

ISSN 0034-835X
e-ISSN 2596-0466



Revista de Informação Legislativa

Brasília – DF

ano 61

241

p. 1-254

janeiro a março de 2024

SENADO FEDERAL



A (des)proteção previdenciária da criança e do adolescente sob guarda: uma insegurança prolongada

The (lack of) social security protection for children and adolescents under custody: a prolonged insecurity

Marcelo Leonardo Tavares¹

Fernanda Cabral de Almeida²

Resumo

Este artigo tem por objetivo analisar a proteção previdenciária de crianças e adolescentes sob guarda, com base nos métodos dedutivo e jurídico-propositivo, na pesquisa bibliográfica e no estudo de caso. Dadas as principais premissas – crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e sua proteção previdenciária, a doutrina da proteção integral e o instituto da guarda e suas complexidades –, examina-se a decisão do Supremo Tribunal Federal nas ADIs nºs 4.878/DF e 5.083/DF, seus fundamentos vencidos e vencedores, em especial os argumentos da fraude e do equilíbrio financeiro e atuarial. Em seguida, aborda-se a alteração da matéria pela Reforma Previdenciária de 2019 e lançam-se propostas relativas à proteção previdenciária de crianças e adolescentes sob guarda.

Palavras-chave: Direito Previdenciário; doutrina da proteção integral; prioridade absoluta; reforma previdenciária; crianças e adolescentes sob guarda.

Abstract

This paper aims to analyze the social security protection of children and adolescents under custody, through deductive and legal-propositive methods, bibliographical research and case study. Based on main assumptions – children and adolescents as possessors of rights

¹ Marcelo Leonardo Tavares é doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; pós-doutor em Direito Público pela Université Lyon III, Lyon, França, e em Direito Previdenciário pela Université de Bordeaux, Bordeaux, França; professor de Direito Previdenciário da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; juiz do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Rio de Janeiro, RJ, Brasil. E-mail: marceloltavares68@gmail.com

² Fernanda Cabral de Almeida é mestra em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; doutoranda em Direito do Trabalho e Previdenciário na UERJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; servidora do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, Rio de Janeiro, RJ, Brasil. E-mail: fernanda.cabral5@gmail.com

and their social security protection, the full protection doctrine and the institution of guardianship and its complexities –, the decision of the Brazilian Supreme Court in ADIs 4.878/DF and 5.083/DF is examined – its majority and dissenting opinions –, with special attention to the arguments of fraud and financial and actuarial balance of the Social Security system. Then, the 2019 Social Security Reform is addressed and proposals relating to the social security protection of children and adolescents in custody are launched.

Keywords: Social Security Law; full protection doctrine; absolute priority; social security reform; children and adolescents under custody.

Recebido em 4/7/23

Aprovado em 27/12/23

Como citar este artigo: ABNT³ e APA⁴

1 Introdução

Foi num programa de televisão, no início de 2023, que o Brasil conheceu a história de Jhonatan e Daniel, um casal de Rio Claro (SP), ambos na faixa dos 30 anos, que resolveram adotar cinco irmãos entre 2 e 12 anos de idade. As crianças foram acolhidas numa instituição após sua mãe, uma prima de Jhonatan, ter sido destituída do poder familiar. Para que não fossem separadas, o casal decidiu adotá-las todas e, antes que o processo de adoção fosse iniciado, Jhonatan, em razão do vínculo de parentesco e de afinidade, conseguiu sua guarda (Assis, 2022).

No programa de auditório, Jhonatan e Daniel participaram de um quadro de perguntas e respostas cujo prêmio poderia ultrapassar os R\$ 2 milhões e seria utilizado, segundo o casal, para comprarem uma casa e um carro com sete lugares. Jhonatan e Daniel ganharam pouco mais de R\$ 73 mil no jogo. Conseguiram comprar o carro. A comoção com a história fez com que uma “vaquinha” on-line lhes garantisse também a casa (Machado, 2023).

No entanto, antes mesmo que a história fosse ao ar, Jhonatan faleceu vítima de dengue, deixando Daniel com as cinco crianças. Não havia, até aquele momento, um processo de

³ TAVARES, Marcelo Leonardo; ALMEIDA, Fernanda Cabral de. A (des)proteção previdenciária da criança e do adolescente sob guarda: uma insegurança prolongada. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 61, n. 241, p. 191-217, jan./mar. 2024. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/241/ril_v61_n241_p191

⁴ Tavares, M. L., & Almeida, F. C. de (2024). A (des)proteção previdenciária da criança e do adolescente sob guarda: uma insegurança prolongada. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 61(241), 191-217. https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/241/ril_v61_n241_p191

adoção, mas tão somente a guarda judicialmente concedida a Jhonatan, o que fez com que as crianças passassem a ficar em situação irregular – sem o guardião, com a mãe destituída do poder familiar e com possibilidade de serem novamente institucionalizadas⁵.

Temendo ficar sem as crianças, Daniel ajuizou a ação de adoção por ele e a de adoção póstuma por seu companheiro. Durante a tramitação, obteve a guarda provisória dos cinco irmãos e disse, em entrevista a um jornal local, estar muito feliz e seguro por “poder viver com seus filhos sem medo” (Assis, 2023).

Esse caso ajuda a compreender a complexidade fática e a relevância da guarda de crianças e adolescentes. Daniel já se sentia responsável pelas crianças a partir do momento em que as retirou, com seu companheiro, de um abrigo e as levou para casa; e já lhes dava assistência moral, afetiva e material, mesmo antes de um juiz conceder-lhe a sua guarda.

O presente trabalho versa sobre o direito à proteção previdenciária de crianças como Wendel, Douglas, Harry, Yarah e João Miguel, os cinco irmãos que protagonizam essa história real.

Em 1996, a Medida Provisória (MP) nº 1.523, convertida na Lei nº 9.528/1997 (Brasil, [2018]), excluiu o “menor”⁶ sob guarda do rol de dependentes previdenciários equiparados a filho previsto no art. 16 da Lei nº 8.213/1991 (*Lei de planos de benefícios da Previdência Social*) (Brasil, [2023c]).

Antes mesmo que a questão fosse apreciada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), a Reforma Previdenciária de 2019, no § 6º do art. 23 da Emenda Constitucional (EC) nº 103 (Brasil, 2019b), declarou serem equiparados a filhos, para fins de percepção de pensão por morte, exclusivamente o enteado e o tutelado economicamente dependentes do segurado, o que ratificava a opção legislativa de 1996.

Em 2021, o STF declarou inconstitucional a MP de 1996 e conferiu ao § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213/1991 interpretação conforme à Constituição, para contemplar em seu âmbito de proteção o “menor sob guarda”, na categoria de dependentes do Regime Geral de Previdência Social (RGPS). Contudo, ante o princípio da demanda, o STF não se debruçou sobre o que determina a EC nº 103/2019.

Este trabalho tem por objetivo – com base nos métodos dedutivo e jurídico-propositivo, de pesquisa bibliográfica e do estudo de caso – analisar a proteção previdenciária de crianças e adolescentes sob guarda.

O desenvolvimento deste artigo está dividido em três seções. Na primeira (seção 2), serão estudadas algumas premissas principais – como crianças e adolescentes foram alçados à condição de sujeitos de direitos, a doutrina da proteção integral, sua proteção previdenciária e questões associadas à guarda e suas complexidades. Na segunda (seção 3), será examinada

⁵ Diz-se que a criança ou o adolescente está institucionalizado quando inserido em programa de acolhimento institucional.

⁶ Utiliza-se aqui o termo *menor* para tratar de crianças e adolescentes, tal como se observa na doutrina, inclusive especializada, e na jurisprudência, não obstante haja crítica ao vocábulo, “considerado pejorativo, pois remete ao antigo Código de Menores, que tratava crianças e adolescentes como *peçoas em situação irregular*, e as fazia carregar o estigma de marginalização, delinquência e abandono” (Rossato; Lépre; Cunha, 2019, p. 80).

a decisão do STF nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) nºs 4.878/DF e 5.083/DF (Brasil, 2021a, 2021b), seus fundamentos vencidos e vencedores, com especial atenção aos argumentos da fraude e do equilíbrio financeiro e atuarial. E, na terceira (seção 4), examinar-se-á o tema na EC nº 103/2019 e lançar-se-ão propostas para a proteção previdenciária de crianças e adolescentes sob guarda. Em seguida, serão firmadas as conclusões.

2 Crianças e adolescentes como sujeitos de direitos previdenciários

2.1 Crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e a doutrina da proteção integral

Foi apenas a partir de dois fatos históricos perversos que a comunidade internacional passou a preocupar-se de forma específica com crianças, até então vistas como propriedade de seus pais: (i) as manifestações e a luta de operários contra a exploração do trabalho infantil a partir da Revolução Industrial; e (ii) os efeitos da Primeira Guerra Mundial, como o aumento de órfãos abandonados (Rossato; Lépure; Cunha, 2019, p. 39-40).

O primeiro levou à criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1919, ainda no âmbito da Liga das Nações. Dentre os temas das primeiras seis convenções aprovadas no ano de sua criação, destacam-se duas que tratavam da proibição do trabalho noturno a menores de 18 anos de idade e da vedação do labor na indústria aos menores de 14 anos⁷. O segundo – os efeitos trágicos da guerra sobre as crianças – levou em 1924 à elaboração da Declaração de Genebra, também conhecida como *Carta da Liga sobre a Criança*. Com o objetivo de proporcionar “ajuda humanitária temporária às crianças, bem como promover o seu apadrinhamento” (Rossato; Lépure; Cunha, 2019, p. 46), era o “primeiro documento de caráter amplo e genérico com relação à criança” (Dolinger, 2003, p. 81).

Algumas décadas depois, em 1959, foi adotada pela Assembleia da Organização das Nações Unidas (ONU) a *Declaração universal dos direitos da criança*, em complementação à *Declaração universal dos direitos humanos* (Nações Unidas, [1948]), que tem sua relevância reconhecida por alterar o paradigma de tratamento das crianças – que passaram de “objeto de proteção, ou meros recipientes passivos” (Rossato; Lépure; Cunha, 2019, p. 47) à condição de sujeitos de direitos.

