

FREDERICO AMADO  
LARISSA MERCÊS

*A Nova*  
**PREVIDÊNCIA**  
**DOS SERVIDORES**  
**DO ESTADO**  
**DA BAHIA** (RPPS/BA)

2ª edição

*Reforma das*  
*Emendas Estaduais*  
*26/2020 e 27/2021*

2025

 EDITORA  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

**Edney Borges**  
COLABORADOR

# 10

## PENSÃO POR MORTE

A pensão por morte é o benefício devido aos dependentes do servidor falecido. Este benefício não programado é regido pela lei vigente na data do fato gerador (óbito do servidor público), em função do princípio do *tempus regit actum*.

Assim, a data do óbito do servidor é o marco temporal que definirá o regime jurídico, à medida que vai se aplicar a norma vigente naquele momento.

Atualmente a renda mensal inicial mínima da pensão por morte no RPPS não está mais fixada em um salário mínimo, posto que a Emenda Constitucional 103/2019 autoriza a concessão do benefício em valor inferior ao salário mínimo quando o dependente auferir renda formal.

Nesse sentido, o artigo 40 da Constituição Federal:

Art. 40 -“§ 7º **Observado o disposto no § 2º do art. 201 quando se tratar da única fonte de renda formal auferida pelo dependente**, o benefício de pensão por morte será concedido nos termos de **lei do respectivo ente federativo**, a qual tratará de forma diferenciada a hipótese de morte dos servidores de que trata o § 4º-B (policiais, agentes penitenciários e agentes socioeducativos) decorrente de agressão sofrida no exercício ou em razão da função”.

Assim, caso o dependente receba outro benefício previdenciário ou tenha vínculo de emprego formal, a sua pensão por morte poderá ser concedida com renda inicial inferior ao salário mínimo.

O cálculo da renda mensal inicial do benefício de pensão por morte segue as regras da lei editada pelo respectivo ente federativo após a Emenda 103/2019.

Logo, a forma de cálculo não mais está prevista na Constituição, mas em norma infraconstitucional do próprio ente federativo. Da mesma forma, os requisitos e rol de dependentes da pensão não possuem mais previsão constitucional, devendo ser consultada a lei do respectivo ente.

A Emenda Constitucional 103/2019 fixa a obrigação do ente federativo instituir uma regra de pensionamento com critérios diferenciados para policiais civis, agentes penitenciários (atuais policiais penais) e agentes socioeducativos que tenham falecido em razão de agressão sofrida no exercício ou em razão da função.

Dessa forma, a regra atinge não apenas o servidor vítima de acidente de trabalho em decorrência de agressão sofrida no exercício ou em razão da função, mas qualquer policial, agente penitenciário ou agente socioeducativo que tenha sido morto em razão dessa qualidade, ainda que fora do horário de expediente.

Saliente-se que a regra especial de pensionamento é direcionada apenas para policiais, agentes penitenciários e agentes socioeducativos, não havendo previsão legal de pensão com critérios diferenciados para guardas municipais.

**Para os óbitos ocorridos após a Emenda 41/2003 e até a data de publicação da Emenda Estadual 26/2020**, a pensão por morte terá proventos à luz da antiga redação do §7º do artigo 40 da Constituição:

“§ 7º Lei disporá sobre a concessão do benefício de pensão por morte, que será igual: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

I – ao valor da totalidade dos proventos do servidor falecido, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso aposentado à data do óbito; ou (Incluído pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

II – ao valor da totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu o falecimento, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso em atividade na data do óbito. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)”.

Destarte, somente haverá redutor de 30% se a aposentadoria ou a remuneração do servidor falecido ultrapassar o teto do RGPS, na parcela que o exceder a esse montante.

Isso porque, à luz do artigo 23, §8º, da Emenda 103/2019, “aplicam-se às pensões concedidas aos dependentes de servidores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios as normas constitucionais e infraconstitucionais anteriores à data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, enquanto não promovidas alterações na legislação interna relacionada ao respectivo regime próprio de previdência social”.

