

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO PROF. JACY DE ASSIS

LETÍCIA MARIANE TEIXEIRA

O MENOR SOB GUARDA COMO DEPENDENTE DA PENSÃO POR MORTE:
uma leitura normativa e filosófica da proteção previdenciária à infância sob à ideia de justiça
de John Rawls

Uberlândia – MG

2026

LETÍCIA MARIANE TEIXEIRA

O MENOR SOB GUARDA COMO DEPENDENTE DA PENSÃO POR MORTE:

uma leitura normativa e filosófica da proteção previdenciária à infância sob à ideia de justiça
de John Rawls

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal de
Uberlândia como requisito parcial para obtenção do
título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Jean Barcelos Martins

Uberlândia – MG

2026

LETÍCIA MARIANE TEIXEIRA

O MENOR SOB GUARDA COMO DEPENDENTE DA PENSÃO POR MORTE:
uma leitura normativa e filosófica da proteção previdenciária à infância sob à ideia de justiça
de John Rawls

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal de
Uberlândia como requisito parcial para obtenção do
título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Jean Barcelos Martins

NOTA:

Uberlândia, 09 de março de 2026

Jean Barcelos Martins, Doutor, Universidade Federal de Uberlândia

Alexandre Garrido da Silva, Doutor, Universidade Federal de Uberlândia

Guilherme Dhiunior Pereira de Sousa, Mestre, Universidade Federal de Uberlândia

***A Deus,**
por ser o sopro que me ergueu quando faltou fôlego,
a calma para o meu coração em desassossego
e a luz que nunca se apagou em mim.*

***Aos meus pais,**
Jurandir e Rosinéa,
por cada sacrifício guardado no silêncio,
e por cada sonho que plantaram em meu peito.
Há muito de vocês nestas páginas.*

*Ao meu irmão, **Leonardo**
e ao pequeno **Arthur**;
Aos meus primos, tios e avós,
inclusive aos que hoje vivem apenas em lembrança;
Aos amigos que o tempo me deu;
Aos meus professores, à VIJ e à 5ª Vara JEF,
pela base e todo aprendizado;*

*E, com todo o meu afeto, ao **Pedro**,
por acreditar em mim mesmo quando eu duvidava.*

RESUMO: O presente estudo busca examinar a controvérsia jurídica acerca do direito à pensão por morte do menor sob guarda no âmbito do Regime Geral de Previdência Social, a partir da evolução normativa e jurisprudencial do ordenamento jurídico brasileiro. No primeiro momento, reconstrói-se a trajetória histórica da tutela infantojuvenil, marcada pela superação da doutrina da situação irregular e pela consolidação da Doutrina da Proteção Integral, consagrada pela Constituição Federal de 1988 e densificada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. No plano previdenciário, analisa-se o movimento pendular da legislação brasileira, que transitou da proteção ampla conferida pela redação original da Lei nº 8.213/1991 à exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes promovida pela Lei nº 9.528/1997, instaurando um cenário de instabilidade normativa e insegurança jurídica. Nesse contexto, destaca-se a relevante construção jurisprudencial, com ênfase no posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, especialmente no julgamento do Tema 732, e do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Tema 1.271. Posteriormente, examina-se a Lei nº 15.108/2025, que reinclui o menor sob guarda como dependente previdenciário, embora imponha exigências probatórias específicas. Como fundamento ético-normativo, adota-se a Teoria da Justiça de John Rawls, especialmente a partir dos conceitos de posição original, véu da ignorância e princípio da diferença. Sustenta-se que a justiça das instituições sociais deve ser aferida pela proteção conferida aos indivíduos em situação de maior vulnerabilidade. Ante todo o exposto, analisar-se-á a compatibilidade do ordenamento jurídico brasileiro com os pressupostos da justiça rawlsiana, a partir da situação do menor sob guarda e da imposição de condicionantes específicas ao reconhecimento de seus direitos previdenciários.

Palavras-chave: pensão por morte; menor sob guarda; dependente; Teoria de Justiça; Princípio da Diferença; previdência social.

ABSTRACT: This study aims to examine the legal controversy surrounding the right to survivor's pension for minors under guardianship within the scope of the General Social Security Regime, based on the normative and jurisprudential evolution of the Brazilian legal system. Initially, the historical trajectory of child and adolescent protection is reconstructed, marked by the overcoming of the doctrine of irregular situation and the consolidation of the Doctrine of Integral Protection, enshrined in the 1988 Federal Constitution and further developed by the Child and Adolescent Statute. In the social security context, the study analyzes the pendular movement of Brazilian legislation, which shifted from the broad protection granted by the original wording of Law No. 8,213/1991 to the exclusion of minors under guardianship from the list of dependents promoted by Law No. 9,528/1997, thereby creating a scenario of normative instability and legal uncertainty. Within this framework, the study highlights the relevant jurisprudential development, with emphasis on the position of the Superior Court of Justice, particularly in the judgment of Theme 732, and of the Federal Supreme Court, in its analysis of Theme 1,271. Subsequently, Law No. 15,108/2025 is examined, which reinstates minors under guardianship as social security dependents, albeit subject to specific evidentiary requirements. As an ethical-normative foundation, the Theory of Justice proposed by John Rawls is adopted, particularly through the concepts of original position, veil of ignorance, and the difference principle. It is argued that the justice of social institutions must be assessed by the protection afforded to individuals in situations of greater vulnerability. In light of the foregoing, the study analyzes the compatibility of the Brazilian legal system with the assumptions of Rawlsian justice, considering the condition of minors under guardianship and the imposition of specific requirements for the recognition of their social security rights.

Keywords: survivor's pension; minor under guardianship; dependent; Theory of Justice; Difference Principle; social security.

SUMÁRIO

1.	CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS	9
2.	A LENTA EMERGÊNCIA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMO SUJEITOS DE DIREITOS.....	13
2.1.	Do Poder Familiar à Proteção Integral: um percurso de humanização	14
2.2.	O Menor Sob Guarda: a construção de um elo de dependência e afeto	16
3.	O MENOR SOB GUARDA NO LABIRINTO PREVIDENCIÁRIO: ENTRE O ACOLHIMENTO E A EXCLUSÃO	20
3.1.	A Morte e a Proteção: aspectos conceituais da pensão por morte	22
3.2.	Conceito de Dependência Previdenciária: critérios econômicos e afetivos	25
3.3.	A equiparação entre filhos e menores sob guarda na redação original da Lei nº 8.213/1991	27
3.4.	A ruptura pela Lei nº 9.528/1997 e o retrocesso na equidade social	28
4.	A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES	30
4.1.	Tema 732 do STJ: a prevalência da lei especial (ECA) sobre a restrição previdenciária	30
4.2.	Tema 1.271 do STF: o debate sobre a constitucionalidade da exclusão e o dever de proteção aos vulneráveis	32
4.2.1.	O julgamento das ADIs 4.878 e 5.083: a prevalência da Doutrina da Proteção Integral	33
4.2.2.	A superveniência da EC 103/2019 e a lacuna normativa	34
4.3.	A Lei nº 15.108/2025 e o retorno normativo do menor sob guarda ao rol de dependentes	35
5.	ENTRE A ANTINOMIA NORMATIVA E A (IN)SEGURANÇA JURÍDICA ...	38
5.1.	A Justiça Como Equidade e a proteção previdenciária do menor sob guarda	40
5.2.	A insuficiência do intuicionismo e os perigos do utilitarismo na seara previdenciária	43

5.5.	A Posição Original e o “Véu da Ignorância”	48
5.6.	Os bens primários e a racionalidade da solidariedade	49
5.7.	Os Dois Princípios da Justiça: a resposta institucional à "loteria da natureza"	50
5.8.	O Princípio da Diferença como expressão de fraternidade	52
5.9.	A justiça previdenciária e a proteção do menor sob guarda	52
6.	CONCLUSÃO	54
	REFERÊNCIAS	56

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A arquitetura de uma sociedade democrática repousa sobre a solidez de suas instituições. Nesse sentido, para John Rawls (2016), a justiça não é um acessório, mas a viga mestra que sustenta o edifício social. Em sua obra seminal, o referido autor afirma que “a justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento” (Rawls, 2016, p. 04).

Sob essa perspectiva, nenhuma eficiência administrativa ou elegância legislativa é capaz de justificar a permanência de uma norma injusta. Assim, infere-se que o compromisso ético do Estado exige a reforma ou a abolição de estruturas que violem a dignidade humana e a equidade.

Isso posto, ao transpor o pensamento rawlsiano para o contexto brasileiro, a Previdência Social emerge como o braço tangível do ideal de justiça. Afinal, não se trata apenas de um sistema de seguros, mas uma política pública essencial, a qual atua como um instrumento de transformação socioeconômica e é voltada à proteção da subsistência de inúmeros cidadãos.

Ademais, conforme pontua Costa (2013, p. 473), as prestações previdenciárias, e seus benefícios econômicos, representam a face mais visível da seguridade, funcionando como um mecanismo de redistribuição de renda que busca equilibrar as assimetrias do tecido social.

Nesse panorama, a pensão por morte assume um papel de destaque e delicadeza. Isso porque, diferentemente de outros benefícios, ela não nasce do planejamento, mas da ruptura e do luto. Não obstante, sua finalidade é proteger a unidade familiar, constitucionalmente reconhecida como a base da sociedade, ao amparar aqueles que sofrem a perda de seu provedor. Conforme destaca Costa (2013):

Dentre o rol de benefícios previdenciários, a pensão por morte tem algumas peculiaridades que a tornam especial, como o fato de não poder ser programada (como aposentadoria por tempo de serviço); de ser irreversível ou vitalícia para alguns beneficiários (os benefícios por incapacidade podem ser reversíveis); de representar uma perda, na entidade familiar, da pessoa responsável pelo sustento etc. (Costa, 2013, p. 473).

Nessa conjectura, o foco do presente estudo recai sobre a figura do menor sob guarda como dependente da pensão por morte, bem como nas controvérsias que cercam seu direito à proteção previdenciária. Antes, porém, de adentrar na análise jurídica, urge uma reflexão sobre a

linguagem. Embora este trabalho utilize o termo "menor" por uma escolha técnica e legislativa, é imperativo reconhecer que as palavras carregam cicatrizes históricas.

Nessa senda, a expressão "menor", herança do antigo Código de Menores, muitas vezes estigmatizou a infância vulnerável como um problema de polícia ou assistência social. Em contrapartida, a Doutrina da Proteção Integral consagra as expressões “criança e adolescente”, reconhecendo-os como sujeitos de direitos (Santos, 2023). Portanto, a superação dessa lógica de ‘menorização’ revela-se essencial para a construção de uma sociedade que se pretende justa, na qual ninguém deve ter sua dignidade diminuída.

Acerca do panorama histórico, observa-se que a trajetória do direito do menor sob guarda à pensão por morte assemelha-se a um verdadeiro pêndulo de incertezas. Afinal, tal grupo fora incluído na redação original da Lei nº 8.213/1991 e, posteriormente, abruptamente excluído pela Lei nº 9.528/1997, sob o argumento de coibir práticas fraudulentas.

Dessarte, tal alteração legislativa engendrou um conflito antinômico com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o qual, em seu art. 33, § 3º, assegura ao menor sob guarda a condição de dependente para todos os fins, inclusive previdenciários. Essa dissonância normativa inaugurou um prolongado período de insegurança jurídica.

À luz do exposto e conforme analisam Tavares e Almeida (2024, p. 197), a modificação normativa intensificou um conflito interpretativo de elevada complexidade:

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

As decisões calcavam-se no critério da especialidade da norma como meio de interpretação e decisão do conflito. Contudo, uns entendiam ser a lei previdenciária a norma especial – além de mais recente –, ao passo que outros viam no ECA a especialidade (Tavares; Almeida, 2024, p. 197).

Diante desse quadro, consolidou-se um cenário de fragmentação jurisprudencial que perdurou por anos. Pois, somente em 2018 o Superior Tribunal de Justiça (STJ) buscou conferir

maior estabilidade à questão, ao firmar entendimento no julgamento do Tema Repetitivo nº 732, reconhecendo o direito do menor sob guarda à concessão da pensão por morte.

Paralelamente, a controvérsia alcançou o Supremo Tribunal Federal (STF), no qual o dispositivo legal foi questionado nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.878/DF e nº 5.083/DF, ambas julgadas em junho de 2021, com trânsito em julgado do respectivo acórdão em março de 2022.

Ainda assim, a persistência de divergências normativas levou à reabertura do debate constitucional. Afinal, o cenário de desproteção foi agravado pela Emenda Constitucional nº 103/2019, que, ao tratar da pensão por morte, buscou restringir de forma taxativa o rol de dependentes equiparados a filhos, reforçando uma lógica excludente e tensionada com os princípios da Proteção Integral e da dignidade da pessoa humana

Nesse contexto, o Ministro André Mendonça, em decisão publicada em 21 de janeiro de 2025, determinou a suspensão nacional dos processos que versam sobre a matéria controvertida no Tema nº 1.271 do STF, reacendendo o estado de incerteza jurídica em torno da proteção previdenciária do menor sob guarda.

Contudo, esse ciclo de insegurança normativa encontra um possível porto seguro com a promulgação da Lei nº 15.108, de 13 de março de 2025, a qual promoveu nova alteração no art. 16 da Lei nº 8.213/1991, restabelecendo a proteção previdenciária ao menor sob guarda judicial.

Não obstante, a solução legislativa adotada não se mostra isenta de críticas, na medida em que condiciona o reconhecimento do direito à comprovação da insuficiência de recursos para a subsistência e educação do menor, introduzindo um critério que, embora justificável sob a ótica fiscal, pode representar novo obstáculo à efetividade da proteção integral.