As declarações, contudo, não tinham caráter coercitivo (Ishida, 2022, p. 29-31), o qual só se configurou em 1989 com a *Convenção sobre os direitos da criança*, o tratado internacional com o maior número de ratificações da história⁸ e que reconheceu a criança como sujeito

⁷ Convenção nº 5/1919 sobre Idade Mínima de Admissão nos Trabalhos Industriais e Convenção nº 6/1919 sobre Trabalho Noturno dos Menores na Indústria, ambas ratificadas pelo Brasil em 26/4/1934 (Organização Internacional do Trabalho, [1919a], [1919b]).

⁸ A Convenção foi ratificada por 196 países, entre os quais o Brasil.

de direito ao qual se deve conferir prioridade absoluta e especial proteção, em razão de seu desenvolvimento (Nações Unidas, [1989]).

No século XXI, ao apontarem objetivos de proteção no âmbito da previdência social, várias instituições internacionais têm destacado a necessidade do cuidado com riscos que envolvam crianças, em virtude de sua maior exposição e vulnerabilidade⁹.

No Brasil, o reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e dignos de proteção integral também foi tardio. Paula (2002) identifica quatro fases na evolução do tratamento jurídico do público infante-juvenil, que vão desde a (i) fase de absoluta indiferença, passa pelas fases de (ii) mera imputação criminal¹⁰ e (iii) tutelar¹¹ e, finalmente, (iv) pela fase da proteção integral, instituída pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) e pela Lei nº 8.069/1990 (*Estatuto da criança e do adolescente* (ECA)) (Brasil, [2023a], [2023b]), “considerado mundialmente um dos melhores textos legais sobre a matéria relacionada à proteção de crianças” (Ishida, 2022, p. 23).

O ECA adota a *doutrina da proteção integral*, em contraponto à *doutrina da situação irregular*¹², instituída pelo *Código de menores* de 1979 (Brasil, [1990]) e característica da anterior fase tutelar. O novo Estatuto foi concebido em consonância com a CRFB – que alça a proteção à infância à condição de direito social (art. 6^a) e prevê o dever cooperativo da família, da sociedade e do Estado em assegurar, com prioridade absoluta, os direitos de crianças e adolescentes (Brasil, [2023a], art. 227) –, este último já elaborado sob clara influência da *Convenção sobre os direitos da criança* (Pereira, 2008, p. 17-18), que à época da Constituinte estava em discussão avançada na ONU.

A *proteção integral*, “baseada no reconhecimento de direitos especiais e específicos de todas as crianças e adolescentes” (Ishida, 2022, p. 23, grifo nosso), consiste em fornecer a esse público “toda a assistência necessária ao pleno desenvolvimento de sua personalidade” (Elias, 2005, p. 2). Rompe-se, assim, com a “cultura jurídica das discriminações” (Pereira, 2008, p. 33) que informava as doutrinas anteriores que classificavam os menores conforme suas condições, o que levava à sua separação e segregação.

⁹ O Banco Mundial e o Unicef, no documento *Common ground: Unicef and World Bank approaches to building social protection systems* (World Bank; Unicef, 2013, p. 7-8). A OIT, no documento *Extending social security to all* (International Labour Office, 2010, p. 20), o qual define: “all children have income security, at least at the level of the nationally defined poverty line level, through family/child benefits aimed at facilitating access to nutrition, education and care”.

¹⁰ São exemplos dessa fase as *Ordenações filipinas*, cujo Título CXXXV, embora livrasse o menor de 17 anos da pena de morte natural, determinava que o juiz lhe aplicasse “pena menor”; o *Código penal* do Império (1830), que tornou inimputáveis menores de 14 anos, devendo aqueles entre 7 e 14 anos incompletos ser recolhidos às casas de correção; e o *Código penal* de 1890, segundo o qual os maiores de 9 anos e menores de 14 que tivessem agido com discernimento deveriam ser recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriais (“teoria do discernimento”).

¹¹ Destacam-se o *Código Mello Mattos* – Decreto nº 17.943-A/1927 (Brasil, [1979]) – e o *Código de menores* de 1979 (Brasil, [1990]), ambos com previsão de medidas de assistência e proteção ao menor de 18 anos “abandonado ou delinquente” ou em “situação irregular”.

¹² Para a aplicação do *Código de menores*, “além da menoridade, era necessário considerar a situação em que se encontrava o indivíduo” (Elias, 2005, p. 1).

Na perspectiva da proteção integral, crianças e adolescentes deixam de ser concebidos como objetos a serem tutelados e passam a ser reconhecidos como *sujeitos de direitos* – tanto dos mesmos direitos fundamentais dos adultos quanto de outros de caráter especial, em razão de sua condição de pessoas em desenvolvimento. Devem também ser tratados pela família, pela sociedade e pelo Estado com *prioridade absoluta* e sempre em vista do seu *melhor interesse (princípio da cooperação)*. Sua atual classificação em dois grupos – crianças e adolescentes – tem o “único objeto de dar tratamento especial às pessoas em fase peculiar de desenvolvimento, em razão da maior ou menor maturidade” (Pereira, 2008, p. 33).

A proteção integral deve ser percebida como o “elemento substantivo essencial para a compreensão do Direito da Criança e do Adolescente” (Custódio, 2008, p. 28), cuja posição de destaque foi capaz de “reunir tal conjunto de valores, conceitos, regras, articulação de sistemas e legitimidade junto à comunidade científica que a elevou a um outro nível de base e fundamentos teóricos” (Custódio, 2008, p. 27-28). Também se tornou “prioritária a integração entre as disciplinas, sobretudo entre aquelas que diretamente irão contribuir para a proposta maior de proteção dos novos ‘sujeitos de direito’” (Pereira, 2008, p. 37). Portanto, a doutrina da proteção integral transborda os limites do Direito da Criança e do Adolescente, e informa outros ramos jurídicos, inclusive o Direito Previdenciário.

Não à toa o art. 26 da *Convenção sobre os direitos da criança* dispõe que “os Estados Partes devem reconhecer que todas as crianças têm o direito de usufruir da *previdência social*, inclusive do seguro social, e devem adotar as medidas necessárias para garantir a plena realização desse direito, em conformidade com sua legislação nacional” (Nações Unidas, [1989], grifo nosso).

Em consonância com a norma internacional, a CRFB incluiu a garantia aos direitos previdenciários como um dos aspectos da proteção especial devida a crianças e adolescentes (Brasil, [2023a], art. 227, § 3º, II).

2.2 O menor sob guarda na Previdência Social

No sistema brasileiro de seguro social, os direitos previdenciários de crianças e adolescentes concretizam-se primordialmente por meio do vínculo de dependência¹³ com seus responsáveis adultos, quando estão na condição de segurados, caso em que são oferecidas prestações de família e de maternidade conforme a Convenção nº 102 da OIT ([1952]) sobre normas mínimas da seguridade social.

¹³ Permite-se qualquer trabalho ao maior de 16 anos e, na condição de aprendiz, ao maior de 14 anos (Brasil, [2023a], art. 7º, XXXIII), e o menor que exerça atividade remunerada está obrigatória e automaticamente filiado ao RGPS na condição de segurado. Além disso, o adolescente maior de 14 anos pode contribuir facultativamente (Brasil, [2023c], art. 13). Aqui, contudo, tratar-se-á das hipóteses em que crianças e adolescentes figuram como dependentes previdenciários – e não segurados.

Os dependentes do segurado do RGPS são divididos em três classes¹⁴. A primeira é composta pelo cônjuge ou companheiro ou companheira e pelo filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave (Brasil, [2023c], art. 16, I).

Além do tutelado e do enteado, a Lei nº 8.213/1991 (Brasil, [2023c]), em sua redação original previa que se equiparava a filho o menor que, por determinação judicial, estivesse sob a guarda do segurado, mediante declaração deste, mantendo a previsão inserida na *Lei orgânica da Previdência Social* (Brasil, [1985], art. 11, § 2º, b) pelo Decreto-lei nº 66/1966 (Brasil, [1984]).

Todavia, em 1996 a MP nº 1.523, convertida na Lei nº 9.528/1997, com o intuito de coibir fraudes (Bittencourt; Borsio; Pires, 2021, p. 67-68), alterou a redação do § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213/1991, para dispor que o “enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica” (Brasil, [2023c]).

Portanto, a norma excluiu a um só tempo a menção ao menor sob guarda e exigiu a comprovação da dependência econômica – encargo superior à mera declaração do segurado – para equiparar o enteado e o tutelado à condição de filho. A presunção de dependência econômica, portanto, ficou restrita aos filhos.

Criou-se também um conflito entre a nova redação do § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213/1991 e o ECA, cujo art. 33, no § 3º, dispõe que “a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, *inclusive previdenciários*” (Brasil, [2023b], grifo nosso).

A mudança causou enorme celeuma na doutrina e na jurisprudência. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), por exemplo, chamado a decidir acerca da legalidade da nova norma, oscilou em suas decisões – ora não conferindo ao menor sob guarda a condição de dependente previdenciário se o segurado tivesse falecido após a vigência da MP¹⁵, ora garantindo-lhe o benefício¹⁶ independentemente da data de óbito do segurado.

As decisões calcavam-se no critério da especialidade da norma como meio de interpretação e decisão do conflito. Contudo, uns entendiam ser a lei previdenciária a norma especial – além de mais recente –, ao passo que outros viam no ECA a especialidade.

Apenas em 2018, o STJ fixou no Tema Repetitivo 732¹⁷ a tese jurídica de que o menor sob guarda tem direito à concessão do benefício previdenciário, mesmo que o óbito do guardião tenha ocorrido após a vigência da MP nº 1.523/1996, fundando-se a “conclusão na qualidade de lei especial do Estatuto da Criança e do Adolescente (8.069/90), frente à legislação previdenciária” (Brasil, 2017, p. 3).

