

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC

CURSO DE DIREITO

KEILLA ELIAS DE SOUZA

**A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE DOS AVÓS AO
NETO, MENOR DE 18 ANOS, SOB GUARDA: UMA ANÁLISE DOS JULGADOS
DO TRF DA 4ª REGIÃO NO PERÍODO ENTRE 2014 E 2017.**

CRICIÚMA

2018

KEILLA ELIAS DE SOUZA

**A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE DOS AVÓS AO
NETO, MENOR DE 18 ANOS, SOB GUARDA: UMA ANÁLISE DOS JULGADOS
DO TRF DA 4ª REGIÃO NO PERÍODO ENTRE 2014 E 2017.**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharel no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador(a): Prof. Jean Gilnei Custódio

CRICIÚMA

2018

KEILLA ELIAS DE SOUZA

A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE DOS AVÓS AO NETO, MENOR DE 18 ANOS, SOB GUARDA: UMA ANÁLISE DOS JULGADOS DO TRF DA 4ª REGIÃO NO PERÍODO ENTRE 2014 E 2017.

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Criciúma, 21 de novembro de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Jean Gilnei Custódio - (Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC) - Orientador

Prof. Marcírio Colle Bittencourt - (Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC) - Especialista

Profª. Renise Terezinha Melillo Zaniboni - (Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC) - Especialista

À minha família, por sua capacidade de acreditar em mim e investir em mim. E ao meu marido, pessoa com quem amo partilhar a vida. Obrigada pelo carinho, a paciência e por sua capacidade de me trazer paz na correria de cada semestre.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por minha vida, família e amigos. A esta universidade, seu corpo docente, direção e administração. Agradeço a todos os professores por me proporcionarem o conhecimento não apenas racional, mas a manifestação do caráter e afetividade da educação no processo de formação profissional, não somente por terem me ensinado, mas por terem me feito aprender, terão os meus eternos agradecimentos. Em especial gostaria de agradecer alguns que fizeram diferença: meu orientador Dr. Jean Gilnei Custódio, que me orientou e me aguentou mandando áudios de desespero; professora Rosângela Del Moro, maravilhosa (Rô Rainha), sem mais; Àqueles que foram meus professores nos estágios práticos: Maicon Aléssio, Maurício Filó, Leandro da Rosa, Rosângela Del Moro, Márcia Piazza, Jean Gilnei Custódio e Gabriele Bernardes Ongaratto, que disponibilizam e compartilham seus conhecimentos práticos com dedicação e nos guiaram para o caminho correto.

Agradeço a minha mãe, heroína que me deu apoio, incentivo nas horas difíceis, de desânimo e cansaço. Ao meu pai que apesar de todas as dificuldades me fortaleceu e que para mim foi muito importante. Ao meu marido, pessoa com quem amo partilhar a vida. Obrigada pelo carinho, a paciência e por sua capacidade de me trazer paz na correria de cada semestre, eu te amo.

Meus agradecimentos ao grupo “Taubinha” com quem compartilhei muitos lanches e tábuas, que foram pessoas com quem vivi momentos de muita felicidade e alegria, fizeram parte da minha formação e que vão continuar presentes em minha vida com certeza.

A todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, como o Cartório da 2ª Vara Criminal de Araranguá, onde estagiei voluntariamente e convivi com pessoas maravilhosas. E ainda, o Gabinete da 3ª Vara Cível da Comarca de Araranguá, onde tive o prazer de conhecer pessoas que viraram mais que colegas de trabalho e aprender coisas que vão além do direito. À Consolide Sua Marca, por estar me acompanhando e me dando esta oportunidade maravilhosa neste início da minha carreira.

“No mundinho habitado pelas crianças, seja quem for a pessoa que as cria, não há nada que seja percebido com mais clareza, nem sentido com mais profundidade que uma injustiça”.

Charles Dickens

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo pesquisar, analisar e descrever a história da previdência social, em especial o benefício de pensão por morte, a história das constituições e os princípios da seguridade social aplicados ao direito previdenciário. Ainda, descrever a evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente no âmbito internacional e no ordenamento jurídico brasileiro. Verificando ainda acerca das conseqüências da alteração da legislação previdenciária quanto ao rol de dependentes do segurado pensionista, no qual retirou do menor sob guarda a qualidade de dependente. Após será realizado um estudo jurisprudencial no TRF da 4ª Região entre os anos de 2014 e 2017 para verificar-se o entendimento do magistrado. A metodologia utilizada foi o método dedutivo, em pesquisa teórica e qualitativa com pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, além de fontes gráficas e digitais.

Palavras-chave: Pensão por Morte. Benefício. Criança. Adolescente. Proteção. Guarda.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to investigate, analyze and describe the history of social security, especially the death benefit, the history of the constitutions and the principles of social security applied to social security law. Also, to describe the historical evolution of the rights of the child and the adolescent in the international scope and in the Brazilian legal order. Further, checking on the consequences of the amendment of the social security legislation regarding the dependents of the insured pensioner, in which the dependent child was removed from the child under guard. Afterwards a jurisprudential study will be carried out in the Federal Regional Court of the 4th Region of Brazil between the years 2014 and 2017 to verify the understanding of the magistrate. The methodology used was the deductive method, in theoretical and qualitative research with bibliographical and jurisprudential research, as well as graphic and digital sources.

Palavras-chave: Pension for death. Benefit. Child. Teenager. Protection. Guard.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

INPS	Instituto Nacional de Previdência Social
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
MP	Ministério Público
RGPS	Regime Geral de Previdência Social
STJ	Superior Tribunal da Justiça
TJDFT	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios
TRF	Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE E A FLEXIBILIZAÇÃO NO ROL DE BENEFICIÁRIOS	12
2.1 HISTÓRICO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL E PRINCÍPIOS MAIS RELEVANTES	12
2.2 ESPÉCIES DE BENEFÍCIOS.....	16
2.2.1 Aposentadoria por invalidez	16
2.2.2 Aposentadoria por idade	17
2.2.3 Aposentadoria por tempo de contribuição	18
2.2.4 Aposentadoria especial	20
2.2.5 Auxílio doença.....	20
2.2.6 Auxílio acidente.....	22
2.2.7 Salário maternidade	23
2.2.8 Auxílio reclusão.....	23
2.3 O BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE E SEUS REQUISITOS.....	24
3 A PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE E SEUS PRINCÍPIOS	29
3.1 O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO ÂMBITO INTERNACIONAL	29
3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO BRASIL	32
3.3 TEORIA DA PROTEÇÃO INTEGRAL	35
3.4 O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E SEUS PRINCÍPIOS	39
4 A CONCESSÃO ÀS CRIANÇAS/ADOLESCENTES DO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE DOS AVÓS: ESTUDO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL	45
4.1 OS EFEITOS JURÍDICOS DA GUARDA NO ÂMBITO BRASILEIRO	45
4.2 A (IM)POSSIBILIDADE DE INCLUSÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMO DEPENDENTE NO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE DOS AVÓS GUARDIÕES E A FLEXIBILIZAÇÃO DO ROL DE DEPENDENTES	48
4.3 COMPARATIVO ENTRE O ART. 16 DA LEI 8.213/91 E DO ART. 33 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	50
4.4 ESTUDO JURISPRUDENCIAL DO TRF DA 4ª REGIÃO NO PERÍODO DE 2014 A 2017.....	53

4.5 ANÁLISE DOS ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS COM A DOCTRINA	59
5 CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS	63

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho consiste, através do método dedutivo, em pesquisa do tipo teórica e qualitativa, com emprego de material bibliográfico diversificado em livros, artigos de periódicos, teses e dissertações, busca conhecer a evolução de todo o histórico da Previdência Social, fazendo uma análise detalhada quanto aos princípios mais relevantes que são considerados a base de todo o ordenamento jurídico brasileiro. Serão observadas ainda, as espécies de benefícios previstos pela legislação previdenciária, com ênfase no benefício da pensão por morte e os tipos de dependentes.

Logo, no decorrer do trabalho serão apresentados os direitos da criança e do adolescente no âmbito internacional, juntamente com toda a sua evolução histórica dentro do ordenamento jurídico e sua aplicação. Irão ser apresentados ainda, todo o desenvolvimento do princípio da teoria da proteção integral e qual foi a sua importância para que fosse criado um estatuto específico em relação à criança e ao adolescente, sobre as necessidades de garantir a aplicação dos direitos e proteções para os infantes.

Por último, mas de muitíssima importância, será realizada uma análise dos efeitos jurídicos da guarda no âmbito brasileiro. Em sequência, será constatada a possibilidade e impossibilidade da inclusão da criança e do adolescente como dependentes no benefício de pensão por morte dos avós e ainda, quanto a possibilidade de flexibilização do rol de dependentes apresentado pela lei previdenciária.

Ainda no âmbito previdenciário, serão analisados os artigos 16 da Lei 8.213/91 e 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, fazendo um comparativo e apresentando o entendimento doutrinário para a aplicação de cada um deles. Por fim, será realizado um estudo jurisprudencial no Tribunal Regional Federal da 4ª Região no período de 2014 a 2017, buscando os casos em que houve o pedido dos netos pela concessão da prestação do benefício da pensão por morte sendo-lhes negado ou concedido, analisando-se os argumentos e votos dos relatores, fazendo um comparativo com a doutrina e legislação.

A importância social da presente pesquisa está na averiguação de que existem inúmeras crianças e adolescentes que buscam esses direitos administrativamente, porém, acabam tendo seus direitos negados pelo INSS, de

modo que fere os princípios garantidores da criança e do adolescente, necessitando assim, postular judicialmente para que a aplicação do seu direito venha a acontecer.

2 O BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE E A FLEXIBILIZAÇÃO NO ROL DE BENEFICIÁRIOS

O objetivo deste capítulo é conceituar, estudar e analisar o direito previdenciário, bem como seus princípios e todo o contexto do segurado, seus benefícios e dependentes. Será observado também de forma mais específica o benefício da pensão por morte, seus requisitos e a flexibilização do rol de beneficiários.

Serão analisados ainda, os casos em que houve a suspensão do pagamento do benefício da pensão por morte aos netos e, sobre o direito violado em divergência com a exclusão do infante do rol dos dependentes, já que a omissão da legislação não pode violar um direito garantido pela Constituição Federal.

Serão revisados os princípios garantidores à criança e ao adolescente e os princípios previdenciários, verificando seus conceitos e a sua importância na aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 HISTÓRICO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL E PRINCÍPIOS MAIS RELEVANTES

Historicamente, a previdência teve seu primeiro marco teórico em 1821 quando foi escrito o primeiro texto legal do Reino de Portugal, Brasil e Algarves, relativo à Previdência Social no Brasil, concedendo jubilação, ou seja, aposentadoria aos mestres e professores com mais de 30 anos de serviço (GURGEL, 2007, p. 15).