No RPPS do Estado da Bahia, após o advento da reforma implementada pela Emenda Estadual 26/2020, **para óbitos ocorridos a partir de 02/02/2020**, o benefício de pensão por morte corresponderá a uma cota familiar de 50% do valor da aposentadoria, caso o servidor já estivesse aposentado, ou do valor da aposentadoria a que ele teria direito caso fosse aposentado por incapacidade permanente, sendo essa cota familiar de 50% acrescida de uma cota individual de 15% por dependente:

#### EMENDA CONSTITUCIONAL ESTADUAL Nº 26, DE 31 DE JANEIRO DE 2020

“Art. 8º. A pensão por morte concedida aos dependentes do servidor público será equivalente a uma cota familiar de 50% (cinquenta por cento) do valor da aposentadoria recebida pelo servidor ou daquela a que teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente na

data do óbito, acrescida de cotas de 15 (quinze) pontos percentuais por dependente, até o máximo de 100% (cem por cento).

§ 1º As cotas por dependente cessarão com a perda dessa qualidade e não serão reversíveis aos demais dependentes, preservado o valor de 100 (cem por cento) da pensão por morte quando o número de dependentes remanescente for igual ou superior a 04 (quatro)”.

Assim, o valor do benefício pode ser mensurado conforme a tabela abaixo:

COEFICIENTE	DEPENDENTES
65%	1 dependente
80%	2 dependentes
95%	3 dependentes
100%	4 dependentes OU MAIS

Outrossim, para calcular a pensão por morte instituída por óbito de servidor ativo, faz-se necessário calcular o valor que ele teria direito caso aposentado por incapacidade permanente, salientando que, sendo um óbito causado por acidente de trabalho, se aplica o coeficiente de 100%.

Por exemplo, um servidor que falece ainda na ativa, por acidente não relacionado ao trabalho, com 20 anos de contribuição. Caso ele estivesse vivo e aposentado por incapacidade permanente, receberia 60% da sua média salarial. Assim, caso ele deixasse apenas um dependente, este receberia 65% do valor a que ele teria direito caso aposentado. Assim, nesse exemplo, a aposentadoria por invalidez corresponderá a apenas 39% da média salarial do servidor (média das 90% maiores remunerações a partir de julho/1994).

Saliente-se que o RPPS da Bahia não dá direito a reversão de cotas. Assim, caso um dos dependentes seja excluído da pensão, seja por óbito ou por atingimento da idade limite, a sua cota de pensão correspondente a 15% não se reverte aos demais dependentes.

Há ainda uma regra específica no artigo 8º da Emenda Estadual 26/2020 para a pensão por morte caso um dos dependentes seja **inválido ou possua deficiência intelectual, mental ou grave**:

“§ 2º Na hipótese de existir dependente inválido ou com deficiência intelectual, mental ou grave, o valor da pensão por morte de que trata o caput deste artigo será equivalente a:

I – 100% (cem por cento) da aposentadoria recebida pelo servidor ou daquela a que teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente na data do óbito, até o limite máximo de benefícios do Regime Geral de Previdência Social;

II – uma cota familiar de 50% (cinquenta por cento) acrescida de cotas de 15 (quinze) pontos percentuais por dependente, até o máximo de 100% (cem por cento), para o valor que supere o limite máximo de benefícios do Regime Geral de Previdência Social”.

Nessa situação, em havendo dependente inválido ou possua deficiência intelectual, mental ou grave, o valor da pensão será de 100% da aposentadoria a que o servidor teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente, valor esse limitado ao teto do RGPS. Caso o valor supere o teto, deve ser aplicada uma cota de 50%, acrescida de cotas de 15% por dependente.

