



**(In)Constitucionalidade da exclusão do menor sob guarda da proteção previdenciária: análises à luz do art. 227 da Constituição Federal**

Jefferson Bernardo da Silva<sup>1</sup>

**RESUMO**

Este artigo analisa a exclusão do menor sob guarda da proteção previdenciária, operada pelo artigo 23, parágrafo 6º, da Emenda Constitucional nº 103 de 2019. O problema de pesquisa consiste em verificar se a referida exclusão é materialmente constitucional, especialmente à luz dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, destacados pelo artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Analisa-se, ainda, a evolução da legislação e jurisprudência sobre o tema, bem como o deslinde das ações diretas de inconstitucionalidade sobre a temática, protocoladas junto ao Supremo Tribunal Federal. Por fim, pretende-se entender o alcance e o sentido da proteção conferida pelo artigo 227 da Constituição Federal de 1988, a fim de solucionar o aparente conflito entre as referidas normas constitucionais. A presente pesquisa seguirá o método dedutivo, estabelecendo uma teoria de base (proteção previdenciária do menor sob guarda, como sujeito de direitos), com posterior exame de um fenômeno jurídico específico (promulgação da Emenda Constitucional nº 103/2019), a fim de confirmar a (in)constitucionalidade do artigo 23, parágrafo 6º, da Emenda Constitucional nº 103/2019. Quanto ao tipo de pesquisa, será bibliográfica, visto que suas principais fontes serão trabalhos escritos, como livros, teses, dissertações, revistas, artigos de periódicos, além de material disponível na internet.

**Palavras-chave:** menor sob guarda; direitos fundamentais; Emenda Constitucional.

**ABSTRACT**

This article analyzes the exclusion of minors under custody from social security protection, operated by article 23, paragraph 6, of Constitutional Amendment nº 103 of 2019. The aim is to evaluate the compatibility of this legal fact with the Fundamental Rights of children and adolescents, highlighted by article 227 of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, in addition to understanding the reasons for said exclusion. It also analyzes the evolution of legislation and jurisprudence on the subject, and the resolution of direct actions of unconstitutionality filed with the Federal Supreme Court, with the aim of combating legislative changes that are harmful to minors under custody. Finally, we intend to understand the scope and meaning of the protection conferred by article 227 of the 1988 Federal Constitution, in order to resolve the apparent conflict between the aforementioned constitutional norms. This research will follow the deductive method, as a basic theory will be established (social security protection of minors under custody, as a subject of rights), with subsequent examination of a specific legal phenomenon (promulgation of Constitutional Amendment nº 103/2019), in order to confirm the (un)constitutionality of article 23, paragraph 6, of Constitutional Amendment nº 103/2019. As for the type of research, it will be bibliographic, since its main sources will be written works, such as books, theses, dissertations, magazines, periodical articles, as well as material available on the internet.

**Keywords:** minor under custody; fundamental rights; Constitutional Amendment.

---

<sup>1</sup> Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP. Graduando em Direito. E-mail: jefferson.bernardo@fespfaculdades.edu.br



## 1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa, intitulada “Constitucionalidade da Exclusão do Menor Sob Guarda da Proteção Previdenciária, à Luz do Artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988”, tem como objetivo geral discutir a constitucionalidade do artigo 23, parágrafo 6º, da Emenda Constitucional nº 103, de 13 de novembro de 2019 (Reforma da Previdência), por meio da análise sistemática dos dispositivos constitucionais e da legislação infraconstitucional.

A Emenda Constitucional nº 103/2019, ao equiparar a filhos do segurado exclusivamente o enteado e o menor tutelado, para fins de recebimento de pensão por morte, excluíram, com pretensa definitividade, o menor sob guarda da proteção previdenciária, fato que ensejou acirrados debates no âmbito doutrinário e jurisprudencial acerca de sua constitucionalidade (Brasil, 2019).

O artigo 16, inciso I, da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, consigna que são dependentes de primeira classe do(a) segurado(a), além do cônjuge ou companheiro(a), os filhos de até vinte e um anos de idade, e o parágrafo 2º do mesmo artigo estabelece que o enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho, mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica (Brasil, 1991).

Antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 103/2019, a jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais Superiores era vinculante, no sentido de conferir interpretação extensiva ao parágrafo 2º do artigo 16 da Lei nº 8.213/1991, para que o menor sob guarda também fosse enquadrado como dependente dos segurados. Ocorre que, com a Reforma da Previdência, o artigo 23, parágrafo 6º da supracitada Emenda Constitucional equiparou a filhos do segurado exclusivamente o enteado e o menor tutelado, o que esvaziou a jurisprudência até então dominante.