Logo depois, em 1888, concedeu-se o direito a aposentadoria também aos empregados dos Correios com mais de 30 anos de serviço e idade mínima de 60 anos. Em 1919 foi aprovada a primeira lei sobre acidente de trabalho, cujo conceito é o mesmo dos dias de hoje. Entre 1930 e 1940 foram desenvolvidas as carteiras de empréstimos, o instituto dos bancários, o instituto dos industriários, organizada a justiça do trabalho, entre outras conquistas (GURGEL, 2007, p. 15).

Conclui-se então que o Brasil teve 5 períodos marcantes para a Seguridade Social. O primeiro sendo o Período de Implantação da Lei Eloy Chaves em 1923, com as caixas de aposentadorias e pensões para as empresas de estrada de ferro. O segundo seria o Período de Expansão que ocorreu entre 1933 e 1959, onde a proteção social começou a levar em consideração as categorias profissionais. Já o terceiro período ocorreu nos anos de 1960 e 1970 e ficou

conhecido como o Período da Unificação, pois foi quando ocorreu a implantação da Lei Orgânica da Previdência Social, onde nasceu o regime geral da previdência social. No quarto período ocorre a reestruturação da previdência social, o qual perdurou entre os anos de 1977 a 1988. Por último, porém de muitíssima importância: o quinto período ocorre em 1988 com todas as proteções dos riscos sociais e ficou conhecido como o Período da Seguridade Social (BALERA, 2007, p. 33-34).

O ano de 1966 foi um ano marcante para a previdência social, pois, foi neste período em que foi criado o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), constituído o pecúlio para o aposentado que retornasse ao trabalho, alterados os conceitos de segurados e dependentes e, criado o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (GURGEL, 2007, p. 17).

A Constituição Federal de 1988 foi promulgada em 5 de outubro do ano de 1988, tratando de diversos assuntos, em especial a Seguridade Social, nos artigos 194 a 204. Neste ato, a previdência social, a assistência social e a saúde passam a fazer parte do gênero Seguridade Social.

O direito previdenciário como ramo de direito público tem como objetivo estudar, analisar e interpretar os princípios e as normas constitucionais que se referem à Previdência Social, bem como os princípios e normas que tratam das prestações previdenciárias devidas a seus beneficiários (CASTRO; LAZZARI, 2016, p. 56).

A Seguridade Social tem princípios próprios, sendo importante salientar o conceito básico de princípio antes de propriamente adentrar nos seus princípios bases. Segundo Martins (2012, p. 47) os princípios são proposições básicas que fundamentam, inspiram e orientam as ciências. No direito, é a base que irá fundamentar as normas jurídicas.

O artigo 194 da Constituição Federal de 1988 dispõe que:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.
Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:
I - universalidade da cobertura e do atendimento;
II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;
V - equidade na forma de participação no custeio;

VI - diversidade da base de financiamento;
VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados (BRASIL, 1988).

Tem-se que estes itens elencados no artigo 194, não são propriamente objetivos, mas sim os princípios que fundamentam o sistema da Seguridade Social.

Um dos princípios específicos do direito previdenciário é o princípio da solidariedade, que também é encontrado como solidarismo ou mutualismo e que diz que deve haver solidariedade entre os membros da previdência social.

Segundo Castro e Lazzari:

Assim como a noção de bem estar coletivo repousa na possibilidade de proteção de todos os membros da coletividade, somente a partir da ação coletiva de repartir os frutos do trabalho, com a cotização de cada um em prol do todo, permite a subsistência de um sistema previdenciário (CASTRO; LAZZARI, 2016, p. 86).

O solidarismo começou em momentos de crise onde a saída era cotizar alimentos para evitar a fome, doenças, mortes, etc., a comunidade unia suas forças e contribuía em partes com o grupo para se precaver de futuras necessidades. Com o passar dos anos, isso evoluiu para diversas contribuições e inúmeros tipos de serviços e profissionais, que unindo suas forças se preparavam para quando não pudessem mais trabalhar. Começam aí os descontos nos salários para futuras aposentadorias. A solidariedade seria a parte fundamental da contribuição de todos em prol da minoria (MARTINS, 2012, p. 54).

Segundo Martins (2012, p. 77) encontram-se na Lei Magna algumas determinações indicando o princípio da solidariedade ou solidarismo, como pressuposto genérico.

O princípio da Universalidade caracteriza-se pelo englobamento, onde diz que a proteção social deverá alcançar todos os eventos cuja reparação seja iminente aos que precisam (DUARTE, 2003, p. 15).

Para Martins (2012, p. 78) o princípio da universalidade é conceituado como um postulado básico de que todos os residentes brasileiros terão direito aos benefícios, sem distinções (sejam eles contribuintes urbanos ou rurais). Já para Ibrahim (2012, p. 77) a previdência social é usualmente fixada como um direito

humano de segunda geração, devido à proteção individual que proporciona aos beneficiários, atendendo a condições mínimas de igualdade.

Equiparado ao princípio da universalidade, tem-se o princípio da Uniformidade e Equivalência dos Benefícios e Serviços às Populações Urbanas e Rurais. Este busca resguardar ao contribuinte o tratamento imparcial, pois em 1988 haviam diferenças nos tratamentos entre contribuintes rurais e urbanos (ALENCAR, 2009, p. 45).

Castro e Lazzari discorrem no seguinte sentido quanto ao princípio da uniformidade e equivalência:

Tal princípio não significa, contudo, que haverá idêntico valor para os beneficiários, já que a equivalência não significa igualdade. Os critérios de concessão das prestações de seguridade social são os mesmos; porém, tratando-se de previdência social (CASTRO; LAZZARI, 2016, p. 89).

Outro princípio que por muitos doutrinadores já foi considerado um desdobramento do princípio da igualdade é o Princípio da Equidade, na forma de participação no custeio. Este diz que tratar com igualdade os desiguais seria pormenorizar as desigualdades, e este não é o objetivo da Seguridade Social. Este princípio também é conhecido por Princípio da Capacidade Contributiva.

Martins explica que o princípio da equidade é considerado uma forma de justiça fiscal:

Apenas aqueles que estiverem em iguais condições contributivas é que terão de contribuir da mesma forma. É uma forma de justiça fiscal. O trabalhador não pode contribuir da mesma maneira que a empresa, pois não tem as mesmas condições financeiras. Dever-se-ia, porém, estabelecer certas distinções também entre as empresas, pois é sabido que empresas maiores têm melhores condições de contribuir do que as microempresas. No entanto, essa diferenciação não foi feita pela legislação ordinária, porque a forma de custeio é atribuída ao que estiver disposto na lei ordinária (MARTINS, 2012, p. 38).

Deste modo, tem-se que os princípios que regem e norteiam a Seguridade Social buscam proteger não somente os segurados e contribuintes, mas também o sistema da Seguridade Social como um todo. Tudo isso, visando a continuidade das prestações de serviços e a cobertura a todos que necessitam e tratando iguais como iguais e desiguais como desiguais.

2.2 ESPÉCIES DE BENEFÍCIOS

A cobertura previdenciária é retratada na forma de benefícios, onde o cidadão segurado da RGPS exerce o direito da concessão destes benefícios. Sendo estes: aposentadoria por invalidez, aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de contribuição, aposentadoria especial, auxílio doença, salário família, salário maternidade, auxílio acidente e pensão por morte.

Cada benefício apresenta suas determinadas características, e ainda, as condições para a sua concessão. Deste modo, serão analisadas superficialmente estas contingências.

2.2.1 Aposentadoria por invalidez

A aposentadoria por invalidez está prevista nos artigos 42 a 47 da Lei nº 8.213/91. Este é o tipo de benefício concedido ao segurado que for considerado impossibilitado para trabalhar, e de dificultosa reabilitação para o exercício que anteriormente lhe garantia o sustento próprio ou da família. Sendo *mister* salientar que o segurado só irá receber este benefício pelo período que perdurar sua condição. O benefício será concedido após laudo de perito médico efetuado por profissional habilitado e registrado junto ao INSS (IBRAHIM, 2012, p. 593).

A doença ou lesão de que o segurado já era portador ao filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social não lhe conferirá direito à aposentadoria por invalidez, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão, assim como dispõe o art. 42, § 2º da Lei 8.213/1991. Isso ocorre pois a concessão da aposentadoria por invalidez está condicionada ao afastamento de todas as atividades laborativas exercidas.

Deve-se ressaltar que é obrigatória a realização de perícias médicas a cada 2 (dois) anos, sob pena da suspensão do benefício¹. Goes (2008, p. 126) discorre sobre o tema da seguinte maneira:

¹ Art. 222. A Perícia Médica do INSS deverá rever o benefício de aposentadoria por invalidez, inclusive o decorrente de acidente do trabalho, a cada dois anos, contados da data de seu início, para avaliar a persistência, atenuação ou o agravamento da incapacidade para o trabalho, alegada como causa de sua concessão, nos termos do art. 46 do RGPS (BRASIL, 2015).

Para que seja concedido o benefício de aposentadoria por invalidez, não há necessidade de concessão prévia de auxílio-doença. A incapacidade para o trabalho insuscetível de reabilitação, em alguns casos, pode ser constatada de imediato pelo médico perito, em face da gravidade das lesões à integridade física ou mental do indivíduo. No entanto, nem sempre é possível verificar a incapacidade total e definitiva de imediato. Por isso, na maioria das vezes, concede-se inicialmente ao segurado o benefício de auxílio doença e, posteriormente, concluindo-se pela impossibilidade de retorno à atividade laborativa, transforma-se o benefício inicial em aposentadoria por invalidez (GOES, 2008, p. 126).

Este benefício tem carência de 12 (doze) contribuições mensais e se inicia a partir do dia imediato ao da cessação do auxílio-doença. O empregado é assegurado a contar do décimo sexto dia do afastamento da atividade, e ao segurado empregado doméstico, trabalhador avulso, contribuinte individual, especial e facultativo, a contar da data do início da incapacidade ou da data de entrada do requerimento, se entre essas datas decorrerem mais de 30 (trinta) dias².

No art. 45 da Lei 8.213/1991, está disposta a possibilidade do acréscimo de 25% no valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa.

No artigo seguinte, o legislador entende que se o aposentado por invalidez retornar voluntariamente à atividade laborativa terá seu benefício automaticamente cancelado, a partir da data de retorno. Os outros tipos de cessação do benefício são: a recuperação da capacidade para o trabalho, o falecimento do segurado e o retorno da atividade sem comunicação.

2.2.2 Aposentadoria por idade

A aposentadoria por idade está prevista nos artigos 48 a 51 da Lei nº 8.213/91, e tem como finalidade garantir a manutenção do segurado e de seus dependentes (familiares) no momento da idade avançada, já que por isso tem

² Art. 43. A aposentadoria por invalidez será devida a partir do dia imediato ao da cessação do auxílio-doença, ressalvado o disposto nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo.

§1º Concluindo a perícia médica inicial pela existência de incapacidade total e definitiva para o trabalho, a aposentadoria por invalidez será devida:

a) ao segurado empregado, a contar do décimo sexto dia do afastamento da atividade ou a partir da entrada do requerimento, se entre o afastamento e a entrada do requerimento decorrerem mais de trinta dias;

b) ao segurado empregado doméstico, trabalhador avulso, contribuinte individual, especial e facultativo, a contar da data do início da incapacidade ou da data da entrada do requerimento, se entre essas datas decorrerem mais de trinta dias.