Ademais, torna-se imperativo reconhecer que a realidade social brasileira impõe barreiras que a legislação, por si só, nem sempre consegue transpor de forma imediata. Nesse ínterim, a proteção do menor sob guarda habita uma zona de extrema delicadeza, na qual o rigor da letra da lei se vê confrontado pelas profundas cicatrizes da desigualdade estrutural. A respeito dessa dualidade, Luís Roberto Barroso (2018) observa com notável precisão:

[...] O Brasil é um país adorável. Faz sol a maior parte do ano, a trilha musical é ótima e as pessoas, no geral, são amistosas e têm alegria de viver. Muitos dizem que a vida aqui é uma festa. E de fato ela pode ser. O problema é que se você for pobre, mulher,

negro ou gay, é muito provável que não tenha sido convidado. Por trás do mito do “brasileiro cordial” e da democracia racial, esconde-se uma história de injustiça e discriminação. A desigualdade extrema é marca profunda da formação social do Brasil (Barroso, 2018, p. 146).

À luz dessa realidade, ao confrontá-la com a teoria da justiça de John Rawls, percebe-se que o Princípio da Diferença é frequentemente negligenciado no desenho institucional da proteção previdenciária.

Assim, extrai-se da teoria de Rawls (2016, p. 80) que uma desigualdade social somente se legitima quando resulta em benefícios compensatórios aos membros menos favorecidos da sociedade. Portanto, quando o sistema previdenciário falha em amparar a criança sob guarda, invariavelmente o elo mais frágil da cadeia social, este abdica de seu propósito político de realização da justiça.

Pontua-se que embora a vastidão da obra rawlsiana inviabilize seu esgotamento teórico neste breve escorço, em razão da complexidade e da evolução de suas proposições ao longo do tempo, é possível extrair as categorias fundamentais pertinentes à presente análise. O enfoque recai, portanto, sobre o conceito de justiça como equidade e sobre a aplicação do Princípio da Diferença como balizas normativas para a interpretação do direito previdenciário.

Nesse sentido, uma sociedade “bem-ordenada” é aquela cujas instituições são reguladas por princípios que sujeitos livres e racionais pactuariam sob o “véu da ignorância”. Se, na “posição original”, as partes desconhecessem o lugar que ocupariam na estrutura social, é razoável supor que optariam por normas capazes de assegurar proteção integral aos mais vulneráveis. (Rawls, 2016)

Nesse propósito, a presente pesquisa adota uma abordagem qualitativa, desenvolvida por meio do cotejo analítico entre a lei previdenciária, a doutrina especializada e o entendimento consolidado pelos Tribunais Superiores. Portanto, utilizando o método de compilação, este estudo propõe uma reflexão crítica sobre o sistema atual ao contrastá-lo com as premissas de justiça de John Rawls. Logo, o objetivo é examinar se o retorno do menor sob guarda ao rol de dependentes, via Lei nº 15.108/2025, representa uma efetiva evolução institucional em direção à equidade ou se constitui apenas uma modificação formal que ainda carece de plena aderência ao ideal de justiça social, permanecendo passível de questionamentos.

2. A LENTA EMERGÊNCIA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMO SUJEITOS DE DIREITOS

A história do direito da criança e do adolescente pode ser lida como a trajetória pela qual a infância deixa de ocupar posição periférica no ordenamento jurídico para assumir centralidade no sistema de proteção estatal.

Assim, durante longo período a criança permaneceu submissa à figura do *pater familias*, não sendo reconhecida como sujeito autônomo de direitos, mas como elemento integrado à esfera patrimonial e decisória dos genitores.

Nesse contexto, o antigo pátrio poder, atualmente ressignificado como poder familiar, assumia caráter marcadamente paternalista e de feição econômica (Melo *et al.*, 2023, p. 327). E, conforme assinala Silvio Rodrigues, em sua gênese romana, o instituto possuía contornos tão distintos dos atuais que dificilmente se poderia reconhecer, naquele modelo, a matriz protetiva que hoje orienta o Direito das Famílias (Rodrigues, 1995, p. 337 *apud* Melo *et al.*, 2023, p. 327).

Sob essa perspectiva, a criança não figurava como destinatária direta da tutela jurídica estatal, mas como parte da esfera de disponibilidade do chefe familiar, o que inviabilizava o reconhecimento de direitos próprios, inclusive de natureza previdenciária. A infância, nesse cenário, era juridicamente invisível, ainda que socialmente presente.

Não obstante, a ausência de reconhecimento normativo não implicou ausência de cuidado, uma vez que a convivência familiar e a assunção de responsabilidades parentais por terceiros antecederam a formalização jurídica, constituindo uma realidade fática que apenas *a posteriori* foi absorvida pelo ordenamento jurídico. Portanto:

A guarda está presente em nossa sociedade desde a sua concepção. Logicamente, antes da constituição do Estado Moderno, tínhamos apenas o que atualmente é denominado “guarda de fato”, pois ausente qualquer decisão judicial que regulamente tal situação fática. (Melo *et al.*, 2023, p. 326).

Destarte, a distância entre a "vida vivida" e a "vida normatizada" revela um traço persistente do Direito das Famílias. Com efeito, a normatividade frequentemente avança de modo reativo, incorporando de forma tardia práticas sociais já consolidadas. A compreensão desse percurso histórico mostra-se essencial para analisar, em perspectiva crítica, os limites e

as potencialidades da proteção previdenciária conferida ao menor sob guarda, relacionando-a ao ideal de justiça rawlsiano.

2.1. Do Poder Familiar à Proteção Integral: um percurso de humanização

A transição da criança compreendida, a princípio, como extensão da autoridade parental, para a de sujeito de direitos não se deu de forma espontânea, mas foi resultado de profundas rupturas históricas. Nessa senda, Tavares e Almeida (2024) destacam:

Foi apenas a partir de dois fatos históricos perversos que a comunidade internacional passou a preocupar-se de forma específica com crianças, até então vistas como propriedade de seus pais: (i) as manifestações e a luta de operários contra a exploração do trabalho infantil a partir da Revolução Industrial; e (ii) os efeitos da Primeira Guerra Mundial, como o aumento de órfãos abandonados (Rossato; Lépure; Cunha, 2019, p. 39-40 *apud* Tavares; Almeida, 2024, p. 194).

A partir desse cenário, a infância, até então juridicamente invisibilizada, passa a ocupar posição central em um novo discurso jurídico, impulsionado pela emergência de uma ética internacional de responsabilização estatal.

Tal sensibilidade progressiva consolidou-se em marcos normativos relevantes, dentre os quais se destacam a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919, com o estabelecimento de limites à exploração do trabalho infantil; bem como a Declaração de Genebra de 1924, primeiro instrumento a conferir caráter amplo à proteção da infância (Dolinger, 2003, p. 81 *apud* Tavares; Almeida, 2024, p. 194).

Ante o exposto, extrai-se que esse processo alcança maior densidade normativa com a Declaração dos Direitos da Criança de 1959 e, sobretudo, com a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, a qual rompe definitivamente com a concepção de “objeto de proteção, ou meros recipientes passivos”, reconhecendo a criança como sujeito pleno de direitos (Rossato; Lépure; Cunha, 2019, p. 47 *apud* Tavares; Almeida, 2024, p. 194-195).

A Convenção de 1989 inaugurou, assim, um modelo jurídico vinculante, impondo aos Estados o dever jurídico, e não meramente moral, de assegurar condições materiais mínimas para o desenvolvimento integral da criança e do adolescente.

Em síntese, observa-se que, já no século XXI, ao delinear objetivos de proteção no âmbito da previdência social, diversas instituições internacionais passaram a enfatizar a necessidade de cuidado específico com os riscos que envolvem crianças, em razão de sua maior exposição a situações de vulnerabilidade (Tavares; Almeida, 2024, p. 195). Destaca-se que:

O Banco Mundial e o Unicef, no documento *Common ground: Unicef and World Bank approaches to building social protection systems* (World Bank; Unicef, 2013, p. 7-8). A OIT, no documento *Extending social security to all* (International Labour Office, 2010, p. 20), o qual define: “*all children have income security, at least at the level of the nationally defined poverty line level, through family/child benefits aimed at facilitating access to nutrition, education and care*” (Tavares; Almeida, 2024, p. 195)

No Brasil, o percurso legislativo voltado à proteção da infância e da adolescência foi marcado por longos períodos de indiferença normativa e por intervenções estatais de caráter repressivo.

Em primeira análise, infere-se que o Código Civil de 1916 ainda refletia a hegemonia masculina no âmbito das relações familiares, delegando à mulher papel subsidiário no exercício do pátrio poder e mantendo a criança sob a égide de uma autoridade essencialmente patrimonial (Melo *et al.*, 2023, p. 327).

Por conseguinte, somente com o Código Mello Mattos, de 1927, o instituto da guarda passa a receber sua primeira conformação legal no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que sob uma perspectiva estritamente tutelar, voltada mais ao controle da delinquência e do abandono do que à promoção de direitos universais da infância (Melo *et al.*, 2023 p. 327 e 328). Nesse período, a atuação estatal se orientava por uma lógica seletiva de correção e vigilância, dirigida apenas àquelas consideradas em situação de “desvio” social.

Posteriormente, o Código de Menores de 1979, embora tenha representado avanço pontual ao prever expressamente que “a guarda confere ao menor a condição de dependente, para fins previdenciários” (Brasil, 1979 *apud* Melo et al., 2023, p. 329), permaneceu ancorado na Doutrina da Situação Irregular. Sob essa lógica, o Direito não se destinava à totalidade das crianças e adolescentes, mas apenas àquelas que eram percebidas como problema político ou social (Schuch, 2005, p. 295-296 *apud* Melo et al., 2023, p. 328).

Ante o exposto, infere-se que a ruptura paradigmática ocorreu com a Constituição Cidadã de 1988 e, em seguida, com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente

(ECA), em 1990. Nesse novo marco normativo, a Doutrina da Proteção Integral passa a estruturar as relações jurídicas infantojuvenis, abandonando-se categorias estigmatizantes para reconhecer a criança e o adolescente como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento (Tavares; Almeida, 2024, p.196).

Dessarte, o ECA adota a Doutrina da Proteção Integral em contraponto à doutrina da situação irregular, rompendo com a “cultura jurídica das discriminações” que orientava os modelos anteriores (Pereira, 2008, p. 37 *apud* Tavares; Almeida, 2024, p. 194). Em síntese, o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos e destinatários de Proteção Integral no Brasil ocorreu de forma tardia:

Paula (2002) identifica quatro fases na evolução do tratamento jurídico do público infanto-juvenil, que vão desde a (i) fase de absoluta indiferença, passa pelas fases de (ii) mera imputação criminal e (iii) tutelar e, finalmente, (iv) pela fase da proteção integral, instituída pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) e pela Lei no 8.069/1990 (Estatuto da criança e do adolescente (ECA, Brasil, 1990), “considerado mundialmente um dos melhores textos legais sobre a matéria relacionada à proteção de crianças” (Ishida, 2022, p. 23 *apud* Tavares; Almeida, 2024, p. 195).

Portanto, na tessitura do ECA, a guarda deixa de figurar um mero exercício de vigilância para se tornar um dever jurídico complexo de assistência material, moral e educacional (art. 33, ECA). Trata-se, desse modo, de uma função protetiva que transcende o Direito das Famílias e projeta efeitos em outros ramos do ordenamento, notadamente o Direito Previdenciário.

Ademais, como observam Tavares e Almeida (2024, p. 200), o reconhecimento da criança como sujeito de direitos fundamentais impõe que sua segurança econômica não seja relativizada diante da morte daquele que lhe assegurava sustento e cuidado. À vista disso, o legislador de 1990 foi inequívoco ao estabelecer, no § 3º do art. 33 do ECA, que a guarda confere a condição de dependente para todos os fins, inclusive previdenciários.

Por conseguinte, a pensão por morte afasta-se de uma compreensão estritamente contributiva e afirma-se como instrumento de concretização da prioridade absoluta consagrada no art. 227 da Constituição da República (CRFB/1988), em consonância com a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, a qual impõe aos Estados o dever jurídico de assegurar o acesso à seguridade social (Tavares; Almeida, 2024, p. 196).

2.2. O Menor Sob Guarda: a construção de um elo de dependência e afeto

A família, antes de ser um arranjo jurídico, é o solo onde se planta a subjetividade humana. Isso posto, o cuidado e a convivência já se afirmavam como fatos sociais relevantes, impondo-se ao Direito como realidades que exigiriam, apenas posteriormente, o reconhecimento e a normatização estatal.

Todavia, quando as raízes biológicas se revelam insuficientes para assegurar o desenvolvimento integral da criança, o ordenamento jurídico é instado a intervir, a fim de tecer novas formas de proteção. Nesse contexto, a guarda floresce não apenas como categoria legal, mas como instrumento de concretização dos direitos da infância, voltado ao amparo daqueles que, por infelizes circunstâncias, encontram-se em situação de vulnerabilidade (Bittencourt; Borsoi; Pires, 2021, p. 65 e 66).

Sob esse prisma, a compreensão do instituto pressupõe o reconhecimento de sua natureza jurídica dual, que oscila entre o Direito das Famílias e o Direito da Criança e do Adolescente.

De um lado, à luz do Código Civil, a guarda configura-se como expressão ordinária do poder familiar, exercida, em regra, pelos genitores, em um feixe indissociável de direitos e deveres decorrentes da filiação. Trata-se, portanto, de um exercício ordinário da parentalidade, inserido na normalidade das relações familiares.

De outro, no âmbito do ECA, a guarda assume contornos substancialmente distintos, convertendo-se em medida excepcional de proteção, acionada quando a família natural se revela ausente, omissa ou incapaz de assegurar o pleno desenvolvimento da criança ou do adolescente.

Assim, nessa segunda acepção, a guarda afasta-se da lógica patrimonialista que historicamente marcou o Direito das Famílias, passando a operar como resposta estatal orientada pelo princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. E, como bem sintetiza a doutrina contemporânea, a guarda é o:

instituto jurídico por meio do qual alguém, parente ou não, assume a responsabilidade sobre uma criança ou adolescente [...], passando a dispensar-lhe todos os cuidados próprios da idade, além de ministrar-lhe assistência (Fonseca, 2015, p. 153 *apud* Tavares; Almeida, 2024, p. 198).

Com efeito, a guarda transcende a mera reorganização temporária do exercício parental para assumir a natureza de verdadeiro *mínus* público, direcionado à proteção de sujeitos em condição peculiar de desenvolvimento (Maciel, 2022, p. 356 *apud* Tavares; Almeida, 2024, p. 198-199).