¹⁴ Estão na segunda classe os pais e, na terceira, o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave, de modo que a existência de dependentes numa classe exclui os pertencentes às classes seguintes (Brasil, [2023c], art. 16).

¹⁵ Como exemplo, AgRg no REsp nº 750.520/RS (Brasil, 2006a).

¹⁶ Como exemplo, REsp nº 642.915/RS (Brasil, 2006b).

¹⁷ Baseado no REsp nº 1.411.258/RS (Brasil, 2017).

O dispositivo também foi questionado perante o STF em duas ADIs – ADI nº 4.878/DF e ADI nº 5.083/DF (Brasil, 2021a, 2021b) –, a primeira delas ajuizada em novembro de 2012 e ambas finalmente julgadas em junho de 2021, com trânsito em julgado do acórdão em março de 2022. Na ocasião, o STF conferiu ao dispositivo interpretação conforme, de modo a contemplar em seu âmbito de proteção o menor sob guarda, desde que comprovada a dependência econômica.

No entanto, antes mesmo desse julgamento, a Reforma Previdenciária levada a cabo pela EC nº 103/2019, ao tratar das normas relativas à pensão por morte (Brasil, 2019b, art. 23, § 6º), já dispusera que se equiparam “a filho, para fins de recebimento da pensão por morte, exclusivamente o enteado e o menor tutelado, desde que comprovada a dependência econômica”. Ao usar o termo *exclusivamente* ficou clara a intenção do Constituinte derivado de excluir o menor sob guarda dessa proteção¹⁸.

A fim de compreender as razões que levaram o STF a proferir sua decisão em 2021 e, em última análise, as perspectivas diante da última Reforma Previdenciária, é necessário tratar do instituto da guarda de menores.

2.3 A compreensão da guarda de crianças e adolescentes e suas complexidades

A guarda é o “instituto jurídico por meio do qual alguém, parente ou não, assume a responsabilidade sobre uma criança ou adolescente [...], passando a dispensar-lhe todos os cuidados próprios da idade, além de ministrar-lhe assistência” (Fonseca, 2015, p. 153). O instituto tem assento no Direito das Famílias – com regulamentação na Lei nº 10.406/2002 (*Código civil*) (CC) (Brasil, [2023d]) – e no Direito da Criança e do Adolescente – com regimento no ECA (Brasil, [2023b]).

Por ser um dos atributos do poder familiar, constituindo-se num direito e num dever, em regra, a guarda é atribuída aos genitores, e somente cessa com a morte ou em decorrência da maioridade ou da emancipação. Esse tipo de guarda é regulamentado pelo Direito das Famílias.

Todavia, há situações em que os pais não proveem os cuidados a que estão obrigados – seja por ação, seja por omissão – e, portanto, não podem exercer a guarda. Em tais casos, quando crianças e adolescentes não convivam com qualquer dos pais ou tenham seus direitos violados ou ameaçados, aplica-se a guarda como medida protetiva, regulada pelo ECA (Dias, 2017, p. 560).

Não se trata aqui de mera abdicação¹⁹ do direito de guarda em favor de terceiros, o que não pode ser feito “sem respaldo judicial [ou] com pretextos escusos” (Maciel, 2022,

¹⁸ Tavares (2022) destaca que esse seria um caso notório de *backlash* normativo entre o Judiciário, de um lado, e os Poderes Executivo e Legislativo do outro.

¹⁹ O art. 166 do ECA determina a adesão expressa dos pais ao pedido de colocação do filho em família substituta. Contudo, a adesão deve ser feita judicialmente, ouvido o Ministério Público, e dela decorrerá a declaração judicial da extinção do poder familiar.

p. 356). A guarda, como um múnus atribuído aos pais, deve ser por eles exercida, ainda que a criança ou o adolescente dependa economicamente de terceira pessoa – como se vê nos casos em que avós são acionados para pagar alimentos aos netos (Brasil, [2023d], art. 1.698).

Portanto, para serem postos sob a guarda de pessoa distinta de seus pais, deve-se demonstrar que a criança ou o adolescente “se encontra em qualquer tipo de situação peculiar, tal como problema de saúde física ou mental, que demande cuidados adicionais a serem despendidos pela família substituta” (Maciel, 2022, p. 356).

Nesses casos excepcionais, em que o direito do menor à convivência familiar²⁰ não possa ser exercido em sua *família natural* – formada pelos pais biológicos ou qualquer deles e seus descendentes²¹ –, seja em razão da ausência desta última, seja em razão do melhor interesse da criança, lança-se mão das medidas específicas de proteção previstas no ECA: a adoção, a tutela e a guarda.

A *tutela* consiste num “conjunto de poderes e encargos conferidos pela lei a um terceiro, que possua, preferencialmente, afinidade e afetividade com o pupilo, para que cuide não só da pessoa menor de 18 anos de idade que se encontra fora do poder familiar como também lhe administre os bens” (Maciel, 2022, p. 369). Diferentemente, a *adoção* é a modalidade mais completa de colocação do menor numa família substituta, pois “há a inserção da criança ou adolescente no seio de um novo núcleo familiar” (Bordallo, 2022, p. 389).

Por sua vez, a *guarda*, como medida de proteção, pode ser de três espécies²²: (i) provisória – quando concedida liminar ou incidentalmente em ação visando à tutela ou à adoção; (ii) permanente ou definitiva – concedida na ação que tenha como único objeto a própria guarda; e (iii) peculiar – cujo objetivo é o “suprimento de uma falta eventual dos pais, permitindo-se que o guardião represente o guardado em determinada situação” (Ishida, 2022, p. 171). Além disso, a guarda pode ou não pressupor a perda ou a extinção do poder familiar.

As três medidas de proteção, contudo, têm em comum o caráter da excepcionalidade, já que, pelo *princípio da prevalência da família*, sempre se deve dar preferência à manutenção ou à reintegração da criança e do adolescente à sua família natural, de modo que dela só seja afastada “depois da absoluta (e provada) impossibilidade de convivência familiar” (Fonseca, 2015, p. 104).

Há, assim, uma ordem de preferência²³ no cumprimento das medidas específicas de proteção às crianças e aos adolescentes e na própria concretização do seu direito fundamental a *terem uma família*: prefere-se sempre a convivência com a *família natural*, mantendo-se

20 O direito à convivência familiar está previsto no art. 6º da *Declaração universal dos direitos da criança*, no art. 227 da CRFB e no art. 19 do ECA (Brasil, [2023a], [2023b]), o qual prevê também o direito à convivência comunitária.

21 Art. 25, *caput*, do ECA (Brasil, [2023b]).

22 Adota-se aqui a classificação de Ishida (2022, p. 171-172), com a ressalva de que o autor faz menção a uma quarta modalidade de guarda – a compartilhada. Contudo, como permanece com os genitores, a guarda compartilhada não será analisada por não se tratar de uma medida de proteção e por fugir ao escopo deste estudo.

23 A Lei nº 12.010/2009 (Brasil, 2009) dispõe sobre o aperfeiçoamento da sistemática para a garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes.

em segundo plano a *família extensa* ou *ampliada*, formada por parentes próximos com os quais o menor mantém vínculos de afinidade e afetividade²⁴, e, apenas em último caso²⁵, considera-se a *família substituta*²⁶. Justificam essa escolha os laços de consanguinidade, afinidade e afeto formados desde o nascimento com a família de origem e a instituição da família como base da sociedade e objeto especial de proteção do Estado pela CRFB (Brasil, [2023a], art. 226).

Desse modo, como *medida de proteção* não exercida pelos pais, a guarda confere algumas prerrogativas ao guardião, que passa a ser obrigado à prestação de assistência material, moral e educacional ao menor e pode, inclusive, na observância do seu melhor interesse, opor-se a terceiros e aos próprios pais (Brasil, [2023b], art. 33). À criança e ao adolescente a guarda confere a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, “inclusive previdenciários”, segundo a literalidade do art. 33, § 3º, do ECA (Brasil, [2023b]).

A dependência – notadamente a material ou econômica – do menor em relação ao guardião é, assim, uma *consequência*, e não um *fundamento* da guarda (Maciel, 2022, p. 356-361). Afinal, a simples dependência econômica do menor com relação a terceiros que efetivamente o sustentem, como o provimento da subsistência dos netos pelos avós, não autoriza por si só que eles tenham a sua guarda. Portanto, “a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar” (Brasil, [2023b], art. 23), pois o dever de sustento (Brasil, [2023b], art. 22) é encargo também da família ampliada.

Desse modo, a *família extensa ou ampliada*, além de poder exercer (i) o papel de família substituta – quando o menor é posto sob sua guarda sempre que não puder ou não dever ser mantido com os genitores, em razão da “falta, omissão, negligência de ambos os pais” (Maciel, 2022, p. 344-345) –, pode assumir (ii) um papel cooperativo e complementar às funções dos pais, o que configura sua finalidade original e primária de corresponsável pela manutenção da integridade biopsicossocial da própria família natural. Via de regra, só na primeira hipótese a guarda é concedida judicialmente aos avós – ou a outros parentes.

No entanto, não se podem fechar os olhos às mudanças contemporâneas nas estruturas familiares, particularmente para o fenômeno das *famílias multigeracionais* (Santos, 2015); nelas, múltiplas gerações convivem “no mesmo espaço residencial e sob outra chefia, não a do adulto em idade considerada produtiva, mas a do idoso provedor” (Santana; Lima, 2012, p. 182). São arranjos familiares em crescimento²⁷, já que dados estatísticos revelam uma

²⁴ Art. 25, parágrafo único, do ECA (Brasil, [2023b]).

²⁵ Para a colocação da criança ou adolescente em família substituta exige-se, de forma absoluta, a demonstração da impossibilidade de sua permanência com a família natural ou extensa, que deve ser declarada judicialmente (Fonseca, 2015, p. 122).