§ 2º Durante os primeiros quinze dias de afastamento da atividade por motivo de invalidez, caberá à empresa pagar ao segurado empregado o salário(BRASIL, 1991).

dificuldades para o labor. A aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher.³

Entretanto, existem diferenças nos critérios exigidos pela lei quando se trata de segurados urbanos e rurais. No que concerne à idade, para o segurado urbano, a aposentadoria ocorre quando homem completar 65 anos e a mulher, 60 anos. Já para o segurado rural, quando homem completar 60 anos e a mulher 55 anos. Sendo que ainda, esta aposentadoria poderá se híbrida, ou seja, a cumulação do tempo de contribuição rural com o tempo de contribuição urbano.

A aposentadoria por idade, consistirá numa renda mensal de 70% (setenta por cento) do salário-de-benefício, mais 1% (um por cento) deste, por grupo de 12 (doze) contribuições, não podendo ultrapassar 100% (cem por cento) do salário-de-benefício⁴. O benefício cessa com a morte do segurado e tem como carência 180 contribuições mensais.

2.2.3 Aposentadoria por tempo de contribuição

A aposentadoria por tempo de contribuição está prevista nos artigos 52 a 56 da Lei nº 8.213/91, e trata-se do benefício que em razão do tempo de contribuição exercido pelo segurado, concede-se a aposentadoria. Tem como suas principais características ser voluntária, haja vista que o INSS não poderá conceder de ofício, programável e irrenunciável.

O art. 29 da Lei 13. 183/2015 dispõe sobre os pontos para receber a concessão do benefício, onde o contribuinte quando homem deverá fechar 95 pontos observando o tempo mínimo de contribuição, e quando mulher deverá cumprir 85 pontos, também observando o tempo mínimo de contribuição.

Art. 29-C. O segurado que preencher o requisito para a aposentadoria por tempo de contribuição poderá optar pela não incidência do fator previdenciário no cálculo de sua aposentadoria, quando o total resultante da

³ Art. 48. A aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher (BRASIL, 1991)

⁴ Art. 50. A aposentadoria por idade, observado o disposto na Seção III deste Capítulo, especialmente no art. 33, consistirá numa renda mensal de 70% (setenta por cento) do salário-de-benefício, mais 1% (um por cento) deste, por grupo de 12 (doze) contribuições, não podendo ultrapassar 100% (cem por cento) do salário-de-benefício (BRASIL, 1991)

soma de sua idade e de seu tempo de contribuição, incluídas as frações, na data de requerimento da aposentadoria, for:

I - igual ou superior a noventa e cinco pontos, se homem, observando o tempo mínimo de contribuição de trinta e cinco anos; ou

II - igual ou superior a oitenta e cinco pontos, se mulher, observado o tempo mínimo de contribuição de trinta anos (BRASIL, 2015).

No §3º do mesmo artigo, o legislador apresenta uma posição especial quando se trata da categoria de professores.

Art. 29-C.

[...]

§ 3º Para efeito de aplicação do disposto no caput e no § 2º, o tempo mínimo de contribuição do professor e da professora que comprovarem exclusivamente tempo de efetivo exercício de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio será de, respectivamente, trinta e vinte e cinco anos, e serão acrescidos cinco pontos à soma da idade com o tempo de contribuição (BRASIL, 2015).

O artigo 56 da Lei 8.213/1991 dispõe sobre o mesmo assunto:

Art. 56. O professor, após 30 (trinta) anos, e a professora, após 25 (vinte e cinco) anos de efetivo exercício em funções de magistério poderão aposentar-se por tempo de serviço, com renda mensal correspondente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício, observado o disposto na Seção III deste Capítulo (BRASIL, 1991).

Inclusive, posteriormente houve a aprovação da Súmula nº 726 do Superior Tribunal Federal que cita que “para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora da sala de aula”.

O art. 55, §3º reforça que para a comprovação do tempo de serviço é indispensável a prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal.

Para Ibrahim:

Considera-se tempo de contribuição o tempo, contado de data a data, desde o início até a data do requerimento ou do desligamento de atividade abrangida pela previdência social, descontados os períodos legalmente estabelecidos, como de suspensão de contrato de trabalho, de interrupção de exercício e de desligamento da atividade (IBRAHIM, 2012, p. 615).

Então, cabe ao trabalhador comprovar de forma individual se houve interrupção ou encerramento da atividade que exercia pela qual contribuía, sendo que, não poderá ser contada como tempo de contribuição outra aposentadoria.

2.2.4 Aposentadoria especial

A aposentadoria especial está prevista no artigo 57 da Lei 8.213/91 e é concedida a segurados que foram expostos permanentemente a algum tipo de agente nocivo, seja ele químico, físico ou biológico (IBRAHIM, 2012, p. 620).

Este tipo de aposentadoria tem como objetivo preservar a saúde do segurado em seu estado de vulnerabilidade. A definição de atividade especial é observada pela categoria profissional e pela demonstração de agentes insalubres.

Ao segurado que laborou pelo período de 15, 20 ou 25 anos, exposto a agentes nocivos, prejudicando a sua saúde e integridade física, será concedida a aposentadoria especial (IBRAHIM, 2012, p. 621).

Assim como dispõe o art. 57 da Lei. 8.213/1991.

Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei. (BRASIL, 1991).

Conforme o art. 25 da Lei 8213/91, o período de carência deste benefício é igual ou superior a 180 contribuições mensais. E ainda, o segurado deverá comprovar, além do tempo de trabalho, a exposição aos agentes nocivos pelo período exigido para a concessão do benefício⁵. O benefício cessa com o falecimento do segurado ou com o retorno a atividade especial.

2.2.5 Auxílio doença

O auxílio doença está previsto nos artigos 59 a 63 da Lei nº 8.213/91. É o tipo de benefício que decorre de uma incapacidade temporária do segurado para exercer o labor. Para a sua concessão é preciso preencher 3 requisitos: ser

⁵ Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei. [...]

§ 4º O segurado deverá comprovar, além do tempo de trabalho, exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício (BRASIL, 1991).

segurado, ter o período de carência exigido pela lei (12 contribuições mensais) e a incapacidade laborativa por mais de 15 (quinze) dias.

Este benefício irá perdurar apenas enquanto durar a incapacidade laborativa, que deverá ser acompanhada por perícia médica com previsão de reabilitação ao ambiente de trabalho (IBRAHIM, 2012, p. 640).

É fundamental que a doença seja posterior à filiação do segurado ao Regime Geral de Previdência Social, assim como dispõe o art. 59, parágrafo único da Lei 8.213/91:

Art. 59[...]

Parágrafo único. Não será devido auxílio-doença ao segurado que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social já portador da doença ou da lesão **invocada como causa para o benefício**, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão (BRASIL, 1991, grifo nosso).

O auxílio doença será devido ao segurado empregado e aos demais segurados, estes a contar da data do início da incapacidade e aqueles a partir do décimo sexto dia do afastamento da atividade. Sendo que, quando requerido por segurado afastado da atividade por mais de 30 (trinta) dias, o auxílio doença será devido a contar da data de entrada do requerimento. Durante os primeiros 15 (quinze) dias consecutivos ao do afastamento da atividade por motivo de doença, incumbirá ao empregador pagar ao segurado empregado o seu salário integral⁶.

Existem determinados casos apresentados pela lei no rol taxativo do art. 26, inciso II, onde o auxílio doença independe de carência, são eles: acidente de trabalho, acidente de qualquer natureza ou causa, doença profissional, doença de trabalho e doenças e afecções especificadas em lista elaborada pelos Ministérios da Saúde e da Previdência Social a cada três anos.

A MP 664/2014 e a Lei 13.135/2015 instituíram o teto máximo para o auxílio doença, sendo que não poderá exceder a média aritmética simples dos últimos 12 (doze) salários de contribuição. E ainda, no ato da concessão ou da reativação do benefício, deverá ser fixado prazo estimado para a duração do

⁶ Art. 60. O auxílio doença será devido ao segurado empregado a contar do décimo sexto dia do afastamento da atividade, e, no caso dos demais segurados, a contar da data do início da incapacidade e enquanto ele permanecer incapaz.

§ 1º Quando requerido por segurado afastado da atividade por mais de 30 (trinta) dias, o auxílio doença será devido a contar da data da entrada do requerimento.

mesmo, sendo que há o prazo máximo de 120 dias, diante de ausência de fixação de duração.

O benefício cessa com a recuperação da capacidade laboral, com a conversão em aposentadoria por invalidez ou auxílio acidente; com o falecimento do segurado, com a concessão da aposentadoria, diante da vedação de cumulação, e, com o retorno ao trabalho em prévia perícia médica.

2.2.6 Auxílio acidente

O auxílio acidente está previsto no art. 86 da Lei 8.213/1991:

Art. 86. O auxílio acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem seqüelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia (BRASIL, 1991).

Tal benefício independe de carência, porém, necessita que o beneficiado tenha a qualidade de segurado no momento em que ocorrer o acidente⁷. No art. 18, § 1º, da Lei Previdenciária, está disposto que somente poderão beneficiar-se do auxílio acidente o empregado, o empregado doméstico, o trabalhador avulso e o segurado especial.

Quanto ao caráter indenizatório, o art. 104 do Decreto 3.048/99 diz que o auxílio acidente será concedido, como indenização ao segurado empregado, com exceção do empregado doméstico, ao trabalhador avulso e ao segurado especial.

Este benefício será devido a partir do dia seguinte ao da cessação do benefício auxílio doença, independentemente de qualquer remuneração ou rendimento auferido pelo acidentado⁸.

O benefício irá cessar com o fim da redução laborativa, com a concessão de aposentadoria, diante da vedação de cumulação dos benefícios, e, com a morte do segurado.

⁷ Art. 26. Independe de carência a concessão das seguintes prestações:

I - pensão por morte, auxílio reclusão, salário-família e auxílio acidente; (BRASIL, 1991).

⁸ Art. 86. O auxílio acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem seqüelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.

§ 2º O auxílio acidente será devido a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio doença, independentemente de qualquer remuneração ou rendimento auferido pelo acidentado, vedada sua acumulação com qualquer aposentadoria (BRASIL, 1991).

2.2.7 Salário maternidade

O salário maternidade é um benefício concedido ao segurado da Previdência Social, pelo período de 120 (cento e vinte dias), com estimativa de início no período entre 28 dias antes do parto e a data da ocorrência deste.

Além da previsão no art. 71 da Lei 8.231/1991, o salário maternidade está previsto na Constituição Federal de 1988:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; (BRASIL, 1988).

Este benefício também será concedido àquelas que na qualidade de seguradas venham a adotar ou obter guarda judicial de crianças, independentemente da idade do adotado⁹. Desta forma, a segurada que adotar qualquer criança irá receber pelo período de 120 (cento e vinte) dias o benefício.