Não se deve olvidar que esse cálculo diferenciado permanece apenas enquanto existir o dependente inválido ou com deficiência intelectual, mental ou grave. Caso ele se torne capaz, ou faleça, o valor recebido pelos demais dependentes será recalculado, nos termos do artigo 8º da Emenda Estadual 26/2020:

“§ 3º Quando não houver mais dependente inválido ou com deficiência intelectual, mental ou grave, o valor da pensão será recalculado na forma do disposto no caput e no § 1º, ambos deste artigo.

§ 4º O tempo de duração da pensão por morte e das cotas individuais por dependente até a perda dessa qualidade, o rol de dependentes e sua qualificação e as condições necessárias para enquadramento serão aqueles estabelecidos em lei”.

Ademais, não há mais a figura do dependente menor sob guarda no artigo 8º da Emenda Estadual 26/2020, uma vez que este não é mais considerado dependente previdenciário:

“§ 5º Equiparam-se a filho, para fins de recebimento da pensão por morte, exclusivamente o enteado e o menor tutelado, desde que comprovada a dependência econômica”.

A celeuma acerca da questão do menor sob guarda se iniciou no RGPS, tendo em vista que o menor sob guarda foi retirado do sol de dependentes por força da MP 1.523/1996, convertida na Lei 9.528/97.

Por outro lado, a jurisprudência começou a firmar o entendimento no sentido de que o Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 33, §3º, garante os direitos previdenciários do menor sob guarda) deve prevalecer sobre a Lei de Benefícios da Previdência Social, devendo ser assegurada a qualidade de dependente ao menor sob guarda do segurado no momento do óbito.

Posteriormente a Lei 13.135/2015 definiu que *apenas* o enteado e o menor tutelado são considerados dependentes por equiparação no RPPS da União.

Sucede que o STJ não vem admitindo a exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes do servidor, mesmo havendo lei específica o excluindo, conforme precedente da 1ª Seção que envolveu o RPPS do Estado do Mato Grosso:

“Processo RMS 36034 / MT

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA  
2011/0227834-9

Relator(a)

Ministro BENEDITO GONÇALVES (1142)

Órgão Julgador

S1 – PRIMEIRA SEÇÃO

Data do Julgamento

26/02/2014

Data da Publicação/Fonte

DJe 15/04/2014

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA JUDICIAL. APLICABILIDADE DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ECA. INTERPRETAÇÃO COMPATÍVEL COM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E COM O PRINCÍPIO DE PROTEÇÃO INTEGRAL DO MENOR.

1. Caso em que se discute a possibilidade de assegurar benefício de pensão por morte a menor sob guarda judicial, em face da prevalência do disposto no artigo 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, sobre norma previdenciária de natureza específica.

2. Os direitos fundamentais da criança e do adolescente têm seu campo de incidência amparado pelo status de prioridade absoluta, requerendo, assim, uma hermenêutica própria comprometida com as regras protetivas estabelecidas na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

3. A Lei 8.069/90 representa política pública de proteção à criança e ao adolescente, verdadeiro cumprimento da ordem constitucional, haja vista o artigo 227 da Constituição Federal de 1988 dispor que é dever do Estado assegurar com absoluta prioridade à criança e ao adolescente 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.

4. Não é dado ao intérprete atribuir à norma jurídica conteúdo que atente contra a dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, contra o princípio de proteção integral e preferencial a crianças e adolescentes, já que esses postulados são a base do Estado Democrático de Direito e devem orientar a interpretação de todo o ordenamento jurídico.

5. Embora a lei complementar estadual previdenciária do Estado de Mato Grosso seja lei específica da previdência social, não menos certo é que a criança e adolescente tem norma específica, o Estatuto da Criança

e do Adolescente que confere ao menor sob guarda a condição de dependente para todos os efeitos, inclusive previdenciários (art. 33, § 3º, Lei n.º 8.069/90), norma que representa a política de proteção ao menor, embasada na Constituição Federal que estabelece o dever do poder público e da sociedade na proteção da criança e do adolescente (art. 227, caput, e § 3º, inciso II)”.

