

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO

Laura de Souza

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXCLUSÃO DA
CRIANÇA E DO ADOLESCENTE SOB GUARDA DO ROL
DE DEPENDENTES DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Carazinho

2018

Laura de Souza

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXCLUSÃO DA
CRIANÇA E DO ADOLESCENTE SOB GUARDA DO ROL
DE DEPENDENTES DA PREVIDÊNCIA SOCIAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob a orientação do Dr. Márcio Renan Hammel.

Carazinho

2018

Dedico este trabalho à minha Mãe (in memoriam), que me fez ser tudo o que sou hoje e sempre me incentivou a ser forte e a concretizar os meus objetivos.

Agradeço primeiramente à Deus, por me permitir trilhar esse caminho, que traz tanta satisfação.

Agradeço ao meu orientador, Dr. Márcio Renan Hammel, por me proporcionar confiança e tranquilidade, nesta trajetória final do curso.

Agradeço à minha Mãe, Rosângela Bohrz de Souza, com todo o meu coração, por ser meu maior orgulho e inspirar todas as minhas ações.

Agradeço ao meu Pai, Gilberto Flávio de Souza, por me incentivar sempre e despertar a minha admiração todos os dias.

Agradeço a minha irmã, Bruna de Souza, por ser uma das minhas principais fontes de motivação e alegria.

Agradeço ao meu marido, Carlos Henrique Dalcin, por estar ao meu lado em todos os momentos, me incentivando a ser cada vez melhor.

Agradeço ao meu sobrinho, Benjamin Souza da Costa, por ser a alegria dos meus dias.

Agradeço a minha Vó, Neusa Bohrz, por ser meu exemplo de força e determinação.

Agradeço à minha Sogra, Ledi Eva Dalcin, por me ensinar, que na vida, sempre devo dar preferência ao cumprimento das minhas obrigações.

“Não existe revelação mais nítida da alma de uma sociedade do que a forma como esta trata suas crianças.”

Nelson Mandela

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo averiguar a constitucionalidade da exclusão da criança e do adolescente sob guarda do rol dos dependentes da previdência social. Para tanto, será analisada a lei 9.528 de 1997, que modificou o plano de benefícios, do Regime Geral da Previdência Social, alterando o rol de beneficiários, aptos à percepção da pensão por morte. Aborda-se a legitimidade da referida exclusão, que tem como fundamento a ocorrência de fraude a previdência social, desvirtuando a finalidade do instituto. Como ponto de extrema relevância, examinar-se-á a antinomia existente entre Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei de benefícios da previdência social, no sentido de estabelecer qual lei deverá ser aplicada em cada caso concreto, e o que legitima a utilização da lei em questão. Como base para a resolução da dicotomia jurídica e possível resolução da divergência entre Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei previdenciária, trabalha-se a nova hermenêutica constitucional, procurando compreender, porque a aplicação de uma regra, perfeitamente válida no ordenamento jurídico, poderá gerar uma inconstitucionalidade ao ser aplicada a determinado caso, momento em que, deverá sempre ser buscada a interpretação da lei que esteja em conformidade com a Constituição Federal.

Palavras-chave: Antinomia normativa. Constitucionalidade. Criança e adolescente. Fraude à Previdência. Criança e Adolescente sob Guarda. Previdência Social.

SUMÁRIO

1.INTRODUÇÃO	7
2.DIREITOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES	9
2.1 Estatuto da Criança e do Adolescente: a efetivação da proteção integral	10
2.2Princípios norteadores dos direitos da Criança e do Adolescente	12
2.3Das formas de colocação da criança e adolescente em família substituta.....	15
2.4Da guarda estatutária e do poder familiar.....	18
3.A CRIANÇA E O ADOLESCENTE SOB GUARDA E A PREVIDÊNCIA SOCIAL	24
3.1 Aspectos gerais sobre a previdência social no brasil.....	25
3.2A previdência social e o princípio da solidariedade	27
3.3Os benefícios da previdência social e seus dependentes	29
3.4 Da exclusão da criança e do adolescente sob guarda do rol de dependentes da previdência social com base na fraude ao instituto	30
3.4.1 A criança e o adolescente sob guarda e a pensão por morte.....	36
4.DA DIVERGÊNCIA DOUTRINARIA E JURISPRUDENCIAL ENTRE PREVIDÊNCIA SOCIAL E ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE: PROBABILIDADE DE RESOLUÇÃO DO CONFLITO NORMATIVO	38
4.1 Das jurisprudencias nos casos de guarda e pensão por morte: as divergências dos tribunais	39
4.2 Os critérios de resolução da antinomia entre lei da previdência social <i>versus</i> estatuto da criança e do adolescente	43
4.3 A (in)constitucionalidade da exclusão da criança e do adolescente sob guarda do rol de dependentes da previdência social: possível resolução	45
4.4 A nova hermenêutica constitucional: a interpretação conforme a constituição	50
5.CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS	61

1. INTRODUÇÃO

O objetivo da presente monografia é analisar a situação da criança ou adolescente sob guarda, no que diz respeito a sua exclusão do rol de dependentes da previdência social, motivada pela edição da Medida Provisória nº 1523, a qual foi convertida na Lei 9.528/1997 e alterou o artigo 16, §2º da Lei de Benefícios do Regime Geral da Previdência Social. Tal modificação na lei retirou o direito da criança e adolescente sob guarda, ao recebimento da pensão por morte de seu guardião.

A modificação legislativa, gerou um conflito entre o Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual expressamente prevê, como detentores absolutos de direitos, as crianças e adolescentes sob guarda, para todos os fins de direito, inclusive os previdenciários, e o Regime Geral da Previdência Social, que excluiu o direito das crianças e adolescentes sob guarda, ao recebimento da pensão por morte de seu guardião. Devido à divergência entre as normas, de mesma hierarquia, ocorre o conflito de aplicação entre elas, deixando à discricionariedade do juiz eleger aquela que apresente maior compatibilidade, com sua convicção e com o caso concreto que se apresenta.

Para tanto, no primeiro capítulo será abordado a finalidade do Estatuto da Criança e do Adolescente, mencionando a transformação ocorrida no ordenamento jurídico brasileiro, ao passar de um código de menores repressivista, para um Estatuto totalmente assistencialista, que prima pela defesa dos princípios da proteção integral das crianças e adolescentes, bem como estabelece que as decisões judiciais deverão ser determinadas de acordo com o princípio do melhor interesse das crianças e adolescentes.

Para embasar todo o instituto de proteção visado pelo ECA, analisar-se-á os seus princípios norteadores, e verificar-se-á sua amplitude, no sentido de resguardar e efetivar os direitos alcançados em prol das crianças e adolescentes, funcionando como diretrizes na busca do respeito e concretização das garantias até então obtidas, motivados pelo fato de sua condição de pessoas em desenvolvimento, merecedores de proteção especial.

Ainda como manifestação do princípio da proteção integral de crianças e adolescentes, serão analisados os casos em que se faz necessária, a colocação da criança ou do adolescente em família substituta, medida que deverá ser tomada, quando os genitores não apresentarem compatibilidade e capacidade de adimplir com as necessidades básicas dos filhos, sendo que, como medida de proteção, estes deverão ser postos aos cuidados de uma família substituta.

Como ponto de extrema relevância, será abordada a questão do poder familiar nos casos de colocação da criança ou adolescente, em família substituta e a guarda estatutária,

instituto que legitima ao guardião, quando a criança ou adolescente é retirado dos cuidados dos genitores, opor-se a quem quer que seja, inclusive aos pais, para resguardar os direitos da criança e do adolescente, estando eles, sob a responsabilidade integral do guardião, inexistindo alvará judicial para tomar qualquer medida em nome da criança ou adolescente, quando o guardião se encontra na posse do termo de guarda.

No segundo capítulo, analisar-se-á os aspectos gerais da Previdência Social, comoram do Direito que proporciona proteção à sociedade, mediante seguro oferecido às pessoas, que contribuem à autarquia, quando da ocorrência de contingências que as impeçam de prover suas necessidades básicas e de sua família, ou na ocorrência de infortúnios, caso em que a Previdência Social, proverá meios de subsistência aos dependentes do segurado, de forma imediata, ou mediante comprovação de dependência.

Será objeto de análise, os benefícios e conseqüentemente os beneficiários da Previdência Social, que estão presentes em um rol taxativo da respectiva lei de benefícios, Lei 8.213 de 1991, sendo vedada sua extensão sem a prévia fonte de custeio que permita a inclusão de dependente não previsto.

Como ponto central do capítulo, será analisada a exclusão da criança e do adolescente sob guarda do rol de dependentes da Previdência Social, sendo visto como uma revolução na legislação previdenciária, trazida pela Lei nº 9.528 de 1997, que modificou a Lei nº 8.213/91, que trata dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Devido a essa alteração, as crianças e adolescentes sob guarda deixaram de ser equiparadas a filhos, para efeitos previdenciários, passando a ter apenas uma expectativa de direito. Tal exclusão é tida por legítima, sob a motivação de fraude ao instituto previdenciário, ocorrendo o desvirtuamento da finalidade que se visa alcançar.

No terceiro capítulo da presente monografia, será amplamente abordada a divergência normativa ente o Estatuto da Criança e Adolescente e a Lei de benefícios do Regime Geral da Previdência Social, pois devido a esta dicotomia, o deferimento do benefício de pensão por morte, às crianças e adolescentes sob guarda, não encontra estabilidade jurídica, estando este à mercê da discricionariade do juiz.

Procurando resolver tal caso de instabilidade, serão estudados os critérios de resolução da antinomia jurídica de acordo com Norberto Bobbio, o qual estabelece três critérios distintos, o critério cronológico, que estabelece que, na existência de duas normas contraditórias deverá prevalecer a posterior. O critério hierárquico, como aquele em que, existindo duas normas incompatíveis, deverá prevalecer a hierarquicamente superior. E o critério da especialidade,

como aquele em que, na existência de normas contraditórias, sendo uma geral e uma especial, deverá prevalecer a segunda.

Devido à tentativa infrutífera de resolução da antinomia de acordo com os critérios de Bobbio, pela complexidade do assunto, abordar-se-á, a necessidade de declaração de inconstitucionalidade da norma, que exclui, a criança e adolescente sob guarda, do rol de dependentes da previdência social. Para tanto, serão abordadas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade, que visam reconduzir o teor da norma previdenciária ao *status quo ante*, ou seja, visam retornar ao antigo texto da lei de benefícios, que previa expressamente, as crianças e adolescentes sob guarda, como dependentes do segurado da previdência social.

De extrema relevância e como alternativa contemporânea para a resolução do conflito normativo existente, será estudada a nova hermenêutica constitucional e a interpretação conforme a constituição, para dar legitimidade aquela norma que vai ao encontro dos princípios estabelecidos pela Magna Carta, explicando que, pela supremacia da Constituição Federal, tem-se que, o aplicador da norma infraconstitucional, quando da existência de mais de uma interpretação possível ou no caso de duas leis que regulam a mesma matéria, deverá buscar aquela que se compatibilize com os princípios e garantias presentes na Constituição.

2. DIREITOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

A realidade social da criança e do adolescente sofreu grandes transformações ao longo dos séculos. Não existiam direitos definidos ou resguardados, sendo comum, o abandono de crianças sem que nenhuma política pública fosse prevista em defesa de seus direitos, e em seu núcleo familiar, eram apenas objeto de sujeição ao cumprimento de ordens.

Será demonstrado neste capítulo, a evolução dos direitos da criança e do adolescente, bem como a ascensão da importância de seu cumprimento, objetivando a satisfação de suas garantias e o respeito às conquistas obtidas ao longo da história, baseando-se na busca da efetivação de medidas que atinjam seu melhor interesse, bem como o reconhecimento do dever de proteção, principalmente por parte do estado, como agente competente para dar efetividade e legitimidade aos direitos das crianças e adolescentes.

Como enfoque central da presente pesquisa, abordar-se-á os casos em que as crianças e adolescentes necessitam ser introduzidas em famílias substitutas e como ocorrerá a seleção do eventual guardião, bem como serão suscitadas as hipóteses causadoras da necessidade da adoção de tais medidas.

2.1 Estatuto da Criança e do Adolescente: a efetivação da proteção integral

Fundamental se faz abordar o nascimento do diploma legal que veio com o intuito de garantir de forma imperativa que os direitos das crianças e adolescentes sejam efetivamente observados. Pode-se dizer, como introdução ao estudo, que tal Estatuto é destinado, primordialmente à crianças e adolescentes com a finalidade precípua de resguardar e fazer valer os direitos que lhe são inerentes, consoante o disposto na Constituição Federal.

O Estatuto da criança e do adolescente, nasceu em 1990, e introduziu significativas alterações em detrimento do antigo perfil legislativo traçado pelo Código de Menores. Na apresentação do projeto de Lei do Estatuto da Criança e do Adolescente, foram enfatizadas as mudanças de designação no tratamento dos menores, enfatizando que, a partir de então, estavam revogados os conceitos ideológicos que as crianças e adolescentes estavam submetidos, como sua situação irregular e seu estado de estigma social (MIRANDA, 2012, P.39).

O estatuto da criança e do adolescente tem cunho primordialmente assistencialista e mais do que mudanças terminológicas, ocorreram mudanças ideológicas, representando um início da aplicação do art. 227¹ da Constituição Federal. Tal ideologia assistencialista, está

¹Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura,

representada pela doutrina da proteção integral, afirmada na Declaração Universal dos Direitos da Criança desde 1959. Relevante se faz destacar, que a nova lei concedeu garantias e proteção à todas as crianças e adolescentes, indistintamente, fundamentada pela sua condição de pessoa em desenvolvimento (MIRANDA, 2012, p. 40).

O Estatuto em comento, é o marco legal, do princípio da proteção integral e a inauguração da proteção específica à crianças e adolescentes. Isto é, se trata do diploma legal que visa assegurar os direitos individuais e fundamentais inerentes à infância e juventude. A proteção integral conferida pelo Estatuto, se encontra no art. 1º da Lei 8.069/90²(ECA), e se traduz na consolidação do ordenamento jurídico brasileiro, amoldando-se perfeitamente às normas constitucionais, dos art. 227 e 228³, da Constituição Federal, de acordo com os direitos humanos e fundamentais destinados à criança e ao adolescente (RAMIDOFF, 2012, p. 15).

Pode-se dizer que o Estatuto da Criança e do Adolescente é um dos diplomas legais mais importantes do nosso ordenamento jurídico, aplicado de acordo com as diretrizes da Constituição Federal e que merece ser integralmente cumprido, pois ao se tratar de crianças e adolescentes em pleno desenvolvimento, exige-se um olhar mais atento e cuidadoso, para que ocorra o cumprimento de seus preceitos legais, de acordo com o seu melhor interesse, respeitando sempre o princípio da proteção integral.

Ainda de acordo com o artigo 227 da Constituição Federal, supracitado, temos o fundamento constitucional de proteção da criança e do adolescente, trazendo a união de todos os direitos essenciais à pessoa humana, que embora neste artigo esteja voltado especificamente a criança e adolescente, legitimado pelo princípio da proteção integral e absoluta prioridade, é aplicável a todos, indistintamente. Ainda, tem-se a criança e o adolescente, como sujeitos de proteção, no que diz respeito a proibição de atos que prejudiquem seu desenvolvimento, como negligência, violência e crueldade (NUCCI, 2017, p. 3).

O novo paradigma conquistado através do Estatuto da Criança e do Adolescente, enquadrou-os, como sujeitos de direitos e, como pessoas em condição de desenvolvimento lhes proporcionou maior eficácia na aplicabilidade de suas garantias, com pleno amparo da Constituição Federal, pois, como indivíduos merecedores de prioridade de tratamento o Estatuto da Criança e do Adolescente é indistintamente aplicado a todos, sendo uma legislação própria e adequada para a defesa de direitos e garantias, no que diz respeito a cada caso concreto

à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

²Art. 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente: Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

³Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

envolvendo crianças e adolescentes. Neste sentido, passa-se a analisar os princípios inerentes às crianças e adolescentes, norteadores de todo o estudo que se inicia.

2.2 Princípios norteadores dos direitos da Criança e do Adolescente

Em todo nosso ordenamento jurídico, os princípios apresentam elevado grau de relevância, tanto para interpretação de casos concretos, quando para a correta efetivação das normas e regras. No caso da efetivação dos direitos e garantias das crianças e adolescentes não é diferente, pois se faz possível verificar um vasto arsenal de princípios que regulam o correto funcionamento do instituto.

Dessa forma, pode-se dizer que um dos mais relevantes princípios que norteiam os direitos da criança e do adolescente, é o princípio da proteção integral, positivado no artigo 227 da Constituição Federal, advindo do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual legitimou o nascimento dos princípios de proteção à infância e a juventude, reconhecendo às crianças e adolescentes, direitos inerentes a sua proteção como pessoa em desenvolvimento, como destinatários legítimos de direitos fundamentais (MACIEL, 2007, p. 11).

Este, é o maior de todos os princípios aplicados às crianças e adolescentes, pois traduz a importância dos seus direitos e a prioridade do cumprimento de suas garantias, sendo vedado lançar mão do cumprimento de suas necessidades, em outras palavras

significa que, além de todos os direitos assegurados aos adultos, afora todas as garantias colocadas à disposição dos maiores de 18 anos, as crianças e os adolescentes dispõem de um plus, simbolizado pela completa e indisponível tutela estatal para lhes afirmar a vida digna e próspera, ao menos durante a fase de seu amadurecimento. (NUCCI, 2017, p. 04).

Dito isto, antes de analisarmos os demais princípios destinados as crianças e adolescentes, faz-se relevante destacar que, sendo o ordenamento jurídico um sistema de implantação de regras e princípios, visa, como um objetivo maior, atender à eficácia de aplicabilidade dos direitos e garantias inerente àqueles a que se destinam. Sendo assim,

as convenções e declarações internacionais, ratificadas pelo Brasil, assim como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente formam em conjunto as normas que regem o Direito da Criança e do Adolescente. No entanto, como alternativa para alcançar a real efetividade na concretização dos direitos infanto-juvenis, é imprescindível que haja aplicabilidade dos princípios, não como complemento a norma legal vigente, mas como um sistema norteador de garantias e direitos fundamentais. (LIMA; VERONESE, 2012, p. 96)

Nesta ótica, e também de incalculável relevância, tem-se como princípio fundamental na efetivação dos direitos e garantias da criança e do adolescente, o princípio do melhor interesse, o qual é motivado pela sua condição de pessoa em desenvolvimento, imprimindo grande carga de atenção às suas necessidades, no sentido de concretizar ações que legitimem o cumprimento de seus direitos. (LIMA; VERONESE, 2012, p. 98).