Para este tipo de benefício a carência varia de acordo com o tipo de segurada, sendo 10 (dez) contribuições mensais. Em casos como o previsto no parágrafo único do art. 35 da mesma lei, ou seja, nos casos em que ocorre o parto antecipado, o período de carência será reduzido em número de contribuições equivalente ao número de meses em que o parto foi antecipado.

Em regra, o término do benefício será 91 dias após o parto, independentemente de antecipação, podendo ser acrescido de até 2 semanas, após análises perícias e atestados médicos¹⁰.

2.2.8 Auxílio reclusão

O auxílio reclusão e a pensão por morte são benefícios que não são concedidos ao segurado, e sim aos seus dependentes, diferentemente dos demais benefícios previstos pela lei. No caso específico do auxílio reclusão, este é

⁹ Esta informação foi acrescida à Lei 8.213/1991 pela Lei n. 12.873/2013.

¹⁰ Art. 93. O salário-maternidade é devido à segurada da previdência social, durante cento e vinte dias, com início vinte e oito dias antes e término noventa e um dia depois do parto, podendo ser prorrogado na forma prevista no § 3º.

§ 4º Em caso de parto antecipado ou não, a segurada tem direito aos cento e vinte dias previstos neste artigo (BRASIL, 1999).

concedido aos dependentes do segurado, no caso de que este venha a ser preso. Não é o segurado que receberá o auxílio, será a sua família. Entretanto, o segurado não poderá estar recebendo outro tipo de benefício (aposentadoria, auxílio doença) (IBRAHIM, 2012, p. 673).

Este benefício está previsto pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 201 que diz:

Art. 201. 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:
[...]
IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; (BRASIL, 1998).

E no art. 80 da Lei 8.213/1991:

Art. 80. O auxílio reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço.
Parágrafo único. O requerimento do auxílio-reclusão deverá ser instruído com certidão do efetivo recolhimento à prisão, sendo obrigatória, para a manutenção do benefício, a apresentação de declaração de permanência na condição de presidiário (BRASIL, 1991).

A qualidade de segurado é indispensável para que seja concedido o benefício. Caso o beneficiário fuja, o benefício será cortado e só será restabelecido após a nova prisão, desde que mantenha a qualidade de segurado. A baixa renda na qual o art. 201 da Constituição Federal cita, não é a do dependente, e sim do segurado. Este tipo de benefício independe de período de carência.

Levando em consideração que o benefício é pago ao dependente durante o período em que o segurado estiver recluso, o benefício irá cessar com a concessão de liberdade ou fuga e com o óbito do segurado.

2.3 O BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE E SEUS REQUISITOS

A pensão por morte é um benefício que visa assegurar o bem da família após o falecimento do seu ente querido, o qual era responsável pelo sustento dos seus familiares. Este benefício será concedido aos dependentes do segurado que

veio a falecer, e, para a sua concessão conta-se a partir das seguintes datas: do óbito, do requerimento ou da decisão judicial (IBRAHIM, 2012, p. 666).

Quanto a sua aplicação, está previsto também na Súmula 340 do Superior Tribunal de Justiça que diz que “a lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado”.

Este benefício consiste em uma renda de 100% da aposentadoria que o segurado recebia, ou, daquela que teria direito caso estivesse aposentado por invalidez na data de seu falecimento. Não é devida pensão por morte quando na data do óbito tenha ocorrido a perda da qualidade de segurado. Entretanto, este benefício independe de carência¹¹.

A pensão por morte tem como titulares, em primeiro lugar, os dependentes presumidos do segurado (a), ou seja, cônjuges, companheiros e filhos, e, secundária e concorrentemente, sem a admissão prévia da dependência econômica, os pais e os irmãos (MARTINEZ, 2011, p. 900).

Para Marisa Ferreira dos Santos (2013, p. 150): “os segurados da previdência social são pessoas físicas que contribuem para o regime previdenciário e por isso, têm direito a prestações – prestações ou serviços – de natureza previdenciária”.

Já os dependentes são conceituados como pessoas que são dependentes do segurado falecido, esses estão expressamente previstos na legislação, ou seja, estão previstos no art. 16 da lei da previdência, sendo cada inciso uma determinada classe. Predomina o entendimento na jurisprudência no sentido que o rol do art. 16 é taxativo.

Rol do art. 16 da Lei n. 8.213 de 24 de julho de 1991:

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

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental 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 (BRASIL, 1991).

¹¹ Art. 26. Independe de carência a concessão das seguintes prestações:

I - pensão por morte, auxílio reclusão, salário-família e auxílio acidente; [...] (BRASIL, 1991).

Sendo *mister* salientar que, a existência de uma classe de dependentes anterior, exclui os dependentes da classe posterior, de modo que, se o cônjuge fizer jus ao benefício, a segunda classe de dependentes, no caso os pais, não farão, ou ainda, os irmãos (TAVARES, 2006, p. 62). Aqui, ressalva-se que o companheiro e a companheira são considerados dependentes desde que seja devidamente comprovada a união estável e a dependência econômica.

O benefício da pensão por morte não poderá ser inferior ao valor do salário mínimo nacional vigente, porém, as cotas entre os dependentes podem ser menores, sem que venha ferir a Constituição Federal.

Para o ordenamento jurídico, é irrelevante se a viúva do segurado, que está recebendo o benefício venha a casar novamente, o benefício será conservado. Entretanto, se vier a viubar novamente e vier a receber outro benefício, não poderá receber dois benefícios referentes à pensão por morte, deverá escolher entre ambos, diante da vedação de cumulação.

O benefício tem o marco inicial no momento em que o segurado que recebe algum tipo de aposentadoria vem a óbito. Com isso é dever do dependente comparecer ao INSS para requerer a transformação, haja vista, que em análise à Lei 8.213/1991, observa-se que não há previsão da transformação de um benefício de aposentadoria em benefício da pensão por morte sem que haja o requerimento por expresso dos dependentes. Este requerimento deverá ser até 90 dias após o óbito do segurado.

A concessão do benefício de pensão por morte não será protelada pela falta de habilitação de outro possível dependente, ou seja, a habilitação tardia. Então o dependente tardio, seja ele menor ou não, passará a receber o rateio referente à pensão por morte, porém, somente após a sua inscrição¹².

Alencar explica que:

Ocorrida a habilitação à pensão por morte e já esteja sendo percebida por outro(s) dependente(s), não haverá direito ao dependente tardiamente inscrito a prestações anteriores, mas apenas ao rateio mensal a partir do momento de sua inclusão. (ALENCAR, 2009, p. 530).

¹² 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 (BRASIL, 1991).

A Lei 13.135/2015 trouxe algumas alterações quanto a duração do benefício de pensão por morte ao cônjuge ou companheiro. Com as mudanças, o benefício irá cessar em 4 (quatro) meses, se o óbito ocorrer sem que o segurado tenha 18 contribuições mensais ou se o casamento/união estável perduraram menos de 2 (dois) anos (BRASIL, 2015).

A Tabela 1 apresenta de forma clara a duração do benefício para o dependente cônjuge, não sendo aplicados aos demais tipos de dependentes¹³. É *mister* salientar que esta tabela aplica-se somente para os óbitos ocorridos a partir de 01/03/2015, em razão da vigência da lei.

Tabela 1 – Duração do benefício para o dependente cônjuge.

Idade do beneficiário na data do óbito do segurado	Duração do Benefício de pensão por morte em anos
Até 21 anos	3 anos
21 a 26 anos	6 anos
27 a 29 anos	9 anos
30 a 40 anos	15 anos
41 a 43 anos	20 anos
44 ou mais	Vitalícia

O art. 78 da mesma lei prevê a possibilidade da concessão do benefício, quando tratar-se de morte presumida. Esta concessão será provisória, de modo que só será concedida após 6 (seis) meses de ausência. Caso o segurado apareça o pagamento do benefício é cessado imediatamente (BRASIL, 1991).

A cessação do benefício ocorre de três modos: com o falecimento do pensionista, pela emancipação, em se tratando de menor não inválido e pela extinção da cota parte do último pensionista.

Com o advento da MP nº 1.523/96, convertida na Lei 9.528/97, a criança/adolescente sob guarda deixaram de figurar no rol de dependentes do segurado da previdência social, violando os princípios de proteção a criança e ao adolescente (BRASIL, 1997).

¹³ Vide art. 77 da Lei 13.135/2015.

A alteração dessa lei levanta uma grande indagação aos termos da previdência social: como ficariam enquadrados os incapazes que estavam sob a guarda judicial do segurado antes da modificação legislativa, e este faleceu depois dela? Teriam direito adquirido à condição de dependentes do segurado falecido?

Em tese, aplica-se a legislação vigente na data do evento que gerou a necessidade do pedido e concessão do benefício, que foi o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça. Entretanto este entendimento afronta uma disposição específica do Estatuto da Criança e do Adolescente: a guarda confere à criança e ao adolescente a condição de dependente, para todos os fins e feitos de direito inclusive previdenciários, que será melhor esplanado posteriormente¹⁴.

¹⁴ 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 (BRASIL, 1990).

3 A PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE E SEUS PRINCÍPIOS

O objetivo deste capítulo é analisar o direito da criança e do adolescente no âmbito internacional, verificando seus aspectos históricos e também, o Estatuto da Criança e do Adolescente e seus princípios mais relevantes.

Será analisada ainda, a teoria da proteção integral da criança, verificando as posições doutrinárias e seus aspectos na sociedade ante a sua importância no ordenamento jurídico brasileiro.

Por último serão analisados os efeitos jurídicos da guarda no âmbito brasileiro, verificando de forma sucinta as consequências da possibilidade e da consequência da inclusão da criança/adolescente no rol de dependentes do segurado da previdência social.

3.1 O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO ÂMBITO INTERNACIONAL

A evolução histórica do direito da criança ocorreu em menos de 100 anos, em razão da visível carência de proteção e das políticas de tratamento para aqueles que necessitavam. Foi ignorada desde o início a importância que se deve dar a figura da criança e do adolescente, deixando-os de lado, por ser o entendimento da época, que estes eram subordinados a autoridade de seus genitores, ou seja, o pai em razão do patriarcado (MATOS, 2016).

Nas antigas civilizações, as relações familiares se desenvolviam através da religião, não pelas relações consanguíneas. A base familiar era o pátrio poder, mais especificadamente a família romana, onde o chefe da família tinha determinados deveres religiosos, ou seja, a religião ditava as regras. Por ser a autoridade, o pai exercia poder absoluto pelos entes da família. Quanto aos gregos, mantinham vivas apenas as crianças que nasciam fortes e saudáveis. Já em Esparta, as crianças eram patrimônio do Estado em razão do objetivo de desenvolver guerreiros. No oriente, novamente a religião esmagava os direitos das crianças e dos adolescentes, devido aos sacrifícios, muitas crianças foram violadas (AMIM, 2018, p. 50).

