

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

ESTER FRANCIELE DA SILVA

**A CRIANÇA E O ADOLESCENTE SOB GUARDA E O DIREITO AO
BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DA PENSÃO POR MORTE**

Florianópolis

2014

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

ESTER FRANCIELE DA SILVA

**A CRIANÇA E O ADOLESCENTE SOB GUARDA E O DIREITO AO
BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DA PENSÃO POR MORTE**

Monografia submetida à Universidade Federal
de Santa Catarina para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Josiane Rose
Petry Veronese

Florianópolis

2014

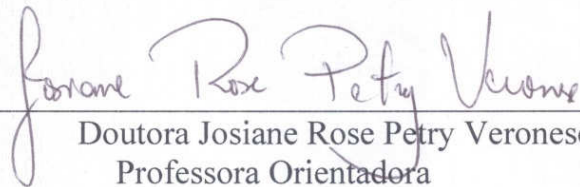


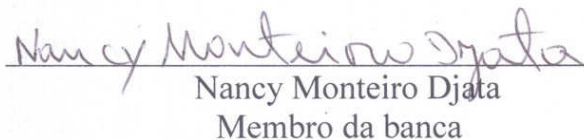
Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
Colegiado do Curso de Graduação em Direito

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada “**A Criança e o Adolescente sob guarda e o direito ao benefício previdenciário da pensão por morte**”, pela acadêmica ESTER FRANCIELE DA SILVA defendida nesta data e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (Dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE, bem como, pela Res. CNE/CES/09/2004.

Florianópolis, 30 de junho de 2014.


Doutora Josiane Rose Petry Veronese
Professora Orientadora


Nancy Monteiro Djata
Membro da banca


Ilson Krieger
Membro da banca

Dedico este trabalho aos meus pais, José e Célia,
por terem me dado asas e me permitido voar.

“A história é um labirinto. Acreditamos saber que existe uma saída, mas não sabemos onde está. Não havendo ninguém do lado de fora que nos possa indicá-la, devemos procurá-la nós mesmos. O que o labirinto ensina não é onde está a saída, mas quais são os caminhos que não levam a lugar algum.”

Norberto Bobbio

Resumo

Esta monografia aborda as origens e consequências da alteração legislativa operada pela Lei 9.528/97, dando nova redação ao artigo 16, § 2º ao Plano de Benefícios da Benefícios da Previdência Social, Lei 8.213/1991, retirou as crianças e adolescentes sob guarda do rol de dependentes do segurado previdenciário, fazendo com que perdessem o direito à percepção da pensão por morte de seu guardião. Anteriormente, eles tinham esse direito previdenciário garantido, desde que fossem dependentes econômicos do segurado. Essa alteração provocou um conflito entre normas previstas na Lei nº 8.213/91 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que este expressamente declara que crianças e adolescentes sob guarda são dependentes de seu guardião para todos os fins, inclusive previdenciários. A existência desta antinomia jurídica tem provocado polêmica sobre qual lei deveria ser aplicada no caso concreto. Para oferecer um embasamento para uma compreensão adequada sobre o tema, este trabalho analisa os fundamentos do direito da criança e do adolescente, e os institutos de inserção em família substituta, especialmente a guarda. Assim como os principais aspectos para a compreensão do sistema previdenciário e do benefício da pensão por morte. Devido a este conflito normativo, foram propostas diversas ações na justiça, buscando a manutenção deste direito. Apesar da justiça federal geralmente tenha reconhecido esse direito, decisões do Superior Tribunal de Justiça tem prestigiado a interpretação pela especialidade da norma previdenciária para afastar a aplicação do Estatuto da Criança e do adolescente. Também foram propostas Ações Diretas de Inconstitucionalidade e Projetos de Lei buscando reverter os resultados da referida alteração legislativa.

Palavras-chave: direito da criança e do adolescente, guarda estatutária, direito previdenciário, criança ou adolescente sob guarda, menor sob guarda, pensão por morte.

Sumário

Introdução	7
1 O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	11
1.1 Aspectos históricos e princípios do Direito da Criança e do Adolescente	11
1.1.1 Aspectos históricos sobre os direitos da infância no Brasil	11
1.1.2 A transição para a doutrina da proteção integral.....	14
1.1.3 Os princípios do direito da criança e do adolescente	16
1.2 Convivência familiar e Família Substituta.....	18
1.3 A Guarda Estatutária.....	21
1.3.1 Classificação e procedimento.....	23
2 O DIREITO PREVIDENCIÁRIO.....	28
2.1 Breve histórico da Seguridade Social no Brasil.....	28
2.1.2 A Seguridade Social	30
2.2 A Previdência Social.....	33
2.2.1 Os benefícios previdenciários	34
2.2.2 A falácia do déficit previdenciário	35
2.3 O benefício previdenciário da pensão por morte	37
2.3.1 Dependência da criança ou adolescente sob guarda.....	39
3 O CONFLITO DE NORMAS E AS DECISÕES JUDICIAIS	43
3.1 As diversas decisões judiciais a respeito do mesmo tema	44
3.1.1 Entendimento dos Juizados Especiais Federais	45
3.1.2 Entendimento do Superior Tribunal de Justiça	46
3.1.3 Entendimento do Supremo tribunal Federal.....	49
3.2 Critérios para a solução da antinomia.....	50
3.3 Em busca de uma solução definitiva.....	54
3.3.1 Projetos de Lei.....	54
3.3.2 Ações Diretas de inconstitucionalidade	56
CONCLUSÃO.....	62
REFERÊNCIAS	65

Introdução

Neste trabalho serão abordados os principais aspectos envolvidos na alteração operada pela Lei 9.528/1997 no artigo 16, § 2º da Lei de Planos de Benefícios da Previdência Social - Lei 8.213/1991. O referido dispositivo deixou de mencionar de maneira expressa a criança ou adolescente sob guarda como dependente do segurado do Regime Geral de Previdência Social. Excluídos do rol de dependentes, não teriam eles direito ao benefício da pensão por morte do guardião. Essa alteração na lei previdenciária é conflitante com o Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.069/1990, que expressamente declara que crianças e adolescentes sob guarda são dependentes de seu guardião para todos os fins, inclusive previdenciários.

Devido a este conflito, surgiu uma divergência sobre qual das leis aplicar nos casos concretos. Buscando a manutenção do direito à pensão, foram propostas diversas ações judiciais. Não obstante a justiça federal geralmente tenha concedido às crianças e adolescentes sob guarda o benefício da pensão por morte, decisões do Superior Tribunal de Justiça tem decidido em sentido contrário, prestigiado a interpretação pela especialidade da norma previdenciária para afastar a aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por outro lado, buscando afastar a incidência da lei previdenciária, foram propostas Ações Diretas de Inconstitucionalidade pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e pela Procuradoria Geral da República. Entre as alegações de inconstitucionalidade da Lei n. 9.528/97, estão a violação aos princípios constitucionais de isonomia, da vedação ao retrocesso social, do princípio da universalidade da Seguridade Social e do princípio da proteção integral à criança e ao adolescente. Enquanto o STF não se manifesta definitivamente sobre o tema, permanece a polêmica nos tribunais, com decisões contraditórias até mesmo entre órgãos colegiados da mesma Corte. A questão ainda se desenrola nos tribunais, com constantes mudanças de posicionamento, não tendo ainda uma resposta completamente pacificada.

Tendo em vista que a Constituição da República Federativa do Brasil consagrou a Doutrina da Proteção Integral, o problema suscitado nesta pesquisa é definir se a referida alteração na lei previdenciária se coaduna com os direitos das crianças e adolescentes. O método de abordagem empregado é o dedutivo, através da técnica de pesquisa bibliográfica.

O tema traz à tona uma reflexão sobre o dever do Estado de implementar as medidas necessárias para que as crianças e os adolescentes fiquem protegidos de situações que os coloquem em risco ou que confisquem o mínimo existencial, sem o qual a dignidade da pessoa humana se torna um discurso vazio. O assunto tratado revela-se importante na medida em que analisa a possibilidade do sistema normativo estar deixando desamparados aqueles que está obrigado a proteger, violando as garantias de proteção previstas na Constituição da República Federativa do Brasil.

Pretende-se neste trabalho, primeiramente abordar algumas questões essenciais à compreensão do direito da criança e do adolescente e do direito previdenciário. Em seguida, examinar a matéria controversa e os fundamentos das correntes de opinião a favor e contra a aplicação da lei previdenciária, conforme os critérios para soluções de antinomias. Por fim, objetiva-se levantar as alegações quanto à inconstitucionalidade da lei que alterou o rol de dependentes previdenciários.

A primeira seção tratará sobre a construção normativa do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil e a mudança da Doutrina da Situação Irregular para a Doutrina da Proteção Integral. Esse novo embasamento teórico-conceitual colocou as crianças e adolescentes como sujeitos de direito, em situação peculiar de desenvolvimento.

A nova doutrina se consolida o artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil, que declara os direitos especiais da infância e adolescência brasileira, entre os quais o direito à convivência familiar. O texto constitucional reconhece a importância da família como alicerce da organização social, e sendo a base da sociedade, merece especial proteção do Estado.

Será visto que, sintonizado com os mandamentos constitucionais, o Estatuto da Criança e do Adolescente previu a colocação em família substituta como forma de garantir a convivência familiar às crianças e adolescentes que por qualquer motivo não possam viver na companhia de seus pais biológicos.

Entre as formas de colocação em família substituta está a guarda, que obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. A guarda é um instituto que se destina regularizar as chamadas *guardas de fato*, podendo ser deferidas liminar ou incidentalmente nos processos de adoção ou tutela, ou excepcionalmente, para o atendimento de situações particulares. É, portanto, um instrumento para garantir o melhor interesse da

criança, lhe proporcionando um ambiente familiar em que possa se desenvolver de maneira saudável.

Na segunda seção será abordada a questão do Direito da Seguridade Social, seus fundamentos constitucionais e regulação infraconstitucional. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

A Previdência Social forma um sistema contributivo, financiado pelos trabalhadores, empresas e Estado, de forma a manter um fundo destinado ao sustento de seus segurados nos momentos em que não consigam fazê-lo pelos próprios meios. Destina-se também ao apoio dos dependentes em caso de falecimento do segurado ou do seu recolhimento à prisão.

A pensão por morte é um benefício de risco social, pois a morte é uma contingência imprevista, razão pela qual sua ocorrência deve estar dentro de um pacote de proteção para que seus dependentes, especialmente se menores de dezoito anos, se encontrem devidamente amparados caso ela ocorra.

A terceira e última seção versará quanto ao conteúdo das decisões judiciais sobre o tema. A antinomia jurídica, em princípio, poderia ser solucionada pelos três critérios tradicionalmente aceitos pela doutrina: o hierárquico, o cronológico e o da especialidade. No entanto, a solução não é tão simples, pois existem diferentes interpretações sobre qual seria a lei geral, e qual seria a específica. E dependendo da posição do intérprete o resultado é diferente. Além disso, estes critérios apenas analisam a aplicação da norma pelo viés infraconstitucional.

A questão hermenêutica se torna mais complexa na medida em se passa a estudar a questão no âmbito constitucional. De forma que temos valores aparentemente contrapostos como os da legalidade, previsão de custeio dos benefícios previdenciários e controle atuarial do regime da Previdência Social. Por outro lado, temos também os princípios da isonomia, da dignidade da pessoa humana e da proteção integral.

A alteração efetuada na lei previdenciária não foi bem aceita por parcelas da sociedade, que questionam a sua conformidade com a Constituição Federal. Como resultado desta irresignação, temos atualmente, tramitando na Câmara de Deputados e Senado, projetos de lei que visam restituir de maneira expressa as crianças e adolescente sob guarda no rol de dependentes previdenciários. Além disso, foram propostas perante o Supremo Tribunal

Federal, Ações Diretas de Inconstitucionalidade com a finalidade de reconhecer, de forma inquestionável, a inconstitucionalidade da alteração.

1 O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

1.1 Aspectos históricos e princípios do Direito da Criança e do Adolescente

O direito da criança e do adolescente encontra fundamento jurídico na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, na Constituição da República Federativa do Brasil, Estatuto da Criança e do Adolescente e nas convenções internacionais de proteção aos direitos humanos. Segundo Veronese, pode ser conceituado como o ramo do direito que se ocupa em garantir os direitos fundamentais de “toda criança e adolescente, compreendidas como pessoa humana em processo de desenvolvimento, numa esfera de prioridade absoluta, conforme previsão constitucional e infraconstitucional.” (2006, p. 11)

1.1.1 Aspectos históricos sobre os direitos da infância no Brasil

A concepção de infância que conhecemos hoje vem evoluindo e se desenvolvendo desde o século XV. Mas foi somente no final do século XVII, início do XVIII, que a categoria infância começa a ser identificada pela sociedade. Na Idade Média, a infância não era percebida como categoria diferenciada dos adultos. Entretanto, com a posterior concentração das comunidades humanas nas cidades e o contemporâneo nascimento da escola como instituição (espaço público onde parte das crianças passou a ser educada e socializada), essa situação foi mudando aos poucos. (MACHADO, 2003, p. 29)

A história brasileira também foi marcada pela negação de um lugar específico para a infância, negando as suas condições peculiares de desenvolvimento. Neste sentido, pode-se afirmar que:

Analisar a história da criança brasileira é dar de cara com um passado que se intui, mas que se prefere ignorar, cheio de anônimas tragédias que atravessaram a vida de milhares de meninos e meninas. O abandono de bebês, a venda de crianças escravas que eram separadas de seus pais, a vida em instituições que no melhor dos casos significavam mera sobrevivência, as violências cotidianas que não excluem os abusos sexuais, as doenças, queimaduras e fraturas que sofriam no trabalho escravo (PRIORE, 1991, p.3)

Durante o século XVIII até meados do século XIX predominou o modelo caritativo em relação à infância. A instalação da Roda dos Expostos, que foi a forma de concretizar este modelo assistencial, consistia em um cilindro de madeira que girava sobre um eixo vertical e era encaixada em uma parede grossa. Após deixar o bebê na roda, era só girá-la para dentro da instituição. A criação da roda dos expostos se transformou em uma forma fácil para as famílias se desfazerem de crianças indesejadas ou daquelas que não tinham condições para sustentar. (NASCIMENTO, 2008, p. 100)

Nessa época a prática do abandono foi comum entre famílias que desejavam manter em segredo as suas transgressões aos “padrões morais e cristãos da sociedade da época, principalmente quando se tratava de uniões ilegítimas e dos filhos concebidos fora do casamento, ou ainda em casos em que a mãe fosse solteira”. (LIMA; VERONESE, 2011, p. 36)

A urbanização foi uma das causas do aumento no número de abandonos. Nas cidades eram comuns as endemias, decorrentes da falta de infraestrutura básica, do clima tropical e de uma medicina minimamente desenvolvida. “As crianças eram abandonadas tanto pelos pais que faleciam, como por aqueles que não tinham como criá-las.” (VERONESE, 1999, p. 16)

Já nos hospitais, igrejas e conventos onde ficavam os expostos o índice de mortalidade infantil era absurdo, pois além das inúmeras doenças que as crianças adquiriam, elas também não eram cuidadas com o amor e carinho que mereciam. Muitas vezes os cuidadores chegavam a colocar aguardente no leite para a criança parar de chorar e dormir rapidamente. (NASCIMENTO, 2008, p. 25)

O movimento higienista, surgido nos séculos XVII e XIX, contribuiu para o fim destas instituições, devido à facilidade com que as crianças morriam nestas instituições. Até então, tratamento às crianças carentes e abandonadas se restringia à caridade e à filantropia. Não havia nenhuma política pública específica. Até a instalação da República, o Brasil manteve exclusivamente o modelo caritativo-assistencial de atenção à infância, que se resumiam às ações em torno do abandono. Com as transformações sociopolíticas e econômicas, os intelectuais da época impulsionados pelos ideais progressistas e nacionalistas, concluíram que assistir uma criança não significava somente dar-lhe casa e comida. Aos poucos a forma de atendimento foi mudando para a sócio-jurídica. (VERONESE, 1999, p. 22)

1.1.1 O menorismo no Brasil

Na passagem para o Século XX a infância pobre passa a ser alvo de atenção e cuidados, mas também de receios. Nessa época houve um rompimento entre a Igreja e o Estado, em que este passa a pensar em soluções imediatas para resolver o problema de crianças e adolescentes vagando pelas ruas, e tidos como potencialmente perigosos. (LIMA e VERONESE, 2011, P. 43). A criação de institutos disciplinares foi a solução encontrada para resolver estes problemas sociais:

Foi deste modo que o Estado só fez aumentar as péssimas condições de sobrevivência das camadas empobrecidas, principalmente em decorrência dos baixos salários, das altas jornadas de trabalho e da precarização das relações trabalhistas. Nesse cenário, crianças e adolescentes que não foram absorvidas como mão de obra pelas fábricas, foram recolhidas pela polícia cívica aos institutos disciplinares. (LIMA; VERONESE, 2011, p. 44)

Construiu-se uma diferenciação entre as crianças de “boa família” e as crianças em situação de pobreza e marginalização social:

E assim historicamente se construiu a categoria criança não escola, não-família, criança desviante, criança em situação irregular, enfim, carente/delinquente, que passa a receber um mesmo tratamento - e a se distinguir de nossos filhos, que sempre foram vistos simplesmente como crianças e jovens compondo uma nova categoria, os menores. (MACHADO, 2003, p.33)

Em 1924 é criado o primeiro Juizado de Menores do Brasil, na cidade do Rio de Janeiro. Em 1927 o Brasil aprova o primeiro Código de Menores da América Latina, que consolida a legislação produzida desde a República. Esse código de menores classificava as crianças e adolescentes pelo rótulo da menoridade e se dirigia apenas aos que eram considerados em situação de abandono e delinquência (LIMA; VERONESE, 2011, p. 50). A questão dos fatores econômicos como condição de exclusão ficou de fora da discussão e as propostas eram focadas apenas nas consequências dos problemas sociais. O modelo jurídico do direito do menor, que na verdade foi reduzido ao direito da ação estatal contra o menor, permaneceu praticamente inalterado até 1964.