Este princípio foi visivelmente acolhido pelo artigo 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990⁴, o qual tem em sua redação que “todas 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 interesse maior da criança” (CONVENÇÃO, 1990, art. 3º).

Outro princípio específico da proteção da criança e do adolescente elucidado por Lima e Veronese, é a prioridade absoluta no atendimento, que está previsto no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente⁵, e estabelece direitos de forma a garantir à criança e ao adolescente preferência de atendimento, tanto no que diz respeito à proteção, quanto ao fomento de implantação de políticas públicas e sociais, bem como o privilégio na destinação de recursos nas áreas que sejam destinadas à proteção à infância e à juventude. (LIMA E VERONESE, 2012, p. 99).

Além de princípios que visam à proteção e à efetiva aplicabilidade da lei infraconstitucional às crianças e adolescentes, pode-se contar também com princípios que incitam a cooperação social, bem como com aqueles que visam proporcionar a efetiva aplicabilidade das garantias conferidas às crianças e adolescentes.

Nesta ótica, tem-se o princípio da participação popular, que no que concerne à criança e ao adolescente, traduz-se como a direta participação da sociedade, no sentido de aproximá-la

⁴ Art. 3º da CIDC: I- 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 interesse maior da criança. II- Os Estados Partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas. III- Os Estados Partes se certificarão de que as instituições, os serviços e os estabelecimentos encarregados do cuidado ou da proteção das crianças cumpram com os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, especialmente no que diz respeito à segurança e à saúde das crianças, ao número e à competência de seu pessoal e à existência de supervisão adequada.

⁵ Art. 4º do ECA: É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

de ações governamentais, que visam a melhoria das condições de vida das crianças e adolescentes, como pessoas em desenvolvimento.(LIMA; VERONESE, 2012, p. 100).

E, no sentido de se fazer cumprir àquilo a que todos os outros princípios se propõe, conta-se com o princípio da humanização, o qual também conta com expressa previsão legal, no artigo 15 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁶, e no artigo 37 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança⁷, e visa proporcionar efetividade no tratamento das crianças e adolescentes, no sentido de se fazer cumprir seus direitos e a necessidade de primazia de atendimento de seus interesses. (LIMA; VERONESE, 2012, p. 103).

E ainda, o rol de princípios que visa garantir o melhor desenvolvimento das crianças e adolescentes, bem como efetivar a aplicabilidade de suas garantias e zelar pela sua proteção, compreende um princípio que visa ofertar-lhes a efetivação também de suas garantias jurídicas.

Tal princípio é o da politização, o qual busca efetivar políticas públicas, para que estas funcionem como meio de garantir que os direitos das crianças e adolescentes sejam devidamente respeitados, operando como uma alternativa da garantia de direitos das crianças e dos adolescentes. As políticas públicas representam o impulso para as conquistas das garantias jurídicas. (LIMA; VERONESE, 2012, p. 103).

Dessa forma, pode-se concluir que a concretização de todos esses princípios que visam proteger, resguardar e efetivar as garantias alcançadas em benefício das crianças e adolescentes, funcionam como diretrizes na busca da correta aplicação dos seus direitos e garantias, bem como parâmetros de tratamento, aplicação e correto funcionamento de implantação de políticas públicas, que auxiliam no cumprimento efetivo da Lei, destinada à proteção das crianças como pessoas em desenvolvimento.

⁶ Art. 15 do ECA: 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.

⁷ Art. 37 da CIDC: Os Estados Partes zelarão para que:a) nenhuma criança seja submetida a tortura nem a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Não será imposta a pena de morte nem a prisão perpétua sem possibilidade de livramento por delitos cometidos por menores de dezoito anos de idade;b) nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança será efetuada em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado;c) toda criança privada da liberdade seja tratada com a humanidade e o respeito que merece a dignidade inerente à pessoa humana, e levando-se em consideração as necessidades de uma pessoa de sua idade. Em especial, toda criança privada de sua liberdade ficará separada dos adultos, a não ser que tal fato seja considerado contrário aos melhores interesses da criança, e terá direito a manter contato com sua família por meio de correspondência ou de visitas, salvo em circunstâncias excepcionais;d) toda criança privada de sua liberdade tenha direito a rápido acesso a assistência jurídica e a qualquer outra assistência adequada, bem como direito a impugnar a legalidade da privação de sua liberdade perante um tribunal ou outra autoridade competente, independente e imparcial e a uma rápida decisão a respeito de tal ação.

2.3 Das formas de colocação da criança e adolescente em família substituta

Após a análise dos princípios basilares que definem a proteção dos direitos das crianças e adolescentes no ordenamento jurídico brasileiro, passa-se ao estudo das formas de proteção da criança e do adolescente, nos casos em que se torna tão imperativo assegurá-las de riscos iminentes ou quando ocorre negligência no atendimento de seus interesses, a ponto de ensejar a colocação da criança ou adolescente aos cuidados de uma família substituta, medida esta que poderá se dar em caráter temporário ou definitivo.

Como acabamos de estudar, a criança e o adolescente contam com princípios orientadores que fundamentam todo o seu direito de proteção e que legitimam a eficácia das garantias à eles oferecidas. E é neste sentido, que se faz pertinente alisarmos, os institutos que visam, terminantemente, proporcionar à eles, proteção efetiva.

Tal proteção, diz respeito a colocação da criança ou do adolescente em família substituta, a qual é determinada por lei e analisada sua necessidade pelo juiz, sob o procedimento de encaminhamento à acolhimento institucional ou familiar, sendo que o objetivo é que, quando cessada suas causas, volte a família natural, sendo que tal procedimento deve ser visto sob o critério da excepcionalidade. A família substituta deve atuar como se fosse a família biológica da criança ou adolescente, sendo que tal múnus poderá ser exercido em caráter provisório ou definitivo. Normalmente, a finalidade de inserção, da criança ou do adolescente, em família substituta, presume uma posterior adoção, pois seu intuito primordial, é o cumprimento do princípio da proteção integral, bem como do princípio do melhor interesse. (NUCCI, 2017, p. 109).

Para melhor compreendermos, pode-se dizer que tal medida de proteção, será estritamente analisada a caso concreto, de acordo com as necessidades e interesses de cada criança, observado o contexto em que se pretende impor a medida de proteção, tal providência somente poderá ser adotada, sem comprovado que a permanência da criança ou adolescente no seio familiar, acarretará para ela, risco a sua integridade física ou psíquica, ou quando seus interesses básicos, de pessoa em desenvolvimento, estão sendo inobservados ou negligenciados.

Dito isto, passa-se a analisar, brevemente, os institutos, que legitimam a colocação da criança ou do adolescente em família substituta, com intuito de proteção, objetivando o atendimento de seu melhor interesse. Para tanto, começaremos analisando o instituto que, para o presente estudo, representa o maior grau de relevância, seja ele o instituto da guarda, analisada sob o enfoque da colocação da criança ou adolescente, em família substituta, ou seja, quando a guarda é exercida por aqueles que não são os genitores.

A guarda propriamente dita, significa o dever de proteção, defesa e vigilância. Diz respeito a obrigação dos genitores em zelar pelos seus filhos. No entanto, contrariamente à regra da guarda exercida pelos genitores, existe a possibilidade, excepcionalmente, de o juiz conferir a guarda da criança a terceiros, os quais podem ter ligação parental, ou não. A guarda, conferida pela autoridade judiciária, com base no Estatuto da Criança e do Adolescente, é uma maneira de corrigir a situação que se apresenta, mostrando-se necessária quando as crianças ou adolescentes, encontram-se em situação de risco, provocado por negligência dos genitores (NUCCI, 2017, p.119).

O instituto da guarda, permite que o guardião exerça o poder que lhe é atribuído sob a criança ou adolescente, sem que para isso ocorra a suspensão ou perda do poder familiar dos genitores. Importante ressaltar que a guarda da criança ou adolescente não se instala de maneira indefinida, mas sim até que se decida a situação atípica que se apresenta, sendo que, se os pais biológicos, não apresentarem condições de manter o poder familiar, este será suspenso, mediante procedimento próprio, e posteriormente extinto (NUCCI, 2017, p.121)

Cumprido destacar, que a colocação da criança em família substituta, ocorrerá independentemente da situação jurídica que se apresenta, ou seja, o poder familiar, sobre a criança ou adolescente continuará pertencendo aos genitores, mas ele será retirado de seu lar, ocorrendo então, uma espécie de suspensão do poder familiar. Então, compreende-se que os pais não perderam o poder familiar, muito embora o filho esteja sob os cuidados de outras pessoas (NUCCI, 2017, p. 109).

Dito isto, é de grande valia destacar que, no ordenamento jurídico brasileiro, existem dois tipos de guarda, àquela exercida pelos genitores em conjunto, ou por apenas um deles, conforme se revele adequado de acordo com cada caso. O outro tipo de guarda, é aquela exercida por uma terceira pessoa, em regra de forma provisória, quando se torna imperativa a necessidade da criança ou adolescente ser retirada do convívio com os pais, definindo-se por uma medida de integral proteção aos seus interesses e necessidades, que poderá ser outorgada e exercida por alguém que tenha parentesco sanguíneo com a criança, ou não, pois o critério que será analisado para tanto, é que seja resguardado seu melhor interesse.

Da mesma forma relevante se faz destacar, que a guarda poderá ser revista se as circunstâncias que a geraram se modificarem, ou seja, a guarda durará enquanto persistirem as causas que lhe originaram, sendo que se os genitores da criança ou do adolescente, readquirirem a capacidade de cuidado e sustento, nada obsta que a guarda volte àqueles que detém o poder familiar.

A partir de então, analisaremos o instituto da tutela, que apesar de não ser objeto de análise aprofundada no presente estudo, faz-se importante analisá-lo, pois, como veremos no decorrer, tal instituto será de grande serventia para possível resolução de antinomia jurídica.

Pode-se dizer que a tutela aproxima-se muito da guarda, pois confere ao tutor o direito e o dever de zelar pelo bem-estar da criança. Porém, contrariamente à guarda, este instituto é incompatível com o poder familiar dos genitores, seja pelo seu falecimento, ou porquê foram destituídos ou suspensos do exercício do poder familiar.

Ou seja, na presença de tutor, necessariamente os pais da criança estão com o poder familiar suspenso, ou foram destituídos. Apesar do poder familiar dos genitores não estar presente neste instituto, o tutelado apenas passa a ser conduzido pelo seu tutor, mantendo-se em sua família, sem alterar seu nome ou sua filiação, ao contrário do que ocorre na adoção (NUCCI, 2017, p. 138).

Pode-se perceber que a tutela e a guarda são institutos que guardam grande relação entre si, diferindo somente pelo fato de que a tutela pressupõe perda ou suspensão do poder familiar dos pais biológicos, enquanto que a guarda é medida de colocação em família substituta que coexiste com o poder familiar desempenhado pelos genitores e é exercida em caráter provisório, como preparação para tutela ou adoção, ou como meio de proteção em um momento transitório na vida da criança ou do adolescente.

Em regra, a tutela é instituto permanente, até que se adquira a maioridade, enquanto que a guarda é medida cautelar, que visa proteger a criança ou do adolescente provisoriamente, enquanto durar a situação de risco. No entanto, os dois institutos guardam íntima relação em sua essência, ambos com o objetivo de atender o melhor interesse das crianças e adolescentes, pressuposto que se torna mais importante do que os requisitos que as diferem.

Apenas a título de informação, conceitua-se o instituto da Adoção, o qual difere da tutela e da guarda, pelo fato de que a criança adotada, será inserida em família substituta, em caráter definitivo, a ponto de, legalmente, substituir-lhe a filiação, configurando outro núcleo familiar. A criança ou adolescente adotado desvincula-se, totalmente, da família natural anterior, passando a viver nova realidade, pertencendo então, aos pais adotivos, o exercício pleno do poder familiar. A criança adotada adquire a condição de filho, para todos os fins de direitos, sendo vedada qualquer distinção entre filhos biológicos ou adotados (NUCCI, 2017, p.142).

O que se depreende do estudo acima apresentado, é que o melhor interesse da criança norteia os institutos da necessidade de colocação em família substituta, com objetivo de ampla proteção, nos casos em que os pais biológicos encontram-se inaptos a zelar pelos interesses das

crianças ou dos adolescentes, sendo que apesar de algumas diferenças pontuais entre guarda e tutela, esses dois institutos encontram estreita ligação entre eles, motivo pelo qual, na sequência, nos reportaremos aos requisitos e privilégios concedidos à tutela, para possível resolução de dicotomia presente no ordenamento jurídico brasileiro, utilizando-o por analogia para possível solução em caso de antinomia jurídica.

2.4 Da guarda estatutária e do poder familiar

A partir de então, como ponto central do capítulo, analisar-se-á o instituto da guarda estatutária, como caso de incidência de colocação da criança ou do adolescente em família substituta, bem como procurar-se-á definir os requisitos para a sua configuração e qual procedimento deverá ser adotado para se legitime seu exercício.

Para que se possa compreender a configuração de tal guarda, primeiramente, faz-se necessário conceituar o que se entende por poder familiar, para que então se possa passar ao instituto da guarda estatutária. Sendo assim, o poder familiar, se define por um conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação aos filhos, tendo como objetivo maior, a proteção destes. Importante salientar que o poder familiar é irrenunciável, do qual advém obrigações impostas por lei, com intuito de que se cumpra sua correta finalidade (ROGRIGUES, 2008, p.356).

Diante de tal função dos pais, pode-se compreender que sua atuação não é meramente de cunho objetivo, fazendo-se importante ressaltar que “a autoridade parental está impregnada de deveres, não apenas no campo material, mas principalmente, no campo existencial, devendo os pais satisfazer outras necessidades dos filhos, notadamente de índole afetiva” (DIAS, 2015, p.462).

Sendo assim, compreende-se que o poder familiar é atributo conferido aos pais, no sentido de fazer valer as necessidades dos filhos, resguardando e propiciando efetividade aos seus direitos. Nesse sentido, pode-se dizer que

na atualidade, a concepção do poder familiar é instrumental e democrática, funcionalizada para a promoção e desenvolvimento da personalidade do filho, visando à sua educação e criação de forma participativa, com respeito à sua individualidade e integridade biopsíquica, e, sobretudo, pautada no afeto (RAMOS, 2016, p.43).

O poder familiar, como atributo intrínseco aos pais, não pode ser renunciado, transferido, alienado e não está sujeito a prescrição. Interessante mencionar, que são deveres personalíssimos e podem se configurar também nos casos de guarda socioafetiva. A renúncia

ao poder familiar é nula de pleno direito, sendo que se torna possível somente delegar a terceiros o seu exercício, e não a sua titularidade, tendo preferência quem é membro da família, configurando crime entregar a criança ou do adolescente a pessoa inapta a exercê-lo, de acordo com o artigo 245 do Código Penal⁸ (DIAS, 2015, p. 462).

No que diz respeito ao poder familiar, estritamente no que se refere a criança e ao adolescente sob guarda, tem-se que a mesma confere ao guardião uma espécie de poder familiar em caráter provisório, sem que os genitores sejam destituídos deste poder, mas que apresenta eficácia plena a quem a detém. O guardião, no exercício de seu dever, poderá opor-se a quem quer que seja, inclusive aos genitores, devido ao poder familiar que exerce em caráter cautelar, pelo fato de responder pela criança sob qualquer circunstância. Sendo assim, o guardião é o responsável integral pela criança ou adolescente, tal como ocorre no instituto da tutela e da adoção, sendo que, estando na posse do termo de guarda, o guardião poderá adotar qualquer medida, independentemente de alvará judicial (NUCCI, 2017, p. 120).

Apenas a título de conhecimento e esclarecimento, faz-se relevante determinar que o ECA nomeia como criança quem tem 12 anos incompletos, e como adolescente quem tem de 12 a 18 anos, de acordo com seu artigo 2º⁹. Já pelo Código Civil, tem-se delimitado quem é absolutamente incapaz, sendo os menores de 16 anos, de acordo com o artigo 3º¹⁰, e relativamente incapazes são os que tem idade entre 16 e 18 anos, conforme o artigo 4º, I¹¹ (DIAS, 2015, p. 463).

Isto posto, é possível passar para a análise do que diz respeito à guarda estatutária, como instituto de colocação da criança ou do adolescente em família substituta, hipótese que deverá ser sempre analisada sob os princípios da proteção integral, bem como o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

⁸Art. 245 do Código Penal- Entregar filho menor de 18 (dezoito) anos a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo: Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos. §1º - A pena é de 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão, se o agente pratica delito para obter lucro, ou se o menor é enviado para o exterior. §2º - Incorre, também, na pena do parágrafo anterior quem, embora excluído o perigo moral ou material, auxilia a efetivação de ato destinado ao envio de menor para o exterior, com o fito de obter lucro.

⁹Art. 2º do Eca: Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

¹⁰Art. 3º do CC: São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos.

¹¹Art. 4º do CC: São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

A guarda, está prevista no artigo 33 do Estatuto da Criança e Adolescente¹². Porém, quando a guarda de fato necessita de regulamentação, caso em que, a criança será colocada em família substituta, conferindo ao guardião um poder familiar temporário, está prevista no art. 98¹³, elencando as situações de risco e 101, inciso IX¹⁴, que cuida de aplicação da medida cautelar de proteção, ambos do ECA.

Por esse motivo, pode o guardião opor-se a terceiros, inclusive aos pais da criança, para efetivação de sua proteção. Importante se faz destacar que o guardião é o responsável integral pela criança ou adolescente, sendo que tendo a posse do termo de guarda, inexistente alvará judicial para tomar qualquer medida em nome seu nome. Ao exercício da guarda sobrepõe-se o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, como instituto de proteção, colocando-o a salvo de situações de perigo, evidenciando, a defesa de seus direitos (NUCCI, 2017, p. 121).

Diante disto, faz-se possível concluir que a guarda não é mero dever de auxílio a criança ou do adolescente, quando da impossibilidade do cumprimento dos deveres paternos, mas é sim, um real múnus, de fazer valer todos os seus direitos, no sentido de agir em busca de seu melhor interesse, de sua efetiva proteção e de valer-se de qualquer meio lícito, para preservar sua integridade.