Na idade média, a religião desenvolveu-se de forma rápida e muito fortemente, de modo que influenciava os sistemas jurídicos da época. Com isso, o

Cristianismo influenciou também para o primórdio do reconhecimento dos direitos das crianças e dos adolescentes. Além disso, estreitou a relação pai e filho, ensinando respeito. No decorrer dos anos, a Igreja Católica foi desenvolvendo determinada proteção aos menores. (AMIM, 2018, p. 51).

É de muitíssima importância definir em um primeiro momento os sistemas homogêneo e heterogêneo de proteção dos direitos humanos de crianças e adolescentes, haja vista que as convenções internacionais visam proteger direitos de todos os seres humanos, ou apenas de uma determinada classe.

Rossato, Lépure e Cunha (2015, p. 39) citam que no sistema homogêneo há a tutela universal em relação aos direitos de todos os seres humanos, não só de uma determinada classe ou de um grupo específico de pessoas. É um sistema a disposição de qualquer indivíduo que se encontre na inércia da aplicação de direitos.

Ao contrário do sistema homogêneo de proteção, o sistema heterogêneo tem como foco um grupo merecido de pessoas, podem ser denominados como grupos excluídos, por inúmeros motivos. Existem vários exemplos onde isso ocorre, onde há a necessidade de atenção especial a determinados grupos, como as crianças, mulheres e portadores de deficiências (ROSSATO; LÉPURE; CUNHA, 2015, p. 41)

É muito importante destacar o Congresso Nacional de Menores, realizado em Paris, no ano de 1911, que teve grande influência na construção da doutrina nacional quanto aos direitos dos menores, que tinha como base o binômio carência e delinquência.

Em 1919, foi criado o Comitê de Proteção da Infância, quando de fato houve o início da aplicação do direito internacional sobre as obrigações em relação às crianças e aos adolescentes. Apesar do surgimento da primeira concepção da criança enquanto pessoa, o avanço ainda era ínfimo, pois a grande parte das crianças e adolescentes, principalmente as meninas, ainda eram vistas como objetos dentro do seio familiar.

A Declaração de Genebra, também conhecida como Carta da Liga sobre a Criança, foi criada no ano de 1924 e é considerada o primeiro documento internacional no sentido amplo e genérico, pois, acima de tudo, descrevia a proteção à infância em diversos aspectos. Porém, recebeu muitas críticas em razão do seu tratamento em relação às crianças, sendo apenas objetos de proteção e não seres em desenvolvimento e sujeitos de direitos (NUCCI, 2018, p. 45).

O Pacto de San José da Costa Rica (1969), através da Convenção Americana de Direitos Humanos ressalta que toda criança tem direito às medidas de proteção que sua condição de criança requer por parte de sua família, da sociedade e do Estado. Reconhece ainda o direito do menor a um tribunal especializado. As novas legislações, baseadas na Convenção, buscam aprimorar tais garantias, especificadamente com instrumentos de descriminalização e despenalização. Nas novas leis, os países membros da Organização das Nações Unidas, vêm estabelecendo mecanismos de garantias de direitos sociais, como saúde, educação, profissionalização. Quanto à delinquência juvenil, enfatizam a implementação das normas no sentido de se garantir à aplicação de medidas privativas de liberdade às hipóteses de estrita necessidade.

A Declaração dos Direitos da Criança foi responsável pela grande mudança e quebra de paradigma, pois a criança deixou de ser vista como objeto de proteção para ser vislumbrada como sujeito de direito. A infância e a juventude de cada indivíduo passaram a ser consideradas a um compilado de direitos coletivos. (DOLINGER, 2003, p. 90).

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança¹⁵ ocorreu em 1989, e cita como princípios básicos a liberdade, a justiça e a paz, e ainda, que toda criatura tem direito à dignidade e aos direitos humanos iguais entre si. Reitera que as crianças, devido a sua vulnerabilidade, necessitam de cuidado e proteção especiais, sendo *mister* salientar a família como sendo essencial para todo o desenvolvimento de ideologias e personalidades (VERONESE, 2015a, p. 30-31).

Veronese (2015a, p. 31) sobre a Convenção:

Consolida, entre outros aspectos, a importância do respeito aos valores culturais da comunidade da criança e o papel vital da cooperação internacional para o cumprimento dos Direitos da Criança, o que redundará numa melhoria das condições de vida da população infanto-juvenil em todos os países, sobretudo dos em via de desenvolvimento.

Da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, entende-se como um dos artigos mais importantes o art. 19, parte 1:

¹⁵ A Convenção sobre os Direitos da Criança é o instrumento de direitos humanos mais aceito na história universal. Foi ratificado por 196 países. Somente os Estados Unidos não ratificaram, mas sinalizaram sua intenção de ratificar a Convenção ao assinar formalmente o documento (UNICEF, 2016).

Art.19. 1 – Os Estados Partes adotarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus-tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela (BRASIL, 1990).

No âmbito internacional, após a ratificação da Convenção sobre os Direitos da Criança, o documento se tornou uma base jurídica no que diz respeito a proteção dos direitos das crianças, juntamente com a Constituição. Em Portugal, a serviu para que dois relevantes diplomas legais fossem tirados do papel, sendo a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo e a Lei Tutelar Educativa¹⁶.

A Lei Tutelar Educativa tem como principal finalidade as sanções das práticas criminosas cometidas por crianças e adolescentes, visando o interesse educativo do menor. Já a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, tem como objetivo o bem-estar e o perfeito desenvolvimento da criança quando estes estiverem sendo ameaçados pelos pais, representante legal ou que exerça a guarda de fato (PORTUGAL, 1999).

É visível que a organização e realização de documentos internacionais visando a garantia da aplicação dos direitos das crianças e dos adolescentes, refletem diretamente nas normas brasileiras, levando a alterações, ou ainda, criações de novos direitos e garantias na área infanto-juvenil.

3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO BRASIL

No âmbito brasileiro a ausência de defesa dos direitos da criança e do adolescente não era diferente do resto do mundo. Na época do Brasil Colônia, o pai era autoridade máxima no seio familiar. Já quanto aos índios, os filhos educavam e adequavam os pais à nova ordem moral. Porém, para garantir a autoridade, o pai castigava o filho quando necessário, sendo que, se nestes atos de castigo o filho viesse à óbito, não se considerava crime (AMIM, 2018, p. 51).

Já na fase imperial, inicia-se a preocupação com as crianças e os adolescentes. Neste período estavam em vigência as Ordenações Filipinas, onde a imputabilidade penal iniciava aos 7 anos de idade, inclusive existia a possibilidade

¹⁶ Comissão Nacional de Promoção dos Direitos e Proteção das Crianças e Jovens, 2017.

de pena de morte. O Primeiro Código Penal dos Estados Unidos do Brasil seguia a mesma linha de raciocínio, porém, com as idades entre 9 e 14 anos (AMIM, 2018, p. 52).

O período republicano foi um grande marco pois houve um aumento populacional considerável nas cidades de São Paulo e Rio de Janeiro, iniciando um pensamento social em relação aos órfãos e aos desabrigados, porém, oscilava em relação a proteger-se de tais órfãos e desabrigados (AMIM, 2018, p. 52).

Em 1912, o Deputado João Chaves apresentou um projeto de lei alterando alguns pontos dos direitos da criança e do adolescente. Em meados de 1920, no Brasil, ainda durante a Primeira República, iniciaram-se as edições normativas de proteção e assistência aos “menores” abandonados. O primeiro decreto que aprovou o “regulamento da assistência e proteção aos menores abandonados e delinquentes” ocorreu em 1923, pelo Ministro João Luiz Alves. Tal decreto discorria sobre os menores abandonados, a inibição do pátrio poder, as medidas aplicáveis aos menores abandonados e delinquentes, entre outros (ROMÃO, 2017, p. 8).

O artigo 1º do Decreto 16.272/1923 buscava concretizar toda a assistência e proteção aos menores:

Art. 1º O Governo consolidará as leis de assistência aos menores, adicionando-lhes os dispositivos constantes desta lei, adotando as demais medidas necessárias à guarda, tutela, vigilância, educação, preservação e reforma dos abandonados ou delinquentes, dando redação harmônica e adequada a essa consolidação que será decretada como Código de Menores (BRASIL, 1923).

Logo em 1926 foi publicado o Decreto n. 5.083, conhecido como o primeiro Código de Menores do Brasil. Este decreto foi criado com a finalidade de cuidar dos infantes abandonados. Entretanto, este decreto foi revogado em 1927 pelo Código Mello Mattos, onde o magistrado decidia o destino dos menores (AMIM, 2016, p. 49).

O Código Mello Mattos ficou assim conhecido devido ao Juiz José Cândido de Albuquerque Mello Mattos, que foi magistrado na Vara da Juventude do Distrito Federal, onde com toda sua influência política, criou e desenvolveu a aplicação dos direitos aos infanto-juvenis (ROMÃO, 2017, p. 9).

Veronese (2015b, p. 23) entende que o Código de Menores de 1927 veio alterar e substituir concepções obsoletas como as de discernimento, culpabilidade, penalidade. Segundo a doutrinadora, abandonou-se a postura anterior de reprimir e punir e passou-se a priorizar, a educação.

Para Pereira (1996, p. 16), o Código de Menores de 1927 “representou a abertura significativa do tratamento à criança para época, preocupado em que fosse considerado o estado físico, moral e mental da criança, e ainda a situação social, moral e econômica dos pais”.

O novo Código de Menores sobreveio em 1979, por meio da Lei n. 6.679, instituído no Ano Internacional da Criança, e passou-se a utilizar o termo menor em situação irregular, que se referia aos menores de 18 anos de idade que se encontravam desamparados materialmente, sendo vítimas de maus-tratos, abandonados (VERONESE, 2015a, p. 36). O Código de Menores estabelecia a proteção às crianças e aos adolescentes de determinadas idades¹⁷.

O primeiro código de menores só foi revogado em 1979, pois entrou em vigor uma nova codificação. Em 1964, ou seja, na instauração da ditadura militar, foi autorizada a instituição da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (Funabem), onde eram ocupadas pelos menores abandonados (ROMÃO, 2017, p. 11).

Durante a ditadura militar não houve continuidade na aplicação dos direitos da criança e do adolescente, de modo que, neste mesmo período o então Presidente da República, General Emílio Garrastazu Médici, extinguiu um projeto de lei referente ao Código de Menores, que tramitava no Congresso Nacional desde 1956 (ROMÃO, 2017, p. 12).

¹⁷ Art. 1º Este Código dispõe sobre assistência, proteção e vigilância a menores:

I - até dezoito anos de idade, que se encontrem em situação irregular;

II - entre dezoito e vinte e um anos, nos casos expressos em lei. Parágrafo único - As medidas de caráter preventivo aplicam-se a todo menor de dezoito anos, independentemente de sua situação.

Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III - em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;

VI - autor de infração penal. Parágrafo único. Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial (BRASIL, 1979).

O Código de Menores de 1979 tinha como alvo apenas uma determinada categoria de crianças e adolescentes, sendo como uma legislação para tutelar aqueles que, como já citado anteriormente, se encontravam em situação irregular. Porém, isto trazia um entendimento discriminador, de modo que inferiorizava a criança e o adolescente (VERONESE, 2015b, p. 32).