²⁶ Essa ordem de preferência, contudo, não é rígida; deve ser analisada caso a caso, sempre em favor do melhor interesse da criança. Fala-se, assim, em *preferência qualificada* (Fonseca, 2015, p. 109).

²⁷ Segundo dados de pesquisa conduzida pelo Centro de Políticas Sociais da Fundação Getulio Vargas, em 2018 os idosos representavam 19,3% das pessoas de referência ou chefes de domicílio. Além disso, os domicílios com idosos eram 25,6% maiores em número de pessoas que os demais domicílios (Neri, 2020).

“expressiva quantidade de idosos como chefes de domicílio” (Santana; Lima, 2012, p. 183), particularmente entre famílias de baixa renda, nas quais “o rendimento e o trabalho do idoso são essenciais para a sua manutenção” (Santana; Lima, 2012, p. 185).

Situações outras, como a gravidez na adolescência, também favorecem esse tipo de arranjo familiar^{28 29}. Outro exemplo de desafio que propicia essas novas configurações familiares é o abandono paterno, ainda muito expressivo no Brasil³⁰.

Desse modo, fatores relacionados aos mais diversos tipos de vulnerabilidade – como baixos rendimentos familiares, gravidez precoce, falecimento de um dos pais e o novo papel do idoso na entidade familiar – propiciam que a participação do membro de terceira geração na família – ou outro parente colateral – por vezes ultrapasse o mero sustento financeiro, com o exercício também de “funções de autoridade naquele meio para com seus descendentes, contribuindo de forma decisiva para o sustento, guarda e educação dos menores de idade que lá residem” (Santos; Maciel, 2015, p. 92). Em tais casos há uma complementação assistencial em sentido amplo, que transborda a necessidade financeira, não limitada à obrigação de prestar alimentos (Brasil, [2023d], art. 1.698). Para alguns autores³¹, nessas hipóteses seria cabível também uma *guarda compartilhada da família ampliada*, em concorrência com os pais. Com base em análises casuísticas, o Poder Judiciário, ainda que muito cautelosamente, tem reconhecido o direito a essa espécie de guarda; contudo, veda-se a chamada *guarda previdenciária*, cuja finalidade exclusiva é a inclusão do menor como dependente do pretense guardião com o fim de receber benefício previdenciário.

Por conseguinte, “ainda que a guarda compartilhada não se destine, originariamente, a regular a guarda entre pessoas que não detêm o poder familiar, inexistente impedimento legal para tanto” (Rio Grande do Sul, 2017); desse modo, demonstrado o melhor interesse da criança, a relação de afeto e afinidade entre o parente e a criança ou adolescente e que a pretensão não tem unicamente finalidade previdenciária, pode ser deferida a “guarda compartilhada entre membros da família extensa” (Maciel, 2022, p. 347).

Entretanto, a complexidade do instituto da guarda, que reúne um conjunto de modalidades para dar respostas a situações fáticas diversas, não parece ter sido objeto de ponderação pelo legislador (seja o ordinário, seja o constituinte reformador), nem pelo Judiciário. Este, ao analisar a constitucionalidade da norma que excluiu o menor sob guarda do rol dos

²⁸ Embora a quantidade de mães adolescentes venha caindo ao longo dos anos, o Brasil ainda registra números 50% superiores à média mundial (Casos [...], 2022). Os dados consideram mães adolescentes aquelas até os 19 anos de idade.

²⁹ Relatório da Fundação Abrinq (2022, p. 35-36) mostra que 14% dos nascidos vivos no Brasil em 2020 eram de mães com até 19 anos de idade, e 4,6% dessas mães tinham entre 10 e 14 anos.

³⁰ Dados do Portal da Transparência de Registro Civil apontam, apenas nos primeiros sete meses de 2022, mais de 100 mil registros em que está ausente o nome do pai – o que representa 6,6% das crianças registradas. Embora alguns casos possam relacionar-se com a ausência do genitor no momento do nascimento ou do registro, a situação mais comum é a negligência, segundo analisa a presidente da Comissão Nacional de Notários e Registradores do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) (“Quem [...], 2022).

³¹ Sobre o tema, ver Santos e Maciel (2015).

dependentes previdenciários (Brasil, [2023c], art. 16, § 2º), dispensou o mesmo tratamento a todas as crianças e adolescentes sob guarda.

3 O Supremo Tribunal Federal e sua interpretação sobre a proteção previdenciária do menor sob guarda: ADIs 4.878/DF e 5.083/DF

3.1 Análise dos fundamentos fáticos e jurídicos da decisão: votos vencedores e dissidentes

O § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213/1991 (Brasil, [2023c]), com redação dada pela MP nº 1.596/1997 (e reedições), convertida na Lei nº 9.528/1997, foi questionado em controle concentrado de constitucionalidade perante o STF nas ADIs nºs 4.878/DF e 5.083/DF (Brasil, 2021a, 2021b). Aquela foi ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (PGR), sob o argumento de que, após a modificação legislativa, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) passou a obstar o direito à percepção da pensão por morte aos menores sob guarda, o que violaria o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente (Brasil, [2023a], art. 227, § 3º), bem como o de que a nova redação da *Lei de benefícios previdenciários* não revoga o § 3º do art. 33 do ECA (Brasil, [2023b]), norma especial de proteção que confere ao menor sob guarda a condição de dependente de seu guardião, inclusive para fins previdenciários.

Na outra, a ADI nº 5.083/DF (Brasil, 2021b), o Conselho Federal da OAB (requerente) fundamentou a pretensão na violação aos princípios da proibição do retrocesso social, da isonomia e da proteção integral e prioritária de crianças e adolescentes. Por maioria de 6 votos a 5, a Corte julgou procedente o pedido³², para conferir ao dispositivo interpretação conforme à Constituição, de modo a contemplar o menor sob guarda em seu âmbito de proteção, desde que comprovada a dependência econômica.

O ministro relator Gilmar Mendes decidiu em sentido contrário. Para ele, a alteração legislativa não violou os princípios da igualdade, proibição do retrocesso e proteção integral da criança e do adolescente. O relator partiu de alguns pressupostos para fundamentar seu voto: (i) durante a redação original do dispositivo, “era comum que avós, segurados do INSS ou servidores públicos, assumissem a guarda dos netos, de modo a torná-los potenciais beneficiários de sua pensão por morte”, fato que teria sido “registrado por Maria Berenice Dias, em seu Manual de Direito das Famílias”; (ii) segundo o legislador³³, a medida fora instituída “para alcançar o equilíbrio financeiro do INSS”, ameaçado pela pressão dos gastos previdenciários sobre as contas públicas e o crescente déficit; (iii) “o fato de o menor estar sob guarda de um terceiro não determina, necessariamente, sua condição de dependente

³² A ADI nº 4.878/DF foi julgada procedente; e a ADI nº 5.083/DF, parcialmente procedente.

³³ Parecer nº 53/1997, do senador José Fogaça (PPS-RS), aprovado pela Comissão Mista instituída no Congresso Nacional para analisar a MP nº 1.596/1997.

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”; e (iv) diante da exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes previdenciários pela EC nº 103/2019, norma constitucional, fica “superada a discussão sobre a prevalência do ECA ou da lei previdenciária” (Brasil, 2021a, p. 10-23, 2021b, p. 10-23).

Abriu a divergência o ministro Edson Fachin, que apontou a inconstitucionalidade da exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes previdenciários, sob os seguintes fundamentos: (i) a doutrina da proteção integral e o princípio da prioridade absoluta, adotados pelo art. 227 da CRFB e pelo ECA, ressignificam o *status* protetivo de crianças e adolescentes como pessoas em desenvolvimento; (ii) direitos fundamentais devem observar o princípio da máxima eficácia; (iii) o § 3º do art. 33 do ECA assegura ao menor sob guarda a condição de dependente de seu guardião para todos os fins de direito, inclusive previdenciários; (iv) o deferimento judicial da guarda – seja nas hipóteses do CC, seja nas do ECA – exige formalidades legais, com intervenção obrigatória do Ministério Público, o que evita a ocorrência de fraudes; e (v) o argumento da fraude pauta-se na presunção de má-fé e não pode ser usado para impedir o acesso de crianças e adolescentes aos seus direitos previdenciários (Brasil, 2021a, 2021b).

Acompanharam a divergência os ministros Ricardo Lewandowski, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Dias Toffoli e Cármen Lúcia; tornaram-se vencidos, além do relator, os ministros Alexandre de Moraes, Marco Aurélio Mello, Nunes Marques e Luiz Fux.

Apesar de ter saído vencedora a tese que mantém o menor sob guarda no rol de dependentes previdenciários, alguns fatores indicam que a questão está longe de ser estabilizada: (i) nos embargos de declaração opostos nas ADIs, foi esclarecido que não se procedeu à verificação da constitucionalidade do art. 23 da EC nº 103/2019, em obediência ao princípio da demanda, o que indica que a questão deverá ser levada novamente à Corte; (ii) desde a decisão, o STF sofreu – e ainda sofrerá – substanciais mudanças em sua composição³⁴, o que expõe a fragilidade da decisão em decorrência do placar muito apertado; e (iii) ainda se observa certa resistência à manutenção do menor sob guarda como dependente previdenciário do guardião.

Um exemplo desse tipo de resistência é a decisão recente da Segunda Turma do STJ, no Recurso Especial (REsp) nº 1.947.690/DF (Brasil, 2022, p. 4), cujo teor chancelou o entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, segundo o qual, “diante do reconhecimento do direito à percepção da pensão temporária por morte, com base nas

³⁴ Caso a questão volte a ser debatida nos próximos meses, o STF não contará com três dos onze ministros que julgaram as ADIs nºs 4.878/DF e 5.083/DF: o ministro Marco Aurélio Mello, que se aposentou em 9/7/2021 e foi substituído pelo ministro André Mendonça; o ministro Ricardo Lewandowski, que se aposentou em 11/4/2023 e foi substituído pelo ministro Cristiano Zanin; e a ministra Rosa Weber, que se aposentou em 30/9/2023 e foi substituída pelo ministro Flávio Dino. Trata-se, pois, de mudança substancial na composição da Corte – particularmente se se levar em conta o placar apertado do julgamento –, o que não permite antever como se resolverá a questão quando novamente posta à sua apreciação.

normas do Estatuto da Criança e do Adolescente, o pagamento do benefício deve cessar na data em que a autora completa 18 anos, art. 2º do referido diploma legal”. Embora o caso versasse sobre pensão de Regime Próprio, a *ratio decidendi* poderia ser facilmente aplicada em casos envolvendo o RGPS.