Faz-se igualmente possível verificar, que o que se busca com a guarda estatutária é inserir a criança ou adolescente, de forma temporária, em uma família apta a desempenhar as atividades que dizem respeito as suas necessidades, com o dever precípua de proteção, sendo que o que se avalia é o bem estar da criança e adolescente. Importante ressaltar que, os pais das

¹²Art. 33 do ECA: A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. § 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros. § 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados. § 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários. § 4º Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público.

¹³Art. 98 do ECA: As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III - em razão de sua conduta.

¹⁴Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: [...] IX - colocação em família substituta. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).

crianças e adolescentes, devem ter negligenciado com os seus deveres ou que tenham falecido, para que a guarda estatutária possa se estabelecer (MIRANDA, 2012, p. 90).

A família substituta está regulada no artigo 28¹⁵ do Estatuto da Criança e do Adolescente e, de acordo com o § 3º do artigo 19 do ECA¹⁶, a manutenção ou reintegração de criança ou adolescente terá sempre como preferência a sua família biológica, em relação a qualquer outra medida que possa ser adotada, sendo que, a sua colocação em família substituta, só será viável se não for possível mantê-la na família biológica. Muito embora o artigo 28 do ECA não delimite um conceito de família substituta, pode-se dizer que ela se define por pessoas que se cadastram uni ou bilateralmente, quando casados ou vivendo em união estável, como candidatos à adoção (MADALENO, 2017, p. 15).

De extrema relevância, se faz a compreensão de que, sempre será preferencial que a criança permaneça em sua família natural, tornando-se exceção a necessidade de retirá-la deste meio para inseri-la em família substituta, reportando-nos ao critério da excepcionalidade, supracitado, ocorrendo tal medida apenas se for de extrema e imperiosa necessidade para a garantia do bom desenvolvimento das crianças e adolescentes.

É exatamente neste sentido que a chamada guarda estatutária, também denominada assistencial ou própria, sedestinada a legitimar a posse de fato das crianças e adolescentes, com o objetivo de proferir assistência moral, material e educacional quando de sua colocação em

¹⁵Art. 28 do ECA: A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei. §1º Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada. §2º Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência. §3º Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida. §4º Os grupos de irmãos serão colocados sob adoção, tutela ou guarda da mesma família substituta, ressalvada a comprovada existência de risco de abuso ou outra situação que justifique plenamente a excepcionalidade de solução diversa, procurando-se, em qualquer caso, evitar o rompimento definitivo dos vínculos fraternais. §5º A colocação da criança ou adolescente em família substituta será precedida de sua preparação gradativa e acompanhamento posterior, realizados pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com o apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar. §6º Em se tratando de criança ou adolescente indígena ou proveniente de comunidade remanescente de quilombo, é ainda obrigatório: I - que sejam consideradas e respeitadas sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, bem como suas instituições, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos por esta Lei e pela Constituição Federal; II - que a colocação familiar ocorra prioritariamente no seio de sua comunidade ou junto a membros da mesma etnia; III - a intervenção e oitiva de representantes do órgão federal responsável pela política indigenista, no caso de crianças e adolescentes indígenas, e de antropólogos, perante a equipe interprofissional ou multidisciplinar que irá acompanhar o caso.

¹⁶Art. 19 do ECA: É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. [...] § 3º A manutenção ou a reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência, caso em que será esta, incluída em serviços e programas de proteção, apoio e promoção, nos termos do § 1º do art. 23, dos incisos I e IV do caput do art. 101 e dos incisos I a IV do caput do art. 129 desta Lei.

família substituta, sendo que não necessariamente ocorrerá a suspensão ou destituição do poder familiar dos pais biológicos. Ou seja, a guarda estatutária é coexistente ao poder familiar, não ocorrendo transferência de autoridade exercida pelos genitores, isso significa dizer, que os pais, ainda que privados da guarda conservarão os demais direitos e deveres inerentes ao poder familiar (MIRANDA, 2012, p. 88).

O poder familiar se faz coexistente com a guarda, ou seja, o que se faz possível compreender, é que o instituto da guarda estatutária, disponibiliza meios da criança e adolescente se desenvolver em um meio sadio e tranquilo, sem contudo, romper definitivamente com os deveres pertencentes aos genitores.

Apesar da guarda estatutária resguardar a efetivação dos direitos e proteção das crianças e adolescentes, como objetivo supremo, o papel exercido pelo guardião, o qual se legitima nos deveres de cuidado e assistência moral e material, não é visto como um poder absoluto, e como exemplo de restrição tem-se o artigo 142 do Estatuto da Criança e Adolescente¹⁷, o qual limita a representação legal, aos pais, tutores ou curadores, fazendo-nos presumir que, para esta finalidade, o poder que o guardião exerce sobre a criança e adolescente, é restrito (MIRANDA, 2012, p.88).

Dito isto, cabe compreender como se dá a transferência da guarda e a consequente colocação em família substituta, atendo-se sempre ao melhor interesse das crianças e adolescentes, sendo que, tal processo dever ser feito com a máxima cautela e precaução, visando que tal medida realmente atenda suas necessidades.

Nesse sentido, no tocante ao procedimento de obtenção da guarda, cumpre-se destacar que para que seja resguardado o poder familiar, importante se faz observar a formalidade do ato de entrega do filho sob a modalidade de guarda. Primeiramente, deve-se requerer ao Juiz da Infância e Juventude a guarda da criança ou do adolescente, fundamentando o pedido nos artigos 33 a 35 da Lei 8.069/90¹⁸, sendo indispensável a presença de advogado ou defensor

¹⁷Artigo 142 do ECA: Os menores de dezesseis anos serão representados e os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da legislação civil ou processual. Parágrafo único. A autoridade judiciária dará curador especial à criança ou adolescente, sempre que os interesses destes colidirem com os de seus pais ou responsável, ou quando carecer de representação ou assistência legal ainda que eventual.

¹⁸Art. 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. § 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. § 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 artigos 28 a 33 desta Lei. § 3º A União apoiará a implementação de serviços de acolhimento em família acolhedora como política pública, os quais deverão dispor de equipe que organize o acolhimento temporário de crianças e de adolescentes em residências de famílias selecionadas, capacitadas e acompanhadas que não estejam no cadastro de adoção. § 4º Poderão ser utilizados

público, tal qual a de promotor de justiça da infância ou de conselheiro tutelar, com o intuito de assegurar o melhor interesse das crianças e adolescentes(MIRANDA, 2012, p. 89).

Como já mencionado, o pedido de guarda deve ser realizado de acordo com as normas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo que um dos artigos de maior imperatividade é o artigo 33, § 3º, o qual preceitua que a guarda concede à criança ou adolescente a condição de dependente, para todas as finalidades de direito, inclusive as previdenciárias, logo, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, compreende-se que as crianças e adolescentes,tem o direito de ser incluído como beneficiário da previdência social de seu guardião, ainda que não lhe sejam reservados os direitos sucessórios(MIRANDA, 2012, p.90).

Sendo assim, compreende-se que o instituto da guarda estatutária, é uma alternativa legal para colocação da criança ou adolescente, em família substituta, quando a convivência com os pais apresenta algum tipo de risco ao seu desenvolvimento físico ou psíquico. É verdade que a guarda estatutária não confere ao guardião plenos poderes sobre a vida da criança ou do adolescente, já que o poder familiar continua pertencendo aos pais, sendo que é importante recordar, que quando cessadas as causas que ensejaram a colocação da criança ou do adolescente em família substituta, este deverá voltar ao convívio com os s genitores.

No entanto, o guardião tem legitimidade para proteger a criança sob guarda e a zelar pelo seu bom desenvolvimento, podendo para isso, até mesmo opor-se aos seus genitores, motivo pelo qual entende-se que o guardião exerce papel de fundamental importância na efetivação dos princípios de proteção integral das crianças e dos adolescentes, agindo sempre de acordo com seu melhor interesse.

Dito isto, passar-se-á a análise da condição das crianças e adolescentes perante a legislação previdenciária, no intuito de compreender como se opera a distributividade dos benefícios previdenciários, nos casos em que eles figuram como dependentes do segurado da Previdência Social.

recursos federais, estaduais, distritais e municipais para a manutenção dos serviços de acolhimento em família acolhedora, facultando-se o repasse de recursos para a própria família acolhedora.

Art. 35. A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público.

3. A CRIANÇA E O ADOLESCENTE SOB GUARDA E A PREVIDÊNCIA SOCIAL

Neste capítulo buscar-se-á compreender os aspectos gerais que compõe o instituto da Previdência Social e como se aplica o princípio da solidariedade no seu funcionamento. Como ponto de extrema relevância do capítulo, analisar-se-á a situação da criança e do adolescente sob guarda no que diz respeito a sua exclusão do rol de dependentes da previdência social, e

consequentemente procurar-se-á estudar as justificativas e teorias adotadas para que tal providência tenha sido adotada, levando em consideração os casos de fraude ao sistema da Previdência. Para tanto, procurar-se-á entender, brevemente, questões gerais que abrangem a existência e a forma de funcionamento da Previdência Social e seus respectivos planos de benefícios e relação de dependência.

3.1 Aspectos gerais sobre a Previdência Social no Brasil

A Previdência Social faz parte de um sistema social mais complexo, seja ele a Seguridade Social, sendo ela “o ramo do Direito que estabelece um conjunto de medidas e ações de proteção social às pessoas em relação a contingências que as impeçam de prover suas necessidades básicas e de suas famílias” (GARCIA, 2017, p. 12). Da Seguridade Social, emergem três grupos de garantias oferecidas à população, sejam elas, a Assistência Social, a Saúde e a Previdência Social, sendo esta última, o objeto principal do presente estudo.

Pode-se conceituar a Previdência Social como um sistema de proteção especial, em que seu objetivo é dirimir necessidades oriundas de eventualidades ou incidentes imprevisíveis, nos quais se faz necessário que o agente acometido, doravante denominado segurado, ou seus dependentes, percebam certo auxílio ou benefício, justificado pela incapacidade resultante, ou pelo evento morte. Em outras palavras, pode-se classificar a Previdência Social por três elementos caracterizadores, sejam eles, o dever de proteção, contra riscos futuros e incertos, sendo prestado de acordo com as necessidades do segurado ou seus dependentes (DIAS; MACÊDO, 2012, p.30).

Cumprir mencionar, que o gozo de tais benefícios, que visam proteger àqueles que necessitam, quando da ocorrência de certa contingência, se justificam e se legitimam por um sistema de contraprestações. Sendo assim, a Previdência Social, de acordo com o artigo 201¹⁹ da

¹⁹Art. 201 da Constituição Federal: 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 atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) (Vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

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.

§ 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar.

§ 2º Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo.

Constituição Federal, o qual estabelece todas as diretrizes da Previdência Social, atenta para o seu caráter contributivo e filiação obrigatória aos trabalhadores, sendo que, para que se tenha direito a percepção do seguro ofertado pela Previdência e o consequente direito a receber os benefícios dela decorrentes, faz-se necessária a qualidade de contribuinte do sistema de Previdência Social.

Pode-se bem entender, tal caráter de obrigatoriedade de filiação à Previdência Social, pelas palavras de Eduardo Rocha Dias e José Leandro Monteiro de Macêdo, onde asseveram que,

[...] a previdência social, por adotar a técnica do seguro, tem como pressuposto a participação direta do protegido no seu financiamento. Sucede que essa participação do protegido no financiamento da previdência social se apresenta de forma compulsória, por força de lei. Daí, o qualificativo social, no sentido de obrigatório, emprestado a este seguro (DIAS; MACÊDO, 2012, p. 37)

O caráter compulsório da Previdência Social, decorre diretamente da relação de trabalho, atuando como um seguro obrigatório ao trabalhador. Sendo assim, o trabalhador

§ 3º Todos os salários de contribuição considerados para o cálculo de benefício serão devidamente atualizados, na forma da lei.

§ 4º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei.

§ 5º É vedada a filiação ao regime geral de previdência social, na qualidade de segurado facultativo, de pessoa participante de regime próprio de previdência.

§ 6º A gratificação natalina dos aposentados e pensionistas terá por base o valor dos proventos do mês de dezembro de cada ano.

§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.

§ 8º Os requisitos a que se refere o inciso I do parágrafo anterior serão reduzidos em cinco anos, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

§ 9º Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei.

§ 10. Lei disciplinará a cobertura do risco de acidente do trabalho, a ser atendida concorrentemente pelo regime geral de previdência social e pelo setor privado.

§ 11. Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e consequente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei.

§ 12. Lei disporá sobre sistema especial de inclusão previdenciária para atender a trabalhadores de baixa renda e àqueles sem renda própria que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencentes a famílias de baixa renda, garantindo-lhes acesso a benefícios de valor igual a um salário-mínimo.

§ 13. O sistema especial de inclusão previdenciária de que trata o § 12 deste artigo terá alíquotas e carências inferiores às vigentes para os demais segurados do regime geral de previdência social.

segurado, ao se filiar à Previdência Social, tem a garantia de que, caso alguma contingência venha a afetar sua capacidade laborativa, a sua própria subsistência e a de seus dependentes estará assegurada pelo Estado, sendo que, relevante se faz mencionar, tal contingência deverá estar expressamente prevista na lei competente.

As prestações do Regime Geral da Previdência Social, da Lei 8213/91 são aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de contribuição, aposentadoria especial, aposentadoria por invalidez, auxílio doença, auxílio acidente, salário maternidade, salário família, pensão por morte e auxílio reclusão. Porém, o estudo de tais prestações não será objeto de análise do presente estudo, dando-se atenção especial apenas à pensão por morte e ao auxílio reclusão, no que diz respeito a delimitação do presente trabalho.

Portanto, o que se infere do até então exposto, é que a Previdência Social possui a finalidade dirimir necessidades e proporcionar proteção ao segurado e seus dependentes, quando da ocorrência de eventos que diminuam a capacidade de autos sustento, advindas de fatos futuros e incertos, onde o Estado se responsabiliza pela sua manutenção, de acordo com os eventos expressamente previstos em Lei, sendo que, para que se obtenha tal proteção se faz necessária a prévia filiação do trabalhador, mediante participação no sistema de custeio.

3.2 A previdência social e o princípio da solidariedade

No presente estudo o princípio da solidariedade, inserido no art. 3º, I,²⁰ e art. 195²¹, caput da CF/88 e considerado um dos objetivos fundamentais da Carta Magna, será tido como base para que se possa compreender como ocorre a distributividade dos benefícios sociais. Abordar-se-á, além do conceito geral do princípio da solidariedade na Previdência Social, como o mesmo se aplica no que diz respeito à distribuição dos benefícios previdenciários, quem são os beneficiários e conseqüentemente os respectivos dependentes do Regime Geral da Previdência Social.

²⁰Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

²¹Art. 195. A seguridade social será financiada 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 [...].

Pode-se bem compreender tal princípio pelas palavras de Sérgio Martins, que mesmo ao defini-lo sob a ótica Seguridade Social como um todo, faz-se perfeitamente possível enxergar sua plena aplicação no que diz respeito à Previdência Social, no sentido de que,

ocorre solidariedade na Seguridade Social quando várias pessoas economizam em conjunto para assegurar benefícios quando as pessoas do grupo necessitarem. As contingências são distribuídas igualmente a todas as pessoas do grupo. Quando uma pessoa é atingida pela contingência, todas as outras continuam contribuindo para a cobertura do benefício do necessitado. (MARTINS, 2008, p. 52).

Sendo assim, sucintamente, pode-se explicar o princípio da solidariedade como princípio regulador da Seguridade Social, porém, sua aplicação e conceituação se amoldam à finalidade buscada pela Previdência Social, sendo que o mesmo se caracteriza pela participação da sociedade em favor dos necessitados, no sentido de que quando certo evento futuro e incerto atinge alguém, os demais devem prosseguir contribuindo e mantendo o sistema de proteção, objetivando e explicando-se em prol do bem comum da sociedade, o qual tem como essência a vida dignamente humana da população.

Brevemente, pode-se dizer que o princípio da solidariedade na Previdência Social é uma forma de garantir ao trabalhador, que lhe seja assegurada a prestação de benefícios, quando da ocorrência de determinada contingência social. Tal sistema se fundamenta e se sustenta pela solidariedade entre os homens, onde a população laboral ativa deve contribuir para o sustento da inativa. As contingências sociais, aqui mencionadas, se referem àquelas supracitadas, como as prestações do Regime Geral da Previdência Social, entre elas a pensão por morte, por exemplo (MARTINS, 2008, p.279).

Nesse sentido, faz-se relevante mencionar que o sistema previdenciário, no qual adota-se o sistema de repartição simples, caracterizado pela solidariedade entre as pessoas e definido pelo pacto de gerações, onde uns contribuem em prol dos que estão na inatividade, é alicerçado pelos princípios constitucionais da solidariedade e da contributividade. O princípio da solidariedade se define pela busca na diminuição da desigualdade social, onde a maioria colabora e em prol da minoria. Já o princípio da contributividade, advém do Direito Tributário, e preza para que os segurados e seus dependentes, desde que ocorra a devida contribuição para o sistema da Previdência, terão direito ao devido seguro (FREIRES; SILVA, 2015, p. 3).

Portanto, daquilo que se extrai do presente estudo, faz-se possível compreender que o instituto da Previdência Social têm caráter fortemente protetivo, sendo seu objetivo maior garantir à seus segurados e conseqüentemente à seus dependentes, meios de sobrevivência digna, quando da ocorrência de infortúnios, sendo que, apesar do caráter contributivo, se apoia

amplamente no princípio da solidariedade, o qual legitima o caráter protecionista do pacto de gerações da Previdência Social.

Em um próximo momento do estudo, cabe analisar como tal princípio se amolda à seleção dos dependentes da Previdência Social, levando em conta, a igualdade substancial das condições sociais exigidas, no que concerne ao respeito da obtenção do mínimo existencial, decorrente da dignidade da pessoa humana.

3.3 Os benefícios da previdência social e seus dependentes

Os benefícios da previdência social, estão previstos na Lei 8.213 de 1991 e são destinados ao segurados do Regime Geral da Previdência Social e aos seus respectivos dependentes. De acordo com seu art. 1º²², o objetivo precípua da concessão de benefícios é proporcionar os meios indispensáveis de manutenção, sejam pela ocorrência de incapacidade superveniente, por desemprego, idade avançada, tempo de serviço e, no que diz respeito aos dependentes, proporcionar meios de manutenção, quando da ocorrência de prisão ou morte do segurado.