Todavia, em contraponto à adoção, que consolida um vínculo de filiação definitivo e irrevogável, a guarda define-se por sua transitoriedade. Configura-se, pois, como a modalidade mais precária do sistema de colocação em família substituta, sendo, frequentemente, deferida em caráter provisório, liminar ou incidental. Sua finalidade é o atendimento imediato a situações de urgência ou a salvaguarda da criança e do adolescente no curso de processos de tutela ou adoção (Cardoso, 2010, p. 81).

Não obstante sua natureza transitória, a precariedade normativa da guarda não deve obscurecer a densidade dos vínculos de afeto e assistência construídos no cotidiano. Haja vista que o acolhimento sob guarda pressupõe rupturas significativas e, por vezes desestruturantes, com o núcleo familiar de origem, tal cenário intensifica a vulnerabilidade emocional e social daquela criança e adolescente (Bittencourt; Borsoi; Pires, 2021, p. 72).

Verifica-se, assim, que a fragilidade jurídica da guarda contrasta, de modo paradoxal, com a densidade existencial da dependência que se constrói. Faz-se mister pontuar que, apesar de juridicamente reversível, a guarda institui uma relação concreta de subsistência, alicerçada no dever de assistência material, moral e educacional imposto ao guardião (art. 33 do ECA).

Desse modo, a dependência não se consolida apenas no plano abstrato da norma, mas no cuidado cotidiano, em que a sobrevivência e o desenvolvimento do infante se vinculam, de forma inexorável, à estabilidade socioeconômica daquele que o acolhe.

Assim, em uma sociedade marcada por profundas desigualdades e pela reconfiguração das entidades familiares, na qual avós, tios e outros parentes assumem, com frequência, a chefia de núcleos familiares multigeracionais; a proteção integral da infância e da juventude, consagrada no art. 227 da CRFB/1988, transmuda-se em verdadeiro arranjo de sobrevivência social. (Santana; Lima, 2012, 182 *apud* Tavares; Almeida, 2024, p.200)

Por essa razão, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece, de forma inequívoca, que a guarda confere à criança ou ao adolescente a condição de dependente para todos os fins, inclusive previdenciários (art. 33, § 3º, ECA).

Entretanto, não obstante a clareza do comando legal, subsistiram interpretações restritivas e opções legislativas que fragilizam a proteção previdenciária do menor sob guarda, rompendo o elo entre a dependência fática e o direito à pensão por morte.

Em última instância, negar tal proteção significa ignorar que, embora transitória no plano jurídico, a guarda constitui-se como vínculo essencial à sobrevivência digna da criança.

Nesse diapasão, como ressaltam Tavares e Almeida (2024), a exclusão previdenciária do menor sob guarda aprofunda estados de “insegurança prolongada”, agravando trajetórias já marcadas por vulnerabilidades. Logo, assegurar o amparo previdenciário durante a vigência da guarda não constitui privilégio, mas expressão concreta da dignidade da pessoa em desenvolvimento.

Sob outro ângulo, convém notar que a fundamentação dessa proteção ultrapassa o texto positivado e encontra respaldo na teoria da justiça como equidade, de John Rawls. À luz do Princípio da Diferença, uma desigualdade social somente se legitima quando resulta em benefícios aos membros menos favorecidos da sociedade. (Rawls, 2016, p. 80).

Nesse sentido, o menor sob guarda, dependente de uma medida protetiva juridicamente instável e situa-se, por definição, em um espaço de vulnerabilidade. Assim, assegurar-lhe a proteção previdenciária revela-se um imperativo de justiça rawlsiano.

Por consequência, a análise do percurso normativo do art. 16, § 2º, da Lei nº 8.213/91, entre os movimentos de equiparação, exclusão e a recente tentativa de restauração, não se apresenta como um debate meramente técnico. Trata-se, em verdade, de um campo para avaliar se o sistema previdenciário brasileiro opera como instrumento de justiça ou se, ao contrário, atua como fator de aprofundamento das desigualdades.

3. O MENOR SOB GUARDA NO LABIRINTO PREVIDENCIÁRIO: ENTRE O ACOLHIMENTO E A EXCLUSÃO

O sistema de proteção social no Brasil não se reduz a um mero arranjo burocrático; ao revés, materializa-se como um pacto de solidariedade intergeracional. Nesse sentido, antes de adentrar as especificidades da pensão por morte e a controversa questão envolvendo o menor sob guarda, faz-se imperioso compreender o macrossistema da Seguridade Social.

Sob esse prisma, o art. 194 da CRFB/1988 elege a Seguridade Social como um conjunto integrado de ações destinadas à garantia dos direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Trata-se, portanto, de um mecanismo desenhado para garantir que as mazelas inerentes à existência humana não resultem em desamparo absoluto.

Ademais, conforme leciona Costa (2013, p. 474), tais serviços representam os instrumentos por meio dos quais o Estado visa concretizar as necessidades sociais e atingir os objetivos magnos do bem-estar e da justiça, conforme insculpido no art. 193 da CRFB/88. Supera-se, assim, a antiga concepção de “seguro operário”, em favor de um modelo ampliado de proteção.

No que tange ao custeio desse arranjo, o art. 195 da CRFB/1988 consagra o princípio da solidariedade financeira, ao estabelecer que o financiamento do sistema deve ser suportado por toda a sociedade, de maneira direta e indireta.

Para tanto, o referido fragmento prevê a utilização de recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como de contribuições sociais incidentes sobre diversas bases econômicas constitucionalmente previstas.

Contudo, embora a malha protetiva da Seguridade Social seja estruturada sobre bases solidárias e plurais, a Previdência Social distingue-se por sua natureza contributiva e securitária.

Com efeito, em oposição à Saúde (de viés universalista e gratuito) e à Assistência Social (voltada aos hipossuficientes independentemente de contribuição financeira), o braço previdenciário pressupõe um vínculo sinalagmático. Assim, a tutela estatal é condicionada à prévia e efetiva participação no custeio da estrutura protetiva. (Andrade *apud* Costa, 2013, p. 480).

Sob essa perspectiva, o escopo deste instituto reside em amparar aqueles que acometidos pela incapacidade laborativa ou pelo óbito do instituidor, veem-se impossibilitados de prover o próprio sustento e o de sua família.

Configura-se, portanto, como um "seguro obrigatório" concebido para resguardar eventos previsíveis decorrentes da biologia humana e da dinâmica do trabalho. (Oliveira *apud* Costa, 2013, p. 480)

Ademais, no ordenamento pátrio, a referida proteção estrutura-se em diferentes regimes, todavia, o presente trabalho concentra-se no Regime Geral de Previdência Social (RGPS), o qual é administrado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Não obstante a divergência doutrinária acerca da taxonomia dessas modalidades; ora classificada como tripartite (Regime Geral, Regime Próprio e Privado), ora como bipartite (Regimes Básicos e Regime Complementar, conforme a exegese de Fábio Zambitte Ibrahim); subsiste o consenso de que o RGPS detém caráter amplo, compulsório e se destina à generalidade dos trabalhadores da iniciativa privada (Toledo; Jerônimo, 2015, p. 1523–1524).

Dessarte, a filiação ao sistema previdenciário não é um ato de mera vontade, mas constitui imposição legal vinculada ao exercício de atividade remunerada. Trata-se de uma "exigência técnica decorrente de norma cogente e que não comporta exceção" (Martinez *apud* Costa, 2013, p. 484).

Nesse prisma, o liame jurídico estabelecido vincula o trabalhador à salvaguarda previdenciária de forma imediata. Nesse sentido: “[...] se o segurado é acidentado, e morre, no minuto seguinte ao do início do contrato do trabalho, isto é, logo após o aperfeiçoamento da filiação, a prestação previdenciária correspondente -- pensão por morte -- haverá de ser prestada” (Costa, 2013, p. 484).

O sistema previdenciário, em sua teleologia protetiva, ampara duas categorias distintas de sujeitos: os segurados, indivíduos que vertem contribuições ao sistema; e os dependentes, que derivam sua subsistência econômica daquele que detém o vínculo contributivo. Dessarte, a Lei nº 8.213/91, em seu artigo 10, consagra essa dicotomia estrutural, sendo que a figura do dependente é central para a concessão da pensão por morte.

Nesse diapasão, a dependência econômica atua como um fio condutor que legitima para a percepção do benefício. Não obstante, tal circunstância não se opera de modo subjetivo, exigindo, para sua eficácia, a prévia tipificação no ordenamento jurídico e, conforme adverte Costa (2013, p. 505), a mera dependência fática revela-se insuficiente para a concessão da benesse, sendo imperativo o enquadramento no texto legal.

Insta salientar que o referido rol é taxativo e estratificado em classes hierárquicas, sob a égide do princípio de que a existência de beneficiários de uma ordem precedente exclui o direito dos sucessivos.

Outrossim, a primeira classe é o reflexo da proteção ao núcleo familiar mais íntimo e presume-se a dependência econômica de forma absoluta (Costa, 2013, p. 507). Compõem este estrato: o cônjuge, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido. A esse respeito, é precisamente nesse ponto que reside a tensão normativa a ser explorada, qual seja, a inclusão e/ou exclusão dos equiparados a filho, com ênfase no menor sob guarda.

Em última análise, a pensão por morte transcende a natureza de mero benefício financeiro, configurando-se como a garantia da dignidade da entidade familiar ante a ruptura provocada pelo óbito do instituidor segurado. Consequentemente, quando o aparato normativo negligencia certas configurações familiares, a exemplo do menor sob guarda, historicamente amparado e posteriormente excluído, tal lacuna não fere apenas a ortodoxia securitária; vilipendia-se, em verdade, o próprio ideal de justiça como equidade de John Rawls (2016).

3.1. A Morte e a Proteção: aspectos conceituais da pensão por morte

Se a vida figura como o bem jurídico tutelado por excelência, a morte apresenta-se como o fato jurídico que, paradoxalmente, não extingue a proteção do Direito, mas a reconduz a novas formas.

Com efeito, a pensão por morte, prevista nos arts. 74 a 79 da Lei nº 8.213/91, não pode ser apreendida sob uma leitura reducionista, limitada à mera reposição de renda. Trata-se, portanto, de instrumento vocacionado à preservação da dignidade do núcleo familiar diante da ausência do provedor, assegurando a continuidade material e simbólica da proteção social.

Nessa perspectiva, é tal instituto que promove "o conforto espiritual de poder transmitir aos seus herdeiros ou sucessores um certo rendimento mensal", atenuando o impacto econômico imposto ao núcleo doméstico pelo óbito do instituidor (Britto *apud* Costa, 2013, p. 491).

Isso posto, para que esse amparo se concretize no plano jurídico, o ordenamento exige a tríade de requisitos: a ocorrência do óbito, a qualidade de segurado do *de cujus* e a qualidade de dependente daquele que postula o benefício (Cardoso, 2010, p. 78).

Assim, o evento morte constitui o gatilho deflagrador da proteção previdenciária. Consoante aos estudos de Cardoso (2010, p. 77), o término da existência da pessoa natural, sob a égide do art. 6º do Código Civil, consuma-se com o falecimento. Todavia, o Direito Previdenciário, atento à sua vocação eminentemente protetiva, estabelece um diálogo necessário com a Bioética e o Direito Civil, a fim de abarcar as múltiplas manifestações desse fenômeno.

De um lado, vislumbra-se a morte real, atestada pela cessação irreversível das atividades encefálicas (Resolução CFM nº 1.480/97). De outro, emerge a figura da morte presumida, ficção jurídica imprescindível para amparar aqueles que permanecem em estado de incerteza decorrente da ausência prolongada do segurado.

Nessa senda, a legislação previdenciária, com fulcro no art. 78 da Lei nº 8.213/91, autoriza a concessão de pensão provisória após seis meses de ausência. Frise-se que compete à Justiça Federal declarar tal condição para fins de benefício, distinguindo-se, dessarte, do rito civil de sucessão (Cardoso, 2010, p. 79). Como sintetiza a doutrina:

Verificam-se, assim, três situações de morte: biológica (art. 6º), presumida com declaração de ausência (art. 6º), e presumida sem decretação de ausência (art. 7º). Fala-se ainda em morte civil para designar a exclusão dos indignos da sucessão, nos termos do art. 1.816 do Código Civil, porém, tal situação não produz efeitos no direito previdenciário. (Cardoso, 2010, p. 78).

Por conseguinte, essa flexibilidade probatória demonstra que o aparato normativo não pode aguardar a comprovação material do falecimento para prover o sustento daqueles que dependiam economicamente do segurado.

A proteção *post mortem* não surgiu repentinamente na ordem jurídica; ao contrário, constitui o resultado de uma lenta e complexa sedimentação histórica. Nesse sentido, Costa

(2013, p. 487) delineia esse percurso ao remontar ao Decreto nº 942-A de 1890, o qual instituiu o Montepio Civil sob uma lógica estritamente corporativista e restritiva.

Posteriormente, a Constituição de 1934 revelou-se pioneira ao alçar o risco "morte" ao patamar constitucional, em seu artigo 121. Contudo, textos subsequentes, a exemplo da Carta de 1937, operaram um retrocesso terminológico e conceitual ao adotar a expressão "seguro de vida", instituto tipicamente afeto ao direito privado e incompatível com a lógica de proteção social (Costa, 2013, p. 487).

Somente com o advento da Constituição Cidadã de 1988 e a subsequente consolidação do Plano de Benefícios, por meio da Lei nº 8.213/91, é que a pensão por morte assumiu, de fato, sua feição de direito fundamental social. Sob essa égide, a evolução legislativa, nesse período, foi responsável por corrigir distorções históricas atinentes a gênero e idade.

Notadamente no que tange à igualdade de gênero, superou-se o anacronismo da antiga Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS/1960), na qual o cônjuge varão apenas detinha a qualidade de dependente se comprovada sua invalidez. Dessa maneira, homens e mulheres tornaram-se iguais na titularidade do direito, em estrita consonância com o preceito de isonomia do art. 226, § 5º, da Carta Magna. (Costa, 2013, p. 489 -490).