O Código instituiu uma perspectiva individualizada do problema do menor: a situação de dependência não decorria de fatores estruturais, mas do acidente da orfandade e da incompetência de famílias privadas, portanto, culpava de forma quase que exclusiva a desestrutura familiar. (VERONESE, 1999, p. 28)

A própria condição de pobreza das famílias era motivo para o Estado retirasse dos pais o pátrio poder e tomasse para si a tutela de crianças e adolescentes. Presumia-se que a internação era um bom caminho, por manter crianças e adolescentes isolados de seu ambiente de origem, que os predisponha a delinquência e marginalidade. Após o golpe de 1964, partiu-se para o modelo centrado no controle repressivo assistencial, através da Política Nacional do Bem-Estar do Menor. É criada a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM) com a finalidade de coordenar as entidades executoras da política nacional. A marginalização era o pressuposto para o oferecimento de medidas públicas. (LIMA; VERONESE, 2011, p. 52-53)

A Declaração dos Direitos da Criança de 1959, que reconheceu a criança como sujeito de direitos, não passou de letra morta no Brasil da época, pois “suas ações políticas e a normativa interna estavam na realidade às avessas do projeto de proteção à infância que se discutia no âmbito internacional” (LIMA; VERONESE, 2011, p. 53)

Em 1979 entrou em vigor o Código de Menores, instituindo legalmente em nosso país a Doutrina da Situação Irregular. De acordo com os ensinamentos de Lima e Veronese, o novo Código não representou real ruptura com o modelo anterior. Essa doutrina estigmatizadora, manteve a criança na condição de objeto, violando e restringindo os seus direitos. A institucionalização era a regra para as crianças pobres e destituídas de condições de possuírem uma vida digna. (2011, p. 57)

Conforme Machado, em suma, o ordenamento jurídico cindia a coletividade de crianças e adolescentes em dois grupos distintos, os menores em situação regular e os menores em situação irregular. Ao primeiro grupo aplicava-se o conjunto de regras então denominado direito de família, ao segundo grupo, as regras do direito do menor. (2003, p. 146)

1.1.2 A transição para a doutrina da proteção integral

Após 1980 inicia-se um complexo processo de substituição do direito do menor pelo direito da criança e do adolescente e da doutrina do menor irregular pela da proteção integral. Com a colaboração essencial dos movimentos sociais, e especialmente após a promulgação da nova Constituição, começaram a surgir resultados positivos. Em harmonia axiológica com a supremacia que o valor dignidade da pessoa humana recebeu, foi inserido na Constituição da

República Federativa do Brasil de 1988 um sistema de proteção especial para crianças e jovens, reconhecidos na sua especificidade de seres humanos ainda em desenvolvimento físico, psíquico e emocional. Esse sistema especial de proteção vem expressamente referido no artigo 227, embora não se reduza às garantias ali posicionadas. (LIMA, VERONESE, 2011, p. 61-63)

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990 é instrumento jurídico-político de efetivação aos direitos da infância e adolescência no Brasil. O Estatuto da Criança e do Adolescente surgiu no ordenamento jurídico, principalmente, pela necessidade de regulamentar o dispositivo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e para contemplar em uma lei específica a doutrina da proteção integral. (VERONESE, 1997, p. 15)

Faz-se necessário o reconhecimento do direito da criança e do adolescente como ramo jurídico, que requer a compreensão de sua base teórica essencial, denominada de “teoria da proteção integral”. O delineamento de seus princípios e regras é necessário para evitar confusão entre a antiga doutrina do menor irregular, e a atual doutrina da proteção integral. É preciso ter claros os princípios e valores para não cair na confusão geral que se faz entre menor *versus* criança e adolescente. Temos, então, que:

[...] a Constituição de 1988 criou um sistema especial de proteção dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. Esse sistema especial vem nitidamente inspirado na chamada doutrina da Proteção Integral, [...] É de ver, desde já, que dentro da terminologia que distingue direitos fundamentais individuais de direitos fundamentais sociais, os direitos arrolados no artigo 227 não se reduzem a nenhum dos dois grupos, mas contemplam direitos que se enquadram em ambos. (MACHADO, 2003, p.106)

Conforme os ensinamentos de Veronese (2006, p. 10), a doutrina da proteção integral implica, sobretudo:

- a) a infância e a adolescência admitidas como prioridade imediata e absoluta, exigindo atenção especial- sua proteção deve sobrepor-se a quaisquer outras medidas, assegurando os seus direitos fundamentais;
- b) o princípio do melhor interesse da criança, como algo concreto, visando garantir-lhe proteção e cuidados especiais;
- c) reconhece a família como o grupo social primário e ambiente natural para o crescimento e bem estar das crianças, ressaltando o seu direito de receber a proteção e a assistência necessária.

O direito da criança e do adolescente incorporou uma nova concepção jurídica de proteção que ultrapassa o mero legalismo formal para se afirmar. A ruptura com a concepção menorista de coisificação da infância, que não proporcionava uma verdadeira proteção à infância e juventude, precisava ser substituída:

Por isso, a transição da ‘situação irregular’ para a o prisma da ‘proteção integral’ inaugurou uma nova fase no campo de atuação do direito, principalmente porque ancora-se em uma nova base axiológica composta pela tríade: liberdade, respeito e dignidade. Acerca dessa nova teoria jurídico-protetiva transdisciplinar é necessário que haja um reordenamento estratégico na área de políticas públicas capazes de incluir crianças, adolescentes e suas famílias no alcance da real satisfação de seus direitos fundamentais. (LIMA; VERONESE, 2011, p. 124)

1.1.2 Os princípios do direito da criança e do adolescente

As convenções e declarações ratificadas pelo Brasil, assim como a Constituição da República Federativa do Brasil e o Estatuto da Criança e do Adolescente formam o conjunto de regras que regem o Direito da Criança e do Adolescente. No entanto, para a real efetivação dos direitos previstos nestas normas, é preciso aplicar os princípios como norteadores de garantias e direitos fundamentais, orientando a aplicação destas regras.

É importante compreender a importância que os princípios do Direito da Criança e do Adolescente representam ao normatizar a relação entre regras e princípios, pois eles dão uma melhor orientação jurídica à legitimidade dos direitos e garantias conquistados a população infante juvenil. (LIMA; VERONESE, 2012, p. 104)

Esses princípios podem ser divididos em princípios estruturantes e princípios concretizantes. Sendo que os princípios estruturantes fornecem parâmetros para a atribuição do sentido jurídico do Direito da Criança e do Adolescente. Já os princípios concretizantes são aqueles que se materializam a partir dos princípios estruturantes. Entre os primeiros, estão compreendidos os princípios do melhor interesse da criança e o princípio da universalização. No segundo grupo, estão os princípios da prioridade absoluta; da participação popular; da descentralização político-administrativa, a desjurisdicionalização, o princípio da humanização a ênfase nas políticas sociais públicas e o princípio da não discriminação. (LIMA; VERONESE, 2011, p. 148)

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente foi amplamente recepcionado no art. 3º da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, de 1989:

Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades

administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente o maior interesse da criança.

Este princípio está relacionado à condição peculiar de crianças e adolescentes enquanto pessoas em desenvolvimento, e que merecem uma atenção especial da sociedade, da família e do poder estatal, no sentido de concretizar ações que impliquem mudanças significativas para dar legitimidade a esses novos direitos. (VERONESE, 1997, p. 13)

A universalização é outro dos princípios basilares da Doutrina da Proteção Integral, pois estende a proteção dos direitos a todas as crianças e adolescentes, sem distinção. O princípio do melhor interesse situa “a criança dentro de um quadro de garantia integral, evidencia que cada país deverá dirigir suas políticas e diretrizes tendo por objetivo priorizar os interesses das novas gerações [...]”. (VERONESE, 1997, p. 13)

O princípio da prioridade absoluta no atendimento aos direitos de crianças e adolescentes está prevista no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, compreendendo: a primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; a precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; a preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas e a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

O princípio da participação popular tem contribuído para a tomada de decisões necessárias à melhoria da condição de vida de muitas crianças e adolescentes. A participação popular aproxima a sociedade dos assuntos governamentais, bem como permite que a própria comunidade contribua com a elaboração de ações voltadas a elas, e nada mais adequado, tendo em vista que são os maiores conhecedores das necessidades locais. A formatação jurídica da participação popular enunciada no Estatuto da Criança e do Adolescente tem representação efetiva nos Conselhos de Direitos em nível nacional, estadual e municipal, nos Conselhos Tutelares e nos Fóruns de Direitos da Criança e do Adolescente. (LIMA; VERONESE, 2012, p. 100-101)

O princípio da humanização implica em garantir a efetividade dos direitos infanto-juvenis e tem previsão legal no artigo 15 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao estabelecer que:

[...] a criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

A descentralização político-administrativa é um princípio constitucional inovador, previsto no artigo 204, inciso I da Constituição Federal, que permite a divisão das ações governamentais nas três esferas estatais, em nível federal, estadual e municipal, assim como a entidades beneficentes e de assistência social. A descentralização permite que o investimento em políticas públicas alcance crianças e adolescentes no lugar em que elas vivem, aproximando os programas sociais da comunidade. (LIMA; VERONESE, 2012, p. 101)

O Princípio da desjurisdicionalização significa que, com a entrada em vigor dos novos direitos à infância e adolescência, os assuntos pertinentes à criança e ao adolescente passaram a ser resolvidos em conjunto com o Estado, a família e a sociedade. Restando, portanto, para o judiciário, apenas garantir a prestação jurisdicional quando os direitos de crianças e adolescentes forem ameaçados ou violados.

O princípio da politização ou da ênfase nas políticas sociais básicas busca auxiliar na efetivação das políticas públicas como forma de garantir direitos das crianças e dos adolescentes. Por esse princípio rompe-se de vez com as práticas assistencialistas e de caridade representadas pelo *Direito do Menor*.

O Princípio da não discriminação busca a promoção do respeito universal pelos direitos humanos independentemente de raça, cor, sexo, idioma ou religião. “Em consonância com o princípio constitucional, o Direito da Criança e do Adolescente também reconhece a valorização das diferenças e veda qualquer ato que expresse discriminação na garantia e concretização dos direitos infanto-juvenis”. (LIMA; VERONESE, 2012, p. 97)

1.2 Convivência familiar e Família Substituta

Toda sociedade organizada se estrutura em torno da família ou unidade familiar, o modelo de família brasileiro encontra sua origem na família romana que, por sua vez, se estruturou e sofreu influencia no modelo grego. No Brasil o conceito de família vem passando por significativas mudanças ao longo da história. Se antes a família legítima e reconhecida pelo estado era a formada pelo casamento entre homem e mulher, hoje é possível notar uma ampliação desse conceito. Dias destaca que da idéia de família, em que o comprometimento deriva do casamento, vem dando lugar à derivação do envolvimento afetivo. Atualmente, há

uma tendência pela valorização jurídica do afeto, demonstrado através da convivência, publicidade e estabilidade e tornando o conceito de família mais abrangente. (2007, p.38)

Em relação à definição de família, Venosa (2003, p. 23) afirma que “a família é um fenômeno fundado em dados biológicos, psicológicos e sociológicos regulados pelo direito”. Sobre o assunto, Fiúza (2003, p. 795) diz que “a idéia de família é um tanto quanto complexa, uma vez que variável no tempo e no espaço. Em outras palavras, cada povo tem sua idéia de família, dependendo do momento histórico vivenciado”.

O ordenamento jurídico brasileiro reconhece a importância da família como alicerce da organização social através Constituição Federal, em seu artigo 226, caput, que apregoa: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Diante da importância da família no seu papel de base da sociedade, é direito fundamental de toda criança e adolescente ser criado e educado no seio de sua família natural, ou excepcionalmente, em família substituta. Sobre esse processo de reconhecimento da importância de fortalecimento das famílias, ensina Machado:

Seja, pois, por esse aspecto histórico mais recente de falência completa do sistema anterior (gigantesco insucesso da institucionalização massiva de crianças, que desnudou a imprescindibilidade da convivência familiar no desenvolvimento harmonioso de crianças e adolescentes, e funda arbitrariedade na retirada das crianças pobres de suas casas para colocação em adoção), seja pelo outro aspecto histórico relacionado ao fato de que, na esmagadora maioria das comunidades humanas ao longo desses milênios, sempre foi basilar na organização social os filhos serem criados por seus pais, o artigo 227, caput, da CF elevou a convivência familiar a direito fundamental. (2003, p. 156)

A convivência familiar possui posição de destaque no Estatuto da Criança e do Adolescente, mostrando claro posicionamento contra as antigas instituições de abrigo, como os internatos, orfanatos ou educandários. Pode-se destacar como exemplo o parágrafo único do artigo 101 que enfatiza a medida de acolhimento institucional como “provisória e excepcional”. Ou ainda o artigo 23, que diz que “a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou suspensão do poder familiar”, devendo a família, nesses casos, receber apoio através da inclusão em programas de auxílio.

Objetivando garantir o direito constitucional que toda criança ou adolescente tem de crescer em uma família, o Estatuto da Criança e do Adolescente adotou a regra de que os filhos devem permanecer em companhia dos pais biológicos, sendo considerada a colocação em lar substituto uma medida excepcional, somente permitida em casos específicos, quando

os direitos da criança ou adolescente forem ameaçados ou lesados, e desde que previamente submetida aos procedimentos legais cabíveis. (VERONESE; GOUVÊA; SILVA, 2005, p. 57).

Fundamental, portanto, é a busca de meios que assegurem a permanência da criança e do adolescente com a sua família. E quando isso não for de todo impossível, melhor opção se afigura o deferimento da guarda ou tutela a parentes próximos, com quem ela tenha afinidade, mantendo-o na convivência da família (art. 28, § 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Desta forma, a adoção, a tutela e a guarda se mostram como institutos voltados a colocar crianças e adolescentes em família substituta, de modo a garantir-lhes a convivência familiar nos casos em que não podem permanecer com a família natural. Quando da colocação de uma criança ou adolescente em família substituta devem ser obedecidos os critérios do Estatuto da Criança e do Adolescente, artigos 28 e 29: a) a oitiva da criança e do adolescente, sempre que possível e com consideração de sua opinião; b) observação do grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade entre a criança ou o adolescente e os requerentes do pedido de colocação em família substituta, com o objetivo de minorar as conseqüências da medida; c) a família deve oferecer ambiente familiar adequado, devendo ainda o interessado não apresentar qualquer incompatibilidade com a medida. (LIBERATI, 2009, p. 3)

A adoção é a forma mais abrangente de colocação em família substituta. É o ato jurídico pelo qual se estabelece o estado de filiação e paternidade, respectivamente entre adotado e adotante, cuja eficácia está condicionada à chancela judicial.

A adoção é um ato personalíssimo que atribui a condição de filho para todos os efeitos, desligando-o de qualquer vínculo com pais biológicos, podendo inclusive, haver alteração do nome do adotado. Somente será admitida a adoção que constituir efetivo benefício ao adotando, ou seja, rege-se pelo princípio do melhor interesse da criança. Além disso, é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa. (VERONESE, 2006, p. 31-39)

A tutela tem por objetivo “proteger os menores de 18 anos, não emancipados, que por qualquer motivo não estejam sob o poder familiar dos pais”. É cabível mais especificamente nas hipóteses previstas no art. 1728, do CC: quando os pais forem falecidos ou julgados ausentes ou quando decaírem do poder familiar. O tutor é o representante legal do

pupilo. Ao contrário do que ocorre com a guarda, a tutela não pode coexistir com o poder familiar, tendo assim por pressuposto a prévia perda ou suspensão deste. (VERONESE, 2006, p. 29)

A guarda, embora atribua ao guardião a condição de responsável legal pela criança ou adolescente, não lhe confere o direito de representá-lo na prática dos atos da vida civil, ressalvado o disposto no art. 33, §2º, in fine, do Estatuto. A questão da guarda, relevante para o tema central deste trabalho, será aprofundada no próximo item.