A Previdência Social, de modo simples e sucinto, caracteriza-se pelos elementos de proteção, no que diz respeito a precaução à infortúnios, sendo utilizada diante de contingências, ou seja, eventos futuros que podem atingir o ser humano, com a finalidade de dirimir necessidades, nos casos de carência ou escassez dos meios essenciais para a sobrevivência, preservando o mínimo existencial (DIAS; MACÊDO, 2012, p. 30).

Nesse sentido, a proteção previdenciária é garantidora de subsistência aos seus beneficiários, em razão de contingências que lhes diminuem ou eliminam a capacidade de trabalho e conseqüentemente de sustento. Essa garantia se define pela provimento de prestações previdenciárias pelo ente estatal. Na relação jurídica existente entre Estado e trabalhador, no que concerne a Previdência Social, a prestação que é devida pelo ente segurador, denomina-se prestação previdenciária (DIAS; MACÊDO, 2012, p. 185).

Os benefícios da Previdência Social, propriamente ditos, se encontram no artigo 18²³ da Lei 8213/91, tanto no que diz respeito ao segurando, quando ao dependente, e seu rol é

²² Art. 1º da Lei 8.213 de 1991: A Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.

²³ Art. 18 da Lei 8213/91: O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços:

taxativo, não sendo permitida sua extensão a outras hipóteses ali não previstas, já a relação de dependentes se encontra no artigo 16²⁴, da mesma Lei.

As prestações previdenciárias tem cunho indenizatório, buscando de certa forma, ressarcir o beneficiário, pela ocorrência de um evento que diminui ou elimina a sua capacidade de subsistência, bem como o dependente, quando da ocorrência de certa contingência, mediante prestações pecuniárias, buscando, sempre que possível, minorar os efeitos desses eventos, possibilitando meios de sustento, em ambas as situações, ao proporcionar a garantia de subsistência dos beneficiários e dependentes (DIAS; MACÊDO, 2012, p. 186)

Como se pode perceber, os benefícios da Previdência Social, possuem cunho indenizatório ou compensatório, buscando proteger não só o segurado, que contribui diretamente para o sistema, mas também aquele que indiretamente por ele é reconhecido e legitimamente dele se faz contemplado, nos casos em que a lei expressamente prevê, sendo eles os dependentes do segurado.

3.4 Da exclusão da criança e do adolescente sob guarda do rol de dependentes da previdência social com base na fraude ao instituto

Importante se faz a compreensão da exclusão da criança e do adolescente sob guarda do rol de dependentes do segurado da Previdência Social, sob os aspectos da jurisdição

I - quanto ao segurado:

a) aposentadoria por invalidez;

b) aposentadoria por idade; c) aposentadoria por tempo de serviço; c) aposentadoria por tempo de contribuição; d) aposentadoria especial; e) auxílio-doença; f) salário-família; g) salário-maternidade; h) auxílio-acidente; II - quanto ao dependente: a) pensão por morte; b) auxílio-reclusão;

III - quanto ao segurado e dependente: a) pecúlios; b) serviço social; c) reabilitação profissional.

²⁴Art. 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 ou deficiência grave;

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 ou deficiência grave; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

IV - a pessoa designada, menor de 21 (vinte e um) anos ou maior de 60(sessenta) anos ou inválida.

(Revogada pela Lei nº 9.032, de 1995)

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

§ 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.

§ 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.

constitucional, bem como abordar as características gerais da pensão por morte, com foco na análise das garantias previstas na constituição e no ECA, com atenção especial ao princípio constitucional da proteção integral à criança e ao adolescente.

A exclusão do direito ao recebimento do benefício previdenciário pela criança e adolescente sob guarda, é vista como uma mudança de grande impacto na legislação brasileira. Tal modificação se deu pela inovação trazida pela Medida Provisória 1523, que se transformou na Lei nº 9.528/1997, a qual, modificou a Lei nº 8.213/91, que trata dos benefícios que regem o Regime Geral de Previdência Social. Devido a essa alteração, a criança ou adolescente sob guarda, deixou de ser considerado dependente perante a previdência social -INSS-, de forma expressa, no §2º do art. 16 da Lei n. 8.213/91, não possuindo mais a prerrogativa de equiparação a filho do segurado, existindo apenas uma expectativa de direito (OLIVEIRA, 2007, p. 659).

Como já fora citado no capítulo anterior, a guarda, ainda que não signifique a destituição do poder familiar, confere ao seu respectivo guardião o dever de ampla e total assistência à criança ou adolescente, podendo, para tanto opor-se a quem quer se seja. Cumpre lembrar também, que o artigo 33, §3º do ECA, reconhece que as crianças e adolescentes possuem a condição de dependentes, para todos os fins de direito, inclusive previdenciários, e é nesse sentido que será analisado o porquê, de sua exclusão do rol de dependentes da Previdência Social.

Dentre todos os princípios que regulam e embasam a previdência social, pode-se contar com um mais central, no que diz respeito ao assunto em questão, qual seja o princípio da seletividade e distributividade na prestação dos serviços e benefícios. Este seria o único princípio capaz de justificar a exclusão da criança ou adolescente sob guarda do rol de dependentes do artigo 16 da Lei 8.213/91, supracitado. De acordo com este princípio, a lei é que irá dispor a que pessoas os benefícios e serviços serão estendidos, ou seja, quais os riscos sociais que serão cobertos e quais os requisitos para a sua concessão, entendendo-se como uma decisão política, a utilização das prerrogativas atinentes a este princípio (SILVA, 2009, p. 67).

Tal decisão, a um olhar mais atento, significa uma escolha pertinente do ponto de vista econômico/político. Porém, não há como aceitar que tal alternativa corresponda a realidade fática, no que diz respeito às necessidades de crianças ou adolescentes sob guarda, dependentes de seus guardiões e que não o deixam de o ser pela entrada em vigor de tal decisão que altera uma lei, atendo-se ao fato de que, antes da alteração feita no parágrafo 2º do artigo 16 da Lei n. 8.213/91, tanto as crianças e adolescentes sob tutela quanto àquelas sob guarda, estavam inseridos no rol de dependentes do segurado da Previdência Social.

Interessante analisar o fato de que a remuneração do trabalhador garante não só a sua subsistência, mas também a de seus dependentes, neste sentido, se a finalidade da relação previdenciária é garantir subsistência, a abrangência da proteção previdenciária deveria ser provida não só para o trabalhador e aqueles que, legitimamente ou presumidamente, dependam de seus recursos, e sim deveria ser estendida aqueles que concretamente dependam de seu auxílio econômico, analisando-se cada caso isoladamente. No entanto, torna-se nítido que o vínculo que é relevante para a eleição dos dependentes pelo legislador é somente o econômico, como se verá adiante, pela motivação da exclusão da criança ou do adolescente sob guarda do rol de dependentes, desgarrando-se das necessidades que a vida real apresenta, fazendo-se o Direito Previdenciário distanciar-se das outras áreas do Direito, como o de Família(DIAS; MACÊDO, 2012, p. 168-170).

Diante do exposto, curiosa é a análise da manutenção da criança ou adolescente tutelado no rol de dependentes da previdência social e a exclusão das crianças e adolescentes sob guarda, sendo que a tutela é instituto de caráter assistencial, que visa substituir o pátrio poder em face das crianças cujos pais faleceram ou foram suspensos ou destituídos do poder familiar, já a guarda teve seu conceito ampliado e aperfeiçoado com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente e, ainda que não importe na destituição do pátrio poder, obriga o guardião à prestação de ampla assistência, conforme o artigo 33 do ECA.

O que se torna nítido, é que tal diferenciação viola o princípio da igualdade, o qual veda diferenciações tidas como arbitrárias e inadequadas aos critérios objetivos e racionais, entendimento que se reforça, ao analisar a redação do artigo 26²⁵ da Convenção Internacional sobre Direitos Humanos da Criança, ratificado pelo Brasil, o qual defende que serão adotadas medidas para que todas as crianças possam gozar dos direitos sociais, bem como o artigo 227²⁶da Constituição Federal, que prevê as crianças e adolescentes direitos trabalhistas e previdenciários, assegurando proteção especial (SILVA, 2009, p.69).

²⁵ Artigo 26da Convenção Internacional sobre Direitos Humanos da Criança:1. Os Estados Partes reconhecem à criança o direito de beneficiar da segurança social e tomam todas as medidas necessárias para assegurar a plena realização deste direito, nos termos da sua legislação nacional. Segurança social: A criança tem o direito de beneficiar da segurança social, incluindo prestações sociais.

2. As prestações, se a elas houver lugar, devem ser atribuídas tendo em conta os recursos e a situação da criança e das pessoas responsáveis pela sua manutenção, assim como qualquer outra consideração relativa ao pedido de prestação feito pela criança ou em seu nome.

²⁶Art. 227 da Constituição Federal: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão

No entanto, pode-se perceber que a mencionada alteração da lei previdenciária, não é uníssona em sua aplicação, existindo posicionamentos de tribunais²⁷ que defendem que ao seguir sua redação, estariam sendo violados tanto dispositivos legais quanto constitucionais.

O entendimento sobre a permanência do direito da criança ou adolescente sob guarda, como dependente legítimo ao recebimento do benefício, pode-se justificar pela violação do princípio da igualdade, bem como pelo não cumprimento de dispositivo constitucional, que contempla os direitos e garantias destinados às crianças e adolescentes e, entre eles, figura expressamente, o reconhecimento dos direitos previdenciários e trabalhistas, bem como o princípio da proteção integral. E por fim, a Lei 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, reconhece a criança e adolescente sob guarda como dependente para todos os fins legais, inclusive os previdenciários, de acordo com o artigo 33, § 3º, conforme já mencionado, a qual entende-se que não foi revogada pela nova redação da lei previdenciária.

Pode-se compreender que, embora a criança ou adolescente sob guarda, não mais conste expressamente no rol do artigo 16 da lei 8213/91, há divergência de entendimento no que concerne a tal interpretação, pelo o que pode-se analisar das decisões citadas, sendo que tal

²⁷ Origem: TRIBUNAL - TERCEIRA REGIÃO Classe: AC - APELAÇÃO CÍVEL - 710354 Processo: 199960020000024 UF: MS Órgão Julgador: SÉTIMA TURMA Data da decisão: 01/09/2008 Documento: TRF300186260 Fonte DJF3 DATA: 01/10/2008 Relator(a) JUIZ WALTER DO AMARAL Ementa PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. QUALIDADE DE SEGURADO. MENOR SOB A GUARDA DA AVÓ. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS. PROCEDÊNCIA. I - Nota-se que a fundamentação do decisum decorre da interpretação de norma vigente na legislação previdenciária em vigor, paralelamente às disposições contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente, de forma precisa e coerente, razão pela qual não há que se falar em sentença extra petita. II - Para a concessão do referido benefício previdenciário, torna-se necessário o implemento dos requisitos legalmente exigidos, quais sejam, a comprovação da qualidade de segurado do de cujus junto à Previdência Social na data do óbito, bem como a dependência econômica dos requerentes em relação ao falecido, nos termos do artigo 74 da Lei nº 8.213/91. III - No que pertine à condição de segurada da de cujus junto à Previdência Social, restou esta devidamente comprovada, tendo em vista que estava recebendo o benefício previdenciário de aposentadoria por idade na época de seu falecimento. IV - Por força do art. 26, inciso I, da Lei nº 8.213/91, o benefício de pensão por morte independe de carência. V - Em uma primeira análise, sob a égide da nova redação dada pela Lei nº 9.528/97 ao artigo 16, § 2º da Lei nº 8.213/91, os autores, menores sob a guarda da falecida avó, por não estarem incluídos no rol de dependentes, não fariam jus à pensão pleiteada pela não comprovação da dependência econômica. VI - Todavia, o instituto da guarda como modalidade de colocação do menor em família substituta é regulada pelo art. 33 da Lei nº 8.069/90, segundo o qual: "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." VII - Dessa forma, pode se observar que a Lei nº 9.528/97 não revogou o § 3º do art. 33 do Estatuto, tendo em vista que está sendo assegurando um direito fundamental do menor e do adolescente, ante as determinações do art. 227, caput, e inciso II do § 3º da Constituição Federal. VIII - Destarte, não obstante o menor sob a guarda do segurado tenha sido excluído do rol de dependentes, o menor tutelado foi mantido, de modo que a expressão "menor tutelado" pode ser tomada, mutatis mutandis, de forma mais abrangente, assim, podemos estender ao "menor sob a guarda" os mesmos direitos inerentes àquele, tendo em vista que, em ambos os casos, o menor está sendo protegido e amparado em todos os aspectos sociais, morais e patrimoniais. IX - Assim, preenchidos os requisitos legais, os autores fazem jus à concessão do benefício pleiteado. X - Apelação improvida. Data Publicação 01/10/2008.

antinomia, será tratada com mais devoção no próximo capítulo, o que faz importante esclarecer no presente momento, é a motivação da referida supressão no artigo 16 da Lei de Benefícios da Previdência Social.

Como já fora dito, a exclusão da criança ou adolescente sob guarda do rol de dependentes da previdência social, é vista como uma revolução da lei previdenciária. Cabe analisar então, a motivação de tal restrição legislativa em relação a essa classe de dependentes, pois com a alteração promovida pela Lei nº 9.528/1997, que alterou o § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213/91, a criança ou adolescente sob guarda deixou de ser equiparado à filho do segurado, para efeitos previdenciários, passando a ter apenas uma expectativa de direito (OLIVEIRA, 2007, p. 659).

Apesar de não ter como definir com precisão quais as hipóteses prováveis que ensejaram a exclusão da criança e do adolescentesob guarda do rol dos dependentes da Previdência Social, pode-se dizer que teve um fator preponderante que motivou tal supressão, e que apesar de não justificar tal medida, é reconhecido como um elemento de grande plausibilidade, fundamentando tal procedimento.

Tal fator, tido como a motivação aceita, de tal remodelação na lei benefícios da previdência social,ensejando que, primeiramente fossem diminuídos os direitos a criança ou adolescente sob guarda e que posteriormente ocorresse a exclusão de sua condição de dependente, é a fraude ao sistema previdenciário.

Os casos de fraude à Previdência, que provocaram tal feito, eram cometidos sob o manto da legalidade, entretanto, guardavam grande parcela de imoralidade, devido a uma falha no sistema. O que ocorria era uma Ação de Guarda, onde os genitores da criança transferiam a guarda deste a um parente segurado, como por exemplo um dos avós. Na eventualidade do segurado falecer, a criança passava a ter direito ao benefício de pensão prestado pelo Estado, restando configurado o interesse único de obter tal prestação. A imoralidade fica a cargo de que nada viria se alterar veridicamente na vida da criança ou adolescente, pois o convívio com os genitores permanecia e tal guarda que fora legitimamente concedida, jamais ocorrera de fato, havendo o Estado o dever de prestar um benefício que na verdade nunca foi verdadeiramente devido (OLIVEIRA, 2007, p. 660).

Posicionando-se sobre este entendimento, Maria Berenice Dias argumenta que tais hipóteses de concessão da guarda a parentes, e mesmo que somente teoricamente houvesse o exercício poder familiar sobre a criança, se justificaria sob o enfoque do seu melhor interesse, princípio basilar e orientador do ordenamento jurídico. Nesse sentido, assevera que

há uma prática bem difundida, que é de os avós buscarem a guarda dos netos exclusivamente para fins previdenciários. Ainda que muitas vezes os pais residam juntos e na dependência econômica dos avós, desempenham eles tal mister em decorrência dos deveres decorrentes da solidariedade familiar. Estando os genitores no exercício do poder familiar, não se justifica a concessão da guarda aos avós. Mas há decisões mais flexíveis atentando ao melhor interesse da criança (DIAS, 2011, p. 451)

Como já fora dito, não se faz possível precisar quais foram os motivos determinantes que ensejaram a exclusão da criança ou adolescente sob guarda do rol de dependentes habilitados, no entanto, como fora supracitado, toda e qualquer decisão que diga respeito ao seu bem estar, deve ser visto sob o manto de seu melhor interesse e visando a sua proteção. Sendo assim, o que se pode compreender é que a justificativa de fraude à Previdência, por si só, não encontra respaldo lógico para suprimir direitos, motivo pelo qual, se busca na lei, lacunas ou subterfúgios que legitimem a aplicação do melhor direito conforme cada caso concreto, razão pela qual os tribunais não coadunam decisões uníssonas no que diz respeito a presente dicotomia.

Sendo assim, pode-se dizer que quando da inexistência do Estatuto da Criança e do Adolescente, existiam muitos casos de avós que tinham sob seus cuidados seus netos, mas sem legalmente exercer o dever de guarda, mas através dessa relação, procuravam maneiras de transmitir o benefício previdenciário à eles, sendo que para tanto, muitas vezes utilizavam-se de meios ardilosos, sendo esse, um dos motivos mais plausíveis pelo qual as crianças e adolescentes sob guarda foram excluídos do rol de dependentes (NUNES; ZILIO, 2016, p.6).

Pode-se procurar compreender, do ponto de vista estatal, ainda que de caráter desmedido, que tal prática estava destoando completamente dos objetivos buscados pela prestação dos benefícios, pois cabe a família, garantir a criança seu sustento, educação e tudo aquilo que decorre do pátrio poder. Em contrapartida, cabe ao Estado, prestar a assistência que à criança não é dada, decorrente da supressão de condições de subsistência, pela falta daquele que diretamente lhe prestava os meios de sobrevivência. Tal lógica, ao ser eivada de vícios, perde o sentido lógico da prestação, pois para que o sistema funcione, depende da responsabilidade e da consciência cívica dos partícipes.

O que se depreende do estudo em tela, é que os casos de busca de guarda unicamente com intuito de resguardar o benefício previdenciário as crianças ou do adolescentes, é o motivo determinante da sua exclusão²⁸, do rol de dependentes, provavelmente pelo entendimento de

²⁸Menor. Guarda para fins previdenciários. Avó. Indeferimento.