A despeito disso, sabe-se que a Constituição Federal de 1988 confere, em seu artigo 227, máxima prioridade à criança e ao adolescente, motivo pelo qual se observa, ao menos de forma perfunctória, margem para ampla discussão acerca da constitucionalidade do artigo 23, parágrafo 6º da Emenda Constitucional nº 103/2019. Em face do exposto, tem-se o seguinte como problema de pesquisa: a exclusão do menor sob guarda da proteção previdenciária, promovida pelo artigo 23, parágrafo 6º, da Emenda Constitucional nº 103/2019, é materialmente constitucional?

A principal motivação para a escolha do tema da pesquisa reside no questionamento sobre a possibilidade de o reformador constitucional reduzir o âmbito de proteção



previdenciária da maneira que o fez, transgredindo, aparentemente, princípios de estatura constitucional, como o princípio da proteção integral à criança.

Quanto aos estudos já realizados, destaca-se o seguinte: “A Pensão Por Morte do Menor Sob Guarda e o Embate Entre os Poderes Judiciário e Legislativo”, da “Revista Jurídica Eletrônica da UFPI”, aprovado em maio de 2023, dos autores Brunna Barros Carvalho Martins, Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Piauí, e Raul Lopes de Araújo Neto, Doutor em Direito Previdenciário.

O referido artigo científico aborda argumento favoráveis à exclusão do menor sob guarda, sob a ótica das supostas fraudes à Previdência Social, em que avôs e avós de criança solicitam a guarda apenas para fins de instituição de benefício, estratégia arдил que traz despesas ao Poder Público. Pontua, por outro lado, que tais casos devem ser reprimidos de forma pontual, para que não se presuma a má-fé dos beneficiários do Regime Geral de Previdência Social.

A relevância científica do tema tem lugar na problemática decorrente da aparente transgressão a princípios de estatura Constitucional, tais como o princípio da isonomia, da dignidade da pessoa humana e da máxima prioridade à criança e ao adolescente. A relevância social, por sua vez, relaciona-se ao impacto da decisão legislativa na vida das crianças sob guarda que podem, eventualmente, necessitar da proteção previdenciária para manutenção de condições mínimas de subsistência.

O resultado pretendido é instigar o leitor a se interessar pelo tema, de modo que este também possa contribuir para o enriquecimento do conteúdo. Os benefícios são agregar conhecimento para o meio acadêmico e social, além de, eventualmente, servir de norte para outras pesquisas que se realizarão em momento futuro, tendo como públicos-alvo as famílias e menores sob guarda, e aos aplicadores do Direito, que têm a missão de bem interpretar sistematicamente o ordenamento jurídico brasileiro; e à sociedade em geral, ao eventual interesse pelo tema.

## **2 DEFINIÇÃO DE MENOR SOB GUARDA**

A sistemática aplicável ao menor sob guarda encontra previsão nos artigos 33 e seguintes da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA). Em síntese, o menor sob guarda é a criança ou adolescente cujo poder familiar dos pais biológicos foi apenas limitado e transferido judicialmente a seu guardião. Nota-se, pois, que não há destituição do poder familiar, sendo uma medida que busca regularizar a convivência de fato (Brasil, 1990).



É oportuno distinguir o menor sob guarda do menor tutelado: enquanto o primeiro ainda permanece submetido ao poder familiar dos pais biológicos, o segundo teve esse poder suspenso ou destituído, e transferido judicialmente a seu tutor. Trata-se, nesse segundo caso, de inserção do menor em família substituta, e sua regulação consta dos artigos 36 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Tanto um quanto outro, porém, possuem o direito de ter assistência moral, educacional e material de seus responsáveis, fato pelo qual se infere uma equivalência de tratamento conferido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por fim, é imperioso registrar que o artigo 33, parágrafo 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente é taxativo ao estabelecer que o menor sob guarda detém direitos previdenciários: “A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários” (Brasil, 1990).

## 2.1 PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

No mundo, a ideia de proteção social pela previdência teve origem com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1793. Tal documento previa, em seu artigo XXI, o seguro social como um direito subjetivo que deveria ser assegurado a todos (França, 1793). Conforme Cardoso (2023, p. 128), “a ideia embrionária de proteção social pela previdência surge com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1793, que prevê o seguro social como um direito subjetivo assegurado a todos”.