Paralelamente, operou-se a unificação da maioria previdenciária, extinguindo-se a injustificada discriminação que autorizava o recebimento do benefício por filhas até os 21 (vinte e um) anos, enquanto aos filhos o amparo cessava aos 18 (dezoito). Dessarte, estabeleceu-se o teto etário uniforme de 21 (vinte e um) anos para ambos os sexos, consolidando a função social da prestação e eliminando disparidades que maculavam o sistema protetivo anterior (Costa, 2013, p. 489 -490).

Em outra seara, a relação jurídica previdenciária não é um evento errático; mas, configura-se como um cosmo ordenado e bem definido que, segundo Miguel Reale, estruturam-se no juízo hipotético "se F é, C deve ser" (Costa, 2013, p. 495).

No entanto, para além da aparente frieza da Teoria Geral do Direito, tais critérios funcionam como coordenadas que definem quem será juridicamente amparado, e quem permanecerá à margem, quando o infortúnio da morte se impuser à realidade.

Sob esse prisma, a norma previdenciária decompõe-se em elementos fundamentais que desenham a extensão de sua proteção. No antecedente normativo, vislumbra-se o critério material, consubstanciado no fato juridicamente relevante, que deflagra a incidência da norma, qual seja, a morte do segurado.

Importa ressaltar que tal evento não é apenas um fim biológico, pois representa, sobretudo, o surgimento de uma necessidade social que reclama a atuação do Estado como garantidor da subsistência dos sobreviventes (Costa, 2013, p. 496).

Nesse diapasão, a partir desse pressuposto fático, a resposta jurídica materializa-se no consequente normativo, esfera na qual residem os critérios pessoal e quantitativo. No que tange ao primeiro, definem-se os sujeitos da relação jurídica: de um lado, o INSS, autarquia federal que personifica o dever prestacional do Estado; do outro, figuram os beneficiários da pensão por morte, aqueles que foram profundamente afetados pela perda do instituidor, passando a depender, total ou parcialmente, da tutela previdenciária. (Costa, 2013, p. 497).

Simultaneamente, o critério quantitativo estabelece a dimensão financeira do amparo, determinando a base de cálculo e a alíquota aplicável, de modo a converter a solidariedade abstrata do sistema em um amparo real. Nesse sentido:

Segundo a redação do art. 75 da Lei 8213/91, o valor mensal da pensão por morte é de 100% do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela a que teria direito se estivesse aposentado por invalidez, hipoteticamente, na data do falecimento, observados o piso (salário mínimo) e o teto (o valor máximo do salário-de-contribuição previsto no § 5º do art. 28 da Lei 8212/91). (Costa, 2013, p.497)

Convém notar que tais parâmetros traduzem-se, no ano de 2026, nos valores de R\$ 1.621,00 (um mil, seiscentos e vinte e um reais), conforme o Decreto nº 12.797/2025, e de R\$ 8.475,55 (oito mil, quatrocentos e setenta e cinco reais e cinquenta e cinco centavos), nos termos da Portaria Interministerial MPS/MF nº 13.

Ademais, subsistem os critérios espacial e temporal, que delimitam, respectivamente, o território de incidência e o momento do óbito como o marco temporal da legislação aplicável, o princípio *tempus regit actum*.

Dessa maneira, garante-se a segurança jurídica necessária para que a proteção social não se torne volátil, fixando a norma de forma perene e assegurando previsibilidade às relações previdenciárias (Costa, 2013, p.496).

3.2. Conceito de Dependência Previdenciária: critérios econômicos e afetivos

Ante o exposto, verifica-se que, no âmago do sistema previdenciário, gravita o conceito de dependência econômica, o qual não se limita a uma formalidade burocrática, mas se projeta como verdadeira métrica jurídica da necessidade concreta, legitimando a transferência de renda da coletividade para um núcleo familiar específico.

Nessa perspectiva, como leciona Balera (2011 *apud* COSTA, 2013, p. 505) a dependência econômica consubstancia-se em um “fato econômico a que as normas conferem relevância jurídica”. Sob essa ótica, sem o lastro da dependência, a proteção previdenciária perderia seu norte, tornando-se uma distribuição aleatória de recursos públicos.

Nesse diapasão, o legislador, atento às complexas dinâmicas familiares, estabeleceu um sistema de presunções. Assim, em relação ao núcleo familiar básico, a denominada primeira classe e composta por cônjuge, companheiro(a) e filhos, a dependência é presumida.

Tal escolha legislativa revela uma sensibilidade à intimidade doméstica e ao sofrimento provocado pela perda, dispensando esses beneficiários do ônus de expor suas finanças para demonstrar aquilo que se impõe como regra, ou seja, a morte do provedor desestabiliza, de forma imediata, a economia do lar. Como bem pontua a doutrina:

[...] as particularidades do momento, o óbito recente de um parente próximo, o aspecto sentimental, religioso, espiritual, conjugado com a perda abrupta do suporte financeiro daí subjacente, devem ter levado o legislador a optar pela regra da presunção -- alguns dizem presunção absoluta, outros relativa -- da existência da dependência econômica, a fim de se evitar a exposição de fatos íntimos do cotidiano familiar, ainda que num ou outro caso possa não existir, de fato, dependência econômica. (Costa, 2013, p. 507-508).

Em contrapartida, no que tange aos integrantes das classes subsequentes, notadamente pais e irmãos, a legislação exige a comprovação efetiva da dependência, deslocando o ônus probatório para aqueles que não integram o núcleo imediato.

Todavia, mesmo nesses casos, a dependência não se reduz a um cálculo aritmético de renda e despesas. Isso posto, os vínculos familiares e a solidariedade civil são os critérios norteadores e a dependência previdenciária é, portanto, um híbrido indissociável de necessidade econômica e laço afetivo. (Castro; Lazzari, 2010 *apud* Toledo; Jerônimo, 2015, p. 1525-1526)

À luz do exposto, é nesse cenário de classes e presunções que emerge a figura controversa do menor sob guarda. Conforme destacam Tavares e Almeida (2024, p. 196), os direitos previdenciários de crianças e adolescentes materializam-se por meio do vínculo de dependência estabelecido com seus guardiões, especialmente quando estes se encontram na condição de segurados do RGPS.

Nessa senda, a redação original da Lei nº 8.213/91, em convergência com a Doutrina da Proteção Integral, equiparava o menor sob guarda ao filho. Contudo, a subsequente exclusão legislativa instaurou uma fratura entre a norma e a realidade social ao desamparar, justamente, o sujeito de maior vulnerabilidade.

Sob o crivo da teoria da justiça de John Rawls (2016), tal retrocesso desconsidera o Princípio da Diferença, uma vez, que a desigualdade normativa acaba por agravar a condição do hipossuficiente em vez de mitigá-la.

É no hiato entre a letra fria da lei e o imperativo da justiça que se fortalecem os esforços da jurisprudência e se anuncia a Lei nº 15.108/2025, cujas promessas e limitações serão examinadas a seguir.

3.3. A equiparação entre filhos e menores sob guarda na redação original da Lei nº 8.213/1991

A cristalização do dever de amparo, em sua forma mais plural e inclusiva, manifestava-se na redação inaugural do dispositivo responsável por delinear o espectro dos dependentes juridicamente protegidos pelo sistema previdenciário, evidenciando a opção do legislador por uma concepção ampliada de família e por uma tutela social orientada à centralidade da vulnerabilidade. Nesse sentido:

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

[...] § 2º Equiparam-se a filho, nas condições do inciso I, mediante declaração do segurado: o enteado; o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda; e o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação. (Brasil, 1991)

Assim, no alvorecer da ordem constitucional inaugurada em 1988, o ordenamento jurídico brasileiro experimentou um breve, porém significativo, período de harmonia sistêmica. Haja vista que a Lei nº 8.213/91, em sua redação original, não era apenas uma norma técnica de benefícios, mas o reflexo infraconstitucional do princípio da Proteção Integral.

Portanto, para Bittencourt, Borsio e Pires (2021, p. 67) esse momento era como um ponto de equilíbrio, no qual a legislação pátria e as diretrizes internacionais de proteção à infância dançavam no mesmo compasso.

Naquele contexto, o art. 16, § 2º da Lei de Planos e Benefícios da Previdência Social revelava a compreensão de que a guarda judicial não constitui um simples arranjo formal ou burocrático, mas a formalização jurídica de um vínculo concreto de afeto, cuidado e dependência econômica.

Essa compreensão é corroborada pela doutrina: “a Lei 8.213 de 1991 [...] tinha redação original prevendo no mesmo sentido do ECA e da CF/88, ou seja, tratava o menor sob guarda de forma equiparada ao filho, dando a ele, portanto, o status de dependente previdenciário” (Bittencourt; Borsio; Pires, 2021, p. 67). Dessa forma, a legislação previdenciária alinhava-se, de modo coerente, ao paradigma constitucional de centralidade da criança e do adolescente como sujeitos de direitos.

Dessarte, essa equiparação, conforme pontuam Tavares e Almeida (2024, p.197) assegurava que, mediante simples declaração do segurado, a proteção social cobrisse aquele que, por determinação judicial, estivesse sob seus cuidados.

Inexistia, naquela aurora normativa, a desconfiança que viria a contaminar o sistema em reformas posteriores; prevaleciam a presunção de boa-fé do segurado e a prioridade absoluta da criança, erigidas como pilares axiológicos da proteção social.

3.4. A ruptura pela Lei nº 9.528/1997 e o retrocesso na equidade social

Logo, a harmonia anteriormente existente foi rompida em novembro de 1996 com o advento da Medida Provisória nº 1.523, posteriormente convertida na Lei nº 9.528/1997.

O movimento legislativo então observado não representou uma evolução dogmática do sistema previdenciário, mas uma intervenção cirúrgica de contenção de despesas, justificada sob a narrativa do combate à suposta fraude e da pretensa racionalização dos gastos públicos. Materializando-se na seguinte redação:

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. (Brasil, 1997)

Nessa toada, o cerne dessa inflexão residia no surgimento de uma espécie de “guarda previdenciária”. Afinal, disseminou-se a tese de que o instituto da guarda sofria um processo de erosão ética, sendo instrumentalizado por avós e outros parentes que assumiriam o cuidado de crianças e adolescentes não por necessidade real, mas como estratégia para instituir pensões, onerando o sistema e supostamente subvertendo a ordem natural das sucessões. (Bittencourt; Borsio; Pires, 2021, p. 67-68)

Como consequência direta dessa alteração normativa, instaurou-se uma antinomia dilacerante no ordenamento jurídico brasileiro. Pois, se por um lado, a legislação previdenciária optou por excluir o menor sob guarda do rol de dependentes; por outro, o ECA permaneceu firme em sua vocação garantista, gerando uma fratura interpretativa que fragmentou a coerência do sistema de proteção social e desafiou a unidade do Direito (Rodrigues, 2023, p. 202).

Ademais, ao preservar a tutela para o enteado e o menor tutelado mediante prova de carência, a reforma de 1997 silenciou de forma deliberada quanto ao menor sob guarda. Criou-se, com efeito, uma discriminação injustificada com a categoria de maior vulnerabilidade, cujos vínculos, embora fáticos e urgentes, deixaram de encontrar abrigo no texto legal positivado.

Em última análise, tal vazio normativo inaugurou um prolongado período de insegurança jurídica, no qual o amparo à infância ficou refém da sorte judicial. Nesse contexto, entre a rigidez da legislação previdenciária e a força principiológica do ECA, coube, em um primeiro momento, ao Poder Judiciário a tarefa de recompor a unidade do sistema.

4. A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

A exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes previdenciários, operada pela Lei nº 9.528/1997, não logrou êxito em silenciar a demanda social latente, mas, delegou ao Poder Judiciário o *mínus* de arbitrar o conflito entre a austeridade orçamentária e o postulado da Proteção Integral.

Durante anos, a cena jurídica brasileira experimentou uma verdadeira "Torre de Babel" jurisprudencial, cenário em que a segurança jurídica cedeu espaço à aleatoriedade da distribuição processual.

4.1. Tema 732 do STJ: a prevalência da lei especial (ECA) sobre a restrição previdenciária

A controvérsia instalada nos tribunais cingia-se a uma antinomia clássica de normas no tempo e no espaço: qual estatuto jurídico deveria prevalecer? De um lado, a legislação previdenciária posterior e restritiva (Lei nº 9.528/97), sob o pálio da especialidade material e da preservação do equilíbrio atuarial; de outro, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), arrimado no princípio da proteção integral e na especialidade do sujeito tutelado.

Em um primeiro momento, parcela expressiva da jurisprudência curvou-se ao rigor formalista da alteração legislativa. O argumento central detinha um caráter eminentemente técnico, afinal, a Lei nº 8.213/91, na condição de norma específica de Direito Previdenciário, deveria prevalecer sobre o ECA.

Conforme leciona Cardoso (2010, p. 203), a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar os Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 2007/0044591-3, sob a relatoria da Ministra Jane Silva, e diversos Tribunais Regionais Federais consolidaram, transitoriamente, o entendimento de que a supressão do menor sob guarda do texto legal inviabilizaria a concessão do benefício nos casos de óbitos ocorridos após 1997. Sob esse prisma, Cardoso destaca que:

Entre os argumentos dessa corrente, destaca-se o de que a Lei n. 8.213/91 é norma específica de direito previdenciário e deve ser observada na concessão dos benefícios. Logo, tendo em vista que excluiu do rol dos dependentes a criança ou o adolescente sob guarda, não pode lei sobre assunto diverso ampliar essa previsão. (Cardoso, 2010, p. 82)

Essa vertente, descrita por Rodrigues (2023, p. 203) como a tese da "prevalência da norma previdenciária", sustentava-se, ademais, em uma política de contenção de fraudes, validando a intenção do legislador de mitigar a guarda para fins previdenciários, notadamente nos vínculos entre avós e netos.

Inobstante o rigor inicial, tal interpretação passou a sofrer fissuras em decorrência da carga axiológica e da força normativa da Constituição de 1988. Tribunais como o TRF da 1ª Região e a Turma Nacional de Uniformização (TNU) vislumbraram na exclusão legislativa do menor sob guarda uma afronta direta à ordem constitucional.

A Corte Especial do TRF1, em julgado de contornos históricos citado por Rodrigues (2023, p. 203-205), reconheceu que a medida violava frontalmente os artigos 227 e 5º da Carta Magna.