Tendo em vista que o caso dos autos não se subsume em nenhuma das hipóteses elencadas nos 1º e 2º do art. 33 do Estatuto Menorista, assim como se levando em conta que é a própria avó apelante quem assevera a preocupação em assegurar ao neto assistência previdenciária, mantém-se a sentença de indeferimento da

que, os pais têm a obrigação de prover os filhos, não sendo aceitável a transferência desse ônus ao Estado, competência que estava irregularmente lhe sendo atribuída.

3.4.1 A criança e o adolescente sob guarda e a pensão por morte

A pensão por morte, se define por um benefício previdenciário, previsto no plano de benefícios da seguridade social da Lei nº 8.213/91, positivada nos artigos 74 a 79²⁹, sendo concedido aos dependentes do segurado que falecer, estando este aposentado ou não.

Na redação original da Lei no 8213/1991, estava previsto que a criança ou adolescentesob guarda, era dependente equiparado a filho do segurado da Previdência Social, não sendo exigida a produção de prova para comprovar tal dependência em relação ao segurado que foi a óbito. No entanto, a Lei n. 9.032 de 1995, suprimiu a criança ou adolescente sob guarda do rol de dependentes, tendo direito somente a criança e adolescente sob guarda que atingiu as condições para adquirir o benefício da pensão por morte até a data de 28 de abril

pretendida transferência da guarda.Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70006206841, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 06/05/2003). (TJ-RS-AC:70006206841 RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Data de Julgamento: 06/03/2003, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia).

²⁹Art. 74 da lei 8213/91: A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data: I - do óbito, quando requerida até noventa dias depois deste; II - do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior; III - da decisão judicial, no caso de morte presumida. § 1º Perde o direito à pensão por morte, após o trânsito em julgado, o condenado pela prática de crime de que tenha dolosamente resultado a morte do segurado. (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015) § 2º O cônjuge, companheiro ou companheira não terá direito ao benefício da pensão por morte se o casamento ou o início da união estável tiver ocorrido há menos de dois anos da data do óbito do instituidor do benefício, salvo nos casos em que: I - o óbito do segurado seja decorrente de acidente posterior ao casamento ou ao início da união estável; ou II - o cônjuge, o companheiro ou a companheira for considerado incapaz e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade remunerada que lhe garanta subsistência, mediante exame médico-pericial a cargo do INSS, por doença ou acidente ocorrido após o casamento ou início da união estável e anterior ao óbito.

Art. 75. O valor mensal da pensão por morte será de cem por cento do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela a que teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data de seu falecimento, observado o disposto no art. 33 desta lei.

Art. 76. A concessão da pensão por morte não será protelada pela falta de habilitação de outro possível dependente, e qualquer inscrição ou habilitação posterior que importe em exclusão ou inclusão de dependente só produzirá efeito a contar da data da inscrição ou habilitação.

§ 1º O cônjuge ausente não exclui do direito à pensão por morte o companheiro ou a companheira, que somente fará jus ao benefício a partir da data de sua habilitação e mediante prova de dependência econômica.

§ 2º O cônjuge divorciado ou separado judicialmente ou de fato que recebia pensão de alimentos concorrerá em igualdade de condições com os dependentes referidos no inciso I do art. 16 desta Lei.

Art. 77. A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em parte iguais.

Art. 78. Por morte presumida do segurado, declarada pela autoridade judicial competente, depois de 6 (seis) meses de ausência, será concedida pensão provisória, na forma desta Subseção.

§ 1º Mediante prova do desaparecimento do segurado em consequência de acidente, desastre ou catástrofe, seus dependentes farão jus à pensão provisória independentemente da declaração e do prazo deste artigo.

§ 2º Verificado o reaparecimento do segurado, o pagamento da pensão cessará imediatamente, desobrigados os dependentes da reposição dos valores recebidos, salvo má-fé.

Art. 79. Não se aplica o disposto no art. 103 desta Lei ao pensionista menor, incapaz ou ausente, na forma da lei.

1995, quando a referida lei entrou em vigor, por direito adquirido, em que pese, posteriormente, a Lei n. 9.528 de 1997, tenha extinguido a criança e adolescente sob guarda do rol de dependentes, sem previsão de direito remanescente (TAVARES, 2011, p. 88).

Tal alteração feita pela lei 9.032/95, bem como a exclusão definitiva da criança ou adolescente sob guarda do rol dos dependentes da Previdência Social feita pela Lei 9.528, trouxeram inúmeras inquietações, tanto da população, como receptora da legislação, como dos órgãos que às aplicam, no sentido de qual entendimento os tribunais aplicariam, pois o ECA, permanecera com a expressa previsão da criança ou adolescente sob guarda para todos os fins de direito, no sentido de satisfazer seu melhor interesse.

O ECA nasceu precipuamente, para regular as situações que envolvem a criança e adolescente, surgindo com receptividade da Constituição Federal, que prevê assistência social à criança e ao adolescente, assistência essa entendida também, como direito à prestação previdenciária, no caso a pensão por morte, sendo que, uma vez negado que essa previsão se aplique aos seus destinatários legais, seria o mesmo que permitir um retrocesso social (NUNES; ZILIO, 2016, p.6).

A proteção à criança e ao adolescente, assegurada pela Constituição Federal, se deve a conquistas obtidas em longo espaço temporal, pois por muito tempo eles permaneceram à margem da sociedade, gozando somente de expectativa de direitos, sem que nada de efetivo fosse previsto em relação a sua proteção, motivo pelo qual, permitir que um direito à eles assegurado seja suprimido, é permitir que uma evolução de extrema importância, de lugar a decisões imotivadas que permitam a restrição de direitos assegurados, anulando a dignidade da pessoa humana, e conseqüentemente que as crianças e adolescentes sejam vistos como sujeitos de direitos (NUNES; ZILIO, 2016, p.6).

No entanto, é sempre válido lembrar, que a promulgação da Medida Provisória nº 1523, a qual foi convertida na Lei 9.528/1997, na qual a criança e o adolescente sob guarda fora excluído da relação de habilitados à concessão do benefício de pensão por morte, não revogou o § 3º do art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual assegura sua condição de dependente, inclusive para fins previdenciários, sendo tal entendimento defendido e aplicado por Tribunais, ainda que não de forma homogênea (BERTUZZO; GRAVINIS, 2015, p. 167).

Tendo tal antinomia em mente, resta analisar o porquê, do surgimento de tais conflitos normativos, sendo que os mesmos, surgem, sem dúvida, pela célere evolução social, que não consegue abarcar os inúmeros acontecimentos, fatos e necessidades população, no entanto, o que aqui nos cabe indagar, é o fato de que a lei previdenciária excluiu a criança sob guarda, negando-lhe a possibilidade do recebimento de pensão por morte, sem ter atentado ou

respeitado àquilo que a Constituição Federal assegura como direito fundamental à criança e ao adolescente, garantias as quais também estão presentes no Estatuto da Criança e do Adolescente, no qual a proteção previdenciária a criança e ao adolescente sob guarda continua incólume(NUNES; ZILIO, 2016, p.13).

Portanto, o que se pode depreender do presente estudo, é que permitir que a criança e o adolescente, sejam definitivamente excluídos do rol de dependentes da Previdência, negando-lhes o recebimento da pensão por morte do seu guardião, do qual legitimamente depende, é sem dúvida um retrocesso social, olvidando tudo aquilo que fora construído e que faz parte de um ordenamento jurídico que zela por seu devido cumprimento, com respeito aos direitos e garantias assegurados pela Constituição Federal, sendo o benefício previdenciário à criança sob guarda, um direito fundamental individual garantido constitucionalmente.

4. DA DIVERGÊNCIA DOUTRINARIA E JURISPRUDENCIAL ENTRE PREVIDÊNCIA SOCIAL E ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE: PROBABILIDADE DE RESOLUÇÃO DO CONFLITO NORMATIVO

Neste capítulo, será abordado como ocorrem as decisões sobre a concessão, ou não, do benefício de pensão por morte as crianças e adolescentes sob guarda, diante do entendimento díspar dos tribunais acerca do tema, em decorrência da alteração do dispositivo previdenciário que, deixou de citar expressamente, as crianças e adolescentes sob guarda no rol de dependentes da Previdência Social.

Para embasar o presente estudo, será importante invocar os precedentes aplicáveis a tais casos, bem como a motivação explicitada pelos mesmos, para posteriormente compreender como poderia ocorrer a resolução da antinomia presente, para que então ocorra a aplicação de acordo com o entender jurisdicional à cada caso concreto.

Será suscitada a motivação da mudança do dispositivo previdenciário que excluiu a criança sob guarda do rol de dependentes e como se contorna o novo entendimento, de acordo com o princípio do seu melhor interesse e da proteção integral.

Por fim, e de fundamental relevância, será abordada a inconstitucionalidade presente na supressão da previsão das crianças e adolescentes sob guarda como sujeitos legítimos, detentores de direitos previdenciários e qual seria a solução para que eles continuem figurando

como dependentes do segurado da Previdência Social, independente da expressa menção de sua categoria no referido rol.

4.1 Das jurisprudências nos casos de guarda e pensão por morte: as divergências dos tribunais

Todos sabemos que os precedentes jurisprudenciais atuam como parâmetros para decisões de juízes e tribunais e são classificados como as decisões judiciais provenientes de casos concretos, as quais poderão ser utilizadas como paradigma de julgamento para casos similares, motivo pelo qual, a utilização correta da lei e a aplicação conforme a constituição são de fundamental importância.

Neste momento, caberá abordar a incidência da jurisprudência, no que diz respeito à aplicação aos casos em que figura a criança ou o adolescente sob guarda, frente à incessante controvérsia gerada pela alteração da norma, promovida pela Lei n. 9.528/97, sobre o § 2º do art. 16 da Lei n. 8.213/91, a qual a partir de então deixou de mencionar expressamente a criança ou adolescente sob guarda como dependente do segurando da Previdência Social (CARDOSO, 2010, p.80).

Pertinente ao assunto em estudo, as jurisprudências dos tribunais tem se mostrado um tanto quanto díspares³⁰, já que existem duas leis, de igual hierarquia, que tratam sobre o mesmo

³⁰PREVIDENCIÁRIO. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. CONTRARIEDADE ENTRE A TURMA RECURSAL/BA E A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO STJ. PENSÃO POR MORTE DO AVÔ. MENOR SOB GUARDA. ÓBITO POSTERIOR A LEI 9.528/97. LEI 8.069/90 (ECA), ART. 33, § 3º (ECA).

1. Trata-se de Pedido de Uniformização formulado pelo INSS, fls. 91/99, apontando suposto dissenso entre a decisão da Turma Recursal/BA e a jurisprudência dominante do STJ, nos termos do art. 14, § 2º, da Lei 10.259/2001 sobre a concessão de pensão por morte do avô a menor sob guarda na vigência da Lei 9.528/97.

2. No caso, o avô, guardião da recorrida (fl. 08), faleceu em 26/01/2003 (fl. 07): a) a Sentença proferida pelo Exmo. Sr. Dr. José Walterson de Lima, fls. 43/44, indeferiu a pensão por morte do avô, ao argumento de que o art. 16, § 2º, da Lei 8.213/91, após o advento da Lei 9.032/95, exige a prova de dependência econômica, no caso de enteado e menor sob tutela, tendo revogado, neste ponto, o art. 33, § 3º, da Lei 8.069/90, que estabelecia a condição de dependente ao menor sob guarda, para fins previdenciários; b) o Acórdão recorrido da Turma Recursal/BA, fls. 74/81, relatado pelo Exmo. Sr. Dr. Carlos D'Ávila Teixeira, reformou a sentença concluindo que embora o art. 16, § 2º, da Lei 8.213/91, com a redação dada pela Lei 9.528/97, tenha excluído a possibilidade do menor sob guarda figurar como dependente do segurado, a Lei 8.069/90 (ECA), que é especial, confere ao menor sob guarda tal condição.

3. O Acórdão paradigma do STJ diz, em suma, que: a) não é possível a concessão da pensão por morte ao menor sob guarda na vigência da Lei 9.528/97, afastando-se a incidência do art. 33, § 3º, da Lei 8.069/90 (ECA) no caso de benefício previdenciário, por ser norma de cunho genérico, aplicando-se a Lei Previdenciária, específica da matéria (RESP 303.345/RS, 5ª T, Laurita Vaz, julgamento 12/08/2003, fls. 100/103).

4. Entretanto, existe divergência sobre o tema em debate no âmbito da própria 5ª Turma do Eg. STJ: a) no sentido da concessão da pensão por morte a menor sob guarda, com a aplicação do ECA: AgRg no REsp 727716/CE Gilson Dipp, 5ª T, 19/04/2005; b) no sentido da inexistência do direito à pensão por morte a menor sob guarda na vigência da Lei 9.528/97, e inaplicabilidade do ECA: AgRg no AgRg no REsp 627474/RN Félix Fischer 5ª T 02/08/2005. 5. Pedido não conhecido, ante a inexistência de jurisprudência dominante no âmbito do STJ. (TNU-

caso, cabendo então, aos juízes e tribunais, decidir de acordo com sua convicção e inteligência, sobre qual delas será mais apropriada ao caso que se apresenta, não sendo incomuns os pedidos de uniformização de jurisprudência.

Em um primeiro momento, o STJ firmava entendimento de que a alteração na Lei n. 8.213/91 promovida pela Lei n. 9.528/97 não havia excluído o direito à pensão por morte da criança e do adolescente sob guarda, diante da proteção específica ainda conferida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. No entanto, posteriormente, mudou seu entendimento sobre o assunto, explicando que a alteração trazida pela Lei 9.528/97, a qual se trata de norma previdenciária de natureza específica, deveria prevalecer sobre o disposto no art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que é norma de caráter geral (CARDOSO, 2010, p. 81).

Diante de tal dicotomia, questionamentos foram se formando em torno do assunto, principalmente, sobre qual entendimento deveria imperar, ou seja, deverá prevalecer o entendimento de que a regra específica sobressai frente a regra geral, sendo que, conseqüentemente, este entendimento estaria direta ou indiretamente protegendo as caixas de Previdência? Ou de modo contrário, deveria prevalecer o entendimento de que a alteração da lei não revogou o Estatuto da Criança e do Adolescente, motivo pelo qual deveria prevalecer o entendimento de que a criança sob guarda permanece habilitada na condição de dependente, hipótese a qual respeitaria o seu melhor interesse eo princípio da proteção integral.

Diante desta insegurança jurídica sobre a concessão, ou não, do benefício de pensão por morte a criança ou adolescentesob guarda, existem dois contrapontos a serem suscitados, pelo fato de que geram entendimento dúbio. O primeiro, diz respeito à aplicação da lei no tempo, onde o que se questiona é se aplicação da lei levaria em conta apenas a data de ocorrência do óbito do segurado, ou se o que seria levado em consideraçãoseria a data de concessão da guarda, a qual deveria ser anterior a alteração da norma, supracitada, para que ocorresse a concessão do benefício a criança ou ao adolescente. Nesse sentido, o STJ editou a Súmula 340³¹, dirimindo tal dúvida, ao esclarecer que a concessão do benefício a criança sob guarda, ocorreria de acordo com a lei vigente à data do óbito do segurado (CARDOSO, 2010, p. 81).

Para melhor compreender tal lição, tem-se que, para o Tribunal, o que seria levado em conta para a prestação do benefício era a data de ocorrência do óbito, ou seja, o fator temporal, levando em consideração se este veio a ocorrer antes ou depois da vigência da medida

IUIJ: 200533007017207 DF, Relator: JUIZ FEDERAL HÉLIO SILVIO OUREM CAMPOS, Data de Julgamento: 12/12/2005, Turma Nacional de Uniformização, Data de Publicação: DJU 22/02/2006).

³¹ Súmula 340 do Superior Tribunal de Justiça: A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado.

provisória 1.523/96, conforme pode-se concluir do trecho do boletim informativo n° 180/181 do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (IBDP),

a pensão por morte a ser paga ao menor sob guarda deve observar a lei em vigor na data do óbito do segurado, pois esse é o fato gerador para a concessão do benefício previdenciário: se o falecimento ocorreu antes da edição da Medida Provisória 1.523, de 11/10/96, o recebimento está assegurado; se a morte ocorreu depois, o menor não tem direito ao benefício. A conclusão é da 05ª Turma do STJ, que definiu também que o menor sob guarda não pode mais ser equiparado ao filho de segurado para fins de dependência (IBDP,2011).

Para resumir o posicionamento do STF, a regra sumulada, supracitada, preceitua que, se o óbito ocorresse após a vigência da Medida Provisória n°1.523 de 1996, que foi convertida na Lei n. 9.528 de 1997, entende-se que, mesmo estando a concessão da guarda estabilizada a muito tempo, tal fato não legitimaria a concessão do benefício, o qual seria negado, não existindo direito adquirido a criança ou ao adolescente, prevalecendo assim o fator temporal.

Já o segundo contraponto, que causa ambiguidade na aplicação do direito, diz respeito a hipótese de revogação da condição de dependente da criança sob guarda, frente ao Estatuto da Criança e do Adolescente. Sobre este aspecto, ainda não foram encontradas respostas conclusivas, pois o Estatuto da Criança e do Adolescente mantém as crianças e adolescentes sob guarda, como indivíduos plenamente legítimos para o gozo e percepção de quaisquer fins de direito, inclusive os previdenciários, sendo este o motivo dos conflitos entre as normas de Direito Previdenciário e Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo que este entendimento é amplamente aplicado. (CARDOSO, 2010, p.81).

