

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Senhor Presidente, cumprimento Vossa Excelência, Ministro Luiz Fux, as eminentes Ministras Cármen Lúcia e Rosa Weber, os eminentes pares e, de modo especial, o eminente Ministro Gilmar Mendes, Relator da ADI 4878 e da ADI 5083.

Saúdo as sustentações orais que fizeram aportar, por meio eletrônico, a Dra. Bruna Maria Palhano Medeiros, pelo Instituto Nacional do Seguro Social; o Dr. Antonio Ezequiel Inacio Barbosa, pela Defensoria Pública da União; a Dra. Izabel Vinchon Nogueira de Andrade, pela Advocacia-Geral da União; o Dr. Bruno Sá Freire Martins, pela Aneprem – Associação Nacional de Entidades de Previdência dos Estados e Municípios e a Dra. Manuela Elias Batista, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Conforme consta do acutíssimo relatório apresentado pelo e. Ministro Gilmar Mendes, que adoto, ambas as ações diretas questionam o § 2º do art. 16 da Lei 8213/1991.

A ADI 4878, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, contém pedido de interpretação conforme do dispositivo; ao passo em que, na ADI 5083, aforada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, requer-se a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo ou, subsidiariamente, atribuição de interpretação conforme.

O “ *menor sob guarda*”, após a alteração promovida pela Lei nº 9.528 /97, deixou de figurar na categoria de equiparado a filho, no rol de dependentes do Regime Geral da Previdência Social (RGPS), administrado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), nos termos do § 2º do art. 16 da Lei n. 8.213/1991, objeto de ambas as ações, cujo teor reproduzo:

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

(...)

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

Conforme argumenta a PGR na ADI 4878, haveria, então, ofensa ao art. 227, § 3º, da Constituição da República, que dispõe acerca da proteção integral à criança e ao adolescente:

“Art. 227. 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.

(...)

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins.”

Na ADI 5083, o Conselho Federal da OAB argumenta que a alteração operada pela Lei nº 9.528/1997 feriu os princípios da vedação ao retrocesso e da proporcionalidade.

Registro, Senhor Presidente, que estou de acordo com as balizas fixadas em seu percuciente voto pelo e. Ministro Relator, no que se refere ao princípio da absoluta prioridade e da proteção integral, nos termos do art. 227, CRFB; bem como em relação à proteção previdenciária conferida às crianças e aos adolescentes pela Lei n.º 8.213/1991.

Manifesto, ainda, Senhor Presidente, minha concordância em relação à distinção que traça o e. Ministro Relator entre a *guarda* como instituto inerente ao exercício do poder familiar, nos termos dos arts. 1583 e

seguintes do Código Civil, e enquanto instituto de direito assistencial, conforme o art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990).

Considero, ademais, Senhor Presidente, para o julgamento em tela, fundamental a definição teórica de *guarda*, *tutela* e *adoção*, nos termos em que traçada pelo e. Ministro Relator em seu voto, para a qual Sua Excelência se valeu das lições dos ilustres Professores Maria Berenice Dias e Pablo Stolze Gagliano, as quais subscrevo integralmente.

Conquanto esteja, portanto, de inteiro acordo com o e. Ministro Relator em relação aos institutos de Direito Civil e de Direito Previdenciário, bem como em relação aos princípios de regência da matéria em debate, sublinhando os princípios da absoluta prioridade e da proteção integral, que têm estatura constitucional, peço vênua, Senhor Presidente, para apresentar, respeitosamente, voto divergente.

Princípio por traçar distinção que, em meu sentir, é imprescindível para o deslinde da controvérsia, entre *segurados* e *dependentes*. Segurados e dependentes são duas grandes categorias nas quais se dividem os beneficiários da Previdência Social (art. 201, CRFB). Os primeiros são pessoas físicas que, em razão do exercício de atividade laborativa ou mediante o recolhimento voluntário de contribuições, vinculam-se diretamente ao Regime Geral de Previdência Social. Os segundos são as pessoas físicas que possuem vínculo com o segurado e, em virtude deste liame, recebem a proteção social previdenciária.

Os filhos são dependentes dos pais e, portanto, na falta destes, beneficiários da pensão por morte. Este direito encontra guarida no art. 16, I, da Lei n.º 8213/1991, que considera dependentes do segurado, além do cônjuge, companheira ou companheiro, o filho.

Os filhos serão considerados dependentes, quando não emancipados, até a idade de 21 (vinte e um) anos. Para além desta idade, também serão dependentes, nos termos da legislação específica, os filhos inválidos, que tenham deficiência mental ou intelectual ou, ainda, deficiência grave.

Equiparam-se, ademais, a filhos, nos termos do § 2º do art. 16, o enteado e o “*menor*” tutelado, desde que haja declaração do segurado e que reste comprovada a dependência econômica, na forma do Regulamento (Decreto 3048/1999).

Até o advento da Medida Provisória n.º 1523/1996, posteriormente convertida na Lei n.º 9528/1997, o “ *menor sob guarda* ” também se equiparava a filho para fins previdenciários. Após a alteração, em obediência ao princípio da legalidade, o INSS deixou de considerá-lo como dependente, a não ser para o fim de concessão de pensão por morte nas hipóteses em que o óbito foi anterior à alteração legislativa, de modo a observar o princípio *tempus regit actum*.

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 nº 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, Válter 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 representação 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 segurado, nos seguintes termos:

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

(...)

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

Os pedidos formulados nas ADIs 5083 e 4878, contudo, não contemplaram a redação do art. 23 da EC 103/2019, razão pela qual, ao revés do e. Ministro Relator, não procedo à verificação da constitucionalidade do dispositivo, em homenagem ao princípio da demanda. De toda sorte, os argumentos veiculados na presente manifestação são em todo aplicáveis ao art. 23 referido.

Diante do exposto, homenageando conclusões diversas, julgo procedente a ADI 4878 e parcialmente procedente a ADI 5083, de modo a conferir interpretação conforme ao § 2º do art. 16, da Lei 8.213/1991, para contemplar, em seu âmbito de proteção, o “ *menor sob guarda* ”.

É como voto.