forma, estabelece-se que a partir dessa obrigação surge o papel da Seguridade Social como instituto adimplente das obrigações Estatais em garantir para todos a efetividade da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial.

Outrossim, definiu-se que o instituto da pensão por morte, o benefício da Previdência Social pelo dispositivo analisado no presente trabalho, analisando um pouco a sua regulamentação e o conceito de dependente, chegando a conclusão que para ser beneficiário da pensão por morte, não é necessário a relação sanguínea, sendo garantido para todos que provarem a relação de dependência econômica, sendo além disso, garantido para os menores sob guarda, a partir da doutrina da primazia dos direitos da criança e do adolescente pelo ECA, a qualidade de dependente para todos os efeitos de direitos, inclusive previdenciário.

Portanto, uma vez estabelecida a proteção conferida pela Magna Carta brasileira e pela legislação infraconstitucional às crianças e adolescentes. Excluir o menor sob guarda, da

condição de beneficiário do instituto da pensão por morte, é negar-lhe sua condição humana, retirando-lhe a forma de subsistência.

Logo, conforme exposto, a ADI 4878 tem importante papel, ao garantir na jurisprudência da Suprema Corte nacional, o prevaecimento dos direitos fundamentais garantidos pela constituição federal, sob interesses econômicos do Estado em excluir os menores sob guarda do “guarda-chuva” da assistência social. Garantindo, então, a plena efetivação dos direitos da dignidade da pessoa humana, do mínimo existencial e da plena aplicação da legislação do Estatuto da Criança e Adolescente que busca proteger e garantir o bem-estar físico, emocional e social de todas as crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade.

Entretanto, como vimos que embora, a ADI 4878 tenha julgado inconstitucional as alterações propostas pela Lei n. 9.587/97, vê-se que com o advento, da EC 103/2019, que excluiu expressamente o menor sob guarda do rol de dependentes da Pensão por Morte. Logo, vemos que a referida ADI, terá mais importância a partir dos seus efeitos teóricos ao expor a proteção integral da criança e adolescente na jurisprudência da referida corte, do que a partir dos seus efeitos práticos, que venham efetivamente a acontecer.

REFERÊNCIAS

AGOSTINHO, Theodoro. **Manual de Direito Previdenciário**. [S. l.]: Saraiva Jur, 2020. 630 p. ebook.

ARALDI MARTINS, Dannel Adriano. **Manual de Direito Constitucional**. [S. l.]: Editora Juspodivm, 2021. 960 p. ISBN 978-65-5680-704-1.

ARAÚJO, Manoel Matias Medeiros de; LIMA, Rogério Araújo. **A Fazenda Pública em Juízo: um adeus aos prazos em dobro?**. Revista Científica Semana Acadêmica, v. 11, p. 1, 2023.

AURVALLE, Luís Alberto d’Azevedo. **A pensão por morte e a dependência econômica superveniente**. Revista de Doutrina da 4ª Região, [s. l.], ano 2007, ed. 18, 25 jun. 2007. Disponível em: <https://core.ac.uk/reader/16051560>. Acesso em: 23 set. 2023.

BARACHO, Hertha Urquiza; DANTAS, Soraya Braga de Sousa. **A pobreza como desrespeito à dignidade humana: uma análise da efetividade do Bolsa Família no Brasil**. Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 1-17, jul/dez. 2017.

BATISTA DA SILVA, GABRIEL AUGUSTO. **A PENSÃO POR MORTE COMO DIREITO DEVIDO AO MENOR SOB GUARDA**. 2022. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS, [S. l.], 2022. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/4015/1/TC2%20C08%20GABRIEL%20AUGUSTO%20BATISTA%20DA%20SILVA.pdf>. Acesso em: 22 set. 2023.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Introdução ao estudo do direito: humanismo, democracia e justiça**. - 2 ed., rev. e ampl., São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BITTENCOURT, Renata Osório Caciquinho; BORSIO, Marcelo Fernando; PIRES, Luiz Henrique Paiva. **A (IN)VISIBILIDADE DO MENOR SOB GUARDA E A PENSÃO POR MORTE**. Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social, [s. l.], ano 2021, v. 7, ed. 2, p. 63-79, 13 jul. 1990. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadssps/article/view/8340/pdf>. Acesso em: 4 out. 2023.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência e Política**. - 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 4878**. Artigo 16, § 2º, da Lei nº 8.213/1991, na redação conferida pela Lei nº 9.528/1997. Direito do Menor Sob Guarda a Pensão por Morte. Requerente: Procurador Geral da República. Intimado: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Redator; Min. Edson Fachin, 08 de Junho de 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1273429529/inteiro-teor-1273429530> Acesso em: 04 de Outubro de 2023

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Presidência da República, 2022. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html> Acesso em: 05 de out. de 2022.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Estatuto da Criança e Adolescente**, [S. l.], 13 jul. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 4 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. [S. l.], 1991. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 23 set. 2023.

CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. **A progressiva subjetivização do direito de família brasileiro**. REVISTA DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES, v. 16, p. 64, 2018.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 26. ed. rev. e atual. [S. l.]: Forense, 2023. 1077 p. ISBN 978-65-596-4653-1.

DOS SANTOS, Denise Tanaka; VIEIRA, Ester Moreno de Miranda; DA SILVA, Roberta Soares. **A ASSISTÊNCIA SOCIAL NO BRASIL: INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS**. REVISTA INTERNACIONAL CONSINTER DE DIREITO, [s. l.], ano 2022, v. VIII, ed. 15, p. 77-96, 18 dez. 2022. DOI 10.19135/revista.consinter.00015.02. Disponível em: <https://revistaconsinter.com/index.php/ojs/0001502>. Acesso em: 22 set. 2023.

LEANDRO SILVA, Paulo. Menor sob guarda e dependentes da Lei Previdenciária. Scientia FAER, [s. l.], v. 1, p. 65-73, 2009. Disponível em: http://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20170802101754.pdf. Acesso em: 9 out. 2023.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. - 16. ed., rev., ampl. e atual., Salvador: Ed. JusPodivm, 2021.

- NUNES, Jacquelline Moura. **PENSÃO POR MORTE: ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL 103/2019**. Revista de Ciências Jurídicas e Sociais, [s. l.], v. 10, n. 2, p. 30-51, 2020. Disponível em: <http://revistas.ung.br/index.php/cienciasjuridicasocias/article/view/4467>. Acesso em: 23 set. 2023.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social**. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, [S.l.], n. 2, p. 49- 67, dez. 2001. ISSN 1677-1419. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/29>>. Acesso em: 23 de abr. de 2022.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. 92 p. ISBN 978-85-7348-730-5.
- SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998.
- TORRES, Ricardo Lobo. **O MÍNIMO EXISTENCIAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS**. Revista Direito Administrativo, Rio de Janeiro, ano 1989, n. 177, p. 29-49, 1 jul. 1989. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/46113/44271>. Acesso em: 14 set. 2023.
- WEBER, Thadeu. **A ideia de um “mínimo existencial” de J. Rawls**. Kriterion: Revista de Filosofia, Kriterion: Revista de Filosofia, ano 2013, v. 54, n. 127, p. 197-210, 30 jun. 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/kr/a/9Xm9v9snhPspZRxqV6LtP5F/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 14 set. 2023.
- WINCKLER, Carlos Roberto; NETO, Bolívar Tarragó Moura. **Welfare state à brasileira**. Indicadores econômicos FEE, v. 19, n. 4, p. 108-131, 1992.