Como a questão ainda não está estabilizada, devem-se enfrentar os principais argumentos usados para justificar a exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes previdenciários: a ocorrência de fraude na concessão da guarda e a busca de equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.

3.2 Os argumentos da fraude e do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário

No voto vencido do ministro Gilmar Mendes, relator das ADIs nºs 4.878/DF e 5.083/DF, destacam-se os argumentos da possível ocorrência de fraude na concessão da guarda e da busca de equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.

Não são apontados números da *alegada concessão da guarda de menores a avós – ou mesmo outros parentes – de modo fraudulento*, com o único objetivo de habilitá-los a receber benefícios previdenciários. No voto, faz-se menção a um texto de Maria Berenice Dias, em seu *Manual de Direito das Famílias*, segundo o qual “há uma prática bem difundida, de os avós buscarem a guarda dos netos exclusivamente para fins previdenciários” (Dias, 2017, p. 561).

Contudo, além de não haver menção a qualquer dado estatístico também na obra de Berenice Dias, a própria autora defende a prevalência do ECA sobre a *Lei de benefícios previdenciários*, entendendo pela manutenção da condição de beneficiário do menor sob guarda, “quer porque é proibido o retrocesso social, quer porque lei geral não revoga lei de caráter protetivo” (Dias, 2017, p. 561).

Porém, mesmo que se admita haver tal prática “difundida”, é preciso identificar onde estaria ocorrendo a falha. Afinal, a guarda como medida protetiva de colocação da criança em família substituta – conquanto tal função seja preferencialmente abraçada pela família ampliada ou extensa – só pode ser deferida judicialmente, em processo com intervenção obrigatória do Ministério Público, e a autoridade judiciária pode determinar, até mesmo de ofício, “a realização de estudo social ou, se possível, perícia por equipe interprofissional” (Brasil, [2023b], art. 167). Nesse procedimento, sempre que possível, a criança ou o adolescente deve ser ouvido (art. 168), e o juiz “declarará a extinção do poder familiar” (Brasil, [2023b], art. 166, § 1º, II). Ademais, uma consulta a precedentes judiciais sobre a matéria demonstra um combate veemente³⁵ ao que a jurisprudência chama de “guarda previdenciária” – requerida para fins meramente de percepção de benefício pelo menor.

Entretanto, além de burlar o Judiciário, quem pretende fraudar o sistema ainda deve passar pelo crivo do INSS, e a prova da dependência econômica do menor servirá como

³⁵ Como exemplo, REsp nº 1.186.086/RO (Brasil, 2011).

segundo filtro para a concessão do benefício. Produzida administrativamente, essa prova é um requisito adicional a ser vencido pelo pretense fraudador.

Sob outro aspecto, não se pode criar uma presunção de má-fé de avô, avó ou outro parente que postula a guarda do menor, particularmente quando, pela própria ordem hierárquica para a colocação da criança em família substituta, a família extensa aparece em primeiro lugar, como se observou na subseção 2.3. Portanto, entre os membros da família extensa, os avós são, via de regra, justamente os parentes mais próximos, com os quais há maior probabilidade de a criança ou o adolescente ter laços de afinidade e afetividade – e, assim, quase sempre os que terão preferência na guarda. Em outras palavras, é estranho que se presuma uma fraude praticada por avós – ou, embora em menor escala, por outros parentes – quando a própria lei lhes dá preferência para a convivência com o menor nos casos em que medidas protetivas sejam necessárias.

Ainda assim, destaque-se que no voto vencedor, do ministro Edson Fachin, não se nega nem se questiona essa premissa fática (“prática difundida de avós buscarem a guarda dos netos para fins previdenciários”). O redator do acórdão apenas defende que o argumento deve ser rejeitado, por se pautar na presunção de má-fé e porque existem “meios de combater as fraudes sem que, com isso, haja privação de direitos” (Brasil, 2021a, p. 31, 2021b, p. 31).

Outro argumento para que se exclua o menor sob guarda do rol de dependentes da Previdência Social é a *busca pelo equilíbrio financeiro e atuarial* do sistema. Trata-se de uma dupla exigência constitucional (Brasil, [2023a], art. 201): (i) a “manutenção do adequado funcionamento do sistema no momento atual e futuro, com o cumprimento de todas as obrigações pecuniárias, decorrentes de pagamentos de benefícios previdenciários” (Ibrahim, 2011, p. 171) – equilíbrio financeiro; e (ii) a “estabilização de massa, isto é, [o] controle e prevenção de variações graves no perfil da clientela, [...] as quais trazem desequilíbrio ao sistema inicialmente projetado” (Ibrahim, 2011, p. 171) – equilíbrio atuarial. Busca-se, assim, que o sistema não opere constantemente no prejuízo, sem perder de vista também que não foi criado para gerar lucros.

Uma das formas de se concretizar esse equilíbrio é a *seletividade e distributividade* na prestação dos benefícios e serviços³⁶, um dos princípios que informam a Previdência Social e, segundo o qual, o legislador é chamado a selecionar os riscos sociais a serem protegidos e, em seguida, deve distribuir as prestações e os serviços relacionados a eles na medida das necessidades dos membros da sociedade. Nessa operação, em face dos ditames da justiça social, da solidariedade e da isonomia, admite-se uma distribuição desigual, desde que produza um resultado tendente à igualdade.

A seletividade impõe “a concessão e manutenção das prestações sociais de maior relevância, levando-se em conta os objetivos constitucionais do bem-estar e justiça social” (Ibrahim, 2019, p. 67). A distributividade reflete um ideal da justiça, que visa corrigir

³⁶ Art. 194, parágrafo único, III, da CRFB (Brasil, [2023a]).

distorções no meio social e ilumina o campo de ação do legislador na direção de medidas redutoras das desigualdades sociais e regionais (Balera, 2016, p. 37).

Ao fazer tais escolhas, o legislador deve guiar-se pelo *princípio da prioridade absoluta* de crianças e adolescentes (Brasil, [2023a], art. 227); em razão da sua fragilidade e de seu *status* de pessoas em desenvolvimento, a eles devem ser conferidos tratamento e atendimento prioritários (Fonseca, 2015, p. 20-29). Isso significa que a proteção infanto-juvenil deve sobrepor-se “às medidas de ajustes econômicos, sendo universalmente salvaguardados os seus direitos fundamentais” (Pereira, 2008, p. 22), e tal prioridade não se limita às garantias previstas no parágrafo único do art. 4º do ECA (Brasil, [2023b])³⁷; para muitos (Fonseca, 2015, p. 22), trata-se de rol meramente exemplificativo.

Assim, à luz desse princípio, na busca pela redução das despesas com a Previdência Social, outros direitos deveriam ser sacrificados antes de se atingirem o da criança e do adolescente – ou ao menos o legislador deveria ter demonstrado fundamentadamente não lhe restar alternativa.

Todavia, não foi o que se viu no Parecer nº 53/1997, da Comissão Mista do Congresso Nacional, incumbida de apreciar a constitucionalidade e o mérito da MP nº 1.596/1997. O senador José Fogaça (PPS³⁸-RS), quanto à nova redação do § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213/1991, apenas relatou que a norma “visou impedir que o menor que, sob determinação judicial, esteja sob a guarda de segurado seja seu dependente, para fins previdenciários” (Brasil, 1997 *apud* Brasil, 2021b, p. 11). Tampouco foi o que se viu na mensagem que o Executivo encaminhou ao Legislativo na Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 6/2019 – que deu origem à EC nº 103 (Brasil, 2019a, 2019b). Embora tenha mantido na condição de equiparados a filho apenas o menor tutelado e o enteado, não há uma linha sequer no texto sobre essa decisão³⁹.

Dada a colisão de princípios – o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial e o princípio da prioridade absoluta –, atribuem-se a eles pesos diferentes à luz do caso concreto, de modo que aquele com maior peso tenha precedência sobre o outro (Alexy, 2017, p. 93-94). Ilustrativamente, no melhor cenário, ao buscar concretizar o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, deve-se evitar violar o princípio da prioridade absoluta – por exemplo, com a adoção de medidas que realizem cortes em outros benefícios ou aumentem a receita. Caso seja possível manter incólume o princípio da prioridade absoluta, o legislador ou o julgador,

³⁷ Art. 4º do ECA. “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. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude” (Brasil, [2023b]).

³⁸ Em 2019, o Partido Popular Socialista (PPS) passou a chamar-se Cidadania.

³⁹ A tônica da mensagem foi que a adoção das medidas propostas se mostrava “imprescindível para garantir, de forma gradual, a sustentabilidade do sistema atual, evitando custos excessivos para as futuras gerações e comprometimento do pagamento dos benefícios dos aposentados e pensionistas” (Brasil, 2019c).

como intérpretes da Constituição, devem fazer *concessões recíprocas* (Barroso, 2019, p. 323) por meio de um processo interpretativo conduzido pela máxima da proporcionalidade em suas três acepções – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (Alexy, 2017, p. 116-117). Nesse caso, devem ser adotadas medidas menos gravosas que promovam “a máxima concordância prática entre os direitos em conflito” (Barroso, 2019, p. 323), a exemplo das propostas sugeridas na seção 4 deste texto.