A lógica mostrava-se irrefutável, pois, se o Estado possui o dever de assegurar à criança direitos com absoluta prioridade, uma lei infraconstitucional não poderia relegá-la ao desamparo previdenciário.

Desse modo, a norma contida no art. 16, § 2º, da Lei 8.213/91 — na redação dada pela Medida Provisória 1.523, de 11/10/96, reeditada e convertida na Lei 9.528/97 —, na parte em que exclui o menor sob guarda judicial da condição de dependente, colocando-o à margem da proteção previdenciária estatal, é inconstitucional, pois não se harmoniza com as garantias estabelecidas na Lei Maior (Brasil, TRF da 1ª Região, Corte Especial, INREO 1998.37.00.001311-0/MA, Rel. Des. Fed. Assusete Magalhães, e-DJF1 21/09/2009, *apud* Rodrigues, 2023, p. 205).

O desfecho dessa "enorme celeuma" (Tavares; Almeida, 2024, p. 197) sobreveio quando o STJ, no bojo do Recurso Especial nº 1.411.258/RS, submetido ao rito dos recursos repetitivos, fixou o Tema 732.

Nesta assentada, ocorrida em 11 de outubro de 2017, a Corte da Cidadania inverteu a lógica da especialidade até então vigente. Compreendeu-se que o ECA, por disciplinar o universo jurídico de um sujeito de direitos hipervulnerável, constitui-se como a verdadeira *lex specialis* em face da norma previdenciária geral. O julgamento ocorreu em 11/10/2017, com trânsito em julgado apenas em 09/03/2023. A tese restou assim cristalizada:

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. (Brasil, STJ. Tema Repetitivo nº 732. Recurso Especial nº 1.411.258/RS. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 11 out. 2017. Acórdão publicado em 21 fev. 2018. Trânsito em julgado em 9 mar. 2023).

Tal julgamento representou a consagração da Doutrina da Proteção Integral no plano previdenciário. O STJ ratificou que a supressão de um direito fundamental não poderia ocorrer de forma oblíqua. Assim, o conflito aparente de normas foi solucionado não pelo critério cronológico, mas pela hierarquia axiológica dos valores em testilha.

Contudo, urge notar uma nuance pragmática, o Tribunal condicionou o direito à "comprovada dependência econômica". Diferentemente dos filhos, cuja dependência goza de presunção absoluta, o menor sob guarda, à luz do Tema 732, deve demonstrar que o guardião era efetivamente seu provedor, cautela esta que visa conciliar a justiça social com a integridade do sistema, impedindo o desvirtuamento do instituto.

Dessarte, o Tema 732 erigiu-se como um escudo protetor, assegurando que a justiça prevalecesse sobre a mera restrição fiscalista.

4.2. Tema 1.271 do STF: o debate sobre a constitucionalidade da exclusão e o dever de proteção aos vulneráveis

Ultrapassada a pacificação da matéria no plano infraconstitucional pelo Superior Tribunal de Justiça (Tema 732), a discussão ascendeu ao Supremo Tribunal Federal (STF), instado a decidir se a exclusão do menor sob guarda do rol de beneficiários, operada legislativamente desde 1997, violava a Constituição Cidadã.

O debate transcendeu a estrita legalidade para atingir o núcleo do Estado Social, questionava-se, portanto, se a suspeita de fraude previdenciária poderia justificar o desamparo institucional de uma criança.

4.2.1. O julgamento das ADIs 4.878 e 5.083: a prevalência da Doutrina da Proteção Integral

Em junho de 2021, o Plenário do STF concluiu o julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) nº 4.878 e 5.083. O resultado, definido por uma maioria estreita de 6 a 5, evidenciou o dissídio hermenêutico existente na Corte.

Assim, prevaleceu a divergência inaugurada pelo Ministro Edson Fachin, conferindo "interpretação conforme a Constituição" à Lei nº 8.213/1991. A tese vencedora reafirmou que o princípio da prioridade absoluta (art. 227 da CRFB/1988) não constitui mera retórica, mas norma de eficácia plena e vinculante.

Logo, acompanharam tal divergência os ministros Ricardo Lewandowski, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Dias Toffoli e Cármen Lúcia. E restaram vencidos, além do relator originário Gilmar Mendes, os ministros Alexandre de Moraes, Marco Aurélio Mello, Nunes Marques e Luiz Fux.

Nesse sentido, a *ratio decidendi* do acórdão fundamentou-se na imperatividade da proteção à infância:

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 [...] O argumento da fraude pauta-se na presunção de má-fé e não pode ser usado para impedir o acesso de crianças e adolescentes aos seus direitos (Brasil, STF, ADI 4.878, Relator: Ministro Edson Fachin, *apud* Tavares; Almeida, 2024, p. 203).

A decisão, contudo, não representou uma concessão irrestrita. Afinal, o Supremo condicionou o reconhecimento do direito à efetiva comprovação da dependência econômica, alinhando-se aos critérios já aplicáveis a tutelados e enteados, mas garantindo, precipuamente, a reinclusão do menor sob guarda no sistema protetivo.

Em contrapartida, a corrente vencida, liderada pelo Ministro Gilmar Mendes, sustentava a validade da exclusão com base no equilíbrio financeiro e atuarial, argumentando que o instituto da guarda, por vezes, mascarava planejamentos previdenciários entre avós e netos (Tavares; Almeida, 2024, p. 202-203).

4.2.2. A superveniência da EC 103/2019 e a lacuna normativa

Não obstante o êxito observado no julgamento das ADIs, a segurança jurídica foi mitigada pela obsolescência normativa. Pois, o julgamento do STF debruçou-se sobre a redação da Lei nº 9.528/1997, todavia, em 2019, a Reforma da Previdência (Emenda Constitucional nº 103) elevou novamente a exclusão ao patamar constitucional.

Isso posto, o art. 23, § 6º da EC 103/2019 foi taxativo ao estabelecer que se equiparam a filho, exclusivamente, “o enteado e o menor tutelado”, sinalizando a intenção inequívoca do legislador de encerrar a controvérsia pela via da supressão do direito. Conforme observam Tavares e Almeida:

Antes mesmo que a questão fosse apreciada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), a Reforma Previdenciária de 2019, no § 6º do art. 23 da Emenda Constitucional (EC) nº 103 (Brasil, 2019), declarou serem equiparados a filhos, para fins de percepção de pensão por morte, exclusivamente o enteado e o tutelado economicamente dependentes do segurado, o que ratificava a opção legislativa de 1996. (Tavares; Almeida, 2024, p. 193).

Em virtude das restrições processuais impostas pelo princípio da demanda, o STF não analisou a constitucionalidade da EC 103/2019 nas ADIs julgadas em 2021.

Estabeleceu-se, assim, um “limbo jurídico”, afinal, para óbitos anteriores a 2019, aplicava-se a proteção garantida pelo STF. Porém, para mortes posteriores, a literalidade da Emenda Constitucional obstava a concessão do benefício.

Diante da renovada controvérsia, a questão foi submetida novamente ao crivo do Supremo sob a sistemática da Repercussão Geral, originando o Tema 1.271.

Verifica-se, ainda, que a tensão jurídica atingiu seu ápice recentemente. Em Decisão Monocrática publicada em 21 de janeiro de 2025, o Ministro André Mendonça, relator do Recurso Extraordinário 1.442.021/CE, determinou a suspensão nacional de todos os processos que versem sobre a matéria:

A meu sentir, e em vista da garantia da duração razoável do processo, contida no art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição da República, a ordem de suspensão dos processos deve ser tomada com ponderação e cautela, notadamente, quando vislumbrado risco à isonomia, seja por eventual reversão da jurisprudência dominante, como pela existência de divergência, no entendimento dos tribunais, geradora de insegurança

jurídica. (Brasil, STF, Recurso Extraordinário 1.442.021/CE, Relator: Ministro André Mendonça, 2025).

Ante o exposto, tal decisão monocrática coloca milhares de crianças e adolescentes em uma situação de suspensão de direitos. Enquanto se aguarda o julgamento definitivo do Mérito do Tema 1.271, a eficácia do ECA, bem como a aplicação analógica das teses firmadas nas ADIs julgadas em 2021, permanecem inaplicáveis aos casos regidos pelas novas regras previdenciárias.

Nesse contexto, o dito quadro de incerteza jurídica foi expressamente reconhecido na decisão monocrática proferida pelo Ministro André Mendonça, na qual se registrou a manifestação do então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Luís Roberto Barroso, pelo reconhecimento da repercussão geral da matéria constitucional em debate. Na oportunidade, ressaltou-se a elevada relevância jurídica, social e econômica da controvérsia, bem como o expressivo volume de litigiosidade a ela associado, evidenciado pela tramitação de mais de 4.200 (quatro mil e duzentos) processos sobre o tema.

Conclui-se que o cenário atual, portanto, é de expectativa e espera. Logo, caberá ao STF definir se o equilíbrio fiscal perseguido pela EC 103/2019 pode sobrepor-se à Doutrina da Proteção Integral, ou se a supressão do menor sob guarda do rol de dependentes constitui um retrocesso social inconstitucional, ainda que inscrito no próprio texto da Carta Magna.

4.3. A Lei nº 15.108/2025 e o retorno normativo do menor sob guarda ao rol de dependentes

Em primeira análise, a promulgação da Lei nº 15.108/2025 não encerra o debate constitucional travado no STF, mas adiciona uma nova camada de complexidade ao diálogo institucional entre o Legislativo e o Judiciário.

Afinal, a recente alteração legislativa trouxe uma nova redação ao dispositivo legal, reconfigurando o cenário da dependência previdenciária. Nos termos da lei:

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

[...] § 2º O enteado, o menor sob tutela e o menor sob guarda judicial equiparam-se a filho, mediante declaração do segurado e desde que não possuam condições suficientes para o próprio sustento e educação. (Brasil, 2025)

Decorridos quase trinta anos de exclusão normativa e intensas batalhas judiciais, o ordenamento jurídico experimentou uma alteração substancial com a sanção da Lei nº 15.108, em 14 de março de 2025.

Desta feita, o novo diploma legal apresenta-se como uma tentativa de reparação histórica, buscando realinhar o RGPS aos vetores constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, até então sistematicamente tensionados pela exclusão do menor sob guarda.

Assim, originada do Projeto de Lei nº 6.399/2013, a norma reinsere expressamente o menor sob guarda no rol de beneficiários, equiparando-o à figura do filho. E, conforme a *mens legis* explicitada pela Relatora Laura Carneiro, a medida objetiva harmonizar a legislação previdenciária com os princípios basilares da "proteção integral" (Câmara dos Deputados, 2025).

Não obstante o avanço, Carvalho, Lisboa, Oliveira e Couto (2025) advertem que essa "restauração" de direitos não se operou de forma isenta de críticas. Se, por um lado, a *novatio legis* corrige a omissão inconstitucional consolidada pela EC 103/2019, por outro, estabelece requisitos discriminatórios que não se aplicam aos filhos biológicos:

Ao condicionar esse direito à apresentação de declaração do segurado e à demonstração de que o menor não possui condições suficientes para o próprio sustento e educação, a norma impõe barreiras formais e materiais que fragilizam a efetividade do direito (Carvalho *et al.*, 2025, p. 286-287).

Isso posto, a crítica doutrinária revela-se contundente ao apontar que, ao exigir a prova de que o infante não possua condições suficientes, a Lei nº 15.108/2025 subverte a presunção absoluta de dependência econômica inerente à infância.

Opera-se, na prática, a transmutação de um direito fundamental de natureza securitária em uma prova de miserabilidade típica da assistência social, perpetuando uma desconfiança sistêmica sobre o instituto da guarda.

Em suma, “tais exigências não apenas desconsideram a presunção legal de dependência da criança e do adolescente, como criam um entrave formal incompatível com o regime protetivo do artigo 33, §3º do ECA” (CARVALHO *et al.*, 2025, p. 287).

Infere-se, portanto, que embora a Lei de 2025 represente um progresso ao resgatar o menor sob guarda da invisibilidade normativa, ela ainda reflete a persistência de um sistema previdenciário defensivo, que concede proteção mitigada enquanto impõe óbices burocráticos.

À luz da concepção rawlsiana de justiça, percebe-se que a equidade é apenas parcialmente alcançada, na medida em que a plenitude da proteção integral permanece obstaculizada por exigências probatórias que, em se tratando de filhos biológicos, seriam manifestamente dispensáveis, violando, assim, a isonomia entre as distintas modalidades de filiação.

5. ENTRE A ANTINOMIA NORMATIVA E A (IN)SEGURANÇA JURÍDICA

A análise percuciente da evolução legislativa e jurisprudencial acerca do menor sob guarda revela um cenário em que a técnica jurídica, por vezes, divorciou-se da justiça material.

Nessa senda, o que se observa não é meramente uma sucessão de leis no tempo, mas uma profunda clivagem axiológica entre a doutrina da proteção integral da infância e a racionalidade contábil do Estado.

Ao encerrar este fragmento, torna-se imperioso confrontar os argumentos que sustentaram a exclusão desse dependente com a realidade dos dados estatísticos e a dogmática jurídica contemporânea.

Em primeiro plano, a controvérsia instalada configurou, na precisa lição de Oscar Valente Cardoso (2010, p. 85), uma antinomia de complexa resolução sob o prisma dos critérios clássicos de Norberto Bobbio.

O conflito entre a Lei de Benefícios (norma previdenciária específica e posterior) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (norma protetiva de estatura constitucional reflexa) gerou um "vácuo hermenêutico".

Embora os critérios cronológico e da especialidade pudessem sugerir a prevalência da norma excludente, tal interpretação ignora a natureza sistêmica do ordenamento. Como asseveram Tavares e Almeida (2024, p. 209), a *ratio decidendi* que orienta a proteção social não deve sucumbir a uma leitura linear que desconsidera o princípio da proibição do retrocesso social.

Logo, o argumento central utilizado pelo legislador reformista, e acolhido em votos vencidos, como o do Ministro Gilmar Mendes nas ADIs 4.878 e 5.083, repousa sobre dois pilares: a presunção de fraude e a preservação do equilíbrio financeiro e atuarial. Todavia, a doutrina e os dados estatísticos esvaziam a solidez de tais justificativas.