A previdência social constitui-se como um Direito Fundamental de 2ª dimensão, isto é, demanda do Estado a efetiva atuação para a prestação de serviços à população, no intuito de assegurar o mínimo existencial e a dignidade humana. Sua origem remonta ao final do século XIX e início do século XX, período em que se observou uma precarização das condições de subsistência dos trabalhadores, no contexto da Revolução Industrial. Sem dúvidas, o fenômeno da Revolução Industrial foi fundamental para a percepção de que o Estado deveria, mediante políticas públicas, oferecer meios de efetivação do direito ao mínimo existencial, enquanto um Direito Fundamental de 2ª dimensão.

O primeiro país a legislar sobre previdência social foi a Alemanha, com a edição da Lei dos Seguros Sociais, em 1883. Nos dizeres de Frederico Amado (Amado, 2023, p. 83):

Aponta-se majoritariamente como o marco inicial mundial da previdência social no mundo a edição da Lei dos Seguros Sociais, na Alemanha, em 1883, perpetrada pelo chanceler Otto Von Bismarck, que criou o seguro-doença, seguida por outras normas que instituíram o seguro de acidente de trabalho



(1884), o de invalidez (1889) e o de velhice (1889), em decorrência de grandes pressões sociais da época.

Nesse sentido, a organização dos trabalhadores, à época, foi relevante para que o corpo político se mobilizasse no sentido de implementar as mudanças reclamadas pela população, sobretudo pela classe trabalhadora.

Em termos constitucionais, inauguraram o conceito de previdência social as Constituições do México (1917) e da Alemanha (1919), sendo estas as primeiras do mundo a instituir a proteção previdenciária dos trabalhadores. Esses sistemas eram essencialmente contributivos, pois demandavam do trabalhador contribuições para que tivesse direito a qualquer benefício.

No Brasil, a primeira Constituição a tratar diretamente de benefícios previdenciários foi a de 1891 (Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891), que instituiu, em seu artigo 75, a aposentadoria por invalidez aos funcionários públicos que se tornassem inválidos a serviço da Nação, mesmo sem existir o pagamento de contribuições previdenciárias. Contudo, diz-se que o marco oficial da previdência social no Brasil deu-se com a edição da Lei Eloy Chaves (Decreto-lei 4682, de 24 de janeiro de 1923), a qual criou as caixas de aposentadorias e pensões para os ferroviários. Tal sistema era mantido pelas empresas privadas, que administravam as estradas de ferro do país. Assim, o Estado apenas tratou de regulamentar e supervisionar esse sistema de previdência, conforme leciona Amado (Amado, 2023, p. 85):

No Brasil, prevalece doutrinariamente que a previdência social nasceu com o advento da Lei Eloy Chaves, em 24 de janeiro de 1923 (Decreto-lei 4.682), que determinou a *criação das caixas de aposentadorias e pensões para os ferroviários*, mantidas pelas empresas, e não pelo Poder Público, tanto que o dia 24 de janeiro é considerado oficialmente como o dia da previdência social no Brasil.

Um pouco mais tarde, na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, criou-se a tríplice fonte de custeio da Previdência, com aportes dos trabalhadores, empregadores e do Poder Público. A partir de então, o sistema previdenciário passou a ser tratado como um seguro social, de fato.

A consolidação da proteção previdenciária como um direito fundamental foi reafirmada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao prever, em seu artigo 194, que “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”.



Doravante, seu artigo 201, inciso V, estabelece o direito à “pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º”. Portanto, tem-se, na perspectiva constitucional, norma que assegura a proteção previdenciária aos dependentes do segurado, pelo que se infere a natureza de Direito Fundamental desse instituto.

### **2.1.1 Evolução da legislação e da jurisprudência brasileiras**

O Direito Previdenciário é regido pelo princípio do *tempus regit actum*, ou seja, o Direito aplicável ao caso concreto é aquele vigente à época do fato gerador. No âmbito previdenciário, isso é especialmente relevante, visto que a legislação previdenciária se altera de tempos em tempos.

Na sua redação original, o artigo 16, parágrafo 2º, da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, previa que eram equiparados a filhos do segurado, além do enteado e do menor tutelado, o menor que, por determinação judicial, estivesse sob sua guarda. Nessa época, não havia qualquer controvérsia quanto à condição de dependente do menor sob guarda, para fins de proteção previdenciária, já que o texto legal não deixava margens para dúvidas.