1.3 A Guarda Estatutária

Considerada a mais brasileira das formas de colocação em família substituta, o instituto da guarda era utilizado entre as famílias brasileiras desde o período imperial, era comum o comportamento das famílias em “cuidar” das crianças dos vizinhos e parentes. Esse comportamento era movido pelo sentimento de solidariedade, parentesco ou afinidade. Eram tios, primos, compadres, vizinhos que diante da dificuldade da outra família voluntariava-se a receber a criança em sua casa, promovendo sua assistência material, moral e educacional (SAMPAIO, 1995, p. 6). De certa forma, esse tipo de acolhimento entre tios, vizinhos, compadres inibiu a institucionalização, apesar do Poder Público daquela se manifestar em prol dos internatos, patronatos ou casas abrigos. (LIBERATI, 2009, p. 3)

A guarda encontra-se prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo distinta da guarda de filho atribuída aos pais, com previsão legal no Código Civil. Porém, tanto em uma, quanto na outra, o que se visa garantir é, a título de proteção integral, os direitos das crianças e adolescentes submetidos àquela condição. (PEREIRA, 2008, p. 402)

Diferencia-se da tutela e da adoção, em especial, por não pressupor destituição ou suspensão do poder familiar dos pais. Assim, a guarda é atributo do poder familiar, mas não se exaure nele e nem com ele se confunde. Portanto, a guarda pode existir sem o poder familiar, assim como esse poder pode ser exercido sem guarda.

O instituto da guarda está regulamentado nos arts. 33 a 35 do Estatuto da Criança e do Adolescente e seu procedimento nos arts. 165 a 170 do mesmo diploma legal, se aplicando subsidiariamente as normas do Código de Processo Civil. A guarda é um instituto que se destina a regularizar a posse de fato da criança ou de adolescente ou poderá ser liminarmente

ou incidentalmente, concedida nos procedimentos de tutela ou adoção (art. 33, § 1º). Poderá ainda, ser concedida em situações peculiares ou suprirá a falta dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de certos atos (art. 33, § 2º).

Segundo o art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente a guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. Além disso, a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente de seu guardião, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público.

A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público e as partes. Sempre que possível, a criança ou do adolescente também devem ser ouvidos (§1º, do art. 28).

De forma sucinta, o Código Civil também dispôs acerca da possibilidade de concessão da guarda a terceira pessoa que não os pais:

Art. 1.584 A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:
[...]

Parágrafo único. Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade e afetividade, de acordo com disposto na lei específica.

Verifica-se ainda, que o legislador visando garantir a proteção da criança e do adolescente publicou a Lei 12.010/2009, mais conhecida como “Lei de Adoção”, detalhando a prioridade a manutenção da criança e do adolescente no seio familiar, voltando-se a orientação e promoção da família, bem como assegurou a preferência da família extensa para os casos de guarda, tutela e adoção, privilegiando o vínculo de afinidade e afetividade. Assim, o legislador buscou a unidade familiar e a inclusão da família extensa para a manutenção dos vínculos biológicos. (DIAS, 2004)

Em conformidade com o art. 227, § 3º, VI, que prevê o “estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao

acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;” o Estatuto também traz o instituto da guarda como alternativa ao acolhimento institucional. A guarda familiar (também chamada de guarda protetiva) destina-se a crianças ou adolescentes em situação de vulnerabilidade que devam ser afastadas da convivência familiar por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável:

Art. 34. O poder público estimulará, por meio de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente afastado do convívio familiar. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)

§ 1º A inclusão da criança ou adolescente em programas de acolhimento familiar terá preferência a seu acolhimento institucional, observado, em qualquer caso, o caráter temporário e excepcional da medida, nos termos desta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

§ 2º Na hipótese do § 1º deste artigo a pessoa ou casal cadastrado no programa de acolhimento familiar poderá receber a criança ou adolescente mediante guarda, observado o disposto nos arts. 28 a 33 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

Importante observar que o acolhimento familiar, embora seja preferível ao acolhimento institucional, não deve se estender por um período prolongado, devendo-se buscar alternativas para a recolocação familiar, junto à família extensa ou mesmo perante terceiros. Para que seja concedida a referida guarda, necessário se faz à verificação dos pressupostos de grau de parentesco e/ou relação de afinidade e afetividade, como por exemplo, na figura dos avós, tios, padrinhos, vizinhos, amigos, ou seja, pessoas que nutram afeto pela a criança e, por conseguinte, com a família natural. (RECANELLO, 2011, p. 16)

1.3.1 Classificação e procedimento

Segundo Liberati, as guardas manifestam-se de múltiplas formas e para necessidades diversas. Conforme o autor, o Estatuto da criança e do Adolescente apresenta quatro modalidades de guarda (2009, p.4):

a) para regularizar a posse de fato de crianças e adolescentes (art. 33, § 1º). Este tipo de guarda destina-se a regularizar, perante o Poder Judiciário, aquela situação, de fato existente, onde uma criança ou adolescente encontra-se sob os cuidados e responsabilidade de uma pessoa ou casal;

- b) como medida liminar ou incidental nos processos de tutela ou adoção (art. 33 § 1º). Esta guarda será deferida liminarmente ou incidentalmente aos interessados que requereram ao Juízo a tutela ou a adoção;
- c) como medida excepcional, para atender a situações peculiares (art. 33, § 2º). Desvinculada dos processos de tutela e adoção, este tipo de guarda destina-se a atender a casos urgentes e especiais ou para, eventualmente, suprir a falta dos pais;
- d) como medida para regularizar a situação de adolescente trazido de outra comarca para prestar serviços domésticos (art. 248).

Romera, por sua vez, classifica a guarda em duas modalidades gerais: guarda permanente e guarda temporária. A guarda temporária é aquela destinada a suprir alguma situação transitória, como a ausência dos pais para uma longa viagem, por exemplo, ou aquela concedida visando outro fim, como a concedida liminarmente em procedimentos de tutela e adoção. (2000, p. 10)

A guarda é permanente quando o instituto é visto como um fim em si mesmo, caracteriza-se por ser estabelecida em processo de cognição exauriente, devendo subsistir até que o guardado atinja a plena capacidade ou surja algum fato novo. (BIANCHI; IORIS, 2013, p. 1472).

Figueirêdo chama essa modalidade de guarda satisfativa, (segundo o autor, o termo permanente é inadequado, pois transmite uma idéia de perenidade inexistente no instituto):

Em caráter excepcional, fora dos casos de Tutela e Adoção, para atender a situação peculiar, a lei continua a admitir que sejam concedidos pedidos de Guarda com características satisfativas, ou, em outras palavras, que se bastem em si mesmas, não precisando que o guardião venha a *posteriori* requerer Tutela ou Adoção. (FIGUEIRÊDO, 2011, p. 88)

Sobre a necessidade e importância de permanecer aceita a Guarda Satisfativa, Figueirêdo (2011, p. 89), destaca os casos dos avós, que não podem pedir a adoção por expressa vedação legal (Art. 42, § 2º do Estatuto). E estando os pais vivos, não declarados ausentes e nem desconstituídos do poder familiar, também não é possível pedir a Tutela. Restando como única alternativa legal possível a Guarda.

Ainda segundo Figueirêdo, é comum se verificarem casos em que legalmente observam-se impedimentos a Tutela e à Adoção, e que não há no requerente da Guarda, no

guardando e nos pais o *animus* para quebrar os laços familiares, embora, a medida atenda aos interesses da criança e do adolescente. A lei deve acompanhar o fato social, de forma que não se poderia deixar de prever a regulação de arranjos familiares que cotidianamente ocorrem e continuarão ocorrendo. (2011, p. 88-89)

Em regra, a guarda deve ser concedida em procedimento preparatório ou incidental para os casos de tutela e adoção. Todavia, o exercício forense demonstra que as ações autônomas são utilizadas com frequência para regularizar os arranjos familiares (RECANELLO, 2011, p. 9). Conforme ilustra a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PEDIDO DE GUARDA FORMULADO PELA AVÓ. CONSENTIMENTO DOS PAIS. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. SOB A TÔNICA DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DA PESSOA EM CONDIÇÃO PECULIAR DE DESENVOLVIMENTO DEVE-SE OBSERVAR A EXISTÊNCIA DA EXCEPCIONALIDADE A AUTORIZAR O DEFERIMENTO DA GUARDA PARA ATENDER SITUAÇÃO PECULIAR, FORA DOS CASOS DE TUTELA E ADOÇÃO, NA PREVISÃO DO ART. 33, § 2º, DO ECA.

A avó busca resguardar situação fática já existente, por exercer a posse de fato da criança desde o nascimento, com o consentimento dos próprios pais, no intuito de preservar o bem estar da criança, o que se coaduna com o disposto no art. 33, § 1º, do ECA. Dar-se preferência a alguém pertencente ao grupo familiar – na hipótese a avó – para que seja preservada a identidade da criança bem como seu vínculo com os pais biológicos, significa resguardar ainda mais o interesse do menor, que poderá ser acompanhado de perto pelos genitores e ter a continuidade do afeto e a proximidade da avó materna, sua guardiã desde tenra idade, que sempre lhe destinou todos os cuidados, atenção, carinhos e provê sua assistência moral, educacional e material. O deferimento da guarda não é definitivo, tampouco faz cessar o poder familiar, o que permite aos pais, futuramente, quando alcançarem estabilidade financeira, reverter a situação se assim entenderem, na conformidade do art. 35 do ECA. - Se as partes concordam com a procedência do pedido de guarda, não será o Poder Judiciário que deixará a marca da beligerância nessa relação pacífica, quando deve apenas assegurar que o melhor interesse da criança seja o resultado da prestação jurisdicional. - Se restou amplamente demonstrado que os interesses da criança estarão melhor preservados com o exercício da guarda pela avó, a procedência do pedido de guarda é medida que se impõe. Recurso especial provido. (REsp 993458/MA, Relatora Ministra Nancy Andrichi, DJe 23/10/2008).¹

¹No mesmo sentido também: REsp 945.283/RN, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 28/09/2009.

Murillo Digiácomo e Ildeara Digiácomo, observam que a guarda pressupõe a permanência da criança ou adolescente na companhia do guardião, não havendo de ser deferida quando tal situação concretamente não se verificar (2010, p. 36).

Duas são as formas procedimentais apresentadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente: uma de jurisdição administrativa, sem lide; outra, contraditória, com lide, conforme previsto nos artigos 165 a 170 do Estatuto.

A primeira ocorrerá nas situações em que os pais forem falecidos, já tiverem sido destituídos ou suspensos do poder familiar, ou houverem anuído ao pedido de guarda, podendo ser feito o pedido diretamente em Cartório, em petição assinada pelos próprios requerentes, dispensada a presença de advogado. A segunda surgirá quando houver resistência ao pedido de Guarda pelos pais ou outros que detenham a Guarda. Nestes casos, é indispensável a presença de advogados defendendo os interesses das partes da demanda. (FIGUEIRÊDO, 2011, p. 68-69)

Conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente, qualquer pessoa, de qualquer estado civil, salvo estrangeiro (art. 31) poderá pedir a guarda, preenchidos os requisitos gerais e específicos do instituto. A revogabilidade da guarda pode ocorrer por ato judicial fundamentado, ouvido, sempre, o Ministério Público, assim, inexistente trânsito em julgado material da decisão concessiva da guarda, pois pode ser revista a qualquer tempo (art. 35).

A regra geral é de que tramitem nas varas de família os processos de guarda (assim como de tutela). Apenas quando ocorrer em violação ou ameaça de violação aos direitos constitucionais ou estatutários do infante, haverá competência do juízo especializado da infância e juventude.

Por fim, é importante destacar que a Guarda não deve ser concedida nas situações em que o requerente da guarda não está efetivamente prestando assistência moral, material e educacional a criança ou adolescente. Não é possível a concessão da guarda apenas para que o guardado possa figurar junto à previdência social ou planos de saúde e seguridade privados como dependente do guardião, o que caracterizaria um pedido apenas com fins econômicos. Complementando a questão acerca da guarda no Estatuto, deve-se observar que a expressão “*para fins previdenciários*”, constante do Art. 33, da Lei nº8.069/1990, não significa que a

Guarda pode ser requerida com esse único fim. A dependência é uma consequência lógica da guarda e não um motivo para sua origem.²

²Decisões que ilustram esse entendimento: TRF 4ª Reg. 5ª T. AC nº2001.04.01.065109-7. Rel. Des. Luiz Antonio Bonato. Publ. D.E. de12/05/2008; TJRS. 7ªC. Cív. Ap. Cív. nº 70010115996. Rel. Maria Berenice Dias. J. em 06/01/2005). Dias. J. em 06/01/2005.

2 O DIREITO PREVIDENCIÁRIO

2.1 Breve histórico da Seguridade Social no Brasil

A seguridade social está assentada no tripé assistência social, previdência social e direito à saúde, institutos autonomamente disciplinados pela Constituição da República Federativa do Brasil. A seguridade social é um dos instrumentos disciplinados pela Ordem Social que, assentado no primado do trabalho, propicia bem-estar e justiça sociais.

A legislação da proteção social no Brasil passou por uma lenta evolução até chegar ao nível atual. A primeira previsão legal neste sentido foi com Constituição do Império, de 1824, a qual prevê a existência de socorros públicos, que tiveram pouco efeito prático. Em 1835, cria-se o Montepio Geral dos Servidores do Estado, a primeira instituição de Previdência privada do país e uma das primeiras do mundo. Os primeiros benefícios, em nosso país, têm por destinatários alguns servidores públicos. O termo aposentadoria aparece pela primeira vez na Constituição Republicana de 1891. Porém, restrita aos funcionários públicos em casos específicos de invalidez “em serviço da nação”. Em 1919, promulga-se a primeira legislação brasileira sobre acidentes do trabalho, sem participação estatal, sendo o benefício pago pelo empregador e de uma só vez. (CHAMON, 2005, p. 16)

Considera-se como marco inicial da Previdência Social no Brasil o ano de 1923, com a publicação da Lei Eloy Chaves, devido ao desenvolvimento e a estrutura que a previdência passou a ter após o seu advento. Determinava a implementação de proteção previdenciária para os trabalhadores de cada uma das estradas de ferro do país. Em 1930 o sistema previdenciário deixa de ser estruturado por empresas e passa a abranger categorias profissionais. (GOES, 2011, p. 4)

A Constituição Federal de 1934 é a primeira a regulamentar expressamente os benefícios previdenciários, que cobririam os eventos: velhice; invalidez; maternidade; acidente do trabalho e morte. Determinou também ser competência da União a fixação das regras de assistência social (VIANNA, p. 37, 2008). Na Constituição de 1946, destaca-se a utilização do termo “Previdência Social” pela primeira vez e também a instituição da forma tríplice de custeio - empregado, empregador e União - com prestações para as seguintes contingências: maternidade, doença, velhice, morte e acidentes do trabalho.

Depois de uma década de pouco progresso, em 1960 é criada a Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS). A mencionada Lei n. 3.807 uniformiza a Previdência Social brasileira, que na época era um retalho de leis e decretos esparsos. A Constituição de 1967 avança pouco em relação a de 1946. No início da década de 70 são incluídas previsões assistenciais para os rurícolas e previdenciárias para os empregados domésticos.

A atual Constituição brasileira merece destaque no histórico da proteção previdenciária. Pela primeira vez foi disciplinada de forma detalhada a matéria referente à Seguridade Social. Foram diversas e importantes modificações, tais como o fato de os trabalhadores rurais passarem a ter os mesmos direitos previdenciários dos urbanos, o benefício substitutivo do salário do segurado não poder ser inferior a um salário mínimo, o salário-maternidade passar de 89 para 120 dias, a criação do salário paternidade de cinco dias e a exigência de que o salário de benefício seja calculado pela média atualizada dos 36 últimos salários-de-contribuição. Além disso, muitos outros benefícios, princípios e direitos previdenciários já existentes adquirem status constitucional. (GOES, 2011, p. 6)

No campo da saúde pública, com a substituição do Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social (INAMPS) pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o sistema torna-se descentralizado. A União, por meio do Ministério da Saúde, fica encarregada da saúde. A Lei n. 8.029/1990 é a responsável pela criação do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), autarquia federal vinculada ao Ministério da Previdência Social, e pela extinção do INPS, da LBA e do IAPAS. Em 1991 regulamenta-se o texto constitucional, com a edição da nova Lei de Benefício e Custeio da Previdência Social, além de seus respectivos decretos. (GOES, 2011, p. 6)

Em 1998 a Emenda Constitucional n° 20 procura reduzir de forma imediata as despesas com a Previdência Social do regime geral e do servidor público, alterando principalmente a concessão de aposentadorias. A esse respeito, Chamon observa que:

Essa idéia nada mais é que a aplicação, na seara previdenciária, das regras oriundas do Consenso de Washington. E explicita a pressão de organismos internacionais, no sentido de que os países em desenvolvimento, entenda-se endividados, reduzam o déficit público.³ (CHAMON, 2005, p. 20)

³ “Consenso de Washington” é um conjunto de medidas formulado em novembro de 1989 por economistas de instituições financeiras situadas em Washington D.C., como o FMI, o Banco Mundial e o Departamento do Tesouro dos Estados Unidos, fundamentadas num texto do economista John Williamson.