Quanto ao equilíbrio financeiro, os números contrastam com a retórica da escassez. Dados do Anuário Estatístico da Previdência Social de 2021, compilados por Tavares e Almeida (2024, p. 207-208), demonstram que, das mais de 4 (quatro) milhões de concessões de benefícios naquele ano, as pensões por morte representaram apenas 13,64% do total.

Em valores nominais, de um montante de R\$ 6,621 bilhões gastos no RGPS, as pensões consumiram R\$ 953,134 milhões. Os autores ponderam:

Embora não haja dados que permitam aferir quanto dessa fatia foi paga a dependentes menores – uma vez que em regra o filho ou equiparado perde a qualidade de dependente ao completar 21 anos de idade –, é seguro afirmar que boa parte dessas prestações foi paga apenas ao cônjuge ou companheiro – que em geral recebem prestações por longos períodos –, de modo que o impacto da concessão de benefícios para crianças e adolescentes é menor do que expressam esses números – e ainda menor se se considerarem apenas os menores sob guarda. (Tavares; Almeida, 2024, p. 207).

Nota-se, portanto, que o impacto financeiro do menor sob guarda nas contas públicas é ínfimo, beirando a irrelevância atuarial se comparado ao elevado custo social de seu desamparo.

No que tange à alegação de fraude e a suposta "indústria de guardas previdenciárias", impõe-se a crítica contundente de Wagner Balera. Para o catedrático, a exclusão sob o pretexto de má-fé constitui uma afronta aos direitos da criança vulnerável, uma vez que a fraude deve ser tratada como patologia, e não como a fisiologia do sistema:

[...] existem muitas (guardas) que são legítimas, a pessoa obtém a guarda de um menor legitimamente, pois quer proteger, tem condições, acha que é justo e merecido. Mas, aquele menor que está legitimamente numa situação desta, será colocado numa vala comum porque existem fraudes? As fraudes devem ser combatidas pela fiscalização, pela polícia, pelo aparelho preventivo e repressivo que a legislação coloca à disposição da nossa sociedade. (Balera *apud* Costa, 2013, p. 501).

Ademais, recorde-se que a guarda é um instituto judicializado, com intervenção obrigatória do Ministério Público e realização de estudos psicossociais. Presumir a má-fé de guardiões é subverter a lógica da proteção familiar estendida, transformando a solidariedade em suspeição.

Por fim, a insegurança jurídica é agravada pela instabilidade institucional da composição da Suprema Corte. Conforme discutido anteriormente a respeito do Tema 1.271, a demora no julgamento definitivo e a alteração na composição do tribunal, como a entrada dos Ministros André Mendonça, Cristiano Zanin e Flávio Dino, criam o que se pode denominar de "loteria judiciária".

Nesse sentido, “trata-se, pois, de mudança substancial na composição da Corte – particularmente se se levar em conta o placar apertado do julgamento –, o que não permite

antever como se resolverá a questão quando novamente posta à sua apreciação" (Tavares; Almeida, 2024, p. 203).

Essa volatilidade, somada à aplicação do princípio *tempus regit actum* (Súmula 340 do STJ), prejudicou uma geração de dependentes que perderam seus guardiões sob a vigência de normas restritivas.

Conclui-se que a exclusão do menor sob guarda foi uma medida de austeridade seletiva, fundamentada em premissas frágeis e em uma hermenêutica desapegada da Constituição. A recente Lei nº 15.108/2025, embora promova a reinclusão, ainda preserva cicatrizes desse período, mantendo ressalvas que desafiam a isonomia material.

Portanto, negar a cobertura previdenciária ao menor sob guarda é condená-lo a uma dupla orfandade: a biológica/familiar e a estatal. Tal cenário de desamparo institucional reclama uma fundamentação ética mais robusta.

Logo, se a justiça deve ser compreendida como equidade, a exclusão baseada em cálculos utilitaristas viola a distribuição justa de bens sociais. É sob essa premissa, de como a teoria da justiça de John Rawls interpelaria tal exclusão, que se inicia a análise teórica a seguir.

5.1. A Justiça Como Equidade e a proteção previdenciária do menor sob guarda

Vencidas as tormentas da instabilidade legislativa e o oscilar do pêndulo jurisprudencial, torna-se imperioso investigar o substrato ético que deve orientar a concessão de direitos sociais. Afinal, a mera legalidade formal, fria e, por vezes, distante da realidade, mostrou-se insuficiente para garantir a proteção contínua do menor sob guarda.

Nessa senda, a filosofia política de John Rawls, notadamente em sua obra seminal *Uma Teoria da Justiça*, oferece não apenas um método, mas um arcabouço robusto para sindicar a legitimidade moral das normas previdenciárias.

Isso posto, a proposta que se desenha nestas linhas não objetiva afastar a dogmática jurídica, mas submetê-la ao crivo inegociável da justiça como equidade. Mister se faz questionar se as instituições brasileiras, ao excluírem vulneráveis sob pretexto econômico, cumprem sua vocação primária na tessitura social.

Logo, para compreender a gravidade da exclusão do menor sob guarda do manto protetivo previdenciário, é necessário, preliminarmente, definir o papel da justiça na organização do Estado. Na concepção rawlsiana, a justiça não é um adorno ou um atributo secundário, ela é a viga mestra, o requisito de validade existencial de qualquer arranjo social.

Portanto, Rawls (2016) estabelece um paralelo de notável beleza e rigor, pois, assim como a verdade é a virtude soberana dos sistemas de pensamento, a justiça é a virtude primeira das instituições sociais. Tal premissa culmina na conclusão de que nenhuma eficiência administrativa e nenhum cálculo atuarial podem justificar a permanência de uma norma injusta. Nas palavras do mestre:

Por mais elegante e econômica que seja, deve-se rejeitar ou retificar a teoria que não seja verdadeira; da mesma maneira que as leis e as instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformuladas ou abolidas se forem injustas. Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem o bem-estar de toda a sociedade pode desconsiderar.” (Rawls, 2016, p. 04)

Ante o exposto, a subsunção desse conceito ao tema em voga é direta, uma vez que o Sistema de Seguridade Social, enquanto instituição basilar, não pode invocar "eficiência atuarial" ou "bem-estar da maioria", isto é, a tese do equilíbrio das contas públicas, para sacrificar a inviolabilidade do direito de uma minoria vulnerável, ou seja, os menores sob guarda.

Nesse diapasão, Roberto Gargarella (2008, p. 01) reforça esse entendimento ao lecionar que instituições injustas, ainda que organizadas, perdem sua legitimidade e devem ser "reformadas ou abolidas". Portanto, a exclusão normativa operada pela EC 103/2019 e mitigada pela Lei 15.108/2025 deve ser testada não apenas pela sua constitucionalidade formal, mas pela sua capacidade de realizar a justiça.

Assim, o objeto desta justiça, contudo, não são as ações isoladas, mas o que Rawls denomina de estrutura básica da sociedade. Logo, compreende-se que as principais instituições políticas, econômicas e sociais que, em conjunto, definem os direitos, os deveres e, inexoravelmente, os destinos dos cidadãos:

Para nós, o objeto principal da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou, mais precisamente, o modo como as principais instituições sociais distribuem os direitos e os deveres fundamentais e determinam a divisão das vantagens decorrentes da cooperação social. Por instituições mais importantes entendo a constituição política e os arranjos econômicos e sociais mais importantes.

Assim, a proteção jurídica da liberdade de pensamento e da liberdade de consciência, mercados competitivos, a propriedade privada dos meios de produção e a família monogâmica são exemplos de instituições sociais importantes. Em conjunto, como um só esquema, essas instituições mais importantes definem os direitos e os deveres das pessoas e repercutem em seus projetos de vida, no que podem esperar vir a ser e no grau de bem-estar a que podem almejar. (Rawls, 2016, p. 08)

Sob o prisma do exposto, o RGPS insere-se inequivocamente na estrutura básica da sociedade. A maneira como esse sistema reparte seus benefícios e as preciosas "vantagens decorrentes da cooperação social", define, as perspectivas de uma criança. Rawls (2016, p. 08) lança luz sobre as desigualdades profundas engendradas por tais instituições, que, não raro, privilegiam certos pontos de partida enquanto condenam outros à penumbra.

Vislumbra-se um abismo entre a criança nascida no seio de uma família nuclear tradicional (o filho biológico) e aquela entregue à guarda judicial, esta última frequentemente fruto de uma desestruturação familiar prévia. Afinal, seus pontos de partida são, por natureza, desiguais.

A justiça social, portanto, deve projetar sua luz prioritariamente sobre essas assimetrias supostamente inevitáveis (Rawls, 2016, p. 09). O ordenamento jurídico, ao perpetuar o tratamento discriminatório entre essas duas categorias de infância, não apenas falha em curar, mas agrava as feridas que deveria cicatrizar.

Ademais, Oliveira (2015, p. 110) rememora que a sociedade é um empreendimento cooperativo, tecido tanto pela identidade de interesses quanto pelo conflito. Há identidade, pois a vida em sociedade é preferível à vida isolada; contudo, o conflito emerge, voraz, pois os recursos são finitos e cada indivíduo anseia por uma fatia maior dos benefícios produzidos.

Logo, é nesse espaço de tensão, nem de abundância absoluta, nem de escassez inviabilizadora, que se desenham os contornos da justiça, conforme pontua o autor:

Há dois tipos de condições que permeiam os contornos da justiça. [...] tem-se uma condição de escassez moderada implícita dos recursos — não há superabundância a ponto de tornar inócuo o esquema de cooperação, bem como não há uma escassez tendente à impossibilidade, de modo a tornar a cooperação totalmente infrutífera. (Oliveira, 2015, p. 110)

É precisamente neste palco de escassez moderada que o Direito Previdenciário atua. Inexistindo recursos infinitos para abrigar todos os riscos sociais, a alocação de direitos transmuda-se em uma questão de justiça distributiva.

Para Rawls (2016, p. 12), o conceito de justiça cristaliza-se no papel de seus princípios na atribuição de direitos e deveres. Assim, uma sociedade bem-ordenada é aquela regulada por uma concepção pública de justiça, onde todos, sob o mesmo sol, aceitam os mesmos princípios e confiam que as instituições os satisfazem (Rawls, 2016, p. 05).

No entanto, ao voltarmos o olhar para o menor sob guarda, a instabilidade legislativa denota a ausência dessa bússola moral pública. Ora o Estado estende seu manto protetor (ECA, Lei 8.213/91 original, Lei 15.108/25), ora o retira, deixando a criança ao relento (Lei 9.528/97, EC 103/19). Logo, essa vacilação pendular impede que os cidadãos enxerguem no sistema previdenciário uma "associação segura".

Para dirimir esse conflito distributivo sem sucumbir à tentação do utilitarismo, que sacrificaria o menor em nome da maximização econômica, Rawls propõe um modelo de justiça procedimental pura. Conforme preleciona Gargarella (2008, p. 20), na ausência de um critério independente para ditar o resultado justo, impõe-se a adoção de um procedimento correto que, se trilhado, conduzirá inexoravelmente a um porto equitativo.

É sob a égide dessa premissa procedimental, materializada nos conceitos de Posição Original e Véu da Ignorância, que se examinará, na sequência, a legitimidade da distinção normativa entre filhos e menores sob guarda.

5.2. A insuficiência do intuicionismo e os perigos do utilitarismo na seara previdenciária

Em primeira análise, para erigir a teoria da "justiça como equidade" como o paradigma moralmente adequado à proteção do menor sob guarda, faz-se mister compreender as sombras contra as quais a obra de John Rawls se levanta.

Conforme elucida Veronica Ribeiro Saraiva (2022, p. 229), ao publicar *Uma Teoria da Justiça* em 1971, Rawls apresentou um programa aplicável às sociedades democráticas focado na distribuição de bens primários (necessários à sobrevivência) e secundários (necessários ao desenvolvimento integral), sem os quais a liberdade clássica soaria vazia no cenário pós-guerra.

Nesse esforço intelectual, Rawls buscou construir uma alternativa sólida às doutrinas que hegemonizavam a tradição filosófica e política da época: o intuicionismo e, sobretudo, o

utilitarismo (Gargarella, 2008, p. 01-02). A crítica a essas correntes desnuda a razão pela qual elas falham em fundamentar um direito previdenciário justo.

No plano teórico, a primeira corrente enfrentada é o intuicionismo. Na descrição rawlsiana analisada por Gargarella (2008, p. 02-03), tal postura se define pela admissão de uma pluralidade de princípios de justiça em conflito, sem, todavia, ofertar uma bússola ou regra de prioridade para guiar a decisão.

No contexto jurídico brasileiro, a instabilidade jurisprudencial descrita outrora, na qual os tribunais oscilavam entre proteger o menor, com base no ECA, ou excluí-lo, com base na lei previdenciária, reflete um comportamento quase intuicionista. Com efeito, o julgador, diante do conflito normativo, decidia ao sabor de "impressões" sobre a adequação do caso, carecendo de uma hierarquia principiológica cristalina.

Tal cenário manifestava-se, inclusive, na adoção da tese da denominada “prevalência da norma previdenciária”, sustentada por uma política de contenção de fraudes, que buscava legitimar a intenção do legislador de restringir os efeitos da guarda para fins previdenciários, especialmente nos vínculos estabelecidos entre avós e netos, sem que houvesse respaldo empírico ou dados estatísticos capazes de comprovar a alegada prática fraudulenta.

Rawls opõe-se a essa visão justamente por sua "incapacidade de propor um sistema de regras capaz de hierarquizar nossas intuições" (Gargarella, 2008, p. 02). Para o filósofo, ainda que a intuição tenha seu valor, a justiça clama por uma ordem serial ou lexical que proteja os direitos fundamentais contra o relativismo das convicções pessoais do intérprete.

O desafio mais hercúleo, contudo, reside no enfrentamento ao utilitarismo, sendo que essa doutrina define como correto o ato que "maximiza a felicidade geral" ou o bem-estar da maioria (Gargarella, 2008, p. 03-04).

À primeira vista, o utilitarismo seduz pela sua aparente racionalidade e igualitarismo. Como destaca Gargarella (2008, p. 04-06), ele oferece um método de cálculo para sanar controvérsias e considera as preferências de "pessoas reais", tratando-as, *prima facie*, de forma igualitária no cômputo geral.