No âmbito do STF, envolvendo o RGPS, em 8 de junho de 2021, por 6 x 5, no julgamento das ADIs 4.878 e 5.083 o Tribunal, por maioria, julgou procedente a ação, de modo a 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”, nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Gilmar Mendes (Relator), Alexandre de Moraes, Marco Aurélio, Nunes Marques e Luiz Fux (Presidente), que julgavam improcedente a ação. Falaram: pelo interessado Presidente da República, a Dra. Izabel Vinchon Nogueira de Andrade, Secretária-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União; pelo *amicus curiae* Associação Nacional de Entidades de Previdência dos Estados e Municípios – ANEPREM, o Dr. Bruno Sá Freire Martins; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública da União – DPU, o Dr. Antonio Ezequiel Inácio Barbosa, Defensor Público Federal; e, pelo *amicus curiae* Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, a Dra. Bruna Maria Palhano Medeiros, Procuradora Federal. Plenário, Sessão Virtual de 28.5.2021 a 7.6.2021.

Embora as ADIs 4.878 e 5.083 versem sobre o menor sob guarda no RGPS, o STF vem provendo reclamações para o RPPS em razão de termos a mesma *ratio*:

**Rcl 50418 / SE – SERGIPE**

**RECLAMAÇÃO**

**Relator(a): Min. EDSON FACHIN**

**Julgamento: 16/08/2022**

**Publicação: 18/08/2022**

**Publicação**

**PROCESSO ELETRÔNICO DJe-163 DIVULG 17/08/2022 PUBLIC 18/08/2022****Partes**

RECLTE.(S) : R.T.R.S. REPRESENTADO POR M.T.R. ADV.(A/S) : ALBERTO HORA MENDONCA FILHO E OUTRO(A/S) RECLDO.(A/S) : PRESIDENTE DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS BENEF.(A/S) : NÃO INDICADO ADV.(A/S) : CATHARINA DE ANDRADE MACIEL ADV.(A/S) : PEDRO MENESES FEITOSA NETO

**Decisão**

DECISÃO: Quando da análise da medida cautelar, em 23 de novembro de 2021, relatei o presente feito nos seguintes termos (eDoc 29): “Trata-se de reclamação, com pedido de liminar, ajuizada em face de ato do Tribunal Superior do Trabalho, nos autos do Processo nº 312-95.2020.5.20.0000, que, ao rejeitar pedido de restabelecimento do pagamento de pensão a criança sob guarda de servidora pública aposentada, teria desrespeitado a autoridade da decisão proferida por esta Corte no julgamento da ADI 4.878. Argumenta-se que a criança permanecia sob dependência econômica da avó desde o ano de 2012 e que o posterior reconhecimento judicial da guarda apenas serviu para regularizar a situação de fato. Afirma-se que, ao rejeitar o pagamento do benefício previdenciário devido, sob interpretação literal do art. 217 da Lei 8.112/1990, o Tribunal reclamado ofendeu o entendimento firmado pela Suprema Corte e deixou de atentar-se aos arts. 215 e 227, § 3º, II e VI, da Constituição Federal, bem como ao art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesse contexto, requer-se a concessão de medida liminar para determinar a concessão imediata do benefício da pensão por morte. No mérito, pleiteia-se a cassação definitiva do ato reclamado.” Naquela oportunidade, por considerar presentes os requisitos autorizadores da concessão da medida cautelar, deferi a liminar com efeito suspensivo ativo, nos termos dos arts. 300 e 989, II, do CPC, para, até o julgamento do mérito desta reclamação, ordenar que o Tribunal Superior do Trabalho tome as providências administrativas pertinentes para implementar o imediato pagamento da pensão ao menor de idade. A autoridade reclamada manifestou-se sobre o andamento do processo no órgão reclamado (eDoc 31). A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela procedência da ação em parecer assim sintetizado (eDoc 33): “RECLAMAÇÃO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. REGIME PRÓPRIO

DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. PENSÃO POR MORTE. CRIANÇA SOB GUARDA. ADI 4.878 E ADI 5.083/DF. ACÓRDÃO PARADIGMA. ADERÊNCIA. ART. 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DA PRIORIDADE ABSOLUTA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PROCEDÊNCIA. 1. É cabível reclamação por alegado descumprimento da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida nas ADI's 4.878/DF e 5.083/DF, que incluiu a criança e o adolescente sob guarda na categoria de dependentes do Regime Geral de Previdência Social. 2. O entendimento firmado pelo STF nas ADI's 4.878/DF e 5.083/DF alcança o regime próprio de previdência social para conferir interpretação conforme o texto constitucional às alterações promovidas pela Lei 13.135/2015, de modo a permitir a percepção de pensão por morte a criança ou adolescente sob guarda, com fundamento no art. 33, § 3º, do ECA, diante da eficácia protetiva desta última lei, em perfeita consonância com os preceitos constitucionais e a sua interpretação inclusiva. — Parecer pela procedência do pedido, confirmando-se a medida liminar anteriormente deferida. ” É o relatório. Decido. Consigno que a reclamação caracteriza-se como uma demanda de fundamentação vinculada, vale dizer, cabível somente quando se fizer presente alguma das hipóteses para ela estritamente previstas. Partindo de construção jurisprudencial a instrumento com expresse assento constitucional, trata-se de ação vocacionada, precipuamente, a duas diferentes finalidades: de um lado, visa a reclamação à (i) tutela da autoridade das decisões proferidas por esta Corte e das súmulas vinculantes por ela editadas. De outro, à (ii) proteção do importante rol de competências atribuídas ao Supremo Tribunal Federal. É o que se vê nos artigos 102, I, I, e 103-A, §3º, da Constituição da República. Ademais, a relação de pertinência estrita entre o ato reclamado e o parâmetro de controle é requisito indispensável para o cabimento de reclamação, não sendo possível a sua utilização como sucedâneo recursal. Nesse sentido: Rcl 7.082 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 11.12.2014; Rcl 11.463 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 13.2.2015; Rcl 15.956 ED, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe 5.3.2015; Rcl 12.851 AgR-segundo, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 26.3.2015, entre outros. Consoante já observado quando do deferimento liminar, convém observar a conclusão desta Corte no processo paradigma – ADI 4.878 -, julgado em conjunto com a ADI 5.083 e assim ementado: “AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO CONJUNTO. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO.