Em 2003 é realizado o desmembramento do Ministério da Previdência e Assistência Social, cujas matérias passam a ser de competência de duas pastas distintas. Entre as novas propostas para Assistência Social, houve a formulação de programas como o *Fome Zero* e o *Bolsa Família*. Outra lei de grande importância publicada em 2003 foi o Estatuto do Idoso, consubstanciado na Lei n. 10.741/2003. Também em 2003 foi publicada a Emenda Constitucional n. 41, alterando principalmente as regras para a aposentadoria de servidores públicos, e aumentando o teto dos benefícios previdenciários do RGPS. (CHAMON, 2005, p. 20)

2.1.2 A Seguridade Social

O conceito de Seguridade Social é fornecido pelo art. 194 da CRFB/1988: “conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”. O dever constitucional imposto aos Poderes Públicos e à sociedade demonstra que a solidariedade é o fundamento da seguridade social. Garantindo os mínimos necessários à sobrevivência do indivíduo, a seguridade social é instrumento de bem-estar. É, também, redutor das desigualdades sociais causadas pela falta de ingressos financeiros no orçamento do indivíduo e de sua família, e instrumento de justiça social. Nas palavras de Omar Chamon,

A característica principal da Seguridade Social reside não em seus meios, mas em seus fins. Visa a garantir a todo ser humano a proteção contra as contingências danosas da vida. Nesta, o indivíduo possui um direito subjetivo as prestações em face do Estado. (2005, p. 31)

A seguridade social atua quando o indivíduo não tem condições de prover seu próprio sustento ou de sua família, em razão de desemprego, doença, invalidez ou outra causa. Se for segurado da previdência social, a proteção social será efetivada na forma de pagamento do benefício correspondente à contingência-necessidade que o atingiu. A relação jurídica de seguridade social é diversa da relação jurídica do seguro do Direito Civil, embora se possa afirmar que a relação jurídica previdenciária se aproxima de uma relação de seguro, porque a cobertura dependerá sempre de contribuição do segurado. Os riscos cobertos serão sempre os enumerados pelo legislador. (GOES, 2011, p. 7)

Não sendo adequada a noção de risco, a seguridade adota a de contingência, que é um fato possível, mas incerto, que gera a necessidade objeto da proteção. A relação jurídica

de seguridade social se forma após a ocorrência do evento, ou contingência, passando a atuar para compensar os efeitos dela decorrente.

A seguridade social é financiada, na forma prevista no art. 195 da Constituição da República Federativa do Brasil, “por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”, e pelas contribuições sociais previstas nos incisos I a IV: as dos empregadores, incidentes sobre a remuneração paga a quem lhe preste serviços; as das empresas, incidentes sobre o faturamento e o lucro; as dos empregadores domésticos; as dos trabalhadores, incidentes sobre seu salário de contribuição; as incidentes sobre a receita de concursos de prognósticos e as do importador de bens ou serviços do exterior.

A Constituição Federal enumerou em sete incisos os princípios constitucionais que regem a Assistência Social, ou seja, abrange a saúde, a assistência social e a previdência social. Apesar de o texto constitucional chamá-los de objetivos, eles podem ser entendidos como verdadeiros princípios.

Art. 194, Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

- I - universalidade da cobertura e do atendimento;
- II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
- IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;
- V - eqüidade na forma de participação no custeio;
- VI - diversidade da base de financiamento;
- VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

O princípio da universalidade da cobertura garante a disponibilização das ações e benefícios abrangidos pela Seguridade Social em todas as contingências a que estejam sujeitos os indivíduos. Já a universalidade do atendimento garante que essas ações e benefícios estarão disponíveis a todos que delas necessitarem.

O princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais significa que a proteção social deverá ser oferecida de forma uniforme, sem distinção entre as modalidades de benefícios e serviços oferecidos. Este dispositivo “busca corrigir a tratamento menos favorável historicamente dado à população rural”. (CHAMON, p. 33)

O princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços significa que os benefícios e serviços serão oferecidos aos indivíduos que deles necessitarem através de uma escolha fundamentada e criteriosa. A distributividade implica a distribuição de renda e proteção social, com equidade e justiça (VIANNA, 2008, p. 51). Isso não significa que o contribuinte da Previdência Social receberá exatamente o que contribuiu aos cofres do sistema. Todas as contribuições são recolhidas em um caixa único, não individualizado e o Estado distribui estes valores, conforme a necessidade.

Para Chamon, a Previdência Social, o princípio da distributividade:

[...] implica na distribuição de renda e proteção social. O princípio da distributividade exige maior reflexão. A Seguridade Social é o meio mais eficaz de distribuir renda no país. Como ilustração desse fato, temos que, dos cerca de 21 milhões de benefícios da Previdência Social no país, aproximadamente 14 milhões tem como valor o salário mínimo. [...] Segundo dados do IBGE, para cada benefício, em média, 2,5 pessoas são diretamente beneficiadas, ou seja, mais de 70 milhões de pessoas, quase metade da população brasileira, são beneficiadas pela Previdência Social, e a maior parte delas pertence às camadas mais pobres da sociedade. (, p. 37)

A seletividade significa que considerando o orçamento limitado e as necessidades, ilimitadas, cabe ao legislador selecionar aquelas necessidades que deverão ser atendidas dentro das possibilidades orçamentárias. Conforme Hugo Goes, o princípio da seletividade e o da universalidade devem ser aplicados de forma harmônica e equilibrada, de forma que:

Compete ao legislador – com base em critérios equitativos de solidariedade e justiça social e segundo as possibilidades econômico-financeiras do sistema – definir quais benefícios serão concedidos a determinados grupos de pessoas, em razão das especificidades que as particularizem. (2011, p. 18)

O princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios representa uma garantia de que os valores pagos pela Seguridade Social serão mantidos. De acordo com o entendimento predominante, é proibida a redução nominal. Porém, para os benefícios previdenciários deve haver um reajustamento visando a preservar o valor real das parcelas. A Constituição delega para a lei a definição dos critérios, entendam-se índices, que deverão recompor os benefícios. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que o segurado não tem direito de ter seu benefício reajustado pelos mesmos índices de reajuste do salário mínimo. (GOES, 2011, p. 18)

O princípio equidade na forma de participação no custeio, por sua vez, garante a progressividade da contribuição conforme a capacidade contributiva de cada um. Outro princípio de índole tributária é a necessidade da diversidade na base do financiamento,

basicamente diversidade de contribuintes. O modelo de custeio adotado no Brasil é tripartite, sendo financiado pelas empresas, empregados e Estado. (GOES, 2011, p. 22)

O princípio do caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, proporciona a participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. Os órgãos de gestão da Seguridade Social devem ter participação e direito a voto nas deliberações dos grupos sociais diretamente interessados na melhoria do sistema.

2.1 A Previdência Social

O sistema previdenciário possui um caráter protetivo, garantindo a seus segurados meios de subsistência quando sobrevierem períodos de improdutividade financeira, como doença ou idade avançada, por exemplo. (VIANNA, 2008, p. 53)

O art. 201 da CRFB/1988, na redação dada pela EC n. 20 de 1998, dispõe que “a previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial”, e enumera as contingências que terão cobertura pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS). São eles: I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

A previdência social pode ser pública ou privada. São regimes públicos RGPS, o regime previdenciário próprio dos servidores públicos civis e o regime previdenciário próprio dos militares. E do regime privado a previdência complementar, prevista no art. 202 da CRFB. Este estudo abrange somente o RGPS, que é o regime envolvido no tema em discussão. (VIANNA, 2008, p. 54-55)

O RGPS tem normatização infraconstitucional pela Lei n. 8.212/1991 (Plano de Custeio da Seguridade Social) e Lei n. 8.213/1991 (Plano de Benefícios da Previdência Social — PBPS), ambas de 1991, e regulamentação pelo Decreto n. 3.048, de 1999.

A Previdência Social tem caráter contributivo, ou seja, o sistema é custeado pelo pagamento de contribuições. Somente quem contribuiu adquire a condição de segurado da Previdência Social e, cumpridas as respectivas carências, terá direito aos benefícios previdenciários.

O Regime Geral de Previdência Social tem por segurados obrigatórios todas as pessoas físicas que exercem atividade remunerada, sejam eles trabalhadores empregados ou não. Aqueles que não se encontram obrigados a contribuir poderão se filiar facultativamente para usufruir da proteção oferecida pelos benefícios previdenciários em casos de contingências. Quis o legislador constituinte que todos tivessem cobertura previdenciária, e por outro lado, que todos contribuíssem. . (VIANNA, 2008, p. 53)

As contingências geradoras das necessidades que terão cobertura previdenciária são as enumeradas nos incisos I a V do art. 201 da Constituição Federal: doença, invalidez, morte e idade avançada; proteção à maternidade, especialmente à gestante; proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; e pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º (renda mensal nunca inferior a um salário mínimo).

Os critérios de organização do RGPS devem preservar o equilíbrio financeiro e atuarial. Considerando que as contribuições previdenciárias formam um fundo destinado ao financiamento das prestações a manutenção desse equilíbrio é importante para garantir o pagamento dos benefícios. É preciso que esse fundo seja administrado de forma a evitar que se torne deficitário.

2.2.3 Os benefícios previdenciários

A Lei n. 8.213, publicada em 1991, dispõe sobre o Plano de Benefícios da Previdência Social — PBPS. Essa lei foi regulamentada pelo Decreto n. 3.048, 1999 (Regulamento da Previdência Social — RPS). Todas as normas que regem a relação jurídica entre segurados, dependentes e previdência social, relativas aos benefícios e serviços que lhes são garantidos, estão no Plano de Benefícios.

O art. 1º da Lei n. 8.213 confere à Previdência Social a competência para assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção na ocorrência de situações que impeçam ou dificultem o seu próprio sustento. As prestações podem ser em benefícios ou serviços podem ser devidas aos segurados ou dependentes. Essas prestações estão taxativamente previstas no art. 18 do Plano de Benefícios. Ao segurado são garantidos: aposentadoria por invalidez; aposentadoria por idade; aposentadoria por tempo de contribuição; aposentadoria especial; auxílio-doença; salário-família; salário-maternidade; auxílio-acidente. Ao dependente: pensão por morte e auxílio-reclusão. Tanto ao segurado, quanto ao dependente: serviço social e reabilitação profissional.

Os Segurados são sempre pessoas físicas que contribuem para o regime previdenciário e, por isso, terão direito a prestações de natureza previdenciária. A regra geral é de que o segurado mantém essa condição enquanto contribuir para o custeio do RGPS. Porém, há situações em que a qualidade de segurado é mantida independentemente do pagamento de contribuições, é o que se denomina período de graça. (GOES, 2011, p. 73)

A relação jurídica entre dependentes e INSS só se instaura quando deixa de existir relação jurídica entre este e o segurado, o que ocorre com sua morte ou recolhimento à prisão. Não existe hipótese legal de cobertura previdenciária ao dependente e ao segurado simultaneamente. (GOES, 2011, p. 123)

2.1.2 A falácia do déficit previdenciário

Baseados em amplos estudos, a Associação Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil (ANFIP) tem alertado para a falsa propagação da idéia de que a Previdência Social é deficitária. Conforme a ANFIP, o primeiro ponto a observar é que não é correto apontar um valor de “déficit” para o total do RGPS. Pois o RGPS é formado por dois subconjuntos que devem ser considerados individualmente: o grupo dos trabalhadores urbanos e o grupo dos trabalhadores rurais. A Constituição Federal de 1988 corrigiu uma enorme e histórica injustiça social existente no nosso País, incluindo a população do campo na proteção previdenciária. Assim, um grande contingente de pessoas passou a receber seus benefícios sem ter anteriormente contribuído para o INSS. Conforme a ANFIP:

Essa separação não significa atribuir aos benefícios rurais aspecto não contributivo ou assistencial, como fazem alguns autores. Mas, permite

compreender melhor a relação entre o mercado de trabalho e a Previdência Social e, com isso, facilitar aos trabalhadores e aos defensores da Previdência se contraporem às propostas de mudanças que visam a diminuir os direitos previdenciários. (2013, p. 94)

O procedimento adequado ao efetivar essa inclusão seria a realização de um aporte, equivalente a esses custos, do Tesouro Nacional às contas do RGPS, ou seja, efetuar o recolhimento das contribuições desses aposentados e pensionistas rurais. Afinal, o modelo previdenciário brasileiro foi criado numa lógica tripartite de financiamento. O que se denomina déficit corresponde tão somente a pequena parcela de recursos com que contribui o Estado brasileiro.⁴

Com a melhora do mercado de trabalho, o aumento da renda e com a maior formalização, o subsistema urbano opera, na verdade, em superávit. Segundo os dados levantados pela ANFIP, em 2012 a receita realizada pelas contribuições previdenciárias do subsetor urbano “superou o total de despesas com benefícios em R\$ 28,4 bilhões e, se consideradas as renúncias [tributárias], esse superávit totaliza R\$ 48,1 bilhões, representando mais de 1% do PIB”. (2013, p. 95)

Nesse contexto, verifica-se que a Previdência Social não possui um verdadeiro déficit. Segundo a ANFIP, as diferenças no orçamento previdenciário advêm do subsistema de benefícios rurais e também de renúncias fiscais efetuadas pelo governo sem o repasse destas verbas renunciadas, por parte do Tesouro Nacional, para o INSS. Nesses casos, o RGPS deveria ser integralmente ressarcido, pois “não se pode exigir equilíbrio financeiro e atuarial, como previsto legalmente, sem a integral e pronta compensação dos valores das renúncias.” (2013, p. 92-93)

Apoiadas em argumentos que só levaram em conta a necessidade de aportes financeiros devido ao “déficit” calculado a partir de dados inapropriados e nada transparentes, “inúmeras leis, medidas provisórias e um amontoado de regulamentações infralegais ampliaram carências, diminuíram o valor dos benefícios, contribuindo para afastar o trabalhador dos direitos previdenciários”. (ANFIP, 2013, p. 88)

⁴Em 2012 a participação do Tesouro Nacional, através do orçamento da Seguridade Social no financiamento da Previdência Social foi de 12,2%, considerados pequenos para um modelo tripartite de financiamento. Na média dos países da União Europeia membros da OCDE, os recursos do Tesouro respondem por 36% das despesas previdenciárias.

2.2 O benefício previdenciário da pensão por morte

A pensão por morte, ao lado do auxílio-reclusão, e dos serviços de reabilitação profissional e social, é um benefício concedido aos dependentes do segurado do RGPS. A Pensão por Morte é concedida aos dependentes do segurado, por ocasião de seu falecimento. O benefício previdenciário da pensão por morte está regulado no art. 201, V, da Constituição Federal, e também nos artigos. 74 a 78 do Plano de benefícios da Previdência Social (PBPS) e artigos. 105 a 115 do Regulamento da Previdência Social (RPS).

A regra é que o falecido mantenha a qualidade de segurado do Regime Geral de Previdência Social na data do óbito, ou esteja protegido pelo período de graça, para que nasça a relação jurídica entre dependentes e INSS. Perdida a qualidade de segurado, não há direito à pensão por morte. (VIANNA, 2008, p. 491)

Entretanto, caberá a concessão da pensão aos dependentes mesmo que o óbito tenha ocorrido após a perda da qualidade de segurados e, antes de perder a qualidade de segurado, o falecido cumprira todos os requisitos para a obtenção de aposentadoria, nos termos do § 2º do art. 102 do PBPS. E também nos casos em fique reconhecida a existência de incapacidade permanente ou temporária dentro do período de graça, por meio de parecer médico-pericial do INSS, com base em atestados ou relatórios médicos, exames complementares, prontuários ou outros documentos equivalentes, referentes ao ex-segurado. (VIANNA, 2008, p. 49)

Atualmente o direito a este benefício independe de carência (art. 26, I, do PBPS), mas nem sempre foi assim, a Lei Eloy Chaves, de 1923, exigia do segurado mais de dez anos de efetivos serviços à empresa para os dependentes adquirirem o direito à pensão, se a morte do segurado ocorresse antes desse período, os dependentes ficavam desamparados. Também, na Lei Orgânica da Previdência Social de 1960, a pensão somente se justificaria se houvesse comprovadamente a existência de doze contribuições mensais do falecido segurado (SALVADOR, 2012, p. 1).

A renda mensal da pensão por morte corresponde a 100% do valor da aposentadoria que o segurado estiver percebendo no momento do óbito; caso não seja aposentado, o benefício será de 100% do valor da aposentadoria por invalidez que seria devida ao segurado na data de seu falecimento (art. 75 do PBPS, na redação dada pela Lei n. 9.528/97), sempre respeitados os limites do art. 33 do PBPS, de o mínimo o salário mínimo e no máximo o

limite do salário de contribuição, que atualmente é de R\$ 4.390,24⁵. A renda mensal, havendo mais de um dependente, será rateada entre todos em partes iguais (art. 77 do PBPS e art. 113 do RPS), revertendo em favor dos demais à cota-parte daquele cujo direito cessar.