Isso posto, foi exatamente essa lógica fria que permeou a defesa da exclusão do menor sob guarda na Reforma da Previdência (EC 103/2019), pois, o argumento do "equilíbrio

financeiro e atuarial" nada mais é do que um cálculo utilitarista, no qual se busca a solvência do Estado (o corpo social), ainda que ao preço do direito de alguns.

Todavia, é aqui que reside a falha moral insuperável denunciada por Rawls. Uma vez que o utilitarismo transpõe para a sociedade uma lógica de sacrifício aceitável apenas na esfera íntima. Afinal:

No nível pessoal pode ser razoável aceitar determinados sacrifícios – a dor que uma injeção nos causa – em prol de benefícios imediatos – reduzir uma dor infinitamente maior em outra parte do corpo. No entanto, no nível social teríamos razões para considerar inaceitável, por exemplo, o desejo de impor sacrifícios às gerações presentes em prol de benefícios para gerações futuras. Poderíamos rejeitar razoavelmente, mais ainda, a pretensão de impor graves sacrifícios a determinado setor da sociedade com o único objetivo de melhorar o nível de vida dos demais. (Gargarella, 2008, p. 07-08)

Portanto, ao tratar a sociedade como um corpo único, o utilitarismo autoriza a amputação de "partes", minorias vulneráveis, em prol do todo. A exclusão do menor sob guarda foi, em essência, a supressão de um direito de um grupo hipossuficiente para "sanear" as contas da maioria.

Rawls rechaça essa visão teleológica e propõe uma ética deontológica, na qual a correção moral de um ato reside em suas qualidades intrínsecas, isto é, o respeito à dignidade humana, e não em suas consequências econômicas (Gargarella, 2008, p. 04).

Nessa senda, a operação utilitarista é ilegítima e ignora a "distinção entre as pessoas". Haja vista que o menor sob guarda é um sujeito autônomo de direitos, não uma engrenagem ajustável do orçamento público. A teoria utilitarista, portanto, revela-se compatível com a violação de direitos fundamentais em nome do "bem-estar majoritário" (Gargarella, 2008, p. 11), tornando-se incompatível com a Proteção Integral da Infância.

Por fim, a superioridade da "justiça como equidade" sobre o utilitarismo prova-se pelo argumento da estabilidade contratual. Rawls argumenta que, se indivíduos livres e iguais fossem colocados em uma situação hipotética de escolha (a Posição Original), jamais elegeriam o utilitarismo para reger seus destinos.

Isso posto, indubitavelmente, nenhum ser racional, em sã consciência, firmaria um "contrato social" aceitando que seus direitos básicos pudessem ser revogados por conveniência da maioria. O risco de ser a "vítima" do cálculo utilitarista é inaceitável, nesse sentido:

A fidelidade ao sistema social pode exigir que alguns, especialmente os menos favorecidos, tenham que renunciar a certas vantagens em benefício de um bem coletivo maior. Por isso, o sistema não seria estável a menos que aqueles que têm de se sacrificar identifiquem-se firmemente com interesses mais amplos que os seus. (Rawls *apud* Gargarella, 2008, p. 12-13)

Destarte, a exclusão previdenciária do menor sob guarda gera instabilidade institucional porque exige que os mais vulneráveis suportem o ônus do ajuste fiscal. E uma sociedade justa, ao contrário, é aquela cujas instituições garantem a inviolabilidade de cada cidadão, tornando a proteção social um compromisso inegociável, e não uma variável de ajuste contábil.

5.3. A abstração do contrato social

Assim, rejeitadas as soluções intuicionistas e utilitaristas para os dilemas distributivos, Rawls retoma a tradição do pensamento político liberal, porém sob uma nova perspectiva. O autor não se propõe a descrever a origem histórica do Estado, mas a empregar a ideia do contrato como um artifício teórico destinado a conferir legitimação moral aos princípios de justiça.

Como o próprio Rawls (2016, p. 13) elucida, seu fito é "apresentar uma concepção de justiça que generalize e eleve a um nível mais alto de abstração a conhecida teoria do contrato social", dialogando com as obras de Locke, Rousseau e Kant.

Nesse sentido, a inovação rawlsiana reside na definição do objeto desse pacto, afinal, não se trata de um acordo para inaugurar uma sociedade ou estabelecer uma forma específica de governo, mas sim de um consenso sobre "os princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade" (Rawls, 2016, p.13).

Ante o exposto, a via contratualista não é mero adorno estilístico; possui função normativa. Segundo Gargarella (2008, p. 13-14), o contratualismo oferece respostas consistentes para duas questões fundamentais da moralidade: o que a moral exige de nós e por que devemos obedecer às regras?

Logo, a resposta contratualista é direta: a moral exige o cumprimento das obrigações assumidas, e a obediência às regras deriva do fato de que, hipoteticamente, nos comprometemos com elas.

Não obstante, torna-se crucial entender que o contrato proposto por Rawls é uma construção intelectual, e não um evento histórico. Trata-se de um contrato hipotético.

Em consonância, Gargarella (2008, p. 14-15) adverte que essa modelagem teórica implica uma rejeição às versões não idealizadas do contratualismo. Rawls refere-se a um acordo que sob "condições ideais", nas quais nosso caráter de seres livres e iguais fosse plenamente respeitado.

Sob tal ótica, a idealização é necessária para evitar que as assimetrias do mundo real, como o poder econômico ou a força política, venham a contaminar a justiça do acordo.

Além disso, o contrato possui escopo delimitado, por não se tratar de uma teoria ética total. Rawls (2016, p. 20) enfatiza que a justiça como equidade não constitui uma teoria contratualista abrangente de todas as virtudes humanas, mas se concentra estritamente na formulação dos princípios de justiça.

Ademais, o foco recai sobre a estrutura básica da sociedade. Com efeito, os princípios derivados desse contrato não se destinam a solucionar, de forma imediata, problemas cotidianos ou casos particulares isolados, mas operam como critérios de natureza macroestrutural. Nessa linha, Gargarella (2008, p. 19) assinala que o objeto primário da justiça é “o modo como as instituições sociais mais importantes distribuem os direitos e deveres fundamentais”.

Por fim, ao transpor essa construção teórica para a realidade previdenciária, tem-se que o contrato rawlsiano não se ocupa de decidir se determinado indivíduo deve, em concreto, receber um benefício específico, mas de avaliar se o desenho institucional da Previdência Social, enquanto componente da estrutura básica da sociedade, revela-se justo ao instituir determinadas categorias de inclusão e exclusão.

5.4. As Circunstâncias de Justiça: escassez moderada e cooperação

A aplicabilidade desse modelo pressupõe a existência de uma "sociedade bem organizada", vocacionada a promover o bem de seus membros (Gargarella, p. 19-20). Contudo, essa sociedade não é um paraíso de recursos ilimitados.

Nesse sentido, Rawls opera dentro do que denomina circunstâncias de justiça. Segundo Gargarella (2008, p. 20), esse cenário é caracterizado, fundamentalmente, por dois elementos. O primeiro é a escassez moderada, na qual não há abundância extrema; o que tornaria a justiça distributiva desnecessária, como em uma utopia marxista de superprodução, nem escassez absoluta, que inviabilizaria qualquer forma de cooperação social.

O segundo é a vulnerabilidade mútua, uma vez que os indivíduos são, em certa medida, semelhantes em suas capacidades e igualmente expostos às agressões ou à falta de cooperação por parte dos demais.

A partir dessa moldura teórica, a teoria rawlsiana passa a dialogar diretamente com a discussão previdenciária. O argumento estatal comumente invocado para a exclusão do menor sob guarda é o da escassez de recursos, traduzido no alegado déficit atuarial. Rawls não nega a existência da escassez; ao contrário, parte dela como dado estrutural.

Contudo, utiliza o contrato hipotético como instrumento para definir como os recursos limitados devem ser distribuídos de modo justo, impedindo que a escassez funcione como pretexto normativo para o abandono dos mais vulneráveis.

Diante desse quadro, uma vez compreendido que Rawls propõe um contrato hipotético destinado a regular a estrutura básica de uma sociedade marcada pela escassez moderada, impõe-se a seguinte indagação: quais são as regras que orientam esse procedimento de escolha?

Por conseguinte, serão examinadas a seguir as características distintivas desse mecanismo decisório, delineado na teoria da justiça a partir do conceito central da posição original.

5.5. A Posição Original e o “Véu da Ignorância”

Para que os princípios de justiça destinados a reger a estrutura básica da sociedade sejam legítimos, é indispensável que resultem de um procedimento equitativo.

Nesse contexto, Rawls (2016, p. 21) denomina de Posição Original o *status quo* inicial a partir do qual tais princípios são escolhidos. Trata-se de uma situação hipotética de deliberação, concebida precisamente para assegurar que nenhum indivíduo seja favorecido ou prejudicado por contingências sociais ou naturais no momento de definir as regras da cooperação social.

A partir dessa construção, a escolha dos princípios de justiça passa a vincular-se diretamente à teoria da escolha racional. Com efeito, uma concepção de justiça revela-se mais justificável do que outra na medida em que pessoas racionais, colocadas em condições de igualdade, a escolheriam em detrimento de alternativas concorrentes (Rawls, 2016, p. 21).

Para garantir a integridade desse procedimento, Rawls introduz o Véu da Ignorância, elemento central da Posição Original. Com o objetivo de assegurar a imparcialidade da deliberação, pressupõe-se que os participantes estejam privados de determinadas informações a respeito de si mesmos.

Portanto, eles desconhecem sua classe social, seu *status* econômico, sua inteligência, força ou talentos naturais. Além disso, ignoram sua própria concepção de bem e suas propensões psicológicas específicas (Gargarella, 2008, p. 21).

A finalidade desse bloqueio de informações é impedir que os princípios de justiça sejam moldados para atender a interesses particulares ou circunstanciais. Rawls (2016) ilustra essa necessidade por meio do seguinte exemplo:

Por exemplo, se determinado homem soubesse que era rico, poderia achar razoável defender o princípio de que os diversos impostos em favor do bem-estar social fossem considerados injustos; se ele soubesse que era pobre, seria bem provável que propusesse o princípio oposto. Para representar as restrições desejadas, imagina-se uma situação na qual todos carecem desse tipo de informação. Exclui-se o conhecimento dessas contingências que geram discórdia entre os homens e permitem que se deixem levar pelos preconceitos. (Rawls, 2016, p. 22-23)

Dessa forma, o Véu da Ignorância opera como um verdadeiro "teste intuitivo de equidade" (Kymlicka *apud* Gargarella, 2008, p. 22), assegurando que a escolha dos princípios de justiça não seja condicionada pelo acaso das circunstâncias biográficas.

Nesse mesmo sentido, Oliveira (201, p. 114) ressalta que tal mecanismo não corresponde a um evento histórico nem a uma assembleia real, mas a um recurso heurístico, passível de ser mobilizado em qualquer tempo, de modo a garantir que as conclusões acerca da justiça permaneçam estáveis e coerentes ao longo das diferentes épocas.

5.6. Os bens primários e a racionalidade da solidariedade

Mesmo sob o Véu da Ignorância, os indivíduos permanecem agentes racionais, orientados à promoção de seus próprios objetivos. Todavia, para que possam deliberar em condições de incerteza, buscam assegurar o melhor acesso possível aos denominados bens primários, isto é, aqueles meios gerais indispensáveis à realização de qualquer plano de vida.

Segundo Kymlicka (2006, p. 83), tais bens subdividem-se em duas categorias. Os bens primários sociais, distribuídos diretamente pelas instituições, compreendem renda, riqueza,

direitos, liberdades e oportunidades. Já os bens primários naturais, embora influenciados pelo arranjo institucional, não são por ele diretamente distribuídos, abrangendo elementos como saúde, inteligência e talentos.

Nesse ponto, revela-se a genialidade da proposta rawlsiana, pois, sob o Véu da Ignorância, o interesse próprio racional converte-se em solidariedade institucionalizada. Como o indivíduo ignora se ocupará a posição de um herdeiro abastado ou a de um menor sob guarda em situação de vulnerabilidade, é conduzido a identificar-se com a condição de todos os demais.

Assim, ao deliberar sobre o que seria melhor para si, acaba por decidir o que é melhor para todos, de maneira imparcial e universalizável (Kymlicka, 2006, p. 83).

Ademais, a intuição fundamental que sustenta essa construção teórica reside na ideia de que o ideal de justiça não pode admitir que indivíduos sejam prejudicados por circunstâncias alheias à sua vontade ou às suas escolhas conscientes (Gargarella, 2008, p. 26).

É justamente nesse ponto que a aplicação ao tema do menor sob guarda atinge seu ápice. A condição de uma criança que necessita de guarda judicial constitui uma contingência social e natural pela qual ela não detém qualquer responsabilidade.

Trata-se, em termos rawlsianos, de um verdadeiro “acaso da vida”, que não pode ser instrumentalizado pelas instituições sociais, como a Previdência Social, para justificar a restrição de direitos ou a imposição de barreiras burocráticas adicionais, a exemplo da exigência de prova de miserabilidade introduzida pela Lei nº 15.108/2025.

Por fim, ao confrontar a exclusão previdenciária do menor sob guarda com a lógica da Posição Original, evidencia-se que nenhum indivíduo racional, ignorando se nasceria como filho biológico ou como menor sob guarda, aceitaria uma norma que submetesse este último a um regime de desconfiança ou desamparo institucional.

Desse modo, a Proteção Integral revela-se o único resultado compatível com o acordo que pessoas livres e iguais firmariam em condições equitativas, sob o Véu da Ignorância.

5.7. Os Dois Princípios da Justiça: a resposta institucional à "loteria da natureza"

Retomando a premissa anteriormente discutida de que “a justiça é a virtude primeira das instituições sociais, assim como a verdade o é dos sistemas de pensamento” (Rawls, 2016, p.

4), observa-se que os sujeitos situados na Posição Original, ao deliberarem sob o Véu da Ignorância e agirem como agentes racionais e moralmente iguais, tenderiam a comprometer-se com dois princípios fundamentais destinados a organizar a estrutura básica da sociedade (Gargarella, 2008, p. 22).