ARTIGO 16, § 2º, DA LEI N.º 8.213/1991. REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N.º 9.528/1997. MENOR SOB GUARDA. PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL. PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA. ART. 227, CRFB. INTERPRETAÇÃO CONFORME, PARA RECONHECER O MENOR SOB GUARDA DEPENDENTE PARA FINS DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO, DESDE QUE COMPROVADA A DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. 1. Julgamento conjunto da ADI nº 4.878 e da ADI nº 5.083, que impugnam o artigo 16, § 2º, da Lei nº 8.213/1991, na redação conferida pela Lei nº 9.528/1997, que retirou o “menor sob guarda” do rol de dependentes para fins de concessão de benefício previdenciário. 2. A Constituição de 1988, no art. 227, estabeleceu novos paradigmas para a disciplina dos direitos de crianças e de adolescentes, no que foi em tudo complementada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/1990). Adotou-se a doutrina da proteção integral e o princípio da prioridade absoluta, que ressignificam o status protetivo, reconhecendo-se a especial condição de crianças e adolescentes enquanto pessoas em desenvolvimento. 3. Embora o “menor sob guarda” tenha sido excluído do rol de dependentes da legislação previdenciária pela alteração promovida pela Lei nº 9.528/1997, ele ainda figura no comando contido no art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/1990), que assegura que a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e direitos, inclusive previdenciários. 4. O deferimento judicial da guarda, seja nas hipóteses do art. 1.584, § 5º, do Código Civil (Lei n.º 10.406/2002); seja nos casos do art. 33, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/1990), deve observar as formalidades legais, inclusive a intervenção obrigatória do Ministério Público. A fiel observância dos requisitos legais evita a ocorrência de fraudes, que devem ser combatidas sem impedir o acesso de crianças e de adolescentes a seus direitos previdenciários. 5. A interpretação constitucionalmente adequada é a que assegura ao “menor sob guarda” o direito à proteção previdenciária, porque assim dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente e também porque direitos fundamentais devem observar o princípio da máxima eficácia. Prevalência do compromisso constitucional contido no art. 227, § 3º, VI, CRFB. 6. ADI 4878 julgada procedente e ADI 5083 julgada parcialmente procedente para conferir interpretação conforme ao § 2º do art. 16, da Lei n.º 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).” (ADI 4878, Rel. Min. Relator: GILMAR MENDES, Redator p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, DJe 5.8.2021). Sob a égide do art. 227, § 3º, da Constituição Federal e à luz do princípio da proteção integral da criança e do adolescente, a conclusão de julgamento da ação direta foi a de que a atribuição de nova redação ao art. 16 da Lei 8.213/1991 não teve o condão de revogar o art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. Assim, esse dispositivo permanece assegurando especial proteção a crianças e adolescentes sob guarda, inclusive para fins previdenciários, independentemente do eventual silêncio da lei previdenciária, desde que sejam dependentes econômicos do instituidor. Eis o que pontuei no voto que encaminhou a conclusão do julgamento: “Embora o “menor sob guarda” tenha sido excluído do rol de dependentes da legislação previdenciária, ele ainda figura no comando contido no art. 33, § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/1990), como se vê: ‘Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. (...) § 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.’ O dispositivo do Estatuto da Criança e do Adolescente confere a condição de dependente, para todos os efeitos jurídicos, abrangendo, também, a esfera previdenciária. A norma previdenciária, como se verifica da redação do dispositivo objeto da presente ação direta, deixou de considerar o “menor sob guarda” como dependente, mantendo-se em sua abrangência da proteção apenas o “menor sob tutela”. É preciso ter em dimensão crítica a nomenclatura eleita pelo legislador previdenciário, ao tratar da criança e do adolescente, em sua condição de pessoa em desenvolvimento, com o vocábulo “menor”, que remonta à legislação já revogada, ou seja, ao Código de Menores, Lei n.º 6697/1979. A Constituição de 1988 alterou significativamente a disciplina dos direitos das crianças e dos adolescentes, ao estabelecer novos paradigmas na matéria, no que foi em tudo complementada com a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n.º 8.069/1990. Trata-se da transição de paradigma, em verdadeira “virada copernicana”. O ordenamento abandona a doutrina da situação irregular, em que a criança e o adolescente, então referidos como “menores”, eram tidos como objeto do direito e passa a adotar a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, nos termos