Com a edição da Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997, o parágrafo 2º do artigo 16 da Lei 8.213/1991 passou a prever que “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”. Vê-se, pois, que o menor sob guarda deixou de constar do dispositivo legal. Essa alteração legislativa provocou severas críticas da doutrina especializada, ensejando a atuação da Procuradoria Geral da República (PGR).

Em 2012, portanto, a Procuradoria Geral da República (PGR) ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.878/DF (processo nº 9984969-55.2012.1.00.0000), pleiteando que fosse dada interpretação conforme a Constituição Federal de 1988 ao artigo 16, parágrafo 2º, da Lei nº 8.213/1991, para que os menores sob guarda fossem incluídos como beneficiários do Regime Geral de Previdência Social (RGPS). A linha argumentativa da Procuradoria Geral da República fundamentou-se no artigo 227, parágrafo 3º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, que assegura direitos previdenciários e trabalhistas às crianças e adolescentes, além da própria redação do artigo 227, “*caput*”, que consagra o princípio da proteção integral e absoluta prioridade.

Mais tarde, em 2014, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ingressou com a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.083. Do ponto de vista da entidade, a inovação legislativa violou o princípio da isonomia, da segurança jurídica, da dignidade



humana e da proteção integral, ao tratar de forma desigual os menores sob guarda. As referidas Ações Diretas de Inconstitucionalidade foram reunidas, pelo Supremo Tribunal Federal, para julgamento em conjunto, por tratarem do mesmo objeto.

Nesse lapso temporal, enquanto as ações propostas pela Procuradoria Geral da República e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil não eram julgadas, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) julgou o Recurso Especial nº 1.411.258/RS, em 2017, e fixou tese no Tema Repetitivo nº 732:

O menor sob guarda tem direito à concessão do benefício de pensão por morte do seu mantenedor, comprovada sua dependência econômica, nos termos do art. 33, § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda que o óbito do instituidor da pensão seja posterior à vigência da Medida Provisória 1.523/96, reeditada e convertida na Lei 9.528/97. Funda-se essa conclusão na qualidade de lei especial do Estatuto da Criança e do Adolescente (8.069/90), frente à legislação previdenciária.

Dessa forma, torna-se evidente que o Superior Tribunal de Justiça conferiu ao Estatuto da Criança e do Adolescente o caráter de lei especial, fazendo com que suas disposições se sobreponham à legislação previdenciária.

Por seu turno, a Emenda Constitucional nº 103, de 13 e novembro de 2019, manteve e exclusão do menor sob guarda, ao dispor, em seu artigo 23, parágrafo 6º, que “equiparam-se a filho, para fins de recebimento da pensão por morte, exclusivamente o enteado e o menor tutelado, desde que comprovada a dependência econômica”. Nessa toada, note-se que a intenção do legislador reformador é, indubitavelmente, retirar do menor sob guarda a condição de dependente previdenciário.

Em 07 de junho de 2021, o Supremo Tribunal Federal (STF), sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, finalmente julgou as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.878 e 5.083, e reconheceu, por maioria de votos (6 a 5), a condição de dependente do menor sob guarda para fins de previdenciários, no âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

A problemática, todavia, que persiste, é a não aplicação do entendimento da Suprema Corte, fixado nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.878 e 5.083, ao artigo 23, parágrafo 6º, da Emenda Constitucional nº 103/2019. Ou seja, o julgamento das referidas ações limitou-se a declarar a inconstitucionalidade da alteração introduzida pela Lei nº 9.528/1997 no artigo 16, parágrafo 2º, da Lei nº 8.213/1991, deixando hígida a norma introduzida pelo artigo 23, parágrafo 6º, da Emenda Constitucional nº 103/2019.



Dessa forma, apenas para os fatos geradores ocorridos até a data da promulgação da Emenda Constitucional nº 103/2019 é que a condição de dependente do menor sob guarda está assegurada, em respeito ao princípio do *tempus regit actum*.

Em face desse problema jurídico, está em curso no Supremo Tribunal Federal, na relatoria do Ministro André Mendonça, o Recurso Extraordinário nº 1.442.021 (Tema 1.271), com repercussão geral reconhecida, originário do processo nº 05316937820214058100, da Justiça Federal do Ceará, ainda pendente de julgamento. O referido processo tem como objetivo discutir se a retirada da criança e do adolescente sob guarda do rol de beneficiários, na qualidade de dependentes do segurado do Regime Geral de Previdência Social, operada pela Emenda Constitucional nº 103/2019, violou os princípios da igualdade, proibição do retrocesso e da proteção integral das crianças e dos adolescentes.