Samilly Matos (2016) afirma que no Brasil a influência da Declaração da Criança (1959), dividiu a responsabilidade familiar com o “menor”, conferindo uma parte ao Estado, que naquele momento já se encontrava forçado à proteção da criança e do adolescente, caracterizando-os como objeto tutelado do Estado. A autora ainda cita:

Com a influência da Declaração dos Direitos da Criança, de 1959, elaborou-se, no Brasil, o Código de Menores, 1979, que traz a teoria da situação irregular, levando à ideia de que o menor de idade é objeto tutelado do Estado, diminuindo, assim, a responsabilidade da família (MATOS, 2016, p. 217)

A nomenclatura de código logo deixaria de existir, passando a ser chamado de Estatuto em 1990. Ishida (2015) diz que na verdade, a escolha estaria mais correta porque código representaria um conjunto de leis, o que implicaria em um ordenamento jurídico muito maior que o Estatuto da Criança e do Adolescente. Já estatuto exprime a ideia de lei, de decreto, regulamento, sendo um termo mais apropriado.

Diante de toda a evolução histórica dos direitos da criança, é *mister* salientar, a importância da revelação da criança e do adolescente como sujeitos de direito, em situações diversas de desenvolvimento, como toda a consagração de seus direitos no âmbito internacional e nacionais, todos visando garantir e assegurar a aplicação de tais direitos sobre os demais (VIEIRA; VERONESE, 2015, p. 87).

3.3 TEORIA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Um dos princípios de uso unicamente por parte do âmbito do direito da criança e do adolescente é o da teoria da proteção integral. Este princípio base tem como significado, além da garantia de todos os direitos assegurados aos adultos, as crianças e os adolescentes terão como garantia um *plus*, ou seja, de forma completa e indisponível a tutela do Estado lhes garantirá vida digna. A proteção integral nada

mais é do que o princípio da dignidade humana previsto pelo art. 1º, inciso III da Constituição Federal, transportado ao extremo cenário comparado aos adultos. Sendo assim, as crianças e os adolescentes possuem de certa forma, uma hiperdignificação de suas vidas. (NUCCI, 2018, p. 06).

A doutrina da Proteção Integral foi elencada para o mundo jurídico através da Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Resolução n. 44/45 da Assembléia Geral das Nações Unidas em novembro de 1989, e ainda, prevista no art. 227 da Constituição Federal, estabelecendo ser dever da família, do Estado e da sociedade garantir à criança e ao adolescente, com plena prioridade, determinados direitos, sendo eles: à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar, alguns deles, determinados ainda como princípios básicos do universo jurídico e dos direitos das crianças e dos adolescentes. (VIEIRA; VERONESE, 2015, p. 84).

Entende-se a teoria da proteção integral como a junção de enunciados lógicos, que configuram um valor ético. Tal princípio vem a reconhecer a criança e o adolescente como sujeitos de direito. Prevista na Carta Magna, como já mencionado, em harmonia com diversos princípios, entre eles o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. (AMIM, 2018, p. 60).

Tal proteção deverá ser assegurada à criança que se encontre em toda e qualquer forma de discriminação.¹⁸ Assim como está previsto na Constituição Federal é dever do Estado à proteção da criança e do adolescente com absoluta prioridade. Entretanto, como já citado, a Declaração de Genebra além de ser o primeiro documento internacional a expor isso, muito já mencionava em 1924, sendo a carência dessa proteção integral à criança e ao adolescente. Logo também, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos citava em seu art. 19 as tais

¹⁸ Art.2- 1 – Os Estados Partes respeitarão os direitos enunciados na presente Convenção e assegurarão sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, sem distinção alguma, independentemente de sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra natureza, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiências físicas, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais.

2 – Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar a proteção da criança contra toda forma de discriminação ou castigo por causa da condição, das atividades, das opiniões manifestadas ou das crenças de seus pais, representantes legais ou familiares. (Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada em Assembléia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989) (UNICEF, 2016).

medidas de proteção¹⁹. Conclui-se então que o art. 227 do texto constitucional veio para regularizar e assegurar a aplicação desses direitos fundamentais à criança e ao adolescente (ISHIDA, 2014, p. 2).

O art. 3º da Convenção sobre a Criança de 1989 cita que “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.” Já o art. 37 da mesma convenção apresenta o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.²⁰ Este princípio é comparado ao princípio da dignidade da pessoa humana com aplicação à criança e ao adolescente, por ser de extrema importância.

O Brasil ratificou o artigo 26 da Convenção Internacional dos direitos da Criança que diz “Os Estados-Partes reconhecerão a todas as crianças o direito de usufruir da previdência social, e adotarão as medidas necessárias para lograr a plena consecução desses direitos, em conformidade com sua legislação nacional.”

Vieira e Veronese (2015, p. 95) citam a importância da proteção integral no âmbito dos direitos da Criança e do Adolescente:

A criança é titular de todos os direitos que correspondem às demais pessoas, mais certos direitos específicos de quem se encontra em fase de desenvolvimento físico, intelectual e psicológico. Ao reconhecer à criança titularidade de direitos, consagra a Convenção sobre os Direitos da Criança um novo paradigma de proteção infantoadolescente, denominado Doutrina da Proteção Integral, cujos contornos serão minuciosamente detalhados.

A exposição da doutrina da proteção integral na Convenção serviu como norteador não somente internacionalmente, mas também no âmbito nacional, com a

¹⁹ Art. 19. Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969).

²⁰ Art. 37. Os Estados Partes zelarão para que: a) nenhuma criança seja submetida à 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 18 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 serão efetuadas em conformidade com a lei e apenas com 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 de 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 à 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 (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969).

finalidade de exterminar a pobreza crítica, os conflitos, dar refugio às crianças refugiadas, acabar com a exploração sexual e o trabalho infantil, e aos demais casos em que ocorre a violação dos direitos da criança e do adolescente. (VIEIRA; VERONESE, 2015, p. 97).

Além disso, rompe o padrão preestabelecido interpretando os valores insculpidos na Convenção dos Direitos da Criança. Pela primeira vez, crianças e adolescentes são possuidores de direitos fundamentais, como qualquer ser humano. Passamos assim a ter um direito da Criança e do Adolescente em substituição ao Direito do Menor, amplo, abrangente, universal e, principalmente, exigível. (AMIM, 2018, p. 64).

A proteção integral e a prioridade da aplicação dos direitos à criança e ao adolescente, a importância do interesse superior da criança, e ainda, a garantia de proteção, são direitos assegurados aos infantes pela Constituição Federal. No sentido de que diante da previsão expressa no texto Constitucional, há a garantia da aplicação de tais direitos (VIEIRA; VERONESE, 2015, p. 116).

Não se pode esquecer, que o ponto mais importante de qualquer discussão envolvendo crianças e adolescentes é a tal ordem social, ou seja, a assistência social²¹. Rossato, Lépre e Cunha (2015, p. 60) relatam que se deve compreender toda a estrutura desta ordem, onde se necessita de um conjunto de ações e iniciativas dos poderes públicos e a sociedade, onde todos estão destinados a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

A Constituição Federal de 1988 denomina no art. 227, §3º, inciso V, os princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, e tais princípios integram o princípio da proteção integral.

²¹ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204. [...]

Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social; II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis (BRASIL, 1988).

De forma rápida define-se o princípio da brevidade em se tratando da duração razoável da prisão cautelar nos casos relacionados aos processos penais. O princípio da excepcionalidade relata a presunção de inocência do adolescente, ou seja, a segregação é a última *ratio*. Já o princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, diz que a segregação pode alterar a personalidade e o caráter de uma pessoa em desenvolvimento, de forma que a privação de liberdade deve ser excepcional e breve. (NUCCI, 2018, p. 08).

No decorrer deste tópico pode-se observar mui cristalinamente que a doutrina da proteção integral é considerada um metaprincípio orientador, previsto de forma expressa no texto constitucional, e que ao longo dos anos vem construindo um sistema de proteção à infância e a juventude, onde a aplicação se faz através do Estatuto da Criança e do Adolescente, que será analisado posteriormente, juntamente com convenções internacionais, resultando em uma tutela real de direitos da criança e do adolescente.

3.4 O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E SEUS PRINCÍPIOS

Inicialmente, é *mister* salientar que a Lei 6.697/79, também conhecida como Código de Menores, antecedeu o atual Estatuto da Criança e do Adolescente (1990) que em meados dos anos 80, onde a situação política se estabilizava e a democracia ganhava voz, em meio aos movimentos sociais e a necessidade de redefinir o papel do Estado quanto aos projetos sociais (BRASIL, 1979).

Foi em meio a tudo isso que o direito da criança e do adolescente foi implementado no ordenamento jurídico brasileiro no art. 227 da Constituição Federal de 1988:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

O Estatuto adquire as características de pedagogia e proteção, onde ambas se encontram fundamentadas nos artigos 203, 227 e 228 da Constituição Federal de 1988, onde tais posturas garantem à criança e ao adolescente o

tratamento de sujeitos de direitos, onde merecem toda a proteção por parte do Estado, da família e da Sociedade²².

Veronese (2006, p. 11) conceitua o Direito da Criança e do Adolescente, como um ramo do direito que se ocupa em garantir os direitos fundamentais de toda criança e adolescente, compreendidos como pessoa humana em processo de desenvolvimento, numa esfera de prioridade absoluta, conforme previsão constitucional e infraconstitucional.

Logo em 13 de julho de 1990, foi consagrada a Lei n. 8.069, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Para Moreira, Salum e Oliveira (2016, p. 36):

[...] é uma ordenação legal resultante da mobilização da sociedade envolvendo legisladores, juristas, categorias profissionais e movimentos sociais. Enquanto tal pode ser considerada como uma preciosa conquista do processo de redemocratização do Brasil após o término da nefasta ditadura militar em sua longa dominação de quase vinte anos, e também, pode ser considerada uma legislação de vanguarda por considerar “a teoria da proteção integral” que é a base da Convenção Internacional dos Direitos da Criança [...].

Com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990, as idéias de “menor” e “situação irregular” que vinham como etiquetas às crianças e aos adolescentes foram deixadas de lado, sendo que os legisladores e doutrinadores passaram a utilizar apenas criança e adolescente como referência, rompendo o preconceito que vinha com a nomeação “menor”.

A razão para a alteração técnica de menor para criança e adolescente tem como finalidade evitar a rotulação e o etiquetamento da palavra menor como aquele em “situação irregular”, trazendo a impressão de marginalização das

²² Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II - o amparo às crianças e adolescentes carentes; III - a promoção da integração ao mercado de trabalho; IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

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

Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial (BRASIL, 1988).

crianças, já que a expressão “menor” tachava o conceito de infrator, “bandido”. Sendo assim, havia uma diferenciação nos tratamentos referentes ao menor que era o infrator, na qual se considerava da classe baixa e a criança e o adolescente das classes média e alta. O Estatuto tinha como finalidade quebrar este paradigma para que os chamados menores de 18 anos a partir da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente fossem denominados como criança ou adolescente. (ISHIDA, 2015).