A partir dessa deliberação, Rawls (2016, p. 73) sustenta que a formulação e a aplicação desses princípios obedecem a uma ordem léxica de prioridade:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas. Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos.” (Rawls, 2016, p. 73)

Enquanto o primeiro princípio assegura liberdades civis e políticas iguais, o foco da presente investigação recai sobre o segundo princípio, mais especificamente sobre sua vertente conhecida como Princípio da Diferença (item “a”).

Trata-se do instrumento normativo responsável por reger a equidade distributiva e a justiça social no âmbito das instituições, permitindo avaliar se a estrutura básica, inclusive o sistema de Seguridade Social, cumpre adequadamente sua função ética (Sen, 2011, p. 90).

A necessidade desses princípios decorre do reconhecimento da chamada “loteria da natureza”, isto é, do fato de que os indivíduos nascem em circunstâncias sociais e biológicas profundamente desiguais; verdadeiros acasos sobre os quais não exercem qualquer controle.

Nesse ponto, Gargarella (2008, p. 27-28) destaca o dissenso filosófico acerca da resposta estatal a essas contingências. Para as correntes libertárias, a sociedade não deve intervir para corrigir tais acasos, sob pena de instaurar um Estado excessivamente intrusivo. Rawls (2016), contudo, adota posição diametralmente oposta.

Para o autor, a natureza em si não é justa nem injusta; o que pode ser qualificado moralmente é o modo como o sistema institucional processa e responde a esses fatos naturais (Gargarella, 2008, p. 28).

Dessa forma, o sistema social não deve ser compreendido como uma ordem imutável, mas um “padrão controlável de ação humana” (Oliveira, 2015, p. 107). O objeto primário da

justiça é, portanto, a estrutura básica da sociedade, uma vez que é ela que define a distribuição adequada dos benefícios e encargos da vida social (Rawls, 2016, p. 65-66).

Assim, uma instituição como o RGPS, enquanto sistema público de normas, ao ignorar a vulnerabilidade do menor sob guarda, contingência típica da “loteria da vida”, falha em sua missão ética fundamental. A injustiça, nesse sentido, consiste simplesmente na produção de desigualdades que não se revelam vantajosas para todos (Rawls, 2016, p. 75).

5.8. O Princípio da Diferença como expressão de fraternidade

É nesse cenário que o Princípio da Diferença assume centralidade normativa, ao introduzir uma inovação decisiva: as desigualdades sociais e econômicas somente são admissíveis se resultarem no maior benefício possível para os membros da sociedade em pior situação (Sen, 2011, p. 90).

Tal formulação resgata e operacionaliza o ideal democrático da fraternidade, compreendido como a recusa em aceitar vantagens pessoais superiores, salvo quando estas implicarem benefícios concretos para aqueles que se encontram em posição de desvantagem (OLIVEIRA, 2015, p. 108).

Justifica-se, assim, a ênfase conferida a esse princípio, sobretudo em razão de sua resistência estrutural à lógica utilitarista. Rawls (2016, p. 79–80) é categórico ao afirmar que não se admite justificar desigualdades de renda ou vantagens institucionais com base no argumento de que as desvantagens impostas a alguns seriam compensadas por benefícios maiores concedidos a outros.

A justiça, nesse modelo, utiliza a distribuição dos bens sociais primários como meio de preservar a autoestima e a condição moral dos indivíduos, rejeitando o sacrifício de grupos vulneráveis em nome de um suposto bem-estar coletivo.

5.9. A justiça previdenciária e a proteção do menor sob guarda

No âmbito da teoria rawlsiana, os “menos favorecidos” são identificados a partir de três tipos principais de contingências: origem familiar desfavorável, dotes naturais insuficientemente desenvolvidos e eventos de sorte adversa ao longo da vida (Oliveira, 2015, p. 107).

Sob esse critério, o menor sob guarda enquadra-se perfeitamente nessa categoria. Sua condição decorre, via de regra, de uma tragédia familiar ou social que o privou do amparo dos pais biológicos.

Consequentemente, a exclusão de benefícios previdenciários ou a imposição de barreiras adicionais, como a exigência de prova de insuficiência de recursos para o próprio sustento prevista na Lei nº 15.108/2025, configura violação direta ao Princípio da Diferença, na medida em que aprofunda a desvantagem de quem já foi prejudicado pela “loteria da vida”.

Nesse contexto, o argumento do equilíbrio atuarial, frequentemente invocado como vantagem para a coletividade ou para o Estado, não pode servir de fundamento legítimo para a supressão do sustento de crianças em situação de vulnerabilidade.

Como observa Oliveira (2015, p. 107–108), a estrutura básica da sociedade deve ser desenhada de modo a fazer com que as contingências operem em favor dos menos favorecidos, e não para puni-los por sua má sorte.

Por fim, a proteção do menor sob guarda deve ser compreendida como uma exigência de justiça procedimental pura. Ao assegurar a igualdade equitativa de oportunidades e aplicar corretamente o Princípio da Diferença, as instituições garantem um procedimento justo que conduz, necessariamente, a resultados moralmente aceitáveis (OLIVEIRA, 2015, p. 105–106).

Como adverte Rawls (2016, p. 69), uma norma específica pode tornar uma instituição injusta se, ao integrar o sistema normativo, falhar na proteção dos vulneráveis. Não se trata de caridade, mas da retificação de uma injustiça institucional.

6. CONCLUSÃO

A trajetória do menor sob guarda no cenário previdenciário brasileiro revela-se, à luz da investigação desenvolvida ao longo deste trabalho, como um autêntico pêndulo de incertezas normativas e institucionais.

A tutela social destinada a esse grupo hipervulnerável oscilou, nas últimas décadas, entre avanços pontuais e retrocessos estruturais, ora aproximando-se do núcleo axiológico da dignidade da pessoa humana, ora subordinando-se à rigidez de uma racionalidade atuarial excludente.

Tal instabilidade mostra-se manifestamente incompatível com o ideal de Justiça como Equidade, formulado por John Rawls, sobretudo quando em jogo a proteção de crianças privadas do convívio parental e economicamente dependentes de seus guardiões.

Com efeito, Rawls (2016, p. 4) afirma que “a justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento”. Sob essa premissa, evidencia-se que a exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes previdenciários, inicialmente promovida pela Lei nº 9.528/1997 e posteriormente reiterada pela Emenda Constitucional nº 103/2019, consubstanciou uma falha institucional grave, reveladora de um déficit de legitimidade moral do sistema.

Ao suprimir a proteção previdenciária sob o argumento genérico de combate a fraudes, o Estado acabou por violar o próprio pacto social hipotético erigido sob o “véu da ignorância”: se os formuladores das normas desconhecessem sua posição concreta na estrutura social, dificilmente optariam por um arranjo institucional que relegasse ao desamparo uma criança afastada de seus pais e dependente economicamente de um terceiro.

A pesquisa demonstrou, ademais, que a antinomia instaurada entre a legislação previdenciária restritiva e os comandos do Estatuto da Criança e do Adolescente exigiu uma atuação corretiva do Poder Judiciário. Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça, ao fixar o Tema 732, bem como o Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIs nº 4.878 e nº 5.083, reafirmaram a primazia da Doutrina da Proteção Integral, reconhecendo que a existência de fraudes não legitima a supressão abstrata de direitos fundamentais.

Como bem adverte Balera (*apud* Costa, 2013), não se pode lançar o menor legitimamente sob guarda em uma “vala comum” normativa em razão de distorções pontuais do sistema, sob pena de converter exceções em regra e vulnerabilidades em verdadeira condenação jurídica.

A promulgação da Lei nº 15.108/2025 representa, sem dúvida, um avanço relevante ao reintegrar expressamente o menor sob guarda ao rol de dependentes previsto no art. 16 da Lei nº 8.213/1991. Todavia, a análise crítica do novo diploma, à luz dos apontamentos de Carvalho et al. (2025), revela que a equidade substancial ainda não foi plenamente alcançada.

Ao condicionar a concessão do benefício à comprovação de que o menor “não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação”, o legislador instituiu uma exigência burocrática e seletiva que não recai sobre os filhos biológicos, subvertendo a presunção de dependência econômica que deveria orientar, de modo uniforme, a tutela jurídica da infância.

Nesse sentido, a aplicação do Princípio da Diferença de Rawls (2016, p. 80) evidencia a insuficiência do modelo vigente. As desigualdades institucionais somente se justificam quando estruturadas para beneficiar os menos favorecidos; contudo, no caso em exame, o sistema previdenciário ainda opera sob uma lógica defensiva e desconfiada, deslocando para o próprio vulnerável o ônus de provar sua necessidade.

Tal racionalidade não apenas fragiliza a proteção social, como também contribui para a reprodução das desigualdades estruturais que a Previdência Social, enquanto pilar do Estado Democrático de Direito, deveria mitigar.

Conclui-se, portanto, que a realização da verdadeira justiça social somente será possível quando o menor sob guarda for acolhido pelo sistema previdenciário com a mesma incondicionalidade jurídica e presunção protetiva conferidas aos filhos, sem distinções que reforcem estigmas ou aprofundem vulnerabilidades.

Assim, enquanto subsistirem critérios diferenciados e obstáculos probatórios desproporcionais, a Previdência Social continuará a oscilar entre a promessa constitucional de solidariedade e a prática seletiva da exclusão. Superar esse paradoxo não constitui apenas uma exigência técnica do Direito Previdenciário, mas um imperativo ético de uma sociedade que se pretende justa, democrática e genuinamente comprometida com a Proteção Integral da Infância.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Um outro país: transformações no direito, na ética e na agenda do Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BITTENCOURT, Renata Osório Caciquinho; BORSIO, Marcelo Fernando; PIRES, Luiz Henrique Paiva. **A (in)visibilidade do menor sob guarda e a pensão por morte**. *Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social*, v. 7, n. 2, p. 63–79, jul./dez. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

BRASIL. **Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927**. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. *Diário Oficial da União*: Rio de Janeiro, 1927.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*: Rio de Janeiro, 1916.

BRASIL. **Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979**. Institui o Código de Menores. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 11 out. 1979.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 16 jul. 1990.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 25 jul. 1991.

BRASIL. **Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997**. Altera dispositivos das Leis nº 8.212 e nº 8.213, ambas de 1991. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 11 dez. 1997.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019**. Altera o sistema de previdência social. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 13 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. **Lei nº 15.108, de 13 de março de 2025.** Altera a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 14 mar. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.878/DF.** Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 10 jun. 2021. *Diário da Justiça Eletrônico*: Brasília, DF, mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.083/DF.** Relator: Min. Dias Toffoli. Julgamento em 10 jun. 2021. *Diário da Justiça Eletrônico*: Brasília, DF, mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema nº 1.271.** Suspensão nacional de processos. Decisão monocrática do Min. André Mendonça, 21 jan. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Tema Repetitivo nº 732.** Direito do menor sob guarda à pensão por morte. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Julgamento em 11 out. 2017. *Diário da Justiça Eletrônico*: Brasília, DF, fev. 2018.

CARDOSO, Oscar Valente. **Direito da criança ou adolescente sob guarda à pensão por morte.** *Revista CEJ*, Brasília, ano XIV, n. 48, p. 77-86, jan./mar. 2010.

CARVALHO, Áurea; LISBOA, Andressa Felix; OLIVEIRA, Danilo de; COUTO, Monica Bruno. **Do Reconhecimento à Omissão: A Guarda Judicial e a (In)segurança Jurídica da Pensão por Morte.** In: *ANAIS DO XIV ENCONTRO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO*, 2025.

COSTA, Wagner Oliveira da. **A pensão por morte no Regime Geral de Previdência Social: análise do requisito da dependência econômica.** *Publicações da Escola da AGU*, Brasília, Eixo Previdenciário, p. 471–487, 2013.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. Tradução: Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**: uma introdução. Tradução de Luís Carlos Borges. Revisão da tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MELO, Gabriel Fernando Guabiraba; CARVALHO, Lucas Paes Barreto Ferreira Torreira de; FILHO, Manoel Bernardino da Silva; MESQUITA, Roberto Alan Torres de; NASCIMENTO, Ailton Alves do; RÊGO, Sidney da Silva. **Guarda judicial e pensão por morte: um estudo sobre os institutos, seus aspectos históricos e a decisão proferida nas ações diretas de inconstitucionalidade 5.083 e 4.878**. *Revista Eletrônica Direito & Conhecimento*, v. 7, n. 1, jan./jun. 2023.

OLIVEIRA, Pablo Camargo de. **Concepções de justiça em Chaïm Perelman e John Rawls**: introdução ao debate multidisciplinar entre relativismo e universalismo. Curitiba: CRV, 2015.

RAWLS, John. **Justiça como equidade: uma reformulação**. Org. Erin Kelly. Trad. Claudia Berliner. Rev. técnica Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2003. (Justiça e Direito).

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Jussara Simões. Rev. técnica Álvaro de Vita. 4. ed. rev. São Paulo: Martins Fontes, 2016. (Coleção Justiça e Direito).

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*, São Paulo, v. 34, n. 158, jul./dez. 2023.

SANTOS, Fabiano Rabaneda dos. **Reflexões sobre o uso inadequado do termo “menor” e sua influência na (des)proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes**. Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, 1 jun. 2023. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1988>. Acesso em: 5 jan. 2025.

SARAIVA, Verônica Ribeiro. **A teoria de justiça rawlsiana e as ações afirmativas pela iniciativa privada.** In: JEVEAUX, Geovany Cardoso; CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano (org.). *Teorias da justiça na prática.* Vitória: Seção Judiciária do Espírito Santo, 2022.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça.** Tradução: Denise Bottmann; Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

TAVARES, Marcelo Leonardo; ALMEIDA, Fernanda Cabral de. **A (des)proteção previdenciária da criança e do adolescente sob guarda: uma insegurança prolongada.** *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 61, n. 241, p. 191–217, jan./mar. 2024.

TOLEDO, Simone Seghese de; JERONIMO, Nayara. **Guarda para efeitos previdenciários: a concessão do benefício pensão por morte no Regime Geral de Previdência Social.** *RJLB*, ano 1, n. 6, p. 1513-1545, 2015.