Dessa forma, aguarda-se o julgamento do Tema e a solução definitiva dessa controvérsia, o que certamente causará impacto à vida dos menores sob guarda, positiva ou negativamente.

### **2.1.2 Alcance e sentido do art. 227 da Constituição Federal de 1988**

Nos termos do artigo 227 da Constituição Federal de 1988:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Vê-se que o constituinte originário não abriu mão de conferir proteção máxima às crianças e adolescentes desse país.

Nos dizeres de Lenza (2022, p. 1514):

A prioridade absoluta em assegurar os direitos da criança, do adolescente e do jovem, nos termos do art. 227 da Constituição Federal e do art. 4º da Lei n. 8.069/90 (ECA), implica o dever do Estado de estabelecer políticas, planos, programas e serviços para a primeira infância que atendam às especificidades dessa faixa etária, visando a garantir seu desenvolvimento integral.

O sentido desse dispositivo, no entanto, deve ser entendido como uma tutela genérica, que não se direciona especificamente a um ou outro ramo do Direito. Não se discute que todas



as áreas do Direito devem passar por um filtro constitucional para serem validadas. É dizer, toda matéria jurídica regulada no âmbito infraconstitucional deve guardar compatibilidade com a Constituição Federal de 1988.

Entretanto, não se pode concluir que, a partir da vigência da Emenda Constitucional nº 103/2019, os menores sob guarda tiveram seus direitos fundamentais tolhidos. Primeiramente, porque a Constituição Federal não estabelece regra alguma sobre quaisquer direitos previdenciários daqueles. Isso fica a cargo da legislação infraconstitucional, que pode inovar a ordem jurídica, da forma que seja mais conveniente ao interesse público, desde que respeitados os direitos e garantias fundamentais.

Veja-se que o artigo 227, parágrafo 3º, inciso II, da Constituição Federal, ao estabelecer que às crianças sejam assegurados direitos trabalhistas e previdenciários, o fez no intuito de que a criança trabalhadora tenha direitos previdenciários, e não que as crianças sob guarda sejam necessariamente dependentes, em igualdade de condições com os filhos do segurado.

Então, já que não se extrai do texto constitucional que o menor sob guarda tenha, obrigatoriamente, a condição de dependente previdenciário de seus guardiões, não se verifica uma afronta direta aos direitos e garantias fundamentais da criança sob guarda.

Em segundo lugar, para todos os efeitos, estes continuam a possuir seus direitos previdenciários, na qualidade de dependentes de seus pais biológicos ou adotivos, uma vez que a guarda judicial não exclui a relação jurídica entre pais e filhos. Assim, o menor sob guarda não tem a proteção em relação a seu guardião, mas em relação a seus pais, adotivos ou biológicos.

Pode-se argumentar, por outro lado, que o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990) confere ao menor sob guarda direitos previdenciários, pois, segundo o artigo 33, parágrafo 3º, do citado diploma legal, “A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários”.

Ocorre que, havendo a legislação posterior procedido à exclusão do menor sob guarda da proteção previdenciária, operou-se a revogação tácita do referido dispositivo.

Com efeito, a Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997, o parágrafo 2º do artigo 16 da Lei 8.213/1991 passou a prever que “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”. Vê-se, pois, que o menor sob guarda deixou de constar do dispositivo legal.



Além disso, a definição da temática, posteriormente, por meio de uma Emenda Constitucional revela a inequívoca intenção do legislador em retirar do menor sob guarda o direito que outrora lhe fora assegurado.

Note-se, ainda, que pelo critério da especialidade, a Lei 8.213/91, que trata especificamente de direito previdenciário, deve prevalecer sobre as disposições do ECA. Outrossim, pelo critério cronológico, também há superação das normas da Lei 8,069/1990, já que a Lei nº 8.213/91 lhe é posterior. Assim, de uma forma ou de outra, a regra insculpida no artigo 33, parágrafo 3º, da Lei 8.069/1990, é fulminada pelas disposições da Lei nº 8.213/91.