O que se depreende do exposto é que o fato gerador de concessão do benefício é a data da morte do segurado da Previdência Social. Entretanto, as decisões proferidas pelo Superior Tribunal, não são unânimes em seu entendimento, já que, como fora supracitado, seu entendimento mudou, no decorrer dos anos, existindo decisões divergentes sobre o mesmo tema, sendo que ora se utiliza do marco temporal para a concessão do benefício³² de

³²PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MORTE PRESUMIDA. TERMO INICIAL. FATO GERADOR DO BENEFÍCIO. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. TEMPUS REGIT ACTUM. RECURSO IMPROVIDO. 1. A pensão por morte é um benefício previdenciário previsto no art. 74 da Lei n° 8.213/91, pago aos dependentes em virtude do falecimento do segurado. Para fazer jus a ela é imprescindível que os dependentes comprovem o preenchimento dos requisitos necessários à obtenção do benefício, quais sejam: o óbito do de cujus, a relação de dependência entre este e seus beneficiários e a qualidade de segurado do falecido. 2. A controvérsia dos autos está atrelada à análise de um desses requisitos, que se revela no próprio fato gerador do benefício, qual seja, o óbito do de cujus e, em corolário, o seu termo inicial em caso de morte presumida. 3. Existência de prévia decisão judicial que, apesar de prolatada em 1998, reconheceu, com fulcro no art. 88 da Lei n° 6.015/73, o desaparecimento do segurado no mar em junho de 1990. 4. Sendo o fato gerador da pensão in comento a morte do mantenedor, conclui-se que a legislação aplicável ao vertente caso, nos moldes da jurisprudência consolidada desta Corte, é a aquela vigente na data do reconhecido óbito, ou seja, o Decreto n° 88.030/79, convalidado pelo Decreto n° 89.312/84, que expediu a nova edição de Consolidação das Leis da

pensão por morte a criança ou adolescente sob guarda, ora se utiliza dos princípios e mandamentos constitucionais e o disposto no artigo 33, §3º do ECA³³, fazendo valer o requisito de dependência da criança ou adolescente sob guarda, para decidir sobre a concessão do benefício.

Diante disto, pode-se perceber que o Magistrado encontra dois caminhos a serem seguidos, aos quais até então, não são dotados de unanimidade em sua aplicação, sendo que não

Previdência Social, e não a Lei nº 8.213/91, sustentada pela recorrente. 5. Não há falar, pois, em termo inicial do benefício a partir de decisão judicial, no caso de morte presumida, pois inaplicável, à espécie, o dispositivo que traz em seu bojo tal regra, bem seja, o art. 74, III da citada lei. 6. Recurso especial ao qual se nega provimento. (STJ - REsp: 414600 SC 2002/0017287-3, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 06/11/2008, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: --> DJe 24/11/2008, -> DJe 24/11/2008)

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. MEDIDA PROVISÓRIA N. 1.523/96 (LEI N. 9.528/97). EXCLUSÃO DO MENOR SOB GUARDA DO ROL DOS DEPENDENTES DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PREVALÊNCIA DA NORMA PREVIDENCIÁRIA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. O art. 557 do CPC autoriza ao relator decidir o recurso, com fundamento na jurisprudência dominante, de forma monocrática, não ofendendo, assim, o princípio da colegialidade. 2. O tema controvertido diz respeito à possibilidade de concessão, ao menor sob guarda, de pensão por morte. O entendimento desta Corte encontra-se uniformizado no sentido de que a Lei 9.528/97, norma previdenciária específica, prevalece em relação ao art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo aplicável às hipóteses em que o óbito ocorreu a partir de sua vigência. 3. Precedentes: AgRg no REsp 1.141.788/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/11/2014, DJe 24/11/2014; EREsp 859.277/PE, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA - DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE, TERCEIRA SEÇÃO, DJe de 27/02/2013; REsp 1.328.300/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/04/2013. Agravo regimental improvido. (STJ-AgRg no REsp: 1482391 PR 2014/0238628-3, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 14/04/2015, T2-SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/04/2015).

³³PREVIDENCIÁRIO. MENOR SOB GUARDA. PARÁGRAFO 2º, ART. 16 DA LEI 8.231/91. EQUIPARAÇÃO À FILHO. FINS PREVIDENCIÁRIOS. LEI 9.528/97. ROL DE DEPENDÊNCIA. EXCLUSÃO. PROTEÇÃO AO MENOR. ART. 33, PARÁGRAFO 3º DA LEI 8.069/90. ECA. GUARDA E DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVAÇÃO. BENEFÍCIO. CONCESSÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. I - A redação anterior do § 2º do artigo 16 da Lei 8.213/91 equiparava o menor sob guarda judicial ao filho para efeito de dependência perante o Regime Geral de Previdência Social. No entanto, a Lei 9.528/97 modificou o referido dispositivo legal, excluindo do rol do artigo 16 e parágrafos esse tipo de dependente. II - Todavia, a questão merece ser analisada à luz da legislação de proteção ao menor. III - Neste contexto, a Lei 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente - prevê, em seu artigo 33, § 3º, que: "a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciário." IV - Desta forma, restando comprovada a guarda deve ser garantido o benefício para quem dependa economicamente do instituidor, como ocorre na hipótese dos autos. Precedentes do STJ. V - Agravo interno desprovido. (STJ - AgRg no REsp: 684077 RJ 2004/0141342-7, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 14/12/2004, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 21/02/2005 p. 226)

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE. REQUISITOS. MENOR SOB GUARDA JUDICIAL. ECA E CF/88. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. Na vigência da Lei 8.213/91, dois são os requisitos para a concessão de benefício de pensão por morte, quais sejam, a qualidade de segurado do instituidor e a dependência dos beneficiários que, se preenchidos, ensejam o seu deferimento. 2. Faz jus à pensão por morte o menor sob guarda judicial do segurado, mesmo posteriormente à alteração do §2º do art. 16 da Lei 8.213/91 efetuada pela Lei 9.528/97. Interpretação do art. 33, §3º do ECA e 227 da CF/88. 3. Juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação, consoante Súmulas 03 e 75 deste Tribunal. 4. Nas ações previdenciárias, os honorários advocatícios devem ser fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas devidas até a data da sentença, de acordo com o entendimento da Súmula nº 76 desta Corte. (TRF-4-AC:6079 SC 2005.04.01.006079-9, Relator: JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA, Data de Julgamento: 14/02/2007, SEXTA TURMA, Data de Publicação: D.E. 07/03/2007).

fora definido critério sobre qual decisão seria mais acertada, já que ambos encontram amparo legal. A primeira hipótese é seguir a Lei de Benefícios, nº 8.213/91, a qual reputa ser medida efetiva a exclusão da criança sob guarda do rol de dependentes, firmada na justificativa de proteção à Previdência Social. Já a segunda hipótese, pautada nos princípios constitucionais e principalmente no princípio da proteção integral de crianças e adolescentes, defende a utilização irrestrita do Estatuto da Criança e do Adolescente, que assegura à eles, todos os direitos inerentes a relação de dependência com o segurado, inclusive os previdenciários (TOLEDO; JERONIMO, 2015, p.1516)

Portanto, em um primeiro momento, tem-se que cabe ao Magistrado, munido de seu dever de imparcialidade e discricionariedade, analisar, ponderar e decidir, diante de tais dicotomias, à luz de cada caso concreto, aplicando o entendimento jurisprudencial, que julgar mais pertinente ao caso concreto, e utilizando-se da equidade, principalmente no que diz respeito ao princípio da proteção integral das crianças e dos adolescentes.

A partir de então, faz-se necessário passar a análise uma possível resolução da dicotomia jurídica entre Estatuto da Criança e do Adolescente e Lei de benefícios da previdência social, para que assim, se possa chegar a um denominador comum, no sentido de eliminar as divergências nas decisões de deferimento, ou não, do benefício previdenciário.

4.2 Os critérios de resolução da antinomia entre lei da previdência social *versus* estatuto da criança e do adolescente

Diante do acima exposto, faz-se evidente que a aplicação da regra de concessão do benefício por morte do segurado, a criança ou adolescente sob guarda, encontra grandes entraves e discordâncias de entendimento. No direito, a tal ocorrência dá-se o nome de antinomia, classificação a qual se detém a explicar qual regra deverá prevalecer na presença de tais divergências.

Segundo Flávio Tartuce, o conceito de antinomia, que pode também ser chamada de lacunas de colisão, se define pela presença de duas normas conflitantes, sendo ambas dotadas de validade e advindas de autoridade competente, onde não é possível definir qual delas merece ser aplicada de acordo com a realidade de cada caso concreto (TARTUCE, 2015, p. 54).

Nesse mesmo sentido, Norberto Bobbio conceitua as antinomias “[...] como aquela situação na qual são colocadas em existência duas normas, das quais uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento” (BOBBIO, 1995, p. 86).

Conceituada a antinomia, como a existência de normas conflitantes, que estão presentes no mesmo ordenamento jurídico e sendo ambas vigentes e válidas, tornando-se difícil saber qual delas deverá prevalecer, é que se invoca a existência de critérios para essa possível resolução. Diante disto, surge o pertinente questionamento,

analisando a questão sistematicamente, percebe-se a existência de antinomia legislativa. De um lado, o art. 33, § 3o, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) dispõe que a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários. De outro lado, vimos que a Lei n. 8.213/91 não mais prevê o menor sob guarda entre os dependentes previdenciários. O problema é que as duas leis em questão possuem igual força normativa (ambas são leis ordinárias) e são especiais. Afinal, qual das duas deve prevalecer? (LEITÃO; MEIRINHO, 2016, p.255).

Procurando solucionar o problema apresentado, Bobbio classifica a resolução das antinomias por três critérios distintos, sejam eles o critério cronológico, o critério hierárquico, e o critério da especialidade. O critério cronológico, é aquele que, na existência de duas normas contraditórias deverá prevalecer a posterior, simplesmente pela regra de Direito, em que a regra posterior revoga a anterior. O segundo critério é o hierárquico, aquele em que, existindo duas normas incompatíveis, deverá prevalecer a hierarquicamente superior, este critério para nós não tem aplicabilidade, já que a antinomia aqui presente, diz respeito a duas normas de igual valor hierárquico. O terceiro critério, da especialidade, é aquele em que, na existência de normas contraditórias, sendo uma geral e uma especial, deverá prevalecer a segunda, pelo fato de que a lei especial regula a matéria mais pontualmente, significando a evolução do sistema jurídico (BOBBIO, 1995, p. 92-96).

Com uma breve análise dos critérios acima expostos, faz-se possível compreender que, excluindo-se da análise o critério hierárquico, pois como já fora observado as normas em contexto são de mesma hierarquia, pode-se perceber que tanto sob o critério cronológico, quanto sob o critério da especialidade, o Regulamento Geral da Previdência Social prevaleceria, pois o mesmo é posterior a regra do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como é de caráter especial prevalecendo sob o caráter geral do Estatuto.

No entanto, não é possível resolver tal conflito polêmico baseado apenas em tais critérios, pois como fora abordado nos capítulos anteriores, o princípio da proteção integral a criança, é de extrema relevância para o ordenamento jurídico, amparado pela Carta Magna, sem olvidar de mencionar o dever de decisão de acordo com as necessidades e melhor interesse da criança e adolescente, motivo pelo qual a utilização restrita dos critérios de resolução de antinomias não podem ser suficientes.

Outro ponto extremamente interessante de ser analisado é a diferença entre antinomia e injustiça, sendo que uma absolutamente não se confunde com a outra. Pode-se dizer que o que elas tem em comum é que ambas necessitam de correção, mas diferem na motivação desta correção. Nesse sentido, por aquilo que fora visto até então, a antinomia gera incerteza na aplicação da norma, já a injustiça, se define por produzir desigualdade, motivo pelo qual, nas antinomias se busca estabelecer a ordem, já na injustiça o que se busca é igualdade (BOBBIO, 1995, p. 91).

O motivo de tal explanação, se dá pelo fato de que, a um olhar mais atento, poderia se dizer que, no caso de concessão no benefício de pensão por morte a criança sob guarda, é evidente antinomia presente entre Regime Geral da Previdência Social e Estatuto da Criança e do Adolescente, aos quais se necessita estabelecer determinada ordem, mas também se poderia enquadrar como certa injustiça, pelo fato de que a criança sob tutela permanece no rol de dependentes, mas aquela sob guarda foi suprimida, motivo pelo qual entende-se que seria cabível, também, a busca de igualdade de direitos.

Sendo assim, pode-se perceber que o problema jurídico-normativo apresentado acerca do tema de concessão do benefício de pensão por morte a criança ou ao adolescentesob guarda, é mais complexo do que se imagina, pois se trata de uma norma em que está em jogo direitos de pessoas em desenvolvimento, onde cada avanço deve ser visto a luz da proteção integral, defendida pela Constituição Federal, não sendo possível revogar a norma precedente, nem mesmo restringir a aplicação da lei por ser de caráter geral. Nesse sentido, é que se faz de extrema relevância passarmos ao estudo de (in)constitucionalidade da supressão da criança ou adolescente sob guarda do rol de dependentes da Previdência Social.

4.3 A (in)constitucionalidade da exclusão da criança e do adolescente sob guarda do rol de dependentes da previdência social: possível resolução

Diante da dicotomia presente entre a exclusão da criança e do adolescente sob guarda do rol dos dependentes da previdência social e a permanência expressa do mesmo no Estatuto da Criança e do Adolescente, prevendo sua ampla proteção, inclusive no que diz respeito ao seu direito de dependente para todos os fins de direito, inclusive os previdenciários, é que nasceram ações diretas de inconstitucionalidade, tratando sobre tal antinomia na aplicação do direito e procurando resolver a situação das crianças e adolescentes sob guarda.

Com a exclusão da criança e do adolescente sob guarda do rol dependentes da previdência social, a evolução legislativa que fora obtida até então, fez tal decisão se tornar um

vácuo legislativo, pela insuficiência de motivação, razão pela qual, entende-se que, não é possível simplesmente retirar direitos de uma esfera jurídica que já os tem resguardados, sem que haja uma prévia e fundamentada motivação que a torne legítima e capaz de surtir efeitos benéficos em prol da sociedade, com objetivo de evolução social e não retrocesso.

Nesse sentido é que surgiu a ação direta de inconstitucionalidade 4.878, proposta pela Procuradoria Geral da República, e a ação direta de inconstitucionalidade 5.083, proposta pela Advocacia Geral da União³⁴. Ambas as ações diretas de inconstitucionalidade visam a reintegração da criança e do adolescente sob guarda ao rol do artigo 16, §2º da Lei 8213/91, com intuito de assegurar a eles, total e irrestrito direito ao benefício de pensão por morte, sem que existam divergências em torno do tema.

A Adin 4.878 foi proposta a fim de que crianças e adolescentes sob guarda sejam reincluídos no rol de dependentes da previdência social, com pedido de medida cautelar, requerendo que seja dada a matéria interpretação conforme a Constituição Federal. Para a PGR é inadmissível que crianças e adolescentes fiquem sem amparo legal, pois cabe a família, a sociedade e ao Estado, de forma solidária, promover e assegurar a sua proteção integral, motivo pelo qual, houve o pedido de liminar, para que eles voltassem, desde logo, a figurar como dependentes da previdência social, entendendo ser inconstitucional a redação dada ao artigo 16, §2º da Lei 8213/91, pela Lei 9.528/97 (ADI 4878, p.2).

Já a Adin 5.083, defende que a exclusão das crianças e adolescentes sob guarda do rol de dependentes viola manifestamente a vedação do retrocesso social, pois ao retirá-los do artigo 16, §2º da Lei 8.213/91, se fulminou um direito adquirido, sem observância ao princípio da proteção integral. A criança sob guarda, posta em família substituta, independente do caráter

³⁴DECISÃO: Vistos. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil-CFOAB em face do art. 2º da Lei Federal nº 9.528/97, no que toca à alteração realizada no §2º do art. 16 da Lei Federal nº 8.213/91 (Lei de Planos de Benefícios da Previdência Social). Eis o teor da norma questionada: “Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: (...)§2º O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.” Sustenta o autor que o dispositivo questionado, ao suprimir os menores sob guarda do pensionamento por morte de segurado no INSS, violaria os princípios do Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF); da dignidade da pessoa humana (art. 3º, III, CF); da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais (art. 5º, §1º, CF); da segurança jurídica (art. 5º, caput, CF); da proteção integral da criança e do adolescente como medida protetiva de direitos previdenciários (art. 22, §3º, II CF); e da proteção da confiança, como elemento nuclear do Estado de Direito. É o breve relato. Em razão da matéria e seu especial significado para a ordem social e para a segurança jurídica, entendo que deva ser aplicado o procedimento abreviado do art. 12 da Lei 9.868/99, a fim de que a decisão seja tomada em caráter definitivo. Solicitem-se informações aos requeridos. Após, abra-se vista, sucessivamente, no prazo de cinco dias, ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República. Publique-se. Brasília, 28 de março de 2014. Ministro Dias Toffoli, Relator. Documento assinado digitalmente. (STF-ADI: 5083 DF, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 28/03/2014, Data de Publicação: DJe-065, Divulgação: 01/04/2014, Publicação: 02/04/2014).

permanente ou temporário, é tida como inapta a receber a pensão por morte do segurado falecido, sendo que tal direito está constitucionalmente assegurado, nos artigos 6º e 227 da Constituição Federal, ou seja, tal exclusão atinge conteúdo fundamental assegurado constitucionalmente. Nesse sentido, segundo a Adin 5.083, é que o artigo 2º da Lei 9.528/97 é inconstitucional, por manifesta violação ao princípio do retrocesso social (BRASIL, 2015, p. 20-28).

Ainda sobre a motivação da Adin 5.083, entende-se que é descabida a exclusão da criança e adolescente sob guarda, pois este, se encontra na mesma posição jurídica que o filho, enteado, ou menor sob tutela, no que diz respeito à dependência econômica, não havendo fundamento lógico para tal diferenciação introduzida pela Lei Federal nº 9.528/97. Nesse sentido, encontra-se violado o princípio da isonomia, pela inexistência de distinção que justifique tal tratamento desigual (BRASIL, 2015, p. 23).

Importante se faz, trazer a conhecimento, as opiniões contrárias a tal entendimento, ou seja, daqueles que entendem que a exclusão da criança e adolescente sobre guarda do rol de dependentes da previdência social, foi uma atitude acertada e não merece guarida de inconstitucionalidade.

Nesse sentido, é o entendimento de Henrique Tróccoli Júnior, pois assevera que com a concessão do benefício a criança sob guarda, a responsabilidade da Previdência passa a ser maior do que a da sua própria família. Aduz que a interpretação de inconstitucionalidade do § 2º do artigo 16 da Lei n. 8.213/91, não leva em conta o princípio da solidariedade entre família, onde o Estado deve ser acionado em última circunstância, sendo que refere-se somente ao princípio da proteção, para legitimar a ideia de inconstitucionalidade. Defende ainda que, pelo fato da guarda ser um instituto provisório, não se torna compatível com a concessão do benefício, de contrário senso, seria compatível com a tutela e a adoção, sendo que a proteção conferida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, se limita ao tempo em que a criança não tem quem o assista até que ocorra decisão definitiva (TRÓCCOLI JÚNIOR, 2008, p. 90-93).