O benefício será devido a contar da data do óbito, se solicitado em até trinta dias desta data, ou a partir do requerimento, se solicitado após este prazo. Aos menores de 18 anos é devida sempre a partir da data do óbito. Nos casos de morte presumida, o benefício é devido a partir da data da decisão judicial. (GOES, 2011, p. 270)

A extinção da pensão ocorre com a cessação da qualidade de dependente, em quatro principais situações: a) o óbito do pensionista; b) pela emancipação do filho ou do irmão, ou quando completar os 21 anos de idade; c) a cessação da invalidez do dependente que recebia o benefício em virtude dessa condição, verificada por meio de perícia; d) e a adoção, por outrem, do filho que recebia o benefício de pai e/ou mãe biológicos (art. 77, § 2º, da Lei n. 8.213/1991, e art. 114 do regulamento).

Caso nem todos os dependentes do segurado se habilitarem na mesma data para o recebimento da pensão por morte, a concessão do benefício não pode ser retardada, e qualquer inscrição ou habilitação posterior que inclua ou exclua algum dependente, só produz efeitos a contar da data da inscrição ou habilitação (art. 76 do PBPS e art. 107 do RPS).

Os dependentes de uma classe concorrem em igualdade de condições, e a existência de dependentes em uma classe exclui os dependentes da classe posterior. Há uma hierarquia entre as classes de dependentes, assim, por exemplo, os pais do segurado apenas receberão o benefício se este não tiver deixado cônjuge, companheira ou filhos menores de 21 anos ou inválidos (GOES, 2011, p. 272).

Somente os dependentes da 1ª classe têm em seu favor a presunção absoluta de dependência econômica em relação ao segurado falecido ou recolhido à prisão. Os dependentes das 2ª e 3ª classes devem comprovar a dependência econômica em relação ao segurado para adquirirem o direito ao benefício. O art. 16 da lei 8.213 traz o rol de dependentes:

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

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente

⁵Valor do teto para o ano de 2014.

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;

§ 1º A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.

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

§ 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

§ 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

Embora equiparados a filhos, concorrendo entre os dependentes da 1ª classe, o enteado e as crianças ou adolescentes tutelados deverão comprovar que dependiam economicamente do segurado. O § 3º do art. 16 do RPS exige que não tenham bens suficientes para o próprio sustento e educação, e o § 3º do art. 22 relaciona os documentos aptos à comprovação da dependência econômica. Já a criança ou adolescente sob guarda, após a alteração do § 2º do art. 16 pela Medida Provisória n. 1.536/96, convertida na Lei n. 9.528/1997, deixou de figurar no rol de dependentes. Essa alteração levanta algumas questões, sobre as quais se passa a discorrer.

2.3.1 Dependência da criança ou adolescente sob guarda

A redação anterior do art. 16 do Plano de Benefícios da Previdência Social equiparava à filho a criança ou adolescente sob guarda por determinação judicial. Com a alteração da legislação, questionou-se se quem estava sob guarda judicial do segurado antes da modificação legislativa, e este faleceu depois dela, teria adquirido o direito a pensão. A maioria da doutrina entende de que não existe direito adquirido porque a relação jurídica entre dependente e previdência só se forma quando o segurado morre ou é recolhido à prisão. Enquanto um desses eventos não ocorrer, a relação jurídica entre dependente e INSS não se forma, não havendo, por isso, direito adquirido a ser invocado. (CARDOSO, 2010, p. 80-81)

Na concessão dos benefícios aplica-se a legislação vigente na data da contingência geradora da necessidade, em razão do princípio *tempus regit actum*. Ou seja, a concessão da pensão por morte deve se pautar pela lei em vigor na data do óbito do segurado, instituidor do benefício, conforme pode-se ver no seguinte julgado:

[...] 3. Tendo o óbito ocorrido na vigência da Medida Provisória n. 1.523/96, inviável a concessão da pensão por morte ao menor sob guarda. Precedentes da Terceira Seção. 4. Inexiste direito adquirido do menor sob guarda designado antes da Medida Provisória n. 1.523/96, pois as condições para a percepção do benefício são aferidas ao tempo do óbito do segurado instituidor, fato gerador da pensão (AgRg no EREsp 961230/SC, 3ª Seção, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 11/02/2009, DJe 20/02/2009)

Em 2007, o STJ publicou a Súmula n. 340, segundo a qual a “lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado”. Sob o viés de haver direito adquirido ou não, a discussão sobre essa alteração legislativa pode ser considerada encerrada. (CARDOSO, 2010, p. 81)

Porém, a súmula não esclarece se a referida alteração teve o condão ou não de excluir as crianças/adolescente sob guarda do rol de dependentes. Permanece, portanto, a questão quanto ao conflito normativo gerado entre a Lei de Planos de Benefícios da Previdência Social e o Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que esta expressamente declara, em seu art. 33, § 3º, que crianças e adolescentes sob guarda são dependentes de seu guardião para todos os fins, inclusive previdenciários. Surgiu então a controvérsia acerca do direito – ou não – da criança ou adolescente sob guarda ao benefício de pensão por morte.⁶

Considerando que o instituto da guarda é uma forma mais simples e usual de colocação em família substituta, tendo em vista uma menor complexidade para o seu deferimento (VERONESE; GOUVÊA; SILVA, p. 57), a previdência brasileira experimentou algumas fraudes. Crianças e adolescentes foram colocadas sob a guarda com o único fim de, talvez, no futuro, gerar o recebimento da pensão por morte. E esse teria sido o motivo da exclusão desse instituto do rol de dependentes. Sobre a vontade do legislador ao operar essa mudança legislativa, diz Alencar:

A alteração legislativa buscou reverter o quadro crescente de avós que postulavam a guarda judicial dos netos, com o fim único de garantir a estes o direito de pensão por morte junto à previdência. Manipulavam o instituto da guarda judicial como se fosse instrumento de disposição de última vontade, na busca de outorgar ao neto o direito a benefício previdenciário, consistente na pensão por morte. (2010, p.227)

Segundo Figueirêdo, essa prática disseminada de conceder a guarda com fins exclusivamente previdenciários advém de uma herança cultural, pois até 1991, a lei previdenciária permitia que o segurado sem dependentes obrigatórios pudesse

⁶A legislação aplicada ao imposto de renda das pessoas físicas – Art. 35, incisos V e VI da Lei 9.250/95 – reconhece a condição de dependente ao menor sob guarda do contribuinte.

administrativamente designar um dependente, bastando comprovar que ele era seu dependente econômico. Somado a esse fator, o liberalismo do poder judiciário em conceder as guardas sem verificar se estavam presentes os requisitos (1999, p. 94).

Ainda segundo Figueirêdo, a concessão de Guardas para fins meramente previdenciários “constitui, por assim dizer, um “rombinho” na Previdência, pois este seria um problema pequeno, diante de “desmandos administrativos, nas facilidades especiais em licitações, [...] pagamento de benefícios indevidos, incompetência gerencial, etc.” Segundo o autor, esta reforma legislativa no rol de dependentes previdenciário “gestada no Ministério da Previdência [...] caracteriza uma das maiores teratologias jurídicas já perpetradas no Brasil”. (2011, p. 96-97).

Por outro lado, em artigo publicado sobre o tema, Pereira, defende a legalidade da medida tomada e a sua aplicação:

Por maior que seja a amplitude dos deveres de proteção impostos pelo artigo 227 da Constituição Federal, não há como sustentar que a exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes previdenciários seria inconstitucional, já que a matéria não foi tratada pela Lei Maior. (2013, p. 6)

Em que pese opiniões ao contrário, a maioria da literatura sobre o tema considera que esta alteração foi equivocada e destoa do sistema normativo brasileiro. Balera, a esse respeito, diz que:

É estranhíssima a exclusão de menor sob guarda do rol de dependente, consoante dispunha a primitiva redação do § 2º do art.16. O pretexto utilizado pelo Poder Executivo para propor a exclusão foi o comum em todas as distintas fórmulas de redução de direitos sociais: a existência de fraudes. Contra essa cabal afronta aos direitos da criança e do adolescente carentes insurgiu-se o Ministério Público que aforou diversas ações civis públicas propugnando pelo retorno à proteção social do menor sob guarda. (2011, p.276)

E também Castro e Lazzari, comentando sobre a exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes do art.16 da Lei 8.213/1991:

[...] essa restrição representa uma vulneração aos arts. 6º e 227 da Constituição Federal e às disposições protetivas inseridas no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.060, de 13.7.90). Especialmente porque a guarda, segundo dispõe o art. 33 do Estatuto, obriga à prestação de assistência global e, sobretudo, assegura à criança ou ao adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos, inclusive previdenciários. (2008, p. 203).

Segundo Brasilino Santos, uma vez nos termos do art. 16, § 2º, da Lei nº 8.213/1991, em sua redação originária, foi reconhecido a criança ou adolescente sob guarda a qualidade de dependente do segurado, e que essa lei:

[...]colheu subsídios na legislação ordinária anterior, vigente, entre nós, há mais de meio século, temos que não poderia jamais a lei ordinária posterior ter retrocedido para colocar o menor sob guarda à margem da proteção previdenciária, ainda que a pretexto de contribuir para "reverter o quadro de deterioração da situação financeira da Previdência Social, preservando o Tesouro Nacional de pressões decorrentes desse desequilíbrio", conforme restou consignado na Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 1.523/96. (2010, p. 37)

Diversas Ações Cíveis Públicas foram ajuizadas pelo Ministério Público Federal⁷, quanto ao tema e, por força das decisões proferidas o INSS editou a Instrução normativa n. 106, em maio de 2004, determinando que as crianças e adolescentes sob guarda judicial continuam tendo a qualidade de dependentes mesmo após a publicação da Lei n. 9.528/1997, nos Estados de São Paulo, Minas Gerais, Sergipe e Tocantins, mediante comprovação da dependência econômica (VIANNA, 2008, p. 115). Percebe-se então, que para casos idênticos, o resultado é diferente, dependendo do Estado da Federação onde ocorreu o fato.

Atualmente, não há uma resposta consolidada para esta questão, uma vez que as decisões judiciais são contraditórias, a Justiça Federal e o Superior Tribunal de Justiça tem posições opostas e o STF ainda não se manifestou diretamente sobre o assunto. O teor dessas decisões será aprofundado no próximo capítulo.

⁷Ações cíveis públicas nºs 1999.38.00.004900-0, da 29ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais; 97.0057902-6, da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo; 98.0000595-1, da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária de Sergipe e 1999.43.00.000326-2, da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária de Tocantins.

3 O CONFLITO DE NORMAS E AS DECISÕES JUDICIAIS

Em nosso ordenamento jurídico, duas leis de mesma hierarquia são divergentes ao tratarem da mesma matéria: enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente garante o direito previdenciário dos menores de dezoito anos sob guarda, a Lei dos Planos de Benefícios da Previdência Social do Regime Geral de Previdência Social não assegura o mesmo direito. Surgiu então a controvérsia quanto ao direito da criança ou adolescente sob guarda aos benefícios previdenciários concedidos aos dependentes do segurado.

Para a adequada compreensão do tema, é preciso recordar o teor do dispositivo em questão antes da alteração trazida pela Medida Provisória n. 1.523/1996:

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

I – o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; [...]

§ 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.

Editada e reeditada e, enfim, convertida a medida provisória na Lei n.9.528/1997, o aludido § 2º passou a dispor o seguinte:

§ 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.

Embora de forma repetida, cumpre registrar que o Estatuto da Criança e Adolescente – Lei nº 8.069/1990 – afirmou o propósito de ser concedida, nos casos de Guarda, assistência ampla nos aspectos material e moral, inclusive com a garantia dos direitos previdenciários, na forma do art. 33, § 3º com a seguinte redação:

Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. (...)

§ 3º – A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

3.1 As diversas decisões judiciais a respeito do mesmo tema

3.1.1 Entendimento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, após diversas decisões que oscilaram entre conceder ou não o benefício previdenciário⁸ vem, atualmente, decidindo que o art. 227 do texto constitucional não faz distinção entre o tutelado e o menor sob guarda. Assim, conforme este entendimento permanece “como dependente o menor sob guarda judicial, inclusive para fins previdenciários” (TRF4, AC 0005806-86.2013.404.9999, Quinta Turma, Relator Ricardo Teixeira do Valle Pereira, D.E. 05.07.2013).

De acordo com o TRF-4, a nova redação da Lei nº 8.213/1991 “não teve o condão de derogar o art. 33 do Estatuto, sob pena de ferir a ampla garantia de proteção ao menor disposta no art. 227 do texto constitucional, que não faz distinção entre o tutelado e o menor sob guarda.” (TRF4, AC 0021754-05.2012.404.9999, Sexta Turma, Relator Néfi Cordeiro, D.E. 01.07.2013). Em decisão recente, o TRF da 4ª região manteve o posicionamento:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. CONCESSÃO. MENOR SOB GUARDA. QUALIDADE DE DEPENDENTE DEMONSTRADA.

1. A concessão do benefício de pensão por morte depende da ocorrência do evento morte, da demonstração da qualidade de segurado do *de cuius* e da condição de dependente de quem objetiva a pensão.
2. Para a obtenção do benefício de pensão por morte deve a parte interessada preencher os requisitos estabelecidos na legislação previdenciária vigente à data do óbito, consoante iterativa jurisprudência dos Tribunais Superiores e desta Corte.
3. A nova redação dada pela Lei n.º 9.528/97 ao § 2º do art. 16 da Lei n.º 8.213/91 não teve o condão de derogar o art. 33 da Lei n.º 8.069/90 (ECA), sob pena de ferir a ampla garantia de proteção ao menor disposta no art. 227 do texto constitucional, que não faz distinção entre o tutelado e o menor sob guarda. Permanece, pois, como dependente o menor sob guarda judicial, inclusive para fins previdenciários.
4. Hipótese em que evidenciada a qualidade de dependente do requerente, já que comprovado que vivia sob a guarda judicial do avô. (TRF4, AC 0024265-39.2013.404.9999, Quinta Turma, Relator Rogério Favreto, D.E. 23/04/2014)

Porém, em decisão compatível com o Estatuto, o mesmo Tribunal ressaltou que quando a criança vive a companhia de algum dos pais, em regra, não se caracteriza a guarda:

⁸ Veja-se, por exemplo, precedentes como a AC 0007585-47.2011.404.9999, Quinta Turma, Relator Ezio Teixeira, D.E. 06.10.2011.

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE DO AVÔ. GUARDA DE FATO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA CONDIÇÃO DE DEPENDENTE PREVIDENCIÁRIA DA PARTE AUTORA.

[...] 7. *In casu*, o autor possui mãe viva e conhecida, sendo que sempre viveu com sua mãe, que sobre aquele exercia o pátrio poder e foi quem cuidou da de cujus por muitos anos até a data do seu falecimento. Havia, portanto, pura e simplesmente dependência econômica, o que não se confunde com a dependência para fins previdenciários (art. 16 da Lei 8.213/91). Sentença de improcedência mantida. (TRF4, AC 0005618-30.2012.404.9999, Sexta Turma, Relator Roger Raupp Rios, D.E. 14/04/2014)

3.1.2 Entendimento dos Juizados Especiais Federais

No âmbito dos Juizados Especiais da 4ª Região, a matéria ainda não está sedimentada nas Turmas Recursais. Após alguns precedentes em que foi reconhecida a proteção previdenciária em decorrência do óbito do guardião⁹, colhe-se precedente recente da Turma Regional de Uniformização da 4ª Região em sentido contrário: “O legislador foi claro ao estabelecer o rol de dependentes previdenciários, não sendo dado ao julgador ampliá-lo ou restringi-lo ao arrepio da lei, sob pena de estar atuando como legislador positivo. Precedentes do STJ. [...]” (IUJEF 0001492-48.2008.404.7162, D.E. 29.05.2012)

Por outro lado, a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência – TNU -vem decidindo reiteradamente pela condição de dependente do menor sob guarda. A TNU, em decisão proferida em um Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal - PEDILEF¹⁰, destaca que nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente, a guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais; e reconhece ainda à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários. De acordo com a decisão, a TNU já firmou jurisprudência:

[...] no sentido de que o ECA, ao prever que “a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito,

⁹ Cite-se, como exemplo, o RCI 2008.72.58.003163-3, Primeira Turma Recursal de SC, Relatora Luísa Hickel Gamba, julgado em 29.04.2009

¹⁰ Incidente de uniformização de interpretação do direito federal tem cabimento quando fundado em divergência entre decisões de Turmas Recursais de diferentes Regiões ou quando o acórdão recorrido for proferido em contrariedade a súmula ou jurisprudência dominante da Turma Nacional de Uniformização, do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

inclusive previdenciários” (Lei n.º 8069/90, art. 33, §3.º), deve prevalecer sobre o art. 16, §2.º, da Lei n.º 8.213/91, atribuindo a condição de dependente ao menor sob guarda, em função da proteção conferida à criança e ao adolescente pelo ordenamento jurídico pátrio.[...] No julgamento do PEDILEF n.º 200783005039533, de fato decidiu-se que: “De acordo com os princípios constitucionais que regem a matéria, principalmente o da proteção integral da criança e do adolescente, cuja a responsabilidade é não só da família do menor mas também da sociedade e do Estado, é de rigor a aplicação da norma constante do art. 33, parágrafo 3.º, do Estatuto da Criança e do Adolescente e não aquela constante no artigo 16, parágrafo 2.º, da Lei n.º 8213/91”. [...] (TNU; PEDILEF 00056181220104013200; Relator Juiz Federal Janilson Bezerra de Siqueira; Decisão em 29.03.2012; Publicação DOU 11.05.2012).¹¹

3.1.3 Entendimento do Superior Tribunal de Justiça

A 5ª Turma do STJ tinha precedentes no sentido de que a alteração na Lei n. 8.213/1991 não excluiu o direito à pensão por morte da criança e do adolescente sob guarda, diante da proteção específica conferida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Posteriormente, passou a seguir o entendimento da 6ª Turma e da 3ª Seção, uniformizando o assunto em sentido contrário.