Sobre o princípio do melhor interesse, o art. 3º, item 1 da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 menciona que em todas as medidas concernentes às crianças terão consideração primordial os interesses superiores da criança. Ishida (2015) cita que o art. 37, alínea c, ao cuidar da privação da liberdade do infrator, menciona o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Ainda o autor explica:

Na redação original em inglês, o termo utilizado é best interests of the child. Na experiência norte-americana, a expressão é utilizada como parâmetro para as cortes decidirem a respeito da guarda de criança ou adolescente. Em uma conceituação ampla, significa “the deliberation that courts undertake when deciding what type of services, actions, and orders will best serve a child as well as who is best suited to take care of a child” (tradução livre: “a deliberação dos tribunais que decidem qual o tipo de serviço, ações e ordens serão mais adequadas às crianças e quem estará melhor capacitado para cuidar delas).

O Princípio da Prioridade Absoluta é um dos mais importantes e está previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente²³. Tal princípio também se encontra previsto no artigo 227 da Magna Carta, determina que crianças e adolescentes sejam tratados pela sociedade pelo Poder Público, com total prioridade, seja pelas políticas públicas ou pelas ações do próprio governo.

Em se tratando de uma situação hipotética onde ocorre a possibilidade de atender um adulto ou crianças e adolescentes, ambos na mesma situação emergencial, deve-se optar pelos últimos. Sendo uma cena comum até em filmes, onde as equipes de resgate em determinadas situações, ao evacuarem os locais,

²³ Art. 4º - 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.

começam pelas crianças e jovens, posteriormente os idosos e, por fim, os adultos. De modo que, em se tratando de uma situação real, na prestação de serviços públicos, as crianças e os adolescentes gozam de tal primazia. Ou seja, em uma fila de transplante, onde um adulto e uma criança aguardam em condições idênticas, os médicos deverão atender primeiramente a criança. (AMIM, 2018, p. 73).

Outro princípio é o Princípio da Prevalência dos interesses, está previsto no art. 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente e diz “Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. ”

Este princípio diz que o Estatuto da Criança e do Adolescente deverá ser interpretado de acordo com o objetivo principal, ou seja, assegurar a proteção da criança e do adolescente perante a comunidade, ou ainda, que não deverá ser interpretada de forma a prejudicar os beneficiados.

Outro princípio de muita importância é o princípio da gratuidade, previsto pelo art. 141 do Estatuto, sendo garantido o acesso de toda criança ou adolescente à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, por qualquer de seus órgãos.

O princípio da Convivência Familiar está previsto expressamente no corpo do art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente e diz que é um direito fundamental de toda criança e adolescente a convivência familiar, o mesmo é ressaltado pelo art. 227 da Constituição Federal, sendo valorizadas as relações afetivas da família, sendo seu refugio, estrutura e apoio. Ainda, dentro do princípio da Convivência Familiar, é importante citar que os genitores devem respeitar o direito de personalidade da criança/adolescente e ainda garantir-lhes a dignidade.

O artigo 2º da Lei 8.069/90 considera criança a pessoa até 12 anos de idade completos, e são considerados adolescentes aqueles entre 12 e 18 anos de idade incompletos. Em casos excepcionais, aplica-se tal lei àquelas entre 18 e 21 anos de idade. A Constituição Federal de 1988 juntamente com Estatuto da Criança e do Adolescente impulsionaram a revolução das prioridades em prol da criança e adolescente. Nas palavras de Rossato, Lépure e Cunha (2015, p. 71) o adolescente não é uma criança crescida, ou ao menos, um adulto em potencial. É um indivíduo com características próprias, cujas necessidades devem ser ouvidas e assistidas.

Em 19 de julho de 2012 foi publicada no Diário Oficial da União a Lei n. 12.685/2012 instituindo a data do dia 21 de novembro como o Dia Nacional do Compromisso com a Criança, o Adolescente e a Educação (BRASIL, 2012). A data serve como um alerta para que a sociedade preste mais atenção para a necessidade de garantir a aplicação dos direitos para pessoas em desenvolvimento.

Existem algumas diferenças no tratamento entre as crianças e os adolescentes. Sendo que cada um apresenta especificidades únicas é aceitável a distinção no tratamento em determinadas circunstâncias. Primeiramente à colocação da criança/adolescente em família substituta, ambos serão previamente ouvidos, entretanto a criança somente opina, enquanto o adolescente deve consentir, ou seja, há uma vinculação quanto à oitiva do adolescente.²⁴

Quanto às consequências práticas de um crime, em relação à criança aplicam-se apenas medidas de proteção²⁵, já no caso do adolescente, aplicam-se medidas de proteção e/ou medidas socioeducativas²⁶. Outro exemplo, em caso de viagens domésticas no território nacional sem a companhia dos pais ou

²⁴ Art. 28. 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 (BRASIL, 1990).

²⁵ Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;

II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;

III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;

IV - inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente;

V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;

VII - acolhimento institucional;

VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar;

IX - colocação em família substituta (BRASIL, 1990).

²⁶ Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

I - advertência;

II - obrigação de reparar o dano;

III - prestação de serviços à comunidade;

IV - liberdade assistida;

V - inserção em regime de semi-liberdade;

VI - internação em estabelecimento educacional;

VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI (BRASIL, 1990).

responsáveis o adolescente poderá viajar sem qualquer condição interposta, já a criança deverá portar autorização judicial²⁷.

O Estatuto da Criança e do Adolescente veio com a intenção de desmistificar os direitos dos seres em desenvolvimentos. Trouxe maior perplexidade para pontos não observados pelos códigos anteriores, buscando sempre a proteção daqueles que são o futuro da nação, como a frase popular sempre relatou. As crianças e os adolescentes são muito mais do que seres de proteção. Devem ser ouvidos e questionados sempre. Criança que pergunta e é respondida, e ainda, recebe a atenção em todos os aspectos sociais com as devidas políticas públicas, é criança que vira adolescente, e logo, adolescente que vira adulto consciente.

²⁷ Art. 83. Nenhuma criança poderá viajar para fora da comarca onde reside, desacompanhada dos pais ou responsável, sem expressa autorização judicial.

§ 1º A autorização não será exigida quando:

a) tratar-se de comarca contígua à da residência da criança, se na mesma unidade da Federação, ou incluída na mesma região metropolitana; b) a criança estiver acompanhada: 1) de ascendente ou colateral maior, até o terceiro grau, comprovado documentalmente o parentesco; 2) de pessoa maior, expressamente autorizada pelo pai, mãe ou responsável.

§ 2º A autoridade judiciária poderá, a pedido dos pais ou responsável, conceder autorização válida por dois anos (BRASIL, 1990).

4 A CONCESSÃO ÀS CRIANÇAS/ADOLESCENTES DO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE DOS AVÓS: ESTUDO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL

Neste capítulo serão analisados inicialmente os efeitos jurídicos da guarda no âmbito brasileiro, em razão das consequências da guarda referente ao menor sob guarda para fins previdenciários. Logo será observada a (im)possibilidade de inclusão da criança e do adolescente como dependente no benefício de pensão por morte dos avós guardiões.

Já em seguida realizando um comparativo entre o art. 16 da Lei 8.213/91 e do art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, em razão da retirada do menor sob guarda do rol de dependentes. Após toda essa análise e comparativo de artigos, será realizado um estudo jurisprudencial do TRF da 4ª Região no período de 2014 a 2017, fazendo-se uma análise dos entendimentos jurisprudenciais com a doutrina.

4.1 OS EFEITOS JURÍDICOS DA GUARDA NO ÂMBITO BRASILEIRO

Inicialmente é necessário definir o conceito de família, e nisto, pode-se destacar a diversificação neste ambiente. Família são pessoas que descendem de uma origem sanguínea em comum, sendo considerada família também o cônjuge, os enteados, genros e noras e os cunhados (PEREIRA, 2017, p. 49).

Família natural é a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. Ainda, entende-se como família extensa ou ampliada àquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade²⁸.

Rolf Madaleno (2015, p. 36) traz o conceito de família moderna onde a família matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, institucional cedeu lugar para uma família pluralizada, democrática, igualitária, hétero

²⁸ Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade (BRASIL, 1990).

ou homoparental, biológica ou socioafetiva, construída com base na afetividade e de caráter instrumental.

Para Farias e Rosenvald (2018, p. 1009) a adoção resulta na extinção da relação familiar pelo adotando com seu núcleo anterior, garantindo à nova relação jurídica estabelecida e garantindo a proteção integral e prioritária do interessado.

Já 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 terceiro, inclusive aos pais²⁹.

A concessão da guarda não implica em destituição do poder familiar, mas sim, transfere a terceiros componentes de uma família substituta provisória a obrigação de cuidar da manutenção da integridade física e psíquica da criança e do adolescente (ROSSATO, 2015, p. 187).

Outra definição para o conceito de guarda é de Ana Maria Milano que a define como:

No sentido jurídico, guarda é o ato ou efeito de guardar e resguardar o filho enquanto menor, de manter vigilância no exercício de sua custódia e de representá-lo quando impúbere ou, se púbere, de assisti-lo, agir conjuntamente com ele em situações ocorrentes (MILANO, 2008, p.39)

No atual ordenamento jurídico brasileiro a guarda está prevista no Código Civil (2002) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), ambas as previsões com base nos princípios constitucionais³⁰.

Neste momento, é *mister* salientar a diferença entre guarda e tutela. Sendo que a primeira somente é concedida ao responsável pela criança nos casos de destituição do poder familiar, seja pelo falecimento de ambos os pais, ou porque eles foram destituídos ou suspensos do poder familiar de forma judicial.

O art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu §2º diz que a guarda poderá ser deferida fora dos casos de tutela e adoção, desde que seja para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsáveis, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados. Dentre estes atos determinados para os quais pode haver o direito de representação destacam-se os pedidos de pensão previdenciária ou acidentária (BRASIL, 1990)

²⁹ Art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990)

³⁰ Artigos 227 e 229 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

Apesar de haver impedimento para a adoção por ascendentes, a jurisprudência tem reconhecido a possibilidade de deferimento de guarda para os avós, o que se coaduna com a preferência de manutenção da pessoa em desenvolvimento com a sua família extensa ou ampliada (ROSSATO, 2015, p. 177).

Os casos em que mais se aplica a guarda de fato para os avós são aqueles em que a mãe engravida precocemente e, após ganhar o bebê deixa-o com a avó para que esta cuide do seu filho enquanto ela tenta a vida em outra cidade. A avó concede à criança todos os cuidados e cuida como se fosse seu filho, e em alguns casos a criança chama a avó de mãe. Deste modo, diante do afeto existente entre os dois, a avó coloca-o como dependente de seus provimentos, e assim nasce a guarda para fins previdenciários.

Após o falecimento da avó, a criança sendo dependente financeiramente da mesma, que no momento do óbito, em razão de que não está prevista como dependente no rol do art. 16 da Lei da Previdência Social ³¹.