Também é desta opinião, João Ernesto Aragonés Vianna, que em um primeiro momento, entendia que a comprovação da dependência econômica da criança ou adolescente, o equipararia a filho do segurado, sendo apto ao recebimento do benefício, de acordo com o artigo 33, §3º do Estatuto da Criança e do Adolescente. No entanto, mudou seu posicionamento e adotou a teoria defendida pelo STJ, ou seja, do fator temporal, onde o que é levado em conta, é a incidência da lei previdenciária vigente ao tempo do óbito do instituidor do benefício, entendendo ser insuficiente a previsão do Estatuto da Criança e do Adolescente para a concessão de benefício de pensão por morte a criança sob guarda, justificando que

entendimento contrário, implicaria violação à regra do artigo 195, § 5o, da Constituição Federal³⁵, pela extensão do direito a receber pensão por morte àquele que não está expressamente previsto no rol de dependentes da Previdência Social (VIANNA, 2014, p. 446-447).

Porém, em opinião diversa, no sentido de que a exclusão da criança e adolescente sob guarda do rol de dependentes da Previdência Social, viola manifestamente princípios constitucionais positivados, olvidando e menosprezando o princípio da proteção integral, temos Bregolin Bertuzzo e Claudete Rodrigues Teixeira Gravinis, onde explicam que todo ordenamento jurídico, funcionando como sistema, deve respeitar as regras, princípios e normas constitucionais, sendo que a interpretação de modo contrário a Carta Magna acabará por ensejar a inconstitucionalidade do entendimento diverso (BERTUZZO; GRAVINIS, 2015, p. 170).

Também de acordo com este mesmo entendimento, temos André Studart Leitão e Augusto Grieco Sant'Anna Meirinho, defendendo que, apesar das controvérsias em torno do tema, em que se torna difícil aplicar uma só decisão a todos os casos que se apresentam, explica que o princípio da proteção integral à criança não pode ser afastado, sendo que está previsto constitucionalmente. Aduz também, que nos termos do art. 227, da Constituição Federal de 1988, não é apenas dever da família assegurar as crianças e adolescentes, o direito à vida, a dignidade e em suma, a proteção que lhe é direito, mas é dever também, em igualdade de condições, da sociedade e do Estado (LEITÃO; MEIRINHO, 2016, p.256).

Da mesma opinião é Oscar Valente Cardoso, que vai mais a fundo no assunto, explicando que independentemente da opinião que se tenha sobre o assunto, o fato que não pode ser negado é que tal antinomia causa grande insegurança a crianças e adolescentes que, na falta de seu guardião, poderão ficar sem apoio econômico, familiar e educacional, sendo que os direitos fundamentais assegurados pela Constituição e pelo ECA não serão observados. Importante analisar que, situações que se assemelham merecem ser decididas sob a mesmo entendimento pelos tribunais. Levando em consideração que o STJ entende a matéria de forma infraconstitucional, poderia editar uma Súmula, para que minimize a diversidade de entendimentos e, assim, uniformizariao assunto, afastando a insegurança jurídica que atinge

³⁵Artigo 195 da Constituição Federal: A seguridade social será financiada 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 das seguintes contribuições sociais:

[...]

§5º: Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

[...]

diretamente as crianças e adolescentes, sendo que são dignos de tratamento diferenciado, nos termos do art. 6º do ECA(CARDOSO, 2010, p.85).

O que se depreende do presente estudo, é que não é cediço, nem na doutrina, nem mesmo na jurisprudência, se a exclusão da criança e adolescente sob guarda, da condição de pensionista foi correta ou incorreta. Uns defendem a integridade da previdência social, já que a tal exclusão se deu pela ocorrência de casos de fraude a previdência, principalmente ensejadas pela tentativa de obtenção de condição de guarda de netos para avós sendo que não era essa a realidade.

Posicionando-se diferentemente, existem outros doutrinadores, como nas hipóteses supracitadas, que defendem veementemente, que a criança sob guarda, é sujeito plenamente apto a figurar como dependente do segurado da previdência social, baseando sua opinião no princípio da proteção integral assegurado pela Constituição Federal, bem como na previsão legislativa presente no art. 33, §3º do ECA, o qual prevê expressamente, as crianças e adolescentes sob guarda, como sujeitos legítimos à percepção do benefício previdenciário.

Reforçando o entendimento favorável à concessão do benefício a criança sob guarda, pode-se invocar o entendimento a Adi 5083, que defende que a garantia dos direitos previdenciários da criança e do adolescente acolhidos em família substituta pelo instituto da guarda, representa conquista da população infanto-juvenil, assegurada na Constituição Federal, sendo que o princípio da proibição do retrocesso social, em matéria de direitos fundamentais, impede que avanços alcançados sejam, sem base legal, suprimidos total ou parcialmente (ADIN 5083, 2014, p.4).

Das opiniões que foram expostas, é de fácil constatação que tal antinomia jurídica necessita de uma resolução, pois quando se trata de interesses de pessoas em desenvolvimento, deve-se ter um entendimento pacificado, que seja devidamente aplicado a cada caso concreto e que leve em consideração a necessidade e melhor interesse das crianças e adolescentes que necessitam de proteção. Importante ressaltar que tal entendimento deve também procurar solucionar o problema que envolve as fraudes ao sistema previdenciário, sendo que, definitivamente não é esse o intuito da concessão de benefícios da previdência social

O que se pode compreender, é que a exclusão da criança sob guarda do rol de dependentes, não pode ser a medida mais justa, pois, quando da existência de casos que visam somente obter o benefício, sem realmente precisar dele, deve-se automaticamente se voltar aos casos em que a criança ou adolescente sob guarda, realmente necessita da pensão para sua sobrevivência, já que, independente da guarda ser temporária ou não, é o guardião que possibilita seu sustento, cuidado e educação

A imposição gerada pela modificação da lei, se revela desproporcional, principalmente vista sob a ótica de que a guarda é concedida, a avós por exemplo, somente por decisão judicial, sendo que nesse caso, tanto o Ministério Público como o juiz estão aptos a identificar desvirtuamento da relação de fato em consonância com a relação jurídica, sendo que é do arbítrio do juiz, deferir ou indeferir a guarda. Ainda pode-se salientar, que a concessão de pensão por morte depende de procedimento administrativo no Instituto Nacional do Seguro Social, onde a simulação poderá ser identificada, sendo esta uma segunda hipótese de indeferimento do benefício (ADIN 5083, 2014, p. 6)

A partir do exposto, pode-se perceber que existem medidas técnicas, capazes de verificar possível tentativa de fraude à previdência social, sendo por esse motivo que, a exclusão do criança e adolescente sob guarda não pode ser medida compatível com o ornamento jurídico vigente, pois quando se trata de tutelar interesses de crianças, a exclusão de direitos deve ser a última hipótese, ou seja, primeiramente deve-se procurar solucionar o problema por meios que, não restrinjam os direitos que já foram adquiridos, e principalmente àqueles direitos que encontram abrigo constitucional, evitando o retrocesso social, pois o que pode-se se perceber com a alteração promovida pela Lei 9.528/97 é a introdução de uma medida anti isonômica, que sem qualquer amparo constitucional, distingue crianças e adolescentes colocados em família substituta, com base apenas no caráter de temporariedade ou não do instituto a que as crianças estão enquadradas (ADIN 5083, 2014, p. 8).

Como possível resolução ao tema, juntamente com as hipóteses suscitadas de maior controle e análise mais aprofundada, quando do deferimento de concessão da guarda, bem como, posteriormente, na concessão do benefício pelo INSS, para que não seja alegada que está se estendendo a aplicação da norma preceituada pela previdência social, sem a prévia fonte de custeio, pode-se inferir que, uma maneira de manter a criança sob guarda protegida, é utilizar, por analogia, o benefício concedido ao menor sob tutela, como já fora estudada tal hipótese anteriormente, desde que comprovada a dependência econômica, sendo que assim, as crianças e adolescentes sob guarda, não ficariam desamparadas e o cumprimento dos direitos fundamentais que são de observância obrigatória, não seriam olvidados.

4.4 A nova hermenêutica constitucional: a interpretação conforme a constituição

A partir do que fora estudado até então, faz-se possível compreender que ocorreu um certo desenvolvimento do ordenamento jurídico brasileiro. No que diz respeito a presente pesquisa, esse desenvolvimento ocorreu na interpretação das normas relativas à legitimidade

do recebimento do benefício de pensão por morte pela criança sob guarda, buscando dar mais efetividade ao funcionamento da previdência social, exterminando a burla ao sistema.

Pode-se dizer que esse desenvolvimento foi motivado pela incessante necessidade, de o sistema de interpretação de normas e a aplicação das regras, serem objeto de reinterpretação, motivado pela frequente mudança social, seja pela evolução natural impulsionada pelos reflexos externos e internos, seja pela necessidade de adequação e reanálise das normas aos casos concretos que se apresentam.

Pela constante evolução social, é que cada vez mais se torna necessário, que as mudanças que dela decorram, não sejam consideradas legítimas baseadas apenas na necessidade de desenvolvimento de um ordenamento jurídico, sem que para isso ocorra benefícios aos destinatários da lei, ou seja, para que esse desenvolvimento seja considerado legítimo e eficaz, deve ser feita uma análise primeiramente pelo viés constitucional e posteriormente verificar se essa mudança proporciona benefício para a população de um modo geral, adotando critérios de proporcionalidade e razoabilidade, como medida pretérita à implantação de uma norma.

A ideia de uma interpretação conforme a constituição, visa conceder tal legitimidade às mudanças de regras ocasionadas pelo desenvolvimento social, utilizando-se como pressuposto de garantia da máxima eficácia, agir de acordo com os direitos fundamentais da população. Na busca de legitimar essa interpretação, não se pode olvidar os antigos métodos de aplicação de regras, sendo que estes elementos sempre serão de grande relevância para a busca de sentido da norma na resolução de casos concretos (BARROSO, 2003, p. 4)

Relevante mencionar que o ponto central do presente estudo diz respeito justamente a aplicação de regras, neste caso, entre a dicotomia entre a aplicação de duas regras, que regulam a mesma matéria. No caso em que se apresenta, deve-se buscar a aplicação da melhor regra, ou seja, daquela que se amolde ao ordenamento jurídico como a regra mais equânime, mais justa e mais adequada, não somente a um caso concreto isolado, mas sim busca-se efetivar a aplicação de uma norma, -regras mais princípios-, que abranjam a legitimidade de aplicação, pela escolha de medida mais adequada a satisfazer a essência de um ordenamento jurídico que visa, em primeiro lugar, resguardar a defesa dos direitos fundamentais, e como norte de defesa desses direitos encontra-se o respeito à dignidade da pessoa humana, sem que se tenha de lançar mão das peculiaridades que se apresentam na realidade de cada caso concreto.

O que se percebe no atual ordenamento jurídico brasileiro, é que aplicação das regras se encontram esvaziadas de princípios, limitando-se muitas vezes, o interprete em aplicar a

regra pura descrita no texto da lei, sem condicionar sua decisão aos inúmeros princípios que constituem o ordenamento e são maior eficácia as decisões. Por isso,

a nova interpretação constitucional assenta-se no exato oposto de tal proposição: as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido (BARROSO, 2003, p. 5).

O que se deve compreender, é que na ocorrência de divergência de entendimento entre normas e direitos assegurados pela constituição, não há como se encontrar a solução adequada sem que para isso se analise o caso concreto e se possa perceber qual das normas se amolda ao mandamento constitucional. Nesse sentido, é que se recorre a interpretação do legislador, para que aplique a norma que se ache mais condizente com a realidade que se apresenta, sempre com observância àquilo que preceitua a Constituição Federal (BARROSO, 2003, p. 6).

Pela constante evolução da sociedade, como fora supracitado, é normal que a aplicação de uma norma sofra mutações, no intuito de se amoldar à diversidade de casos concretos, como se percebe entre a lei da previdência social e o estatuto da criança e do adolescente, cabendo então, ao interprete escolher àquela que melhor se amolde à realidade que se apresenta, aplicando princípios subjetivos, devido as várias possibilidades de enfrentamento de cada caso concreto. Para que se assegure que a interpretação do legislador está sendo de acordo com os princípios de direito, como por exemplo a discricionariedade na aplicação da norma, analisa-se a ponderação e razoabilidade de suas decisões, também encontrando limitação na obrigatoriedade de fundamentação e nos princípios fundamentais disciplinados pela Constituição Federal (BARROSO, 2003, p. 7).

O que se pretende dizer com o até então exposto, é que quando o legislador opta pela aplicação de determinada norma, deve assegurar-se que sua escolha esteja de acordo com o que defende a Lei Maior, que disciplina a aplicação de leis ordinárias em caso de eventual contradição. Ou seja, ao legislador optar pela aplicação da norma conforme o que defende o Regime Geral da Previdência Social, negando a criança sob guarda, o direito de usufruir do benefício de pensão por morte de seu guardião, essa decisão estará implicitamente fundamentada na coibição de fraude a previdência, e explicitamente fundamentada no fato da criança e adolescente sob guarda, não figurarem no rol taxativo de dependentes.

No entanto, tal decisão encontra abrigo constitucional? Se não existisse amparo da Constituição regrado tais hipóteses, quem sabe essa decisão pudesse ser entendida como legítima. Porém, a constituição expressamente prevê, como direito fundamental, a proteção integral das crianças, sendo que, ao interpretar a norma, decidir de acordo com a proteção previdenciária, no intuito de proteger o instituto de fraudes, seria o mesmo que atestar sua discordância com um direito fundamental assegurado pela Constituição Federal.

Do mesmo modo, se o interprete da norma, em vista das opções normativas que tem ao seu dispor, frente ao caso concreto, decidisse por conceder a criança sob guarda, o direito ao benefício de pensão por morte de seu guardião, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente e sob o fundamento de atendimento ao princípio da proteção integral, explicito na Constituição Federal, nos parece ser dotado de maior carga de legitimidade, sendo que, a escolha do julgador foi feita de acordo com o princípio da supremacia da Constituição, preservando a eficácia dos direitos fundamentais.

Ao analisarmos os casos de indeferimento da concessão do benefício a criança ou adolescente sob guarda, à vista de um ato que poderia ser generalizado, pela previsão legislativa, pode-se dizer que este se aproxima aos casos de barbárie em nome da lei, ou seja, não há como trivializar uma norma que não possa ser usada indistintamente a uma coletividade de pessoas que apresentam necessidades e realidades completamente distintas. Denomina-se por analogia o termo barbárie, por significar a aniquilação de direitos à pessoas que involuntariamente dependem de um ordenamento jurídico que lhes resguarde a eficácia de seus direitos, e não ao contrário, que lhes retire a possibilidade de gozar de prerrogativas que já lhes são asseguradas, por ser legalmente legítimas, em nome da proteção a um instituto que traz a ideia de segurança à população.

Ou seja, o que se pretende demonstrar, é que a previdência social, não pode basear a exclusão da criança e do adolescente sob guarda, nos casos de fraude a previdência, pois tal medida destoa radicalmente aos princípios da supremacia da constituição, do retrocesso social, bem como aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, sendo que, como já fora mencionado anteriormente, tanto o Ministério Público como o juiz estão aptos a identificar desvirtuamento da relação de fato em consonância com a relação jurídica, sendo que é do arbítrio do juiz, deferir ou indeferir a guarda. Ainda pode-se salientar, que a concessão de pensão por morte depende de procedimento administrativo no Instituto Nacional do Seguro Social, onde a simulação poderá ser identificada, sendo esta uma segunda hipótese de indeferimento do benefício.

E é nesse sentido, que devemos nos voltar à compreensão da nova hermenêutica constitucional, onde se observa a relevância dos princípios, sua valorização pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica, ou seja, significa o reconhecimento da necessidade da interpretação dos casos concretos de acordo com a Constituição, não podendo prosperar um entendimento que vá de encontro a uma garantia positivada constitucionalmente, traduzindo-se tal entendimento pelo fato de que a lei que deverá prevalecer é aquela vá ao encontro dos princípios protegidos pela Constituição, por traduzir a essência do ordenamento jurídico brasileiro (BARROSO, 2003, p.9).

De acordo com esta ideia, é que se faz pertinente, buscar a compreensão de como uma regra prevalecerá a outra, quando ambas regulam uma mesma matéria de direito. O que se deve buscar, é analisar cada uma delas no intuito de compreender qual proporcionará ao caso concreto, maior efetividade e legitimidade, e conseqüentemente, analisar qual delas decorre do posicionamento principiológico constitucional, pois somente assim poderá ter privilégio de aplicação pelo ordenamento jurídico, traduzindo verdadeiramente o motivo da maior eficácia em sua aplicação.

Sendo assim, na ocorrência de conflito entre duas regras que regulam o mesmo caso de direito, apenas uma poderá ser aplicada e surtir seus devidos efeitos. No entanto, os princípios, são dotados de maior flexibilidade em sua aplicação, pois podem ser aplicados a uma infinidade de casos concretos, justamente pela possibilidade de um mesmo princípio poder ser diferentemente interpretado, gerando a mesma eficácia a casos juridicamente distintos. Para tanto, pelo fato dos princípios serem facilmente invocados a uma diversidade de casos, cabe ao intérprete atribuir o peso que cada um deles exercerá em cada caso concreto (BARROSO, 2003, p. 11-12).

É de acordo com este entendimento, sobre a diferença de eficácia entre a aplicação das regras sem observância da carga principiológica que elas deverão ter, que se pode concluir que “[...] as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça do caso concreto” (BARROSO, 2003, p. 12).

A aplicação dos princípios, não se dá de forma estanque, como por exemplo nos casos da concessão do benefício as crianças e adolescentes sob guarda, pois na presença de princípios nas decisões judiciais, o que se analisa é o contexto de cada caso, não se operando na forma do tudo ou nada, como se vem fazendo, ao intérprete entender que deverá ser indeferido o benefício pelos casos de fraude ao instituto previdenciário. De acordo com a carga principiológica atribuída às decisões judiciais, o cabimento ou não do benefício deverá ser graduado à vista das

situações que ocorrem de fato, não podendo se ater a aplicação generalizada de uma norma, simplesmente pelo fato da Lei da Previdenciária ser posterior àquilo que regula o ECA (BARROSO, 2003, p.14).