Ainda que se analise a questão sob uma óptica exclusivamente fática – e não jurídica – e se adote uma visão utilitarista, a vulnerabilidade na qual crianças e adolescentes serão deixados devido ao falecimento de seus guardiões representa um custo socioeconômico muito maior que o despendido com os benefícios previdenciários devidos a dependentes, pois essa desproteção ocorre justamente na fase da vida em que estão se desenvolvendo.

Segundo dados do Anuário Estatístico da Previdência Social (Brasil, 2024), em 2021, dentre os 4.149.470 benefícios previdenciários concedidos, 565.933⁴⁰ (13,64%) foram pensões por morte e 7.171 (0,17%), auxílio-reclusão. Em valores, também em 2021, dos R\$ 6,621 bilhões gastos em benefícios do RGPS, as pensões por morte custaram R\$ 953,134 milhões (14,4%), ao passo que a despesa com o auxílio-reclusão foi de R\$ 9,366 milhões (0,14%).

Embora não haja dados que permitam aferir quanto dessa fatia foi paga a dependentes menores – uma vez que em regra o filho ou equiparado perde a qualidade de dependente ao completar 21 anos de idade –, é seguro afirmar que boa parte dessas prestações foi paga apenas ao cônjuge ou companheiro – que em geral recebem prestações por longos períodos –, de modo que *o impacto da concessão de benefícios para crianças e adolescentes é menor do que expressam esses números* – e ainda menor se se considerarem apenas os menores sob guarda.

Não tendo havido qualquer mudança fática ou jurídica substantiva desde a apreciação pelo STF da nova redação do § 2º do art. 16 da *Lei de benefícios previdenciários*, deve-se questionar se a disposição contida na EC nº 103/2019 – que mais uma vez retirou o menor sob guarda do rol de dependentes previdenciários – representa uma superação daquele precedente ou uma inconstitucionalidade.

4 A Reforma Previdenciária de 2019 e propostas para a proteção de crianças e adolescentes sob guarda

4.1 O menor sob guarda na Reforma Previdenciária de 2019: superação do precedente ou inconstitucionalidade?

Além de não representar o melhor resultado na ponderação entre os princípios do equilíbrio financeiro e atuarial da Previdência Social e o princípio da prioridade absoluta

⁴⁰ Os números aqui apresentados compreendem as pensões por morte previdenciárias e acidentárias.

de crianças e adolescentes, a exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes previdenciários pela EC nº 103/2019 também viola outros princípios constitucionais.

Um deles é o princípio da igualdade disposto no *caput* do art. 5º da CRFB (Brasil, [2023a]), que preconiza serem todos iguais perante a lei. Pretende-se, assim, evitar tratamento não uniforme às pessoas, muito embora a função precípua da lei “resid[a] exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais” (Mello, 1997, p. 12). Desse modo, em conformidade com a máxima aristotélica de que *a igualdade consiste em tratar igualmente aos iguais e desigualmente aos desiguais*, o princípio ajuda a investigar “quais discriminações são juridicamente intoleráveis” (Mello, 1997, p. 11).

Explica Mello (1997, p. 13-14) que três requisitos devem estar presentes em qualquer norma, para que não se quebre a isonomia: (i) o elemento tomado como fator de discriminação “há de residir na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada” (Mello, 1997, p. 23), mas não em fatores neutros em relação a elas; (ii) deve haver uma correlação lógica – justificativa racional – entre o fator de discriminação e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico; e (iii) tal correlação deve estar em consonância com os interesses e valores adotados pelo sistema constitucional.

Com esteio nesse roteiro para investigar a conformidade da norma com o princípio da igualdade, atende ao primeiro requisito a regra que exclui o menor sob guarda do rol de dependentes previdenciários. Afinal, estar sob a guarda de terceiro é um traço diferencial desse grupo de pessoas. Por sua vez, a justificativa racional para o fator de discriminação (menores sob guarda) e a disparidade legal (exclusão do rol de dependentes previdenciários) não parece tão clara, particularmente quando se garante o direito a outros menores equiparados a filho – o enteado e o tutelado.

Nos termos das discussões parlamentares e do próprio voto dissidente do ministro Gilmar Mendes, as justificativas para a relação entre o fator de discriminação e a exclusão do direito residiriam na “prática difundida” de fraude na obtenção da guarda para fins meramente previdenciários, na precariedade da guarda – da qual não deriva necessariamente a dependência econômica em relação ao guardião – e do fato de o menor sob guarda não ter direitos sucessórios em relação ao guardião.

Quanto às alegações de fraude, já se demonstrou aqui como são eivadas de imensa carga moral e carentes de qualquer comprovação empírico-científica. Por sua vez, embora aparentemente criem uma relação lógica com a razão da discriminação, a dependência econômica e a ausência de direitos sucessórios não podem ser consideradas quando a mesma condição se observa nos outros dois tipos de menores equiparados a filho pela lei previdenciária – o enteado e o menor tutelado.

Como tanto o enteado quanto o tutelado não necessariamente dependem economicamente do segurado, a lei lhes exige a comprovação da dependência, assim como, na interpretação do Supremo, deve ser feito com relação ao menor sob guarda. De igual modo, o enteado e o tutelado não têm direitos sucessórios com relação tanto ao padrasto ou à madrasta quanto ao tutor.

De qualquer forma, a norma tampouco resistiria ao último requisito apresentado por Mello (1997) – a consonância com os interesses e valores adotados pelo sistema constitucional –, já que afronta a doutrina da proteção integral e o princípio da prioridade absoluta.

Além do princípio da igualdade, a norma que exclui o menor sob guarda da proteção previdenciária na condição de dependente desrespeita o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais previsto no § 1º do art. 5º da CRFB⁴¹, segundo o qual se deve adotar a interpretação que confira maior efetividade ao Direito. Essa ideia, sintetiza Barroso (2019, p. 293), “significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados”, aproximando-se o “*dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social”.

Por sua vez, a máxima eficácia, junto com outros princípios e argumentos jurídico-constitucionais – o princípio do Estado democrático social de Direito (com sua especial proteção à segurança jurídica e à confiança), o princípio da dignidade da pessoa humana, a proteção constitucional contra medidas retroativas e a vinculação de órgãos estatais à concretização das imposições constitucionais –, fundamentam o reconhecimento da existência implícita do *princípio da vedação ao retrocesso* (Sarlet, 2018, p. 464-470). O princípio volta-se não apenas ao legislador infraconstitucional e aos demais órgãos estatais mas também ao poder constituinte reformador, que já é limitado formal e materialmente pelo art. 60 da CRFB.

Certamente – e em especial quando se trata de direitos sociais –, defender uma proibição absoluta ao retrocesso significaria até mesmo sua própria insustentabilidade. Contudo, seguidos alguns critérios materiais, há quem defenda a sua utilização em relação a todos os direitos fundamentais. Assim, qualquer medida restritiva desses direitos e, portanto, de caráter retrocessivo, “deve, além de contar com uma justificativa de porte constitucional, salvaguardar – em qualquer hipótese – o núcleo essencial dos direitos sociais, notadamente naquilo em que corresponde às prestações materiais indispensáveis para uma vida com dignidade” (Sarlet, 2018, p. 474).

No caso da proteção previdenciária do menor sob guarda, como salientou a ministra Rosa Weber em seu voto nas ADIs nºs 4.878/DF e 5.083/DF (Brasil, 2021a, p. 42, 2021b, p. 44), sua retirada do rol de dependentes da lei previdenciária “revela-se inconstitucional, sobretudo à luz da proibição do retrocesso quanto aos direitos sociais e do seu desenvolvimento progressivo”. Se não há qualquer diferença entre o que fez o legislador ordinário e o constituinte derivado, conclui-se que também o texto da EC nº 103/2019 viola o princípio da vedação ao retrocesso, particularmente quando frustra a concretização do direito de crianças e adolescentes à proteção previdenciária (Brasil, [2023a], art. 227, § 3º, II).

Desse modo, a alteração no texto da CRFB não salvaguardou o núcleo essencial desse direito nem sequer foi justificada ou fundamentada, a não ser pela busca do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, como já se assinalou. Por conseguinte, em resposta à

41 “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (Brasil, [2023a]).

pergunta que intitula esta subseção, a mudança levada a cabo pelo legislador reformador de 2019 viola os princípios da igualdade, da proteção integral, da prioridade absoluta, da máxima eficácia dos direitos fundamentais e da vedação do retrocesso.

Quando uma criança ou adolescente é posto sob a guarda de outra pessoa que não seus pais, já se presume um trauma, de modo que o desamparar materialmente, como faz a regra previdenciária, deixa-o em situação de vulnerabilidade ainda maior.

É inegável a importância de se buscar o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário, pois dele depende sua própria sobrevivência. Não obstante, a simples exclusão dos menores sob guarda de sua proteção, sem qualquer elemento objetivo demonstrável quanto ao efetivo gasto com esse público, infringe princípios constitucionais e pode gerar prejuízo muito maior e mais custoso para a sociedade.

Mesmo demonstrada a extrema necessidade, cortes em benefícios devem ser realizados sempre em vista dos princípios da proteção integral e da prioridade absoluta de crianças e adolescentes, o que pode ser alcançado por medidas que não os excluam completamente da proteção previdenciária e preservem situações dignas de proteção.

4.2 Três propostas para a proteção previdenciária de crianças e adolescentes sob guarda

Antes de apresentar algumas propostas alternativas para a proteção previdenciária do menor sob guarda, reafirma-se que a redução de despesas com a Previdência Social não deve ser um fim em si mesmo. Desse modo, qualquer proposta que vise à redução de direitos, além de salvaguardar seu núcleo essencial, deve ser precedida de estudos financeiros, atuariais e socioeconômicos, para averiguar não só a efetiva necessidade mas também o custo-benefício desses cortes, em especial quando se dirijam a crianças e adolescentes, o único grupo de indivíduos a quem o constituinte conferiu prioridade absoluta.