Portanto, a interpretação a ser empregada ao artigo 227 da Constituição Federal revela-se como uma norma de tutela geral, que não estabelece nenhum regramento específico no âmbito do direito previdenciário, motivo pelo qual não faz sentido defender que, a despeito da previsão do art. 26, parágrafo 6º, da Emenda Constitucional n. 103/2019, o menor sob guarda deva ser considerado dependente de seu guardião.

### **2.1.3 Revisão e embate entre o legislativo e judiciário**

O Poder Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal, tem assumido um papel de protagonismo no que concerne ao direcionamento das bases políticas do país. Tal fato se deve, em grande medida, à própria Constituição Federal de 1988, que instituiu o sistema de freios e contrapesos (*check and balances*), delegando aos Poderes da República a responsabilidade de mitigar eventual arbitrariedade cometida por um dos Poderes. Isso ocorre porque a realização da justiça não pode se limitar à vontade da maioria, pois nem sempre a maioria decidirá observando os critérios de equidade e justiça social. Nesse sentido, o papel do Judiciário é garantir a justiça, ainda que de forma contrária à maioria ou exercendo um papel contramajoritário (Dworkin, 2001).

A *judicial review*, portanto, é um fator de fortalecimento da democracia, pois tem o condão de mitigar qualquer tentativa de arbitrariedade dos Poderes Legislativo e Executivo. Nos dizeres de Ackerman, “sem a instituição da *judicial review*, a maioria parlamentar reinante terá estímulos massivos para ignorar ações prévias da soberania popular, sempre que lhe seja conveniente” (Ackerman, 2009, p. 41).

No entanto, também há um problema quando ocorre qualquer extrapolação do instituto da revisão judicial, pois esta, ao efetivar-se fora dos limites legitimamente admitidos, já se concebe como arbitrária. Para alguns críticos da *judicial review* (Waldron, 2006, p. 1396), o corpo de legisladores, em número bem maior, teria menos riscos de errar que um pequeno grupo



de juízes, sendo que a preferência pela maioria do Judiciário em detrimento da maioria do Legislativo revela uma desconfiança na democracia.

Então, no caso do menor sob guarda, questiona-se se a Suprema Corte teria agido dentro dos limites constitucionais, porque não existe um conflito apenas entre o Estatuto da Criança e do Adolescente e a legislação previdenciária, ou entre a Emenda Constitucional nº 103/2019 e o artigo 227 da Constituição Federal de 1988, mas principalmente entre os poderes Legislativo e Judiciário.

Veja-se que o STF declarou a inconstitucionalidade da exclusão do menor sob guarda promovida pela Lei nº 9.528/1997. Posteriormente, o Legislativo reafirmou sua vontade, desta vez por meio de Emenda Constitucional, talvez para que não mais se discutisse a questão de conflito entre leis, pois agora a determinação estaria partindo da própria Constituição.

É preciso salientar que a decisão legislativa, ao excluir o menor sob guarda, não se deu sem motivos. Argumentou-se, com a Lei nº 9.528/1997, que tal fato seria necessário ao equilíbrio das contas do Instituto Nacional do Seguro Social (Brasil, 1997). Já relativamente à Emenda Constitucional nº 103/2019, a Comissão Especial instituída para analisar a Proposta de Emenda à Constituição argumentou pela necessidade de alcançar-se o equilíbrio atuarial da Previdência Social (Brasil, 2019).

A par dessa controvérsia entre poderes, torna-se evidente que uma eventual pacificação, a nível de legislação e jurisprudência, só será possível mediante um exercício de ponderação entre os princípios constitucionais, notadamente os da dignidade humana e do equilíbrio financeiro e atuarial da Previdência Social.

### **3 METODOLOGIA**

O estudo deste artigo científico foi desenvolvido com o delineamento de uma revisão bibliográfica com abordagem qualitativa juntamente à consulta de materiais obtidos por meio da internet e meios físicos, constituído principalmente de livros, artigos científicos, sites, leis governamentais, códigos e doutrinas. A análise bibliográfica dos materiais esteve presente nos vários estágios da pesquisa, estabelecendo relações e abordando diferentes perspectivas sobre a temática, a fim de ampliar a visão acerca da “Constitucionalidade da Exclusão do Menor Sob Guarda da Proteção Previdenciária, à Luz do Artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988”, tendo como objetivo geral discutir a constitucionalidade do artigo 23, parágrafo 6º, da Emenda Constitucional nº 103, de 13 de novembro de 2019 (Reforma



da Previdência), por meio da análise sistemática dos dispositivos constitucionais e da legislação infraconstitucional.