É imperativa a compreensão de que, a presença dos princípios é fundamental para que uma decisão guarde relação de eficácia e legitimidade em sua aplicação, pois utilizar-se apenas de fundamentação baseada puramente em regras, tira o caráter humano que da justiça se espera, tornando-se uma justiça automatizada. Por isso, de acordo com Barroso, se faz

importante salientar que as regras são proposições normativas aplicáveis sob a forma de tudo ou nada, ou seja, se o fato ocorrido se amolda a regra descrita, ela deverá ser aplicada, produzindo seus efeitos de forma automática. Em contrapartida, os princípios são investidos de uma alta carga interpretativa, exigindo do interprete que valore as opções disponíveis, quando se defrontar com antagonismos inevitáveis, ou seja, o que se leva em conta é a ponderação (BARROSO, 2003, p. 15).

Regras são descritivas de conduta, ao passo que princípios são valorativos ou finalísticos, nesse sentido não se pode admitir que a descrição de uma conduta seja indistintamente aplicada inclusive àqueles que não a cometem, motivo pelo qual, as fraudes à previdência social, devem ser analisadas individualmente, e como critério de exceção, ao passo que a concessão do benefício a criança ou adolescente sob guarda, deve ser visto sob um juízo de valor, ao reconhecer que o mesmo é apto ao recebimento do benefício, assim como o menor sob tutela, invocando o princípio da proteção integral, que deve prevalecer aos casos de eventual fraude ao sistema previdenciário, pela prevalência de proteção que se deve dar às crianças e adolescentes, como pessoas em desenvolvimento (BARROSO, 2003, p.13).

O que se pretende dizer com o até então exposto, é que existem situações em que a aplicação de uma regra, perfeitamente válida no ordenamento jurídico, poderá gerar uma inconstitucionalidade ao ser aplicada a determinado caso, bem como existe o risco de que a aplicação dessa norma, estritamente conforme descrita, ocasionará o desvirtuamento do próprio fim que visa alcançar (BARROSO, 2003, p.15).

Torna-se de fácil constatação, o acima exposto, quando aplicado ao caso da concessão do benefício de pensão por morte a criança sob guarda. O indeferimento do benefício, quando, aplicado indistintamente a todos os casos em que figure a criança ou adolescente sob guarda, viola manifestamente o princípio da proteção integral de crianças e adolescentes, expressamente previsto na Constituição Federal, ou seja, a decisão em desacordo com esse mandamento, atenta diretamente contra constitucionalidade da lei aplicada.

De igual modo, ocorrerá o desvirtuamento do próprio fim a que se destina, ou seja, a motivação da exclusão da criança ou adolescente sob guarda do rol de dependentes, se deu pelos casos de fraude à Previdência, como se tal atitude resolvesse o problema financeiro do instituto, o que definitivamente não ocorreu, pois se generalizou as ocorrências do desvirtuamento da finalidade previdenciária, pela ocorrência de fraude, sem atentar para as consequências advindas dessa ação, a qual trouxe mais incertezas do que resoluções.

Para dar mais legitimidade a análise feita até então, de que os princípios devem se sobrepor as regras puras, recorre-se ao princípio da supremacia da constituição, que traduz a principal distinção das demais normas do sistema. A sobreposição da constituição, diz respeito ao fato de que não serão válidas as leis ou atos jurídicos que se revelem incompatíveis com aquilo que estabelece a Magna Carta. De acordo com o princípio de interpretação conforme a constituição, que é o ponto chave de deslinde do presente estudo, tem-se que, o aplicador da norma infraconstitucional, dentre mais de uma interpretação possível, deverá buscar aquela que a compatibilize com a Constituição.

Para englobar o todo que fora exposto, tem-se que a eficácia interpretativa, necessária, para a aplicação da regra ao caso concreto, significa, a possibilidade de exigir do Judiciário que as normas de hierarquia inferior sejam aplicadas de acordo com as hierarquicamente superiores, a que se acham vinculadas, ou seja, que as normas infraconstitucionais sejam aplicadas de acordo com os princípios constitucionais. Sendo que, a melhor opção que o intérprete possa fazer, quando exista mais de uma regra que regule o mesmo caso, é optar por aquela que atente ao melhor efeito pretendido pelo princípio constitucional pertinente. (BARROSO, 2003, p.37).

Nesse sentido, entende-se que, a norma que deverá ser aplicada, é aquela que esteja em consonância com o entendimento pretendido pela Constituição Federal, com intuito de formar uma unidade legislativa, a ponto de eliminar as hipóteses de discricionariedade extrema, que gerem dissonância nas decisões judiciais e que prejudiquem os destinatários da lei.

5. CONCLUSÃO

A presente monografia, pretendeu estabelecer a divisão normativa e jurisprudencial acerca da polêmica exclusão da criança e do adolescente sob guarda do rol de dependentes da previdência social, utilizando-se para tanto de posicionamentos diversos acerca do mesmo tema, com o intuito de definir qual posição é mais harmônica, tanto no que diz respeito a proporcionalidade e razoabilidade, quanto ao fato de ser interpretada conforme o texto constitucional.

O que se depreende pela análise do primeiro capítulo, é que o Estatuto da Criança e do Adolescente surgiu com o intuito de regular uma situação até então instável, trazendo consigo uma vasta carga principiológica, no auxílio da efetivação das mais diversas garantias que a criança e adolescente possam vir a ter. Como princípio de maior relevância e expressividade, tem-se o princípio da proteção integral, que pelo fato de estar abrigado pelo texto constitucional, em seu artigo 227, revelando uma expressiva carga de imperatividade na sua observância, no que diz respeito a concretização dos direitos garantidos à criança e ao adolescente.

Amparado por este princípio, nos casos em que não é dada efetividade ao atendimento das necessidades das crianças, expondo-as a riscos, por negligência à efetivação dos deveres paternos intrínsecos, ocorrerá a suspensão do poder familiar dos genitores, caso em que a criança será colocada em família substituta. No entanto, de acordo com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, é de suma importância que o convívio dos mesmos se dê em seu ambiente familiar biológico, ou seja, na necessidade de colocação da criança em família substituta, quando cessadas as causas que deram origem a tal medida, esta deverá ser realocada em sua família biológica, em busca do atendimento de seu bom desenvolvimento psicológico.

Importante se fez a compreensão de que, apartir do momento em que a criança ou adolescente, é colocado aos cuidados da família substituta, esta deverá assegurar-se de prover toda e qualquer necessidade que ele possa vir a ter, auxiliando psicológica, financeira e materialmente, em todas as exigências decorrentes de sua condição de pessoa em desenvolvimento, podendo para tanto opor-se a quem quer que seja, inclusive aos pais biológicos.

Pelo exposto no segundo capítulo, conclui-se que a alteração da Lei 8.213 de 1991, promovida pela Medida Provisória 1523, a qual foi convertida na Lei 9.528 de 1997, buscou precipuamente, estancar a ocorrência de fraudes à previdência social. Ou seja, na busca da guarda das crianças pelos avós, fora constatado que, em uma grande quantidade de vezes, o

pedido de guarda não era dotado de veracidade, pois a guarda de fato, jamais pertencera aos requerentes, revelando-se tal pedido eivado de vício, pela inexistência de dependência entre a criança e os avós, decidindo-se então pela exclusão das crianças e adolescentes sob guardado rol de dependentes da previdência social, independente da efetiva ocorrência de fraude ao instituto.

De todo o estudo, fez-se possível compreender que, tal medida vai de encontro ao que estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente, que em seu artigo 33, §3º, prevê expressamente, a criança ou adolescente sob guarda, como dependente legítimo do segurado da previdência social, revelando a existência de antinomia normativa entre as leis.

O que se pôde perceber com a presente monografia, é que a motivação da exclusão das crianças e adolescentes sob guarda do rol de dependentes, visa estabelecer equilíbrio financeiro a autarquia previdenciária, sob o fundamento de que as fraudes cometidas ao sistema, além de desvirtuar a finalidade, estava desfalcando os cofres do instituto, pela frequente busca da guarda por aqueles que jamais a haviam tido de fato.

Nesse sentido, o que se pode compreender das fraudes à previdência, no que diz respeito a concessão de guarda, não se possível considerar, a exclusão da criança e do adolescente do seu rol de dependentes, uma medida suficientemente plausível, a ponto de suprimir direitos daqueles que os tem constitucionalmente e legalmente assegurados, compreendendo-se que tal decisão é de caráter demasiadamente desproporcional, sendo que obviamente existem medidas cabíveis para tratar de tal irregularidade

A exclusão das crianças sob guarda do rol dos dependentes da previdência social, revela uma manifesta desproporcionalidade, pois na presença de meios, tanto administrativos, quando judiciais para verificar a veracidade da guarda, não se faz possível concluir pela legitimidade da medida adotada, pois a exclusão das crianças e adolescentes sob guarda, não se mostra minimamente razoável, no sentido de que é inviável indeferir generalizadamente um benefício que é devido por direito, a uma classe de pessoas, que são comprovadamente dependentes do segurado previdenciário.

Por este motivo, de acordo com o que fora estudado no terceiro capítulo, é que foram propostas as ações diretas de inconstitucionalidade nº 4.878, proposta pela Procuradoria Geral da República, e nº 5.083, proposta pela Advocacia Geral da União. Ambas visam reincluir as crianças sob guarda no rol de dependentes da previdência social, motivadas pela necessidade de interpretação conforme a Constituição Federal, pois, remetendo-nos novamente ao princípio da proteção integral, garantido pelo Constituição Federal, em seu artigo 227, se torna inadmissível que crianças e adolescentes percam direitos pela insuficiente motivação dos casos

de fraude a previdência social, que visam unicamente, estabelecer um equilíbrio financeiro, o qual porém, não será alcançado, pela cessação do pagamento do benefício às crianças e adolescentes sob guarda.

Conforme analisadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais apresentadas, conclui-se que não há uma posição definida no que diz respeito à aplicação normativa aos casos de concessão do benefício às crianças sob guarda. Contudo, entende-se desarrazoada a medida que estabelece, como parâmetro ao direito de recebimento do benefício, o critério temporal, como defende o STJ, sendo que mesmo estando a guarda configurada a muito tempo, as crianças e adolescentes somente terão direito ao recebimento do benefício, se o óbito do segurado veio a ocorrer antes da vigência da lei 9.528 de 1997.

A aplicação da lei, conforme este entendimento, configura manifesto retrocesso social, pela negação de recebimento, pela criança ou adolescente, de um benefício que já lhes era assegurado e que foram obtidos mediante longos anos e positivados, tanto constitucionalmente, quanto em leis esparsas.

Pela desproporcionalidade da nova redação dada à Lei de benefícios da previdência social, invoca-se uma possibilidade de resolução contemporânea da divergência normativa. O que se deve ter em mente, é que na presença de uma Constituição que resguarda e defende direitos e garantias de acordo com o princípio da proteção integral, não se pode desconsiderar que tal mandando é cogente, ou seja, a norma que for de encontro com um direito assegurado pela Constituição, não pode ser passível de legitimidade, devendo ser declarada inconstitucional.

Pela supremacia da constituição, conclui-se que, quando da ocorrência de normas que afrontem seus princípios, estas não poderão ser dotadas de eficácia e legitimidade. Sendo que, estando o Estatuto da Criança e do Adolescente de acordo com aquilo que prevê a Magna Carta, e, a contrário senso, estando a Lei de benefícios da previdência social indo de encontro àquilo que é assegurado pelo princípio da proteção integral, retirando direitos de quem é destinatário legítimo, nos faz concluir que, a lei que deverá prevalecer, por ser dotada de maior legitimidade e eficácia em sua aplicação, é aquela que mais se aproxime de uma interpretação conforme a Constituição Federal.

Sendo assim, conclui-se que a aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente aos casos de deferimento do benefício de pensão por morte às crianças e adolescentes sob guarda, revela íntima relação com nova hermenêutica constitucional de interpretação conforme a constituição, pois respeita acima de tudo o princípio de proteção integral e melhor interesse das crianças e adolescentes, respeitando o princípio da supremacia da constituição. Em contrário

senso, a alteração do Regime Geral de Previdência Social, que exclui a criança sob guarda do rol dos dependentes, afronta manifestamente este princípio, atestando a inconstitucionalidade da aplicação de tal regra, ao motivar tal atuação pela ocorrência de fraude à autarquia previdenciária.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Estatuto da criança e do adolescente*: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis>. Acesso em: 17 nov. 2017.

_____. *Convenção sobre os direitos da criança*. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretos> Acesso em: 25 nov. 2017.

_____. *Código Civil*. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis>. Acesso em 17 nov.2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao>. Acesso em: 15 nov. 2017.

_____. *Planos de Benefícios da Previdência Social*. Lei nº 8213, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis>. Acesso em 16 nov. 2017.

_____. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/lei>. Acesso em: 15 nov. 2017.

_____. Código Penal. Decreto-Lei nº2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto_lei>. Acesso em: 10 set. 2017

_____. STJ-AgRg no REsp: 1482391 PR 2014/0238628-3, Relator: Ministro Humberto Martins, Data de Julgamento: 14/04/2015, T2- SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/04/2015. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

_____. STJ - AgRg no REsp: 684077 RJ 2004/0141342-7, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 14/12/2004, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 21/02/2005 p. 226. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

_____. TJ-RS-AC:70006206841 RS. Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Data de Julgamento: 06/03/2003, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: DJ 10/05/2003.

_____. TRF-4-AC:6079 SC 2005.04.01.006079-9, Relator: JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA, Data de Julgamento: 14/02/2007, SEXTA TURMA, Data de Publicação: D.E. 07/03/2007. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1240932/apelacao-civel-ac-6079>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

_____. STF-ADI: 5083 DF, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 28/03/2014, Data de Publicação: DJe-065, Divulgação: 01/04/2014, Publicação: 02/04/2014. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4878. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

_____. Ministério Público Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade 5.083/DF*. Nº4.412/2015-AsJConst/SAJ/PGR. Relator: Ministro Dias Toffoli. Janeiro de 2015. Disponível em: <<http://stf.jus.br>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

_____. STJ - REsp: 414600 SC 2002/0017287-3, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 06/11/2008, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: --> DJe 24/11/2008, --> DJe 24/11/2008. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

_____. Boletim Informativo nº.180/181 do IDBP, de 01/12/2011. Disponível em: <<http://www.idpb.org.br/boletins>>. Acesso em: 19 abr.2018.

BARROSO, L. R. A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BERTUZZO, Bregolin; GRAVINIS, Claudete Rodrigues Teixeira. *A perspectiva da concessão do benefício de pensão por morte para o menor sob guarda*. JURIS, Rio Grande, v. 24: p. 131-187, 2015. Disponível em: <<https://periodicos.furg.br/juris/article/view/6336/4046>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior, trad. Maria Celeste C. J. Santos; rev. téc. Cláudio De Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6º ed., 1995.

CARDOSO, Oscar Valente. *Direito da criança ou adolescente sob guarda à pensão por morte*. Revista CEJ, Brasília, Ano XIV, n. 48, p. 77-86, jan./mar. 2010. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/revcej/article>. Acesso em: 20 abr. 2018.

DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. *Curso de direito previdenciário*. 3. ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10º ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DI MAURO, Renata Giovanoni. *Procedimentos civis no Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FÁVERO, Altair Aberto. GABOARDI, Ediovani Antônio. *Apresentação de trabalhos científicos: normas e orientações práticas*. 5º ed. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2014.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito da seguridade social*. – 3ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Vol. 6: Direito de Família. 14º ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LEITÃO, André Studart. MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna. *Manual de direito previdenciário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os direitos da criança e do adolescente: a necessária efetivação dos direitos fundamentais*. Volume 5, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. Disponível em:
<<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/99635/VD-Direito-da-Crianca-18-09-2012.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 2º ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris,

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2008. 2007.

MIRANDA, Giovana Guimarães de. *Proteção e Previdência Social do Menor Sob Guarda no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. 2012. Disponível em:
<<http://tede2.pucgoias.edu.br:8080/bitstream/tede/2675/1/GIOVANA%20GUIMARAES%20DE%20MIRANDA.pdf>>. Acesso em: 10 nov. de 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes*. 3º ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUNES, Francisco Pizzette; ZILIO, Ana Paula Costa. UNISC. Edição 2016 *A exclusão de crianças e adolescentes sob guarda do rol de dependentes do segurado do inss na concessão do benefício de pensão por morte: uma análise sob o viés constitucional*. Disponível em:
<<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14743>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

OLIVEIRA, Peterson Barbosa de. *A concessão do benefício previdenciário de pensão ao menor sob guarda: conflito aparente de normas, aspectos processuais e administrativos*. De jure, revista jurídica do ministério público do estado de minas gerais 2007, Vol. 8. Disponível em:<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/247/concessao%20beneficio%20previdenciario_Oliveira.pdf?sequence=1>. Acesso em: 26 mar. 2018.

OLIVEIRA, Fernando José Vianna. *Da concessão de guarda a terceiros estranhos a relação processual*. ConteúdoJurídico, Brasília-DF: 27 jul. 2016. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.56339&seo=1>>. Acesso em: 11 set. 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Boletim do IBDFAM*. Belo Horizonte, IBDFAM, jul./ago. 2005.

RAMIDOFF, Mário Luiz. *Direitos difusos e coletivos IV- Estatuto da Criança e do Adolescente*. Coleção Saberes do Direito; 37. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers, *Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família*. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. Vol. 6. 28º ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, Paulo Leandro. *Menor sob guarda e dependentes da Lei Previdenciária*. Disponível em<http://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20170802101754.pdf>. Acesso em 17 fev. 2018.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. Volume único. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

TAVARES. Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2011.

TOLEDO, Simone Seghese de. JERONIMO, Nayara. *Guarda para efeitos previdenciários: a concessão do benefício pensão por morte no regime geral de previdência social*. RJLB, Ano 1, 2015, nº 6.

Disponível em:<<http://www.cidp.pt.guarda.para.efeitos.previdenciarios.a.concessao.do.beneficio.pensao.por.morte.no.regime.geral.de.previdencia.social>> Acesso em: 19 abr. 2018.

TRÓCCOLI JÚNIOR, Henrique. *Constitucionalidade do art. 16, § 2º. da lei n. 8.213, de 24.7.1991 com redação dada pela lei n. 9.528, de 1997*. Ano 07, nº 15, Jan./Mar.

2008. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/349/160>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de direito previdenciário*. 7^o ed. São Paulo: Atlas, 2014.