do art. 227, CRFB. A doutrina da proteção integral ressignifica o estatuto protetivo de crianças e adolescentes, conferindo-lhes status de sujeitos de direito. Seus direitos e garantias devem, portanto, ser universalmente reconhecidos, diante de sua especial condição de pessoas em desenvolvimento. Garantem-se, assim, todas as suas necessidades, de modo não mais restrito à ambiência penal, como se dava no paradigma anterior. Nesse sentido: ‘Em suma, o ordenamento jurídico cindia a coletividade de crianças e adolescentes em dois grupos distintos, os menores em situação regular e os menores em situação irregular, para usar a terminologia empregada no Código de Menores brasileiro de 1979. E ao fazê-lo não reconhecia a incidência do princípio da igualdade à esfera das relações jurídicas envolvendo crianças e adolescentes. Hoje não. Se o Direito se funda num sistema de garantias dos direitos fundamentais das pessoas, e no tocante a crianças e adolescentes um sistema especial de proteção, as pessoas (entre elas crianças e adolescentes) necessariamente têm um mesmo status jurídico: aquele que decorre dos artigos 227, 228, e 226 da CF e se cristalizou, na lei ordinária, no Estatuto da Criança e do Adolescente. Não há mais uma dualidade no ordenamento jurídico envolvendo a coletividade crianças e adolescentes ou a categoria crianças e adolescentes: a categoria é uma e detentora do mesmo conjunto de direitos fundamentais; o que não impede, nem impediu, o ordenamento de reconhecer situações jurídicas específicas e criar instrumentos para o tratamento delas, como aliás, ocorre em qualquer ramo do direito.’ (MACHADO, Martha de Toledo, ‘A proteção constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos’, 1ª edição, Barueri – SP, Manole, 2003, Pág. 146). A doutrina da proteção integral, como se pode depreender, consagra a proteção absoluta que deriva não apenas do caput do art. 227 da Constituição de 1988, mas, também, dos tratados internacionais vigentes sobre o tema, dos quais sobressai a Convenção dos Direitos das Crianças (Decreto 99710/1990). A prioridade absoluta, conforme Valter Kenji Ishida, significa primazia dos direitos das crianças e dos adolescentes em todas as esferas de interesse, incluindo a judicial, a extrajudicial e a administrativa (ISHIDA, Válder Kenji. Estatuto da Criança e Adolescente: doutrina e jurisprudência. 15ed. São Paulo: Atlas, 2014, p; 14). Neste sentido, decisão do e. Ministro Celso de Mello: ‘A ineficiência administrativa e o descaso governamental com direitos básicos da pessoa, a incapacidade de gerir recursos públicos, a falta de visão política do enorme significado social de que se reveste a proteção à criança e ao adolescente não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, da norma do art. 227, CF que impõe ao Estado um dever inafastável.’ (Min Celso

de Mello no Re 482.611/SC, 2010). A justificativa normativa para a exclusão do “menor sob guarda” do rol de dependentes para fins previdenciários calcava-se na afirmação de que haveria muitas fraudes em processo de guarda, nos quais os avós requereriam a guarda de seus netos apenas para fins de concessão do direito à pensão. O e. Ministro Relator, em seu voto, faz referência a tais fatos, invocando não apenas a doutrina da Professora Maria Berenice Dias nesse sentido, mas também o Parecer nº 53 de 1997. Ano LII, nº 219, do Senado Federal. Tal argumento, contudo, não deve ser acolhido. Sublinho, neste passo, os relevantes fundamentos aduzidos pelo Dr. Antonio Ezequiel Inacio Barbosa, na sustentação oral que fez aportar, em via eletrônica. Não se trata de cancelar qualquer tipo de fraude, ao revés. Em primeiro lugar, porque o argumento pauta-se na presunção de má-fé. Em segundo lugar, porque pretensas fraudes supostamente ocorridas em processos de guarda não são justificativa para impedir o acesso de crianças e adolescentes a seus direitos previdenciários, assegurados tanto pelo art. 227, CRFB, quanto pelo art. 33, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Há, como ressaltou a Defensoria Pública da União, meios de combater as fraudes sem que, com isso, haja privação de direitos. Ao assegurar a qualidade de dependente ao “menor sob tutela” e negá-la ao “menor sob guarda”, a legislação previdenciária priva crianças e adolescentes de seus direitos e garantias fundamentais. A guarda, vale ressaltar, é situação de fato. Consubstancia dever que incumbe aos pais, ou ao tutor, na falta destes, como se depreende do art. 1566 e 1724 do Código Civil: ‘Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: (...) IV – sustento, guarda e educação dos filhos; (...) Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.’ Nos termos do § 5º do art. 1584 do Código Civil, se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/1990), a seu turno, dispõe que guarda pode ser conferida, nos termos do art. 33, § 1º, no trâmite de processo judicial de adoção ou tutela, regularizando-se, assim, a situação de quem já está, na prática, atuando como guardião. Há também a hipótese do § 2º do art. 33, quando se defere guarda fora dos casos de tutela e de adoção para atender a situações excepcionais ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, como se vê: ‘Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a