No Superior Tribunal de Justiça, os últimos precedentes reconhecendo aos menores de 18 anos sob guarda o direito a pensão por morte do guardião segurado do RGPS são do ano de 2006, conforme sintetizado na seguinte ementa:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. DEPENDENTE DO SEGURADO. EQUIPARAÇÃO A FILHO. LEGISLAÇÃO DE PROTEÇÃO AO MENOR E ADOLESCENTE. OBSERVÂNCIA.

1. A Lei n.º 9.528/97, dando nova redação ao art. 16 da Lei de Benefícios da Previdência Social, suprimiu o menor sob guarda do rol de dependentes do segurado.

2. Ocorre que, a questão referente ao menor sob guarda deve ser analisada segundo as regras da legislação de proteção ao menor: a Constituição Federal – dever do poder público e da sociedade na proteção da criança e do adolescente (art. 227, caput, e § 3º, inciso II) e o Estatuto da Criança e do Adolescente – é conferido ao menor sob guarda a condição de dependente

¹¹ No mesmo sentido: TNU – PEDILEF n.º 200481100039432, Juiz Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, DJU 9 set. 2009; PEDILEF n.º 200671950010322, Juiz Federal Manoel Rolim Campbell Penna, DJU 28 ago. 2009; PEDILEF n.º 200783005039533, Juiz Federal Cláudio Roberto Canata, DJU 22 mai. 2009; PEDILEF n.º 200770950142990, Juiz Federal Otávio Henrique Martins Port, DJU 25 mar. 2009).

para todos os efeitos, inclusive previdenciários (art. 33, § 3º, Lei n.º 8.069/90).

3. Recurso especial desprovido.

(Resp 869.635/RN, de Relatoria da Ministra Laurita Vaz, julgado em 17.10.2006)

Porém, esta decisão, inicialmente favorável à concessão do benefício, foi reformada, em sede de embargos de divergência, que foram assim ementados: “(...) Em consonância com julgados prolatados pela Terceira Seção deste Tribunal, a alteração trazida pela Lei 9.528/97, norma previdenciária de natureza específica, deve prevalecer sobre o disposto no art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. (...)” (REsp 869635/RN, 3ª Seção, DJe 06.04.2009)

Atualmente, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a matéria encontra-se pacificada nos seguintes termos:

É firme o entendimento neste Superior Tribunal de Justiça de que é indevida a concessão de pensão por morte a menor sob guarda nas hipóteses em que o óbito do segurado ocorreu na vigência da Medida Provisória n.º 1.523, de 11.10.1996, posteriormente convertida na Lei n.º 9.528/97. Precedentes. (REsp 1328300/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, 2ª T., julgado em 18.04.2013, DJe 25.04.2013)¹²

Entre os principais argumentos para o posicionamento do STJ está a especialidade da norma previdenciária, enquanto o Estatuto seria norma geral. Em seus votos, os Ministros destacam também a necessidade da Previdência Social observar critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, conforme comando do artigo 201 da Constituição Federal, em conjunto com a previsão do artigo 195, de que nenhum “benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”. O voto da Ministra Assusete Magalhães ilustra esse entendimento:

As normas programáticas, os princípios vetoriais que estão a reger a Seguridade Social, nas três esferas de poder – federal, estadual e municipal – , estão na Constituição. E o princípio básico está no art. 195, § 5º, da Constituição Federal. Não se cria, majora, estende ou se implementa qualquer benefício, sem que lhe seja prevista a respectiva fonte de custeio. Como se poderá prever a concessão de uma pensão por morte para o menor sob guarda judicial se a lei não previu a concessão desse benefício e, muito menos, a sua fonte de custeio? Daí a necessidade de observância de critérios

¹²No mesmo sentido, pode-se citar, entre outros, os seguintes precedentes: REsp 859.277/PE, 3ª Seção, DJe 27.02.2013; AgRg no REsp 1004357/RJ, Rel. 5ª T., DJe 05.12.2012; AgRg no REsp 1285355/ES, 5ª Turma, DJe 04.03.2013; AgRg no RMS 30.045/MT, 6ª Turma, DJe 21.11.2011 e AgRg no REsp 1352754/SE, 2ª T., DJe 14.02.2013.

que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, na organização da Previdência Social, necessidade imposta pela Constituição, em seu art. 201. A observância de tais princípios e critérios é que permitirá a manutenção de qualquer sistema de Previdência e Seguridade Social. (Recurso em MS Nº 36.034 - MT (2011/0227834-9).

A Corte Especial, apreciando incidente de inconstitucionalidade do art. 16, § 2º, da Lei nº 8.213/1991, na redação dada pela citada Medida Provisória, exarou entendimento de que, a lei superveniente não teria negado o direito a equiparação ao filho para fins de dependência previdenciária, mas apenas se omitido em prevê-lo, não havendo, portanto, inconstitucionalidade a ser declarada. (Embargos de Divergência nº 727.716/CE. DJe: 23/05/2011)

A decisão seguiu o entendimento do voto do Ministro Teori Albino Zavascki, segundo o qual, “não há inconstitucionalidade a ser declarada, já que a lei superveniente não negou o direito a equiparação, apenas se omitiu de prevê-lo”. O Ministro aduz que “se a Constituição assegura, como se alega, a mencionada equiparação, o eventual vazio normativo da lei ordinária é suscetível de ser colmatado, se for o caso, pela aplicação direta do próprio preceito constitucional.” Porém, mesmo entendendo que não foi negado o direito a equiparação, o STJ manteve-se firme no entendimento que a lei a ser aplicada é a previdenciária, pois esta prevê taxativamente a equiparação apenas para enteados e tutelados. (AI nos Embargos de Divergência em RESP nº 727.716 – CE, p. 20)

Em sentido contrário do que vem decidindo quanto ao Regime Geral de Previdência Social, recentemente, ao julgar recurso no Mandado de Segurança nº 36.034, o STJ decidiu pela concessão da pensão a criança sob guarda da avó, servidora pública sujeita às regras do Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Mato Grosso:

Embora a lei complementar estadual previdenciária do Estado de Mato Grosso seja lei específica da previdência social, não menos certo é que a criança e adolescente tem norma específica, o Estatuto da Criança e do Adolescente que confere ao menor sob guarda a condição de dependente para todos os efeitos, inclusive previdenciários (art. 33, § 3º, Lei n.º 8.069/90), norma que representa a política de proteção ao menor, embasada na Constituição Federal que estabelece o dever do poder público e da sociedade na proteção da criança e do adolescente (art.227, caput, e § 3º, inciso II). (Recurso em mandado de segurança nº 36.034 - MT (2011/0227834-9) Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Julgado em 26/02/2014)

É importante ressaltar que o Relator, Ministro Benedito Gonçalves, destaca em seu voto que com a Emenda Regimental n. 14/2011, os feitos relativos à questão em debate,

passaram a ser da competência da Primeira Seção, a qual primeiramente acompanhou o entendimento até então prevalecente. Porém, com a alteração de competência dos órgãos julgadores do STJ e diante da relevância do tema, entendeu-se apropriado submeter a questão a um novo debate, conforme o voto do relator:

A quaestio juris vinha sendo decidida nesta Corte Superior pelas Turmas que compõem a Terceira Seção, ao entendimento de que o critério que melhor soluciona a controvérsia é o da especialidade, ou seja, o diploma de regência do sistema de benefícios previdenciários, de caráter especial, deve prevalecer sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, este de caráter geral no confronto com aquele sobre o tema controvertido.

[...] Diversamente ao entendimento que vinha sendo adotado por esta Corte, o critério da especialidade, a meu ver, não se mostra como o mais adequado à solução da controvérsia, mormente considerando que os direitos fundamentais da criança e do adolescente têm seu campo de incidência amparado pelo status de prioridade absoluta, requerendo, assim, uma hermenêutica própria comprometida com as regras protetivas estabelecidas na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. (Recurso em mandado de segurança nº 36.034 - MT (2011/0227834-9))

Diante da inovação dessa recente decisão, pode ser que o STJ assuma um novo posicionamento perante essa controvérsia.

3.1.4 Entendimento do Supremo tribunal Federal

No âmbito do STF não houve enfrentamento direto do tema, em situações semelhantes, o STF decidiu que cabe ao STJ decidir sobre o tema, por envolver aplicação de lei federal:

(...) Concessão de pensão por morte a menor sob guarda da avó. 3. Controvérsia decidida a luz da interpretação dada pelo Tribunal a quo aos dispositivos legais aplicados ao caso (leis 7.249/98, do Estado da Bahia e 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente). Incidência da Súmula 636. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI 834385 AgR, Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 03.05.2011, DJe-095/2011)

Porém, o informativo do STF nº 738 traz um julgado recente (MS 31687 AgR/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 11/03/2014) em que, com base nos princípios constitucionais da proteção à criança e ao adolescente (CF, art. 227), a 1ª Turma negou provimento a agravo regimental e confirmou medida liminar que concedera, em parte, a segurança para garantir, a menor de vinte e um anos sob guarda de servidor, o direito à pensão por morte. Trata-se, entretanto, de benefício estatutário, devido à criança sob guarda de servidor público federal que falecera, não alcançando as pensões do RGPS. De qualquer forma, é uma decisão importante, que pode influenciar julgamentos sobre o tema.

Neste caso, o TCU, ao analisar o ato concessório da pensão dos impetrantes, deferida com base no art. 217, II, b, da Lei 8.112/1990, negara o registro por considerá-la ilegal. A Corte de Contas entendera que o art. 5º da Lei 9.717/1998 teria derogado a pensão civil estatutária prevista na alínea 'b' do inciso II do art. 217 da Lei nº 8.112/1990 destinadas às crianças e adolescentes sob guarda. No entanto, a decisão do STF garantiu a pensão. (DJe-066, Divulg. 02-04-2014, Public. 03-04-2014)

3.2 Critérios para a solução da antinomia

Segundo Bobbio, denomina-se antinomia a situação de normas incompatíveis entre si, e essa “é uma dificuldade tradicional frente à qual se encontraram os juristas de todos os tempos”. (1995, p. 81)

Onde existem duas normas antinômicas, ambas válidas, e portanto ambas aplicáveis, o ordenamento jurídico não consegue garantir nem a certeza, entendida como possibilidade, por parte do cidadão de prever as consequências jurídicas da própria conduta, nem a justiça, entendida como o igual tratamento de pessoas que pertencem a mesma categoria. (BOBBIO, 1995, p. 113)

Para auxiliar na resolução desse tipo de conflito, é importante relembrar as regras de Norberto Bobbio sobre a resolução das antinomias. A antinomia acontece quando existirem duas normas divergentes, uma contrária a outra, sobre determinada conduta, num mesmo ordenamento jurídico. Ocorre quando uma norma ordena e outra proíbe fazer algo; quando uma norma ordena fazer e outra permite não fazer; quando uma proíbe e outra permite fazer. Bobbio propõe a solução das antinomias por meio do critério cronológico, em que a lei posterior derroga lei anterior; hierárquico, onde a lei hierarquicamente superior prevalece sobre a anterior e o da especialidade, quando a lei específica prepondera sobre a lei geral (1996, p. 81-97 e 107-110).

Na antinomia em questão, tanto o Estatuto da Criança e do Adolescente quanto a lei previdenciária são leis ordinárias nacionais e têm mesma hierarquia, afastando a aplicação do critério hierárquico para sua solução. Conforme visto anteriormente, os argumentos deduzidos na jurisprudência, em relação à dependência previdenciária do menor de 18 anos sob guarda

no Regime Geral de Previdência Social, aponta para a resolução da questão sob a ótica do critério da especialidade.

No entanto, comparando a interpretação sobre o assunto em dois artigos escritos por juízes federais especificamente sobre o tema, é possível constatar diferentes soluções. Para o Juiz Federal, Fábio Soares Pereira, é de complicada solução a definição de qual das normas é especial. Para ele, ambas tratam de maneira geral matérias completamente diferentes, uma quanto à previdência social e a outra sobre a proteção à criança e ao adolescente. Ao mesmo tempo, ambas “abordam um ponto específico (ou especial): o menor sob guarda como dependente previdenciário. Daí por que tais normas gerais (art. 16, § 2º, da Lei de Benefícios e art. 33, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente) também podem ser consideradas, ao menos sob esse aspecto, **especiais.**” (grifado no original). Ele conclui que o critério adequado para a solução da questão não é o da especialidade, pois as três leis sucedidas no tempo tratam especialmente sobre o mesmo tema, e sim o cronológico.

Segundo esse raciocínio, essa conclusão se coaduna com o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42): “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”. Desta forma, a lei posterior, que exclui o menor sob guarda do rol de dependentes, sendo manifestamente incompatível com o Estatuto, que é lei anterior (embora não o tenha revogado modo explícito) seria a lei válida a ser aplicada:

Diante do quadro narrado, parece inviável sustentar, validamente, sob a ótica do critério da especialidade – pois as três leis sucedidas no tempo tratam especificamente (ou **especialmente**) do mesmo tema [...]. De fato, em se tratando de normas hierarquicamente idênticas, e não havendo **especialidade** de uma em relação à outra, é a **ordem** de vigência que define a norma prevalente. (PEREIRA, 2013, p. 3-4 - grifado no original)

Já o também Juiz Federal, Oscar Valente Cardoso, entende que:

A dificuldade em resolver a questão está no fato de que duas leis específicas de igual hierarquia abordam o assunto, uma previdenciária e outra destinada à proteção da criança e do adolescente; ainda, a regra da lei posterior também é insuficiente para solucionar o problema, pois a Lei n. 9.528/97 modificou o § 2º do art. 16 da Lei n. 8.213/91, mas não revogou o § 3º do art. 33 do ECA (que pode ser compreendido tanto como conflitante, quanto como complementar à norma previdenciária). (2010, p. 85)

Segundo o Juiz Federal Otávio Henrique Martins Port, pela aplicação literal do critério cronológico, segundo o qual prevalece a norma que entrou em vigor posteriormente, deve ser aplicada a Lei de Benefícios. No entanto, deve ser rechaçada a aplicação da norma por este critério caso se observe incompatibilidade material em relação à Constituição Federal. “Nesse diapasão, em conjunto com os métodos de solução de antinomias normativas, devem ser ressaltados ainda os métodos que regem a hermenêutica jurídica”. Destaca ainda que os principais métodos são o teleológico, segundo o qual se deve perscrutar a finalidade da norma, e o sistemático, pelo qual a lei deve ser interpretada em conjunto com os demais componentes do ordenamento jurídico. (TNU. Pedilef. nº 2007.70.95.014299-0. Data de Julgamento: 16/02/2009. p. 7 – 8)

Conforme Celso Limongi, em voto proferido em Arguição de Inconstitucionalidade sobre a questão, o conflito na realidade é uma antinomia imprópria, especificamente, uma antinomia de princípio. (RESP nº 727.716, DJe: 23/05/2011 2011, p. 15).

Segundo Diniz, a antinomia jurídica imprópria é aquela que ocorre em virtude do conteúdo material das normas, e pode ser de princípio, valorativa ou teleológica. (1998, p. 27). Sobre o tema, leciona Bobbio:

Fala-se de antinomia no Direito com referência ao fato de que um ordenamento jurídico pode ser inspirado em valores contrapostos (em opostas ideologias): consideram-se, por exemplo, o valor da liberdade e o da segurança como valores antinômicos, no sentido de que a garantia da liberdade causa dano, comumente, à segurança, e a garantia da segurança tende a restringir a liberdade; em conseqüência, um ordenamento inspirado em ambos os valores se diz que descansa sobre princípios antinômicos. Nesse caso, pode-se falar de antinomias de princípio. As antinomias de princípio não são antinomias jurídicas propriamente ditas, mas podem dar lugar a normas incompatíveis. É lícito supor que uma fonte de normas incompatíveis possa ser o fato de o ordenamento estar minado por antinomias de princípio. (1995, p. 90):

Limongi, em seu voto na RESP nº 727.716, seguindo o raciocínio, diz que em um mesmo ordenamento:

[...] pode haver normas a favor da vida, da dignidade, da assistência aos desamparados, da previdência social, assim também pode haver normas a favor da reserva do possível, do custeio da seguridade social, da contrapartida da previdência social e da capacidade contributiva. O aparente conflito decorre da natureza didática da Constituição. [...] Haveria, então, conflito entre normas, digamos, inspiradas em valores contrapostos. Em caso que tal, só há, em meu ver, uma solução: resolve-se a favor da dignidade da pessoa humana, pois o nosso ordenamento jurídico tem esse como um dos seus fundamentos, e a nossa República também se rege pela prevalência dos direitos humanos. [...] Havendo, pois, incompatibilidade entre princípios e

princípios, deve prevalecer aqueles que garantem a integridade física, moral e social da pessoa humana. (RESP nº 727.716, DJe: 23/05/2011 LIMONGI, 2011, p. 15)

Conforme preconiza o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que o Juiz deve, na exegese e na aplicação da lei, atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. O fim social da lei previdenciária é proteger os indivíduos acometidos por alguma contingência da vida, de forma que não fiquem desamparados os seus segurados nos momentos em que não possam se garantir pelos próprios meios.