Essa prioridade é a proteção integral do menor sob guarda como dependente previdenciário de seu guardião, com destaque para o fato de que a exigência de comprovação da dependência econômica em relação ao guardião já seria suficiente para evitar qualquer descaminho ou pagamento desnecessário de benefício ao menor. Não obstante, no caso de ser necessária alguma restrição, três propostas podem ser estudadas.

A primeira proposta consiste em não permitir a acumulação de benefícios de qualquer dos pais e do guardião ou permitir que se escolha o mais vantajoso, como já acontece com outros casos de acumulação de benefícios previdenciários⁴². Essa alternativa resolveria, inclusive, casos de guarda compartilhada da família extensa com um ou ambos os genitores – ou seja, hipótese em que a guarda não configura medida protetiva –, além de observar o melhor interesse da criança.

⁴² É o que se passa, por exemplo, com a vedação à acumulação de mais de uma pensão do mesmo regime deixada por cônjuge ou companheiro, ressalvado o direito de opção pela mais vantajosa (Brasil, [2023c], art. 124, VI).

Isso já acontece administrativamente. Mesmo sem qualquer previsão na Lei nº 8.213/1991 ou no Decreto nº 3.048/1999 (Brasil, [2020], [2023c]), o INSS apenas permite ao menor sob guarda a acumulação da pensão por morte em decorrência do falecimento dos pais biológicos com a pensão por morte do guardião quando houver determinação judicial. É o que dispõe o art. 645 da Instrução Normativa (IN) nº 128/2022 (Instituto Nacional do Seguro Social, 2022), que disciplina as regras, procedimentos e rotinas necessárias à efetiva aplicação das normas de Direito Previdenciário. Essa regra já estava prevista na IN anterior – nº 77/2015 (art. 528, § 8º).

A segunda proposta consiste na *limitação da concessão dos benefícios a algumas espécies de guarda*. Sugere-se a concessão (i) à guarda apenas como medida protetiva ou (ii) à guarda instrumental – na ação que busca a tutela ou a adoção. Nessa segunda hipótese, não se justifica imputar à criança a delonga na conclusão do processo de tutela ou adoção. Ficaria excluída, nesse caso, a guarda compartilhada com os pais concedida à família extensa unicamente com base no Direito das Famílias.

A terceira proposta – sem dúvida, a mais polêmica e de constitucionalidade duvidosa – consiste em *limitar os benefícios pagos a menores sob guarda até os 18 anos de idade*, tal como tem decidido o STJ⁴³, ao determinar em tais casos a aplicação integral do ECA. Embora nesse caso se crie uma distinção com relação a outros equiparados a filho – e aí talvez resida sua inconstitucionalidade por violação ao princípio da igualdade –, ao menos se teria a proteção durante toda a infância e adolescência.

Nas três propostas, defende-se que se mantenha a exigência da prova da dependência econômica, seja em razão da isonomia de tratamento em relação aos outros equiparados a filho (enteado e tutelado), seja porque tal procedimento serve como segundo filtro contra condutas fraudulentas.

Registre-se também a proposta de Souza (2012), que, para fins previdenciários, classifica a guarda em três modalidades: (i) na guarda para fins de adoção, deve-se equiparar o menor ao filho e não se exigir prova de sua dependência econômica, em razão dos efeitos retroativos da guarda (Brasil, [2023b], art. 42, § 6º, art. 47, § 7º); (ii) na guarda decorrente da posse de fato, dever-se-ia comprovar a dependência econômica, pois nesse caso não cessa o dever dos pais de prestar alimentos (Brasil, [2023b], art. 33, § 4º); e (iii) no acolhimento sob a forma de guarda – política pública em que o menor é inserido numa família substituta, de forma alternativa ao acolhimento institucional e de maneira transitória –, não haveria dependência previdenciária dada à sua precariedade (Souza, 2012, p. 66-69).

⁴³ AgRg no REsp nº 1.387.323/MG (Brasil, 2016).

5 Conclusão

Muito mais que não retroceder em termos de conquista de direitos sociais, deve-se buscar sempre progredir. Não à toa, o *Pacto de San Jose da Costa Rica* (Organização dos Estados Americanos, [1969]) prevê o *desenvolvimento progressivo*, por meio do qual os Estados signatários se comprometeram a atingir paulatinamente a plena efetividade e concretização de direitos sociais, dentre outros previstos na Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.

A Previdência Social deveria garantir segurança material a crianças e adolescentes sob guarda, que têm de lidar com o trauma de perder alguém responsável pela sua criação. No entanto, a proteção previdenciária desse público trilhou um caminho de avanços e retrocessos, aumentando a insegurança a que crianças e adolescentes já estão expostos em tantos outros âmbitos de suas vidas.

Os retrocessos em termos de proteção costumam vir acompanhados de um forte discurso em prol do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário – o que, contudo, não pode ser considerado um fim em si mesmo ou autorizar a desproteção justamente daqueles a quem o Constituinte determinou que fosse dada prioridade absoluta.

A redução de despesas que leve à redução de direitos deve ser sempre considerada pelo legislador como uma decisão cuidadosa. Antes mesmo que se façam escolhas, qualquer medida tem que ter sua necessidade objetivamente demonstrada e suas alternativas profundamente estudadas.

Neste artigo, viu-se que isso não foi feito no caso da proteção previdenciária de crianças e adolescentes sob guarda. É urgente o aprofundamento desse debate, particularmente em razão da nova previsão sobre o tema na EC nº 103/2019, o qual possivelmente será reapreciado em breve pelo STF.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. (Teoria & Direito Público).

ASSIS, Fabiana. Casal gay de Rio Claro adota 5 irmãos para não separar família: ‘amor é um ato de coragem’. *GI*, [s. l.], 22 mar. 2022. São Carlos e Araraquara. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-carlos-regiao/noticia/2022/03/22/casal-gay-de-rio-claro-adota-cinco-irmaos-para-nao-separar-familia-amor-e-um-ato-de-coragem.ghtml>. Acesso em: 5 jan. 2024.

_____. Enfermeiro consegue guarda provisória dos 5 irmãos adotados por marido que morreu em março: “posso viver com meus filhos sem medo”. *GI*, [s. l.], 16 abr. 2023. São Carlos e Araraquara. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-carlos-regiao/noticia/2023/04/16/enfermeiro-consegue-guarda-provisoria-dos-5-irmaos-adotados-por-marido-que-morreu-em-marco-posso-viver-com-meus-filhos-sem-medo.ghtml>. Acesso em: 5 fev. 2024.

BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2016.

- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 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.], v. 7, n. 2, p. 63-79, jul./dez. 2021. DOI: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2525-9865/2021.v7i2.8340>. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadssps/article/view/8340>. Acesso em: 5 jan. 2024.
- BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição nº 6, de 2019*. Modifica o sistema de previdência social, estabelece regras de transição e disposições transitórias, e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2019a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192459>. Acesso em: 5 jan. 2024.
- _____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2023a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 5 jan. 2024.
- _____. *Decreto-lei nº 66, de 21 de novembro de 1966*. Altera disposições da Lei nº 3.607, de 26 de agosto de 1960, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1984]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0066.htm. Acesso em: 5 jan. 2024.
- _____. *Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999*. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em: 5 jan. 2024.
- _____. *Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927*. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. [Brasília, DF]: Presidência da República, [1979]. Revogado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm. Acesso em: 5 jan. 2024.
- _____. *Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019*. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Brasília, DF: Presidência da República, 2019b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 5 jan. 2024.
- _____. *Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960*. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social. Brasília, DF: Presidência da República, [1985]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3807.htm. Acesso em: 5 jan. 2024.
- _____. *Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979*. Institui o Código de Menores. Brasília, DF: Presidência da República, [1990]. Revogada. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6697.htm. Acesso em: 5 jan. 2024.
- _____. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2023b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 5 jan. 2024.
- _____. *Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2023c]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 5 jan. 2024.
- _____. *Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997*. Altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9528.htm. Acesso em: 5 jan. 2024.
- _____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2023d]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 5 jan. 2024.

_____. *Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009*. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm. Acesso em: 5 jan. 2024.

_____. Ministério da Economia. *EM nº 00029/2019 ME*. Brasília, DF: Presidência da República, 2019c. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projeto/ExpMotiv/REFORMA%202019/ME/2019/00029.htm. Acesso em: 5 jan. 2024.