terceiros, inclusive aos pais. § 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros. § 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de apresentação para a prática de atos determinados. § 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários. § 4º Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público.' Ao deferir judicialmente a guarda, portanto, seja na hipótese do § 5º do art. 1584 do Código Civil, seja nas hipóteses descritas no art. 33 do ECA, o magistrado observará as formalidades legais, com intervenção obrigatória do Ministério Público. A observância dos requisitos legais evita a ocorrência de fraudes, ou seja, de hipóteses em que os avós requeiram a guarda tão somente para que os netos permaneçam beneficiários da Previdência Social na falta deles. À toda evidência, se o guardião falecer, sem que a criança ou adolescente tenha sido colocada sob tutela ou adoção, é preciso que os direitos previdenciários sejam resguardados, em observância ao princípio da proteção integral e da prioridade absoluta, desde que comprovada a dependência econômica, como exige a legislação previdenciária. O e. Superior Tribunal de Justiça tem precedente reconhecendo esta linha interpretativa: 'PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. EXCEPCIONAL ADMISSIBILIDADE. MITIGAÇÃO. PENSÃO POR MORTE DO AVÔ. DEPENDÊNCIA. MENOR À DATA DO ÓBITO. PESSOA COM DEFICIÊNCIA DE LONGO PRAZO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Destacadas e reconhecidas as excepcionalidades do caso concreto, são mitigadas as exigências formais para o conhecimento dos embargos de divergência, em que se mostra notório o dissídio jurisprudencial, de modo a prevalecer valores sociais e humanitários relevantes, diretamente referidos à dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático Brasileiro (CF, art. 1º, III). 2. Resta demonstrada a divergência entre o acórdão embargado (AgRg nos EDcl no REsp 1.104.494/

RS, SEXTA TURMA, j. em 16/12/2014) e o aresto paradigma (RMS 36.034/MT, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, j. em 26/02/2014), confronto excepcionalmente admitido pelas razões acima e por ser esse precedente o primeiro – e o mais contemporâneo à época da interposição do recurso -, vindo a alterar a jurisprudência anterior, firmando nova e remansosa compreensão sobre o tema, em sentido oposto ao do acórdão embargado. 3. Esta Corte de Justiça consagra o entendimento da possibilidade de concessão de pensão previdenciária, no regime geral, a menor sob guarda judicial, mesmo quando o óbito do segurado houver ocorrido na vigência da redação do § 2º do art. 16 da Lei 8.213/91, dada pela Lei 9.528/97. Prevalência do disposto na Carta Federal (art. 227) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90, art. 33, § 3º) sobre a alteração legislativa que retirou o menor sob guarda da condição de dependente previdenciário natural ou legal do segurado do INSS. Entendimento que se mantém inalterado, quando, ao atingir a maioridade, é o beneficiário da pensão pessoa portadora de severa deficiência de longo prazo, passando à tutela do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015). 4. Embargos de divergência providos. (EREsp 1104494/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, CORTE ESPECIAL, julgado em 03/02/2021, DJe 02/03/2021).’ Grifos nossos. A interpretação que assegura ao “menor sob guarda” o direito à proteção previdenciária deve prevalecer, não apenas porque assim dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, mas porque direitos fundamentais devem observar o princípio da máxima eficácia. Assegura-se, assim, a prevalência do compromisso constitucional contido no art. 227, § 3º, VI da Constituição. Vale ressaltar que, nos termos do texto constitucional, assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, seus direitos fundamentais é dever que se impõe não apenas ao Estado, mas também à família e à sociedade. A interpretação conforme a ser conferida ao art. 16, § 2º, da Lei 8213/1991, portanto, deve contemplar os “menores 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). Não se ignora, ademais, a recente alteração promovida pela Emenda Constitucional n.º 103/2019, conhecida como “reforma previdenciária”, que, no art. 23, repetiu, como salientou o e. Ministro Relator, a redação conferida ao art. 16 da Lei 8.213/1991, mantendo-se, desta forma, a exclusão do “menor sob guarda” do rol de dependentes do