É justamente no intuito de assegurar os meios indispensáveis à manutenção da família, e na hipótese discutida, da criança e do adolescente, que o citado art. 16 da Lei 8.213/1991 arrola os beneficiários do RGPS, na condição de dependentes do segurado.

Conforme Lima, os princípios fundamentais gerais do Direito da Criança e do Adolescente são classificados como princípios estruturantes e concretizantes. E os princípios estruturantes, para o autor:

[...] fornecem os parâmetros para a atribuição do sentido jurídico fundamental deste novo Direito, contendo as referências teleológicas e axiológicas que determinam, nos casos de antinomias, sua superioridade em face de outras normas (outros princípios, regras jurídicas). Além disso, esses princípios estruturantes interferem nas colisões – de princípios entre si, e nas antinomias entre princípio e regra – em que não estejam envolvidos. Nestes casos, a intervenção dos princípios estruturantes tem a finalidade de manter o debate tendente à superação de colisões e antinomias, dentro da moldura geral do sistema em questão, para o que se levam em conta os elementos vitais do seu substrato teleológico e axiológico”. (apud LIMA; VERONESE, 2011, p. 148)

Desta forma, a interpretação e a aplicação do direito, para evitar e superar as antinomias, deve se valer dos princípios, fundamentos e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, conforme delineado na Constituição. Este condicionamento teórico importa numa posição interpretativa em favor da realização dos Direitos Fundamentais da criança e do adolescente.

Segundo Lima e Veronese, o Estatuto da Criança e do Adolescente “inaugura uma nova fase do Direito da Criança e do Adolescente e é um instrumento normativo comprometido em dar efetividade jurídica aos direitos fundamentais inerentes à infância e à adolescência” (2011, p. 146)

3.3 Em busca de uma solução definitiva

Buscando reverter definitivamente os resultados desta alteração do rol de dependentes no Plano de Benefícios da Previdência Social, no âmbito do poder judiciário, foi proposta uma Ação Direta de Inconstitucionalidade pela Procuradoria-Geral da República (PGR) em 2012 e outra pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) em 2014. Já no âmbito do Poder Legislativo, tramitam apensados dois projetos de lei, um originado no Senado e outro na Câmara de deputados, que buscam incluir novamente, de maneira expressa, aqueles que estão sob guarda judicial entre os dependentes dos segurados do Regime Geral de Previdência Social.

3.3.1 Projetos de Lei

Atualmente tramita na Câmara de Deputados o Projeto de Lei nº 3.197, proposto pelo Deputado Márcio Macêdo em 10 de fevereiro de 2012, que permite a inclusão de menor sob guarda judicial como dependente de segurado da Previdência Social. A proposta altera a lei dos Planos de Benefícios da Previdência Social - Lei 8.213/1991. Aprovado pela Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF) em abril de 2013, atualmente aguarda os pareceres da Comissão de Finanças e Tributação (CFT) Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

Na proposta, a redação do Art. 1º O § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, passaria a vigorar com redação semelhante a atual, apenas incluindo as crianças e adolescentes sob guarda judicial no texto legal:

§ 2º O enteado, o menor sob guarda judicial ou tutelado equiparam-se ao filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.

Entre as justificativas da proposta está a ascendência do Estatuto, por seu caráter especial, sobre a legislação previdenciária e o confronto aos princípios constitucionais fundamentais. Nomeadamente, os princípios da princípios constitucionais de isonomia (art. 5º, caput) e de proteção integral à criança e ao adolescente (art. 227).

Por intencionarem o mesmo propósito, tramita apensado ao PL nº 3.197, o PL 6399/2013. Originado do Projeto de Lei do Senado nº 161, de 2011, de autoria do Senador Paulo Paim, foi remetido à Câmara dos Deputados em setembro de 2013. Este projeto propõe a seguinte redação para o § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213/1991:

§ 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.

A justificativa para a apresentação deste Projeto de Lei do Senado é a de por fim ao tratamento diferenciado existente entre as crianças e adolescentes sob guarda judicial de servidor público estatutário da União e de servidor público celetista. Tendo em vista o Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Federais – Lei 8.112/1990 – os manteve na qualidade de segurados.

Conforme o texto do Projeto, essa diferença de tratamento entre servidores celetistas, segurados do RGPS e servidores filiados do Regime Próprio, acarreta em ofensa direta e insofismável às normas inscritas nos artigos 5º, caput, e § 2º, e 227, § 3º, II e VI, da Constituição Federal.

O art. 5º, caput, da Constituição Federal garante a igualdade de todos perante a lei. O parágrafo 2º do mesmo artigo garante a vigência e eficácia dos tratados e convenções internacionais. E, no caso, o Brasil é signatário e ratificou a “Convenção Internacional dos Direitos Humanos da Criança”, cujo art. 26 determina que os Estados Partes reconheçam a todas as crianças o direito de usufruir da previdência social.

Por fim, a norma legal que retira do menor sob guarda judicial a qualidade de dependente do segurado, para fins previdenciários, é ofensiva ao art. 227, § 3º, II e VI, da Constituição Federal. Estes dispositivos constitucionais dispõem que o direito a proteção especial abrangerá garantia de direitos previdenciários e o estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao “acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado”.

3.3.2 Ações Diretas de inconstitucionalidade

Aguardam julgamento pelo Supremo Tribunal Federal duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade propostas contra a alteração promovida no Plano de benefícios pela Lei 9.528/1997. Com a declaração de inconstitucionalidade da nova redação da lei abrem-se duas possibilidades técnicas para a resolução do caso. Ou se considera configurada situação de vácuo normativo, ou, ao revés, há de se concluir pela continuidade da vigência da lei revogada. (SANTOS, p. 36, 2010)

3.3.2.1 Ação direta de Inconstitucionalidade nº 4.878

A Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta em novembro de 2012 pelo Procurador-Geral da República pede que seja dada a nova redação do §2º da Lei 8.213/1991 interpretação conforme a Constituição, no sentido de incluir em seu âmbito de incidência as crianças ou adolescentes sob guarda. Destaca que em casos que a norma infraconstitucional pode ser interpretada de maneiras diferentes, deve prevalecer aquela que está de acordo com o texto constitucional.

No caso, considera que existem duas possibilidades interpretativas: uma, segundo a qual a criança ou adolescente sob guarda perderam a condição de dependentes; e outra, que diante da omissão da legislação previdenciária e da previsão contida no Estatuto, continua a encará-los como beneficiários. Mas que a primeira interpretação é incompatível com os princípios constitucionais da proteção integral, da dignidade da pessoa humana e da isonomia. (ADI 4878, p. 3-4)

A Petição Inicial recorda que o §3º do art. 227 da Constituição traz sete normas a serem seguidas pelo legislador ordinário, entre as quais aquelas que asseguram a garantia dos direitos previdenciários e o estímulo do Poder Público ao acolhimento sob a forma de guarda. (ADI 4878, p. 3)

Citando Ingo Sarlet, afirma que o princípio da dignidade humana constitui simultaneamente limite e tarefa para a ordem jurídica. Enquanto tarefa, esse direito fundamental pede que as ações estatais sejam voltadas para sua promoção, devendo-se levar em consideração se o indivíduo pode, por si próprio, atender suas necessidades existenciais

básicas, ou se precisa do concurso da sociedade ou do Estado. (ADI 4878, petição inicial, p. 5)

3.3.2.2 Ação direta de inconstitucionalidade nº 5083

O Conselho Federal do Ordem do Advogados do Brasil também propôs uma ADI sobre o tema. Porém, o pedido não é pela interpretação conforme a Constituição do dispositivo da Lei 8.213/1991, e sim pela sua inconstitucionalidade artigo 2º da Lei Federal nº 9.528/1997 (fruto da Medida Provisória nº 1.523/96), especialmente no que toca à revogação parcial do § 2º do art. 16 da Lei Federal nº 8.213/1991. O que faz pelos seguintes fundamentos: violação ao Princípio constitucional implícito da proibição do retrocesso social, decorrente do sistema constitucional vigente; violação aos princípios constitucionais da isonomia (art. 5º, *caput*, CF) e da proporcionalidade (artigo 5º, inciso LIV, CF) e também a violação ao artigo 227, *caput*, § 3º, II e VI, da Constituição Federal, e do artigo 26 da Convenção Internacional sobre os direitos da criança aprovada pelo decreto legislativo n. 28, de 14 de setembro de 1990.

a) Violação ao princípio da proibição do retrocesso social

A cláusula de proibição do retrocesso social em matéria de direitos sociais resulta da aplicação progressiva dos direitos sociais e culturais. Para Canotilho, “o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido”. Desta forma, são inconstitucionais as medidas que, sem a criação de medidas alternativas ou compensatórias, “se traduzam na prática em uma anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade do legislador tem como limite o núcleo essencial já realizado.” (*apud* GARCIA, 2010, p. 4)

A OAB, valendo-se dos ensinamentos do constitucionalista Ingo Wolfgang Sarlet, argumenta, de maneira cada vez mais frequente, a prática normativa dos legisladores adota medidas em matéria de direitos sociais que são indevidamente retrocessivas, pois atingem níveis de satisfação já legislativamente consolidados. Nesse caso, um direito foi suprimido e nenhuma proteção similar foi prevista em substituição, deixando crianças e adolescentes desamparados diante da morte daqueles de quem dependiam economicamente. (2014, p. 6)

A norma revogada bem atendia ao plexo de direitos fundamentais da criança e do adolescente, especialmente na garantia de direitos previdenciários. Sendo que “a medida retrocessiva atingiu [...] o núcleo essencial dos direitos previdenciários das crianças e dos

adolescentes, direitos fundamentais de assento constitucional e convencional, patrimônio do constitucionalismo brasileiro”. (OAB, 2014, p. 6)

Ressalta-se que os menores de 18 anos sob guarda historicamente vinham recebendo a proteção previdenciária. A Lei Orgânica da Previdência Social de 1960 previa, no rol dos dependentes do segurado, a pessoa por ele designada que vivesse sob sua dependência econômica. O Decreto-Lei nº 66 de 1966, alterou aquela Lei Orgânica para, expressamente, incluir o guardado como dependente do segurado guardião. Esta disposição foi mantida pela legislação subsequente, até o advento da Lei nº 9.528, de 1997, que na contramão da evolução da legislação previdenciária, excluiu um direito até então assegurado. (FIGUEIRÊDO, 2011, p. 108-119)

b) Violação ao princípio constitucional da isonomia

Segundo José Afonso da Silva, uma das formas de inconstitucionalidade que afronta o princípio da isonomia revela-se em se “impor obrigação, dever, ônus, sanção ou qualquer sacrifício a pessoas ou grupos de pessoas, discriminando-as em face de outros na mesma situação que, assim, permanecem em condições mais favoráveis”. (2004, p. 229).

A criança sob guarda está na mesma posição jurídica que o filho, enteado, ou menor sob tutela em relação à dependência econômica, não havendo razão legítima para a discriminação introduzida pela Lei Federal nº 9.528/1997, que foi desigualitária. Inexistente qualquer distinção fática relevante, não se justifica um tratamento jurídico diferenciado. (OAB, 2014, p. 6)

Segundo Sérgio Henrique Salvador, o legislador ao manter a tutela e excluir a guarda, criou uma “diferenciação de dois institutos de direitos civis de aproximada índole e finalidade comum, quer seja, da proteção aos interesses do infante”. Assim, por exemplo, uma criança tutelada e outra submetida a uma guarda judicial, terão “para a mesma relação previdenciária terão tratamentos díspares, em frontal ataque ao princípio isonômico, sem falar do dever público, inserto na Lei Maior que anseia pela proteção dos interesses de todos os menores”. (2012, p. 3)

c) Violação ao princípio constitucional da proporcionalidade

Há, igualmente, inconstitucionalidade da Lei Federal nº 9.528/1997, no ponto em que revogou o artigo 16, § 2º da Lei Federal nº 8.213/1991, por violação ao princípio constitucional da proporcionalidade (artigo 5º, inciso LIV, CF), tendo em conta os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A medida

legislativa revela-se inadequada ao sistema constitucional, no que tange ao plexo de direitos fundamentais protetivos da criança e do adolescente, na medida em que ocasiona um mal maior do que aquele que queria evitar. (OAB, 2014, p. 10)

A medida igualmente não é necessária, pois existem outras posturas econômico financeiras a otimizar o caixa da previdência (OAB, 2014, p. 11), que como já exposto, não é deficitário em seu subsistema urbano.

Conforme Figueirêdo, a pressão do Ministério da Previdência pela exclusão das crianças e adolescentes sob guarda é fruto do descontrole na concessão de guardas judiciais, porém, “a fórmula buscada para contornar o problema foi mesquinha, pois termina por atingir todos os casos de guardas conferidas (justas ou injustas)”. (2011, p. 110) Para fins de prevenção de fraudes, outras medidas são adequadas e suficientes, como o estudo social e oitiva de testemunhas em processo judicial idôneo de guarda. (OAB, 2014, p. 11)

d) Violação aos princípios e regras constitucionais e convencionais que tratam da proteção integral

O sistema de Garantias e Direitos das Crianças e Adolescentes é composto pelas normas constitucionais, convencionais e legais aplicáveis e não pode ser ignorado pelo subsistema previdenciário ordinário, e sim, com ele necessariamente harmonizado por imposição da norma do inciso II do § 3º do artigo 227, da CF. E também, de todo o sistema de direitos fundamentais que protege a pessoa humana em geral e algumas em especial, como as crianças e os adolescentes brasileiros. A Constituição Federal procurou garantir de forma abrangente os direitos sociais infanto-juvenis, estabelecendo um parâmetro e orientação para a atividade legislativa infraconstitucional, de modo que o legislador ordinário, não pode dispor contrariamente a eles. (OAB, 2014, p. 13)

A Convenção sobre os Direitos da Criança aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 28, ratificada a sua assinatura pelo Decreto Presidencial n. 99.710 de 1990, afirma em seu artigo Artigo 26:

1. Os Estados Partes reconhecerão a todas as crianças o direito de usufruir da previdência social, inclusive do seguro social, e adotarão as medidas necessárias para lograr a plena consecução desse direito, em conformidade com sua legislação nacional.

2. Os benefícios deverão ser concedidos, quando pertinentes, levando-se em consideração os recursos e a situação da criança e das pessoas responsáveis pelo seu sustento, bem como qualquer outra consideração cabível no caso de uma solicitação de benefícios feita pela criança ou em seu nome.

Nota-se que após o Brasil se obrigar a executar e cumprir a Convenção, foi aprovada uma lei contrária aos seus preceitos. Segundo Figuêredo, o que “se fez no Brasil, pela Lei 9.528/1997, foi o caminho exatamente inverso” ao compromisso internacional assumido (1999, p. 119).

Essa alteração também contraria o princípio da prioridade absoluta, oriundo da Doutrina da Proteção Integral, garantidos no art. 227 da Constituição de 1988 e no art. 4º, parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A prioridade absoluta no atendimento de crianças e adolescentes viabiliza a promoção de políticas públicas com a finalidade de dar efetividade aos seus direitos e legitimar os princípios do Direito da Criança e do Adolescente. (LIMA; VERONESE, 2011, p.150-151)

Segundo o Juiz Federal Otávio Henrique Martins Port, em voto preferido em Pedido de Uniformização de Jurisprudência, a norma constante do art. 33, parágrafo 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, está em plena consonância com os preceitos constitucionais de proteção à infância e adolescência. Ao contrário do artigo 16, parágrafo 2º do Plano de Benefícios, que é incompatível materialmente com os princípios constitucionais que regem a matéria, principalmente o da proteção integral da criança e do adolescente, cuja responsabilidade é não só da família do menor, mas também da sociedade e do Estado. (TNU. Pedido de Uniformização n.º 2007.70.95.014299-0. Relator: Juiz Federal Otávio Henrique Martins Port. Data de Julgamento: 16/02/2009. p. 7 – 8)

e) Violação ao princípio da Universalização do Atendimento

Embora não levantado em nenhuma das ADIs, conforme Figuêredo, a alteração legislativa comentada também viola o princípio da Universalização do Atendimento da Seguridade Social. Sendo objetivo do poder público universalizá-lo, não é concebível que se diminua o número de atendimentos. (1999, p. 116-117)

O sistema de seguridade social brasileiro deve ser organizado para proporcionar a proteção social universal da coletividade, conforme insculpido em seus objetivos contidos no art. 195, I, da atual Constituição. Mesmo levando-se em conta que princípio da seletividade e

distributividade impõe um limite ao princípio da universalidade, a decisão do legislador sobre quem amparar deve ser coerente com o regramento constitucional.