Usou do modelo exploratório e descritivo, com uma abordagem quali quantitativa (Sampiere *et al.*, 2013), das técnicas de pesquisa empregadas foram a pesquisa bibliográfica, documental e de levantamento de dados (Gil, 2022), com coleta dos dados através da revisão bibliográfica disponíveis na rede mundial de computadores, nas bases de dados Google Scholar e Scientific Electronic Library On-line – SciELO, tudo com vistas à compreensão da temática envolvendo os menores no âmbito de Emenda Constitucional.

#### **4 RESULTADO E DISCUSSÃO**

O presente trabalho trata de análises doutrinárias e legislativas acerca das discussões sobre a disposição constitucional sobre a prioridade que deve ser dada à criança e ao adolescente, motivo pelo qual se observa, ao menos de forma perfunctória, margem para ampla discussão acerca da constitucionalidade do artigo 23, parágrafo 6º da Emenda Constitucional nº 103/2019.

Partindo da indagação acerca da exclusão do menor sob guarda da proteção previdenciária, promovida pelo artigo 23, parágrafo 6º, da Emenda Constitucional nº 103/2019, é materialmente constitucional, viu-se, ao longo do texto, que o trabalho reside no questionamento sobre a possibilidade de o reformador constitucional reduzir o âmbito de proteção previdenciária da maneira que o fez, transgredindo, aparentemente, princípios de estatura constitucional, como o princípio da proteção integral à criança.

Partindo de uma metodologia qualitativa, do tipo bibliografia, por meio de leitura extraídas da legislação brasileira, livros, artigos, discorreu sobre as análises da constitucionalidade ou não da proteção do menor sob guarda frente ao novo modelo adotado por meio da EC nº 103, de 2019.

#### **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A proteção previdenciária, como se demonstrou, deve ser entendida como um direito fundamental, assegurado a todos. Entretanto, apesar da aparente falta de isonomia, não há qualquer inconstitucionalidade que paira sobre o art. 23, parágrafo 6º, da Emenda Constitucional n. 103/2019, conforme exposto neste artigo.



Isso porque a Constituição Federal de 1988 não estabeleceu, originariamente, qualquer regra a respeito da inclusão ou não dos menores sob guarda como dependentes previdenciários de seus guardiões, deixando a cargo do legislador ordinário a definição dos aspectos jurídicos pertinentes ao direito previdenciário. Ademais, a definição da temática por uma Emenda Constitucional, ainda que de modo desfavorável ao menor, pacífica a controvérsia, que agora possui estatura constitucional, ainda que haja insatisfação de parte da doutrina e da advocacia, de um modo geral.

De toda forma, no intuito de pôr fim à controvérsia, encontra-se pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal, até a data de finalização deste artigo, o Recurso Extraordinário nº 1.442.021 (Tema 1.271), com repercussão geral reconhecida, originário do processo nº 05316937820214058100, da Justiça Federal do Ceará, que trata da exclusão da criança e do adolescente sob guarda do rol de beneficiários, na condição de dependentes, do segurado do Regime Geral de Previdência Social. Após o julgamento definitivo, a Suprema Corte definirá, com eficácia erga omnes e caráter vinculativo, a temática tratada neste artigo.

## REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Direito previdenciário**. São Paulo: Juspodivm, 2023.

BRASIL. [Constituição (1891)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ: Congresso Nacional Constituinte, 1891. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm). Acesso em 19 out. 2024.

BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ: Assembleia Nacional Constituinte, 1934. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 19 out. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 19 out. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Emenda Constitucional nº 103, de 13 de novembro de 2019**. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Brasília, DF: Senado, 2019. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm). Acesso em: 19 out. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999**. Regulamento da Previdência Social. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1999. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3048.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm). Acesso em: 19 out. 2024.



BRASIL. **Decreto nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923. Lei Eloy Chaves.** Rio de Janeiro, RJ, 1923, Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/historicos/dpl/dpl4682-1923.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/dpl4682-1923.htm). Acesso em: 15 jun. 2024.

BRASIL. **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, 1990. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 19 out. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de julho de 1991.** Dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social e dá outras providências. Brasília, DF, 1991. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm). Acesso em: 19 out. 2024.

BRASIL. **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, 1997. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9528.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9528.htm). Acesso em: 19 out. 2024.