_____. Ministério da Previdência Social. *Dados estatísticos – Previdência Social e INSS*. [Brasília, DF]: Ministério da Previdência Social, 3 jan. 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/previdencia/pt-br/assuntos/previdencia-social/dados-estatisticos-previdencia-social-e-inss>. Acesso em: 5 jan. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 750.520/RS*. Pensão por morte. Menor sob guarda. Incidência da Lei nº 9.528/97. Inaplicabilidade do Estatuto da Criança e do Adolescente [...]. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Interessado: Gilmar Luiz. Relator: Min. Nilson Naves, 4 de maio de 2006a. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2391705&num_registro=200500800328&data=20060605&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 5 jan. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.387.323/MG*. [...] Violação ao art. 535, II, do CPC. Não ocorrência. Menor sob guarda. Bisavó falecida, não contribuinte obrigatória de instituto de previdência. Direito à pensão por morte, de sua bisavó, reconhecida pelo Tribunal de origem, com fundamento na Lei 8.059/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Termo final do benefício fixado com fundamento no art. 2º, *caput*, do ECA (dezoito anos de idade). Natureza especial do ECA, em relação ao art. 9º, *caput*, do Código Civil de 1916 [...]. Agravante: Bruna Gonçalves Antunes. Agravado: Estado de Minas Gerais: Relatora: Min. Assusete Magalhães, 16 de fevereiro de 2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201301761730&dt_publicacao=24/02/2016. Acesso em: 5 jan. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Recurso Especial nº 642.915/RS*. Previdenciário. Recurso especial. Pensão por morte. Menor sob guarda. Dependente do segurado. Equiparação a filho. Legislação de proteção ao menor e adolescente. Observância [...]. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorrida: Rosane Alves dos Santos (menor). Relatora: Min. Laurita Vaz, 22 de agosto de 2006b. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2516183&num_registro=200400366932&data=20061016&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 5 jan. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 1.186.086/RO*. [...] 1. *In casu*, deve-se considerar que não se está diante daquilo que se convencionou chamar de “guarda previdenciária”, é dizer, daquela que tem como finalidade tão-somente angariar efeitos previdenciários [...]. Recorrentes: D. M. de P. e outro. Relator: Min. Massami Uyeda, 3 de fevereiro de 2011. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=13937780&num_registro=201000492556&data=20110214&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 5 jan. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). *Recurso Especial nº 1.411.258/RS*. [...] Direito do menor sob guarda à pensão por morte do seu mantenedor. Embora a Lei 9.528/97 o tenha excluído do rol dos dependentes previdenciários naturais ou legais dos segurados do INSS. Proibição de retrocesso. Diretrizes constitucionais de isonomia, prioridade absoluta e proteção integral à criança e ao adolescente (art. 227 da CF). Aplicação prioritária ou preferencial do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), por ser específica, para assegurar a máxima efetividade do preceito constitucional de proteção [...]. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorrida: Tássia Cristiane Ferreira dos Santos. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 11 de outubro de 2017. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=53986477&num_registro=201303392039&data=20180221&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 5 jan. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Recurso Especial nº 1.947.690/DF*. [...] Menor sob guarda da avó falecida. Direito à pensão temporária por morte, reconhecida pelo Tribunal de origem, com fundamento no art. 33, § 3º, da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Acórdão em consonância com o entendimento do STJ. Termo final do benefício fixado com fundamento no art. 2º, *caput*, da Lei 8.069/90 (dezoito anos de idade). Fundamentos da Corte de origem inatacados [...]. Recorrentes: Kamilla Cristal dos Santos Araújo; Instituto de Previdência dos Servidores do Distrito Federal; Distrito Federal. Recorridos: Os mesmos. Relatora: Min. Assusete Magalhães, 17 de maio de 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102087830&dt_publicacao=23/05/2022. Acesso em: 5 jan. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.878/DF*. [...] 6. ADI 4878 julgada procedente e ADI 5083 julgada parcialmente procedente para conferir interpretação conforme ao § 2º do art. 16, da Lei nº 8.213/1991, para contemplar, em seu âmbito de proteção, o “menor sob guarda”, na categoria de dependentes do Regime Geral de Previdência Social, em consonância com o princípio da proteção integral e da prioridade absoluta, nos termos do art. 227 da Constituição da República, desde que comprovada a dependência econômica, nos termos em que exige a legislação previdenciária (art. 16, § 2º, Lei 8.213/1991 e Decreto 3048/1999). Requerente: Procurador-Geral da República. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Redator do acórdão: Min. Edson Fachin, 8 de junho de 2021a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756677410>. Acesso em: 5 jan. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.083/DF*. [...] 6. ADI 4878 julgada procedente e ADI 5083 julgada parcialmente procedente para conferir interpretação conforme ao § 2º do art. 16, da Lei nº 8.213/1991, para contemplar, em seu âmbito de proteção, o *menor sob guarda*, na categoria de dependentes do Regime Geral de Previdência Social, em consonância com o princípio da proteção integral e da prioridade absoluta, nos termos do art. 227 da Constituição da República, desde que comprovada a dependência econômica, nos termos em que exige a legislação previdenciária (art. 16, § 2º, Lei 8.213/1991 e Decreto 3048/1999). Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Interessados: Câmara dos Deputados; Senado Federal; Presidente da República. Relator: Min. Gilmar Mendes. Redator do acórdão: Min. Edson Fachin, 8 de junho de 2021b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756677411>. Acesso em: 5 jan. 2024.

CASOS de gravidez na adolescência diminuíram, em média, 18% desde 2019. *MDH Notícias*, [Brasília, DF], 31 out. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2022/fevereiro/casos-de-gravidez-na-adolescencia-diminuiram-em-media-18-desde-2019>. Acesso em: 5 jan. 2024.

CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. *Revista do Direito*, [s. l.], n. 29, p. 22-43, jan./jun. 2008. DOI: <https://doi.org/10.17058/rdunisc.v0i29.657>. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/657>. Acesso em: 5 jan. 2024.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: a criança no direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ELIAS, Roberto João. *Direitos fundamentais da criança e do adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2005.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Direitos da criança e do adolescente*. 3. ed. ampl., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

FUNDAÇÃO ABRINQ. *Cenário da infância e adolescência no Brasil 2022*. [São Paulo]: Fundação Abrinq, 2022. Disponível em: https://www.fadc.org.br/sites/default/files/2022-03/cenario-da-infancia-e-adolescencia-no-brasil-2022_0.pdf. Acesso em: 5 jan. 2024.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *A previdência social no Estado contemporâneo: fundamentos, financiamento e regulação*. Niterói: Impetus, 2011.

_____. *Curso de direito previdenciário*. 24. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2019.

INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (Brasil). *Instrução Normativa PRES/INSS nº 128, de 28 de março de 2022*. Disciplina as regras, procedimentos e rotinas necessárias à efetiva aplicação das normas de direito previdenciário. [Brasília, DF]: Imprensa Nacional, 2022. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-pres/inss-n-128-de-28-de-marco-de-2022-389275446>. Acesso em: 5 jan. 2024.

INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. *Extending social security to all: a guide through challenges and options*. Geneva: ILO, Social Security Department, 2010. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_146616.pdf. Acesso em: 5 jan. 2024.

ISHIDA, Válter Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente*: doutrina e jurisprudência. 22. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2022.

MACHADO, Simone. Ele adotou 5 irmãos, ganhou prêmio no Huck e ficou viúvo: 'Muito rápido'. UOL, [s. l.], 28 mar. 2023. Cotidiano. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2023/03/28/enfermeiro-perde-o-marido-apos-casal-adotar-cinco-criancas.htm>. Acesso em: 5 jan. 2024.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Guarda. In: _____ (coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente*: aspectos teóricos e práticos. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1997.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. *Convenção sobre os Direitos da Criança*. [S. l.]: Unicef, [1989]. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 5 jan. 2024.

_____. Assembleia Geral. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. [S. l.]: Unicef, [1948]. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 5 jan. 2024.

NERI, Marcelo (coord.). *Onde estão os idosos?: conhecimento contra o Covid-19*. Rio de Janeiro: FGV Social, abr. 2020. Disponível em: <https://cps.fgv.br/covidage>. Acesso em: 5 jan. 2024.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. [San José, CR]: CIDH, [1969]. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 5 jan. 2024.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção nº 5. Idade Mínima de Admissão nos Trabalhos Industriais*. [Washington, DC]: OIT, [1919a]. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_234872/lang--pt/index.htm. Acesso em: 5 jan. 2024.

_____. *Convenção nº 6. Trabalho Noturno dos Menores na Indústria*. [Washington, DC]: OIT, [1919b]. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235011/lang--pt/index.htm. Acesso em: 5 jan. 2024.

_____. *Convenção nº 102. Normas Mínimas da Seguridade Social*. [Genebra]: OIT, [1952]. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235192/lang--pt/index.htm. Acesso em: 5 jan. 2024.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente*: uma proposta interdisciplinar. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

“QUEM é o pai?": ausência paterna caracteriza mais de 100 mil registros lavrados nos primeiros sete meses de 2022 no Brasil. *IBDFAM Notícias*, Belo Horizonte, 1º set. 2022. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/10012/%E2%80%9CQuem+%C3%A9+o+pai%3F%E2%80%9D%3A+aus%C3%Aancia+paterna+caracteriza+mais+de+100+mil+registros+lavrados+nos+primeiros+sete+meses+de+2022+no+Brasil>. Acesso em: 5 jan. 2024.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (8. Câmara Cível). *Apelação Cível nº 70074827650*. Apelação cível. Guarda compartilhada entre genitores e tios-avós. Possibilidade. Situação que melhor atende ao interesse da criança. Apelantes: G. S. L.; A. M. S. Apelados: J. A. L. M.; G. S. M. Relator: Des. Rui Portanova, 7 de dezembro de 2017. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index&combo_comarca=&comarca=&numero_processo=&numero_processo_desktop=70074827650&CNJ=S&comarca=&nome_comarca=&uf_OAB=&OAB=&comarca=&nome_comarca=&nome_parte=. Acesso em: 5 jan. 2024.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da Criança e do Adolescente*: Lei n. 8.069/90: comentado artigo por artigo. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019.

SANTANA, Nívia Cardoso Guirra; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira. A nova velhice do provedor. *Mediações*, Londrina, v. 17, n. 2, p. 181-195, jul./dez. 2012. DOI: <https://doi.org/10.5433/2176-6665.2012v17n2p181>. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/14029>. Acesso em: 5 jan. 2024.

SANTOS, Ângela Maria Silveira dos; MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Guarda exercida pela família extensa: substitutiva e complementar. *Revista IBDFAM: famílias e sucessões*, Belo Horizonte, n. 11, p. 87-105, set./out. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SOUZA, Fábio. Interseções entre o direito previdenciário e o direito de família: alguns reflexos na análise dos dependentes. In: SOUZA, Fábio; SAADI, Jean Albert de Souza (coord.). *Previdência e família: interseções entre o direito previdenciário e o direito de família*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 51-70.

TAVARES, Marcelo Leonardo. O *backlash* institucional e normativo no Brasil e sua ocorrência no direito previdenciário e assistencial. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 59, n. 233, p. 11-33, jan./mar. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/233/ril_v59_n233_p11. Acesso em: 5 jan. 2024.

WORLD BANK; UNICEF. *Common ground: Unicef and World Bank approaches to building social protection systems*. [S. l.]: World Bank: Unicef, Jan. 2013. Disponível em: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/458431468326974775/pdf/750440REVISADOsystemsOnoteOrevised.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2024.

Licenciamento

Trabalho sob licença Creative Commons na modalidade *atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença* (CC BY-NC-SA 4.0 DEED). Disponível em: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>