Ainda sobre os princípios previdenciários, convém destacar que não foi possível localizar nenhum estudo sobre o impacto que a concessão de eventuais pensões por morte às crianças e adolescentes sob guarda poderia causar equilíbrio atuarial exigido no artigo 201 da Constituição.

Não se pode esquecer que o benefício da pensão por morte, pela sua própria natureza, representa a contrapartida das contribuições pagas pelo segurado. Parece, portanto, injustificável retirar do dependente, qualquer que seja o dependente, o direito de obter essa contrapartida, finalidade da própria Previdência Social. (RESP nº 727.716. DJe: 23/05/2011, Voto do Relator Celso Limongi, p. 15)

Por fim, nem a ocorrência de fraudes que possam ser perpetradas, como a guarda simulada, é capaz de salvar a alteração efetuada no Plano de Benefícios da Previdência Social. As fraudes contra a Previdência devem ser apuradas pelas vias adequadas, não cabendo ao legislador excluir direitos apoiado neste argumento. “Até porque, se prevalecer raciocínio inverso, todos os benefícios previdenciários deveriam ser extintos, pois todos eles, de alguma forma, podem ser fraudados.” (LIMA, V. S., 2013, p.3)

Analisando o conjunto de princípios e regras formado pelo Direito da Seguridade Social e o Direito da Criança e do Adolescente, ambos constantes no Título VIII da Constituição da República Federativa do Brasil, intitulado “Da ordem social”, percebe-se que existe harmonia entre seus mandamentos:

Tanto os princípios que regem o subsistema da Seguridade Social como aqueles que informam o subsistema da proteção da criança e do adolescente apontam no mesmo sentido, vale dizer, na cobertura do atendimento a menores [*sic*] e adolescentes, representada pela garantia de seu direito mais básico, qual seja, o direito à subsistência. p.7 (TNU. Pedido de Uniformização n.º 2007.70.95.014299-0. Relator : Juiz Federal Otávio Henrique Martins Port)

É inegável que a controvérsia gera insegurança aos dependentes previdenciários, que nessa hipótese são crianças e adolescentes que, diante do falecimento de seu guardião, poderão ficar sem apoio (afetivo, educacional, financeiro etc.) e sem a concretização de seus direitos fundamentais assegurados pela Constituição e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, sem qualquer renda para sua sobrevivência.

CONCLUSÃO

Esta monografia, focada na discussão bastante específica gerada pela alteração efetuada na legislação previdenciária, que levou a exclusão de crianças e adolescentes sob guarda da lista de dependentes equiparados aos filhos, pretendeu traçar um paralelo entre o Direito da Criança e do Adolescente e o Direito Previdenciário em seus aspectos constitucionais e infraconstitucionais, avaliando as motivações e resultados da referida alteração.

Na primeira parte pôde-se constatar que o Direito da Criança e do Adolescente ancora-se na Doutrina da Proteção Integral, plenamente acolhida na Constituição da República Federativa do Brasil, seguindo os mesmos preceitos dispostos na Convenção Internacional dos Direitos da Criança. Essa nova concepção vem em oposição ao período menorista, que só serviu para normatizar a pobreza e institucionalizar crianças e adolescentes.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, que entrou em vigor em 1990, inaugurou uma nova fase na história da infância brasileira, tornando-se o principal instrumento jurídico de luta pela efetivação dos direitos da criança e do adolescente. Entre os direitos que afirma, está o direito a convivência familiar, que deve preferencialmente acontecer no meio da família natural. Para tanto, não só as crianças e adolescente devem receber a atenção de políticas públicas, mas também as famílias, de forma a concretizar essa convivência.

Nos casos em que essa convivência com a família natural não é possível, esse direito é efetivado por meio da colocação em famílias substitutas. Estando a guarda entre essas formas, o guardião e aquele que está sob a sua guarda formam uma verdadeira família, especialmente se considerados os laços de afeto que os unem. Dessa forma, não se pode duvidar que as previsões legais que visam efetivar a proteção constitucionalmente destinada ao núcleo familiar devem ser estendidas a esta formação familiar.

Em que pese a guarda ser em regra provisória, excepcionalmente ela é revestida de satisfatividade, como nos casos de arranjos familiares em que tios ou avós, por exemplo, assumem a criação e educação de sobrinhos ou netos. E mesmo quando incidental em procedimentos de tutela e adoção, vemos que o guardião pretende manter os laços de maneira duradoura, passando a tutores ou pais.

No segundo capítulo, foi visto que uma alteração no Plano de Benefícios da Previdência Social, introduzida por uma medida provisória convertida em lei, retirou o direito

das crianças e adolescentes sob guarda do rol de dependentes equiparados aos filhos, retirando-lhes o direito a pensão por morte em caso de falecimento do segurado. Conforme exposto, o motivo que originou esta mudança foram algumas fraudes experimentadas pelo RGPS. Na exposição de motivos da medida provisória, constou simplesmente que se buscava o equilíbrio financeiro dos cofres da previdência. Percebe-se então, que nenhuma destas justificativas se reveste de razão, primeiramente porque suprimir direitos não é a forma adequada de evitar fraudes, e a segunda porque a Previdência Social não possui um verdadeiro déficit e a mudança não se baseou em nenhum estudo que comprovasse a sua necessidade.

Chama atenção o fato de que este benefício somente é concedido aos equiparados a filhos nos casos em que há dependência econômica, percebe-se então o exagero da medida, pois claramente está se retirando o benefício de quem realmente precisa dele. O legislador, de maneira desproporcional, deixou desprotegidas crianças e adolescentes, passando por cima do direito do próprio segurado, que contribuiu para que seus dependentes fossem amparados.

Na terceira parte, foi mostrado que em diversas decisões judiciais a aplicação da lei previdenciária foi afastada por não se coadunar com a proteção integral destinada à infância e adolescência pela Constituição da República Federativa do Brasil. Porém, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido de forma prevalente, pela aplicação da lei previdenciária para regulação da matéria, por considerá-la lei especial em relação ao Estatuto da Criança e do Adolescente. O Supremo Tribunal Federal, que ainda não se manifestou diretamente sobre o tema, decidiu em caso semelhante, pelo predomínio do previsto no Estatuto. Essa decisão do STF serve de indicativo do desfecho que a suprema corte dará ao julgar as Ações Diretas de Inconstitucionalidade propostas sobre o tema.

Conforme visto, a constitucionalidade da lei que alterou o rol de dependentes é passível de dúvidas. O referido dispositivo gera desigualdade injustificada entre formas de colocação em família substituta, ferindo o princípio da isonomia. Viola também o princípio da proporcionalidade, pois em vez de usar medidas adequadas para evitar pequenas fraudes, optou por excluir o direito de todos, sem indagar se a guarda era legítima ou não.

O dispositivo também viola o princípio da vedação do retrocesso social, pois, sem oferecer nenhuma compensação, simplesmente retirou um direito que já vinha sendo historicamente assegurado. Por fim, e acima de tudo, viola a proteção integral destinada à infância e juventude, devido a sua condição de pessoa humana em desenvolvimento. A

concessão da pensão por morte do guardião às crianças e adolescentes sob guarda é uma forma do Estado efetivar esta proteção.

REFERÊNCIAS

- ALENCAR, Hermes Arrais. *Benefícios Previdenciários*. 4ª ed. São Paulo: EUD. 2010.
- ANFIP - Associação Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil. *Análise da Seguridade Social 2012*. Brasília: ANFIP, 2013. Disponível em: <http://www.anfip.org.br/publicacoes/20130619071325_Analise-da-Seguridade-Social-2012_19-06-2013_Analise-Seguridade-2012-20130613-16h.pdf>. Acesso em: 30/mai/2014
- BALERA, Wagner. *Legislação Previdenciária Anotada*. 1ª ed. São Paulo: Conceito. 2011.
- BIANCHI JUNIOR Paulo Roberto; IORIS, Sandra Regina. *Aspectos destacados da guarda como colocação em família substituta*. Revista Eletrônica de Iniciação Científica. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.1, p. 1461-1478, 1º Trimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/ricc - ISSN 2236-5044.
- BRASIL. AgRg no EREsp 961230/SC, 3ª Seção, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 11/02/2009, DJe 20/02/2009.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Arguição de Inconstitucionalidade nos Embargos de Divergência em RESP nº 727.716. Relator Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP). - Inteiro Teor do Acórdão - DJe: 23/05/2011
- BRASIL. Câmara de Deputados. Projeto de Lei nº 3.197 - Altera o art. 16 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, para incluir o menor sob guarda judicial como dependente do segurado da Previdência Social. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/>>. Acesso em: 19/maio/2014.
- BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado Nº 161, de 2011. Altera o § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, para equiparar ao filho do segurado o menor sob sua guarda judicial, mediante declaração do segurado, desde que ele não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/>>. Acesso em: 19/maio/2014.
- BRASIL. STF. AI 834385 AgR, Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 03.05.2011, DJe-095/201.
- BRASIL. STJ. AI nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 727.716 – CE. DJe: 23/05/2011.
- BRASIL. STJ. EREsp 869635/RN, 3ª Seção, Ministra Alderita Ramos de Oliveira (desembargadora convocada do TJ/PE). DJe 06.04.2009.
- BRASIL. STJ. Recurso em mandado de segurança nº 36.034 - MT (2011/0227834-9) Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Julgado em 26/02/2014.
- BRASIL. STJ. REsp 1328300/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, 2ª T., julgado em 18.04.2013, DJe 25.04.2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 5083. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: maio/2014.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4878. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: maio/2014.
- BRASIL. TNU. IUJEF 0001492-48.2008.404.7162, Turma Regional de Uniformização da 4ª Região, Relator p/ Acórdão Fernando Zandoná, D.E. 29.05.2012.
- BRASIL. TNU; PEDILEF 00056181220104013200; Relator Juiz Federal Janilson Bezerra de Siqueira; Decisão em 29.03.2012; Publicação DOU 11.05.2012.
- BRASIL. TRF4, AC 0021754-05.2012.404.9999, Sexta Turma, Relator Néfi Cordeiro, D.E. 01.07.2013.
- BRASIL. TRF4, AC 0024265-39.2013.404.9999, Quinta Turma, Relator Rogerio Favreto, D.E. 23/04/2014.
- BRASIL. TRF4. AC 0005618-30.2012.404.9999, Sexta Turma, Relator Roger Raupp Rios, D.E. 14/04/2014
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6ª ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.
- BORGES Mauro Ribeiro. *Previdência Funcional Teoria Geral*. Curitiba: EditoraJuruá 2008.
- CARDONE, Marly A. *Dicionário de direito previdencial: doutrina, legislação, jurisprudência*. 3. ed. atual. São Paulo (SP): LTr, 2002.
- CARDOSO, Oscar Valente. *Direito da criança ou adolescente sob guarda à pensão por morte*. Revista CEJ/ Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários: Brasília, Ano XIV, n. 48, p. 77-86, jan./mar. 2010. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1121/1326>>. Acesso em: 10/fev/2013.
- CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 9. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.
- CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Petição Inicial da ADI nº 5083*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/oab-entra-adi-stf-garantir-pensao.pdf>>. Acesso em: 19/fev/2014.
- CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 11. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2010.
- CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Direito da criança e do adolescente para concurso de juiz do trabalho*. São Paulo: Edipro, 2011.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 3ª ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara Amorim. *Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado*. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional da Criança e do Adolescente, 2010. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/42/docs/eca_comentado_murillo_digiacom.pdf>. Acesso em: 01/maio/2014.
- DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas – 3ª ed. rev.* São Paulo (SP): Saraiva, 1998.
- DUARTE, Marina Vasques. *Direito Previdenciário*. 6 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

- FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. *Guarda – Estatuto da Criança e do Adolescente: questões controvertidas*. 6ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2011. (1ª ed. 1999)
- FILETI, Narbal Antônio Mendonça. *O princípio da proibição de retrocesso social: breves considerações*. Jus Navigandi, Teresina, a. 13, n. 2059, 19 fev. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12359>>. Acesso em: 22 jun. 2009.
- FIUZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 7ª ed. Ver., atual e ampl., de acordo com o Código Civil de 2012.
- GARCIA, Sérgio Renato Tejada. *O princípio da vedação de retrocesso na jurisprudência pátria - análise de precedentes do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Regionais Federais e da Turma Nacional de Uniformização*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 36, jun. 2010. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao036/sergio_tejada.html> Acesso em: 30 maio 2014.
- IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 12. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2008.
- LAGE, Michelle Torres; ROSA, Marco André Cernev. *Evolução da infância no Brasil: do anonimato ao consumismo*. Revista Eletrônica de Educação. Ano IV. No. 08, jan./jul. 2011. Disponível em: <http://www.unifil.br/portal/arquivos/publicacoes/paginas/2011/12/391_499_publipg.pdf>. Acesso em: 17/mar/2014.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. *Guarda Familiar*. Revista igualdade XXXIII, VOL. 9 N. 33; 2001. Curitiba: Centro de apoio operacional das promotorias da criança e do adolescente. Disponível em: http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_29.php. Acesso em: 15/março/ 2014.
- LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os direitos da criança e do adolescente: a necessária efetivação dos direitos fundamentais*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. (Pensando o Direito no Século XXI; v. 5)
- LIMA, Valter Sarro de. *Direito do menor sob guarda à pensão por morte*. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3671, 20 jul. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24978>>. Acesso em: 29 maio 2014.
- MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. Barueri: Manole, 2003.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- NASCIMENTO, Alcileide Cabral do. *A sorte dos enjeitados: o combate ao infanticídio e a institucionalização da assistência às crianças abandonadas no Recife (1789-1832)*. São Paulo: Annablume; FINEP, 2008. p. 25-100. Disponível em: <<http://books.google.com.br>>. Acesso em: 22/mar/2014.
- OAB. Petição Inicial – Ação Direta de inconstitucionalidade c/c pedido de liminar (ADI 5083). Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/oab-entra-adi-stf-garantir-pensao.pdf>>. Acesso em: 20/mar/2014.
- PEREIRA, Tânia da Silva. *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000.

PEREIRA, Fábio Soares. Da orientação jurisprudencial sobre o direito à pensão do menor sob guarda. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 55, ago. 2013. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao055/Fabio_Pereira.html> Acesso em: 13 maio 2014.

PRIORE, Mary del (org.). *História da criança no Brasil*. São Paulo: Contexto, 1991. (Caminhos da história). Disponível em: <http://www.umcpos.com.br/centraldoaluno/arquivos/15_04_2012_152/Mary_Del_Priore_-_Historia_da_Crianca_no_Brasil.pdf>. Acesso em: 18/mar/2014.

RECANELLO, Laiana Delakis. *Guarda Protetiva: o direito à convivência familiar das crianças em situação de vulnerabilidade social*. Anais do I Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito, 2011. Disponível em: <http://eventos.uenp.edu.br/sid/publicacao/artigos/35.pdf>. Acesso em: 03/mar/2014.

RIBEIRO, Francisco Wendson Miguel. *O menor sob guarda e a sua (não) condição de dependente do segurado do RGPS para fins de recebimento de pensão por morte. Breves considerações normativas e jurisprudenciais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3491, 21 jan. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23497>>. Acesso em: 03/mar/2014.

ROMERA, Mário. *O instituto da guarda no Estatuto da Criança e do Adolescente*. Ministério Público do Rio Grande do Sul, disponível em: www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/idl30.htm. Acesso em: 19/maio/2014.

SAMPAIO, José Carlos de Oliveira. *O princípio da prioridade absoluta e a colocação em família substituta no Estatuto da Criança e do Adolescente – os limites etários da guarda*. Disponível em: www.mpsp.mp.br/

SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito Previdenciário – 7ª ed.* São Paulo: Saraiva, 2011.

SALVADOR, Sérgio Henrique. *STJ e a pensão por morte do menor sob guarda: proteção ou restrição social?*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 97, fev 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11156&re_vista_caderno=20>. Acesso em fev 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 990.10.088859-0. Partes: Gabriely Medeiros dos Santos Brito X INSS. Relatora Min. De Paula Santos. Julgado em 11/04/2011, publicado em 15/04/2011 no DJE.

SILVA, Paulo Leandro. *Menor sob guarda e dependentes da Lei Previdenciária*. Scientia FAER, Olímpia - SP, Ano 1, Volume 1, 2º Semestre. 2009. P 65 – 71.

VENOSA, Silvio Salvo. *Direito de Família*. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1999.

_____, Josiane Rose Petry. *Direito da criança e do adolescente*. Florianópolis, SC: OAB/SC, 2006.

VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. *Poder familiar e tutela: à luz do novo código civil e do estatuto da criança e do adolescente*. Florianópolis, SC: OAB/SC, 2005.

VIANNA, Cláudia Salles Vilela. *Previdência social: custeio e benefícios*. 2. ed. São Paulo (SP): LTr, 2008.