BRASIL. **Parecer nº 53 de 1997.** Diário do Senado Federal: Ano LII, nº 219, p. 26404-26423. Brasília, 29 de novembro de 1997. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/13995?sequencia=82>. Acesso em: 16 jun. 2024

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação **Direta de Inconstitucionalidade nº 5083.** Ministro Relator: Gilmar Mendes, 08 de junho de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15347225925&ext=.pdf>. Acesso em: 15. jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 1.271. Exclusão da criança e do adolescente sob guarda do rol de beneficiários, na condição de dependentes, do segurado do Regime Geral de Previdência Social, implementada pelo art. 23 da Emenda Constitucional nº 103/2019.** Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=6661561&numeroProcesso=1442021&classeProcesso=RE&numeroTema=1271>. Acesso em: 15 jun. 2024.

CARDOSO, Phelipe. Manual de direito previdenciário. São Paulo: Juspodvm, 2023.

FRANÇA. Assembleia Nacional Constituinte (1793). **Declaração dos direitos do homem e do cidadão.** Disponível em: <  
[https://www.al.sp.gov.br/repositorio/ilp/anexos/1788/YY2014MM11DD18HH14MM4SS44Declara\\_\\_o%20dos%20Direitos%20do%20Homem%20e%20do%20Cidad\\_o.docx%201793.pdf](https://www.al.sp.gov.br/repositorio/ilp/anexos/1788/YY2014MM11DD18HH14MM4SS44Declara__o%20dos%20Direitos%20do%20Homem%20e%20do%20Cidad_o.docx%201793.pdf)>. Acesso em: 15 jun. 2024.

GIL, Antônio. **Como elaborar projetos de pesquisa.** 7 ed. São Paulo: Atlas, 2022.

GUIMARÃES, Diego Fernandes. As quatro linhas da constituição: um memorial sobre separação de poderes, pluralismo e minorias. **Múltiplas Abordagens do Direito: Por Quem Faz o Judiciário.** 21 ed, p. 55-77, 2024. Disponível em: [https://www.academia.edu/119037489/As\\_quatro\\_linhas\\_da\\_Constitui%C3%A7%C3%A3o\\_um\\_memorial\\_sobre\\_separa%C3%A7%C3%A3o\\_de\\_poderes\\_pluralismo\\_e\\_minorias](https://www.academia.edu/119037489/As_quatro_linhas_da_Constitui%C3%A7%C3%A3o_um_memorial_sobre_separa%C3%A7%C3%A3o_de_poderes_pluralismo_e_minorias). Acesso em: 19 out. 2024.



LENZA, Pedro. **Direito constitucional**. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MARQUES, Juliana Munhoz da Cunha; NETO, Antônio Bazílio Floriani. A Concessão do Benefício de Pensão por Morte ao Menor Sob Guarda a Partir da Vigência da Emenda Constitucional 103/19: Desafios e Perspectivas. 2020. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, v. 8, n. 3, p. 73-101, 2020. Disponível em: <<https://scholar.archive.org/work/r2lx2c3bwfcp7c7tam25pjrlvq/access/wayback/http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicaspub/article/download/865/pdf>>. Acesso em: 25 maio 2024.

MARTINS, Brunna Barros Carvalho; NETO, Raul Lopes de Araújo. A Pensão Por Morte do Menor Sob Guarda e o Embate Entre os Poderes Legislativo e Judiciário. 2022. **Revista Jurídica Eletrônica da UFPI**, v. 9, n. 2, p. 149-160, 2022. Disponível em: <<https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/view/14139>>. Acesso em 25 maio 2024.

MENEGUITE, Marcos Vinicius Silva. A evolução protetiva da previdência social em antagonismo com o equilíbrio financeiro e atuarial. Faculdade Doctum de Juiz de Fora, 2020. Disponível em: <https://dspace.doctum.edu.br/handle/123456789/3742>. Acesso em: 19 out. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção sobre os direitos das crianças**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99710.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm)>. Acesso em: 25 maio 2024.

RODRIGUES, José Renato. A (in)constitucionalidade do reconhecimento do menor sob guarda como dependente para fins previdenciários. **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**. V.34, n. 158, p. 199-210, jul./dez. 2023. Disponível em: <https://revista.trf3.jus.br/index.php/rtrf3/article/view/109/93>. Acesso em 18 out. 2024.

SADEK, Maria Tereza Aida. Judiciário: a institucionalização como poder. **Revista USP**, n. 134, p. 109-126, 2022. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/202374>. Acesso em 24 out. 2024.