Outro caso típico é quando a genitora reside na casa da mãe juntamente com a criança, de modo que por inúmeros motivos (drogas, vícios, prostituição) não é responsável pelos provimentos do filho, sendo que a avó é quem cuida da educação, alimentação e bem estar do neto, ou seja, atua como mãe, diante da inércia, não somente financeira, mas também afetivamente na vida da criança/adolescente.

Para Maciel (2018, p. 315), diante da ausência da família natural, a dependência para todos os fins, inclusive previdenciário, do infante para com aquele que detém sua guarda é consequência e não fundamento deste encargo. Ainda, a dependência econômica da criança/adolescente com relação ao seu guardião serve de incentivo para aqueles que têm tal atitude de abraçar os infantes quando da ausência de seus genitores.

Entretanto, a concessão da guarda para parentes da criança/adolescente não seja a primeira opção, o número de deferimento de pedidos de concessão de guarda a avós maternos e paternos são consideráveis, em razão dos exemplos

³¹ Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental 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; (BRASIL, 1991)

citados acima. A guarda não é requerida pelos ascendentes com intuito financeiro, mas sim, pela visível atuação como pais na vida da criança/adolescente. De modo que os avós já detêm a guarda de fato, apenas não possuem a guarda de direito, é uma realidade que encontra respaldo, tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

4.2 A (IM)POSSIBILIDADE DE INCLUSÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMO DEPENDENTE NO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE DOS AVÓS GUARDIÕES E A FLEXIBILIZAÇÃO DO ROL DE DEPENDENTES

Sabe-se que o art. 16 da Lei Previdenciária traz o rol dos dependentes do segurado falecido, de modo que predomina o entendimento na jurisprudência no sentido de que tal o rol é taxativo ³² (BRASIL, 1991).

Sendo *mister* salientar que os dependentes são entes que talvez não contribuam para a previdência social, mas que estão enquadrados como dependentes na Lei de Benefícios (8.213/91), logo, são detentores de direito sobre os benefícios previdenciários (CASTRO; LAZZARI, 2016, p. 211).

Outrossim, necessário se faz mencionar o entendimento do doutrinador Coimbra (1997):

Em boa parte, os dependentes mencionados na lei previdenciária coincidem com aqueles que a lei civil reconhece credores de alimentos a serem prestados pelo segurado. E bem lógico que assim o seja, pois a prestação previdenciária – conteúdo material da pretensão do dependente – é, acima de tudo, uma reposição de renda perdida: aquela renda que o segurado proporcionaria, caso não o atingisse um risco social.

Após as alterações trazidas pela Lei nº 13.146, de 2015, o rol de dependentes rege da seguinte maneira:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:
I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental 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; (BRASIL, 2015)

³² “[...] 1. O benefício de pensão por morte pressupõe: a) óbito do instituidor que mantinha a condição de segurado; b) qualidade de dependente; e c) dependência econômica (art. 74 da Lei 8.213/91). 2) O rol de dependentes previdenciários, estabelecido no art. 16 da Lei 8.213/91, é taxativo e não inclui a figura de tutor de menor sob guarda (...)” (TRF1, 2014).

Sabe-se que os dependentes dividem-se em 3 classes, sendo que são relacionados entre si, ou seja, para que os pais do falecidos (Classe II) sejam considerados dependentes é necessário que não existam antes da Classe I como cônjuge, companheira, filho não emancipado menor de 21 anos, entre outros³³.

Os integrantes da Classe I têm presunção absoluta de dependência financeira em relação ao segurado falecido, já os dependentes da Classe II e III devem comprovar a dependência econômica em relação ao segurado falecido³⁴.

É importante citar alguns entendimentos adotados pelo judiciário acerca dos dependentes, como por exemplo, quanto à pensão por morte devida ao filho em caso de curso universitário, diferentemente dos alimentos, entende-se que a pensão por morte, devida ao filho universitário até os 21 anos de idade, não se prorroga pela dependência de curso universitário³⁵.

Já outro entendimento diz que a Lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado³⁶. Para que o enteado e o menor tutelado, equiparados a filho, se caracterizem como dependentes, o segurado deverá fazer declaração junto ao INSS. O enteado e o menor tutelado deverão comprovar que dependiam economicamente do segurado, sendo necessário que não existam bens suficientes para o próprio sustento e educação³⁷.

O Superior Tribunal de Justiça já considerou o avô como dependente do segurado falecido, mesmo diante da ausência de previsão legal para o mesmo, pois conforme dispõe a lei, outros ascendentes que não os pais, não são dependentes previdenciários (SANTOS, 2018, p. 207).

³³ Art. 16 [...] § 1º A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes. (BRASIL, 1990).

³⁴ O companheiro ou a companheira homossexual de segurado inscrito no RGPS passa a integrar o rol dos dependentes e, desde que comprovada a vida em comum, concorre, para fins de pensão por morte e de auxílio-reclusão com os dependentes preferenciais, para óbito ou reclusão ocorridos a partir de 05/04/1991.

³⁵ Súmula 37 da TNU (TNU, 2007).

³⁶ Súmula 340 do STJ (STJ, 2007).

³⁷ 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.

Art. 22. A empresa ou o empregador doméstico deverão comunicar o acidente do trabalho à Previdência Social até o primeiro dia útil seguinte ao da ocorrência e, em caso de morte, de imediato, à autoridade competente, sob pena de multa variável entre o limite mínimo e o limite máximo do salário de contribuição, sucessivamente aumentada nas reincidências, aplicada e cobrada pela Previdência Social. § 3º A comunicação a que se refere o § 2º não exime a empresa de responsabilidade pela falta do cumprimento do disposto neste artigo (BRASIL, 1991).

Observa-se o relatório da Excelentíssima Relatora Ministra Laurita Vaz acerca do julgado citado anteriormente:

Trata-se de embargos de declaração opostos pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS em face do acórdão que deu provimento ao recurso especial interposto por ANSELMO DA SILVA, assim ementado, *in verbis*:

"PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. AVÔ. ÓBITO DO NETO. SITUAÇÃO ESPECIALÍSSIMA DOS AUTOS. NETO QUE FORA CRIADO COMO SE FILHO FOSSE EM DECORRÊNCIA DA MORTE DE SEUS PAIS. POSSIBILIDADE.

1. A teor do art. 16 da Lei n.º 8.213/91, o avô não é elencado no rol dos dependentes do segurado, razão pela qual, a princípio não faria jus à pensão gerada pelo óbito do neto em cuja companhia vivia.

2. Presença, nos autos, de hipótese singular, em que a criação do segurado pelo avô, desde o nascimento, acrescida da morte precoce de seus pais, demonstram que o segurado tinha para com o Autor, na verdade, uma relação filial, embora sangüínea e legalmente fosse neto.

3. Impossibilidade de exigência da adequação legal da relação que existia à real situação fática, uma vez que é vedada a adoção do neto pelo avô, a teor do disposto no art. 42, 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

4. **Direito à pensão por morte reconhecido.**

5. *Recurso especial conhecido e provido.*"(fl. 120)

Sustenta o Embargante a existência de omissão no acórdão embargado, afirmando que o autor não faz jus à pensão gerada pela morte do seu neto, haja vista que o art. 166 da Lei n.º 8.213/91 tem enumeração taxativa, não constando o avô no rol dos dependentes do segurado.

Requer, ao final, que seja elucidado a ofensa aos arts. 2º, 44, 97 e 195, 5º da Constituição Federal, para fins de prequestionamento (STJ, 2003, grifo nosso).

Ao analisar o relatório, observa-se que na situação apresentada, o neto fora criado pelos avós como se fosse filho após o óbito de seus genitores, situação na qual muito se assemelha com a discutida no trabalho em questão.

Logo, não se poderia ver nenhuma possibilidade de dependente além da letra expressa da lei, entretanto, como observado, diante da análise dos casos específicos, os tribunais podem aplicar entendimento diverso daquele previsto na lei, abrindo um leque de possibilidades para que a aplicação do direito do menor sob guarda seja resguardada.

4.3 COMPARATIVO ENTRE O ART. 16 DA LEI 8.213/91 E DO ART. 33 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Após a alteração do dispositivo através da Medida Provisória 1.536/96, convertida na Lei nº 9.528/97 retirando do menor sob guarda a proteção previdenciária, iniciaram-se os questionamentos acerca das consequências de tais

alterações: como ficam os enquadrados os menores sob guarda judicial de segurado? Existe direito adquirido?

Segundo Marisa Ferreira dos Santos (2018, p. 206) não existe direito adquirido, pois a relação jurídica entre o dependente e a previdência social só se inicia após o óbito do segurado, enquanto isto não acontecer, não existe direito adquirido para aqueles menores sob guarda de segurado que veio a falecer depois da alteração da medida provisória.

Fazendo um breve comparativo entre os principais artigos analisados neste trabalho, observa-se o art. 16 da Lei 8.213/91 e o art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, existindo *mui* cristalinamente um conflito entre os dois ordenamentos jurídicos.

Segundo Maria Helena Diniz (1998, p. 36), quando uma lei modifica ou regula, de forma diferente, a matéria versada pela lei anterior, seja em decorrência da revogação total da lei anterior ou pela revogação parcial da lei anterior, podem surgir conflitos entre as novas disposições e as relações jurídicas já consolidadas sob a égide da velha norma revogada.

Sabe-se que as duas leis são consideradas específicas, dificultando ainda mais a resolução do conflito existente entre elas, deste modo, tem-se que embora a lei previdenciária seja norma específica da previdência social, é visível que a criança e o adolescente contam com proteção de norma específica, que confere ao menor sob guarda a condição de dependente para todos os efeitos, inclusive previdenciários. Logo, deve prevalecer a previsão do Estatuto da Criança e Adolescente trazida pelo art. 33, § 3º, mesmo sendo anterior à lei previdenciária.

Tal fato é garantido pelo art. 227 da Constituição Federal de 1988 e pelos princípios da proteção integral e preferência da criança e do adolescente, ambos trazem a garantia para a criança e ao adolescente para a aplicação de seus direitos³⁸. Sendo dever do Estado apresentar o manto de proteção sob aqueles que precisam de amparo e cobertura, nada mais do que aquilo que já está expressamente previsto na legislação.

³⁸ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

O Ministério Público Federal ajuizou Ações Civas Públicas com a finalidade de que o menor sob guarda fosse considerado dependente do segurado por determinação judicial, diante de tal fato o INSS editou a Instrução Normativa INSS/DC n. 106 de 14.4.2004³⁹, informando que os menores sob guarda judicial continuam tendo a qualidade de dependentes ainda que após a publicação da legislação, nos estados de São Paulo, Minas Gerais, Sergipe e Tocantins. Logo, a mesma decisão foi cassada pelo Superior Tribunal de Justiça (SANTOS, 2018, p. 206).

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o recurso especial representativo da controvérsia, pacificou o assunto ora tratado nos seguintes termos:

Tema - STJ 732 - O menor sob guarda tem direito à concessão do benefício de pensão por morte do seu mantenedor, comprovada sua dependência econômica, nos termos do art. 33, § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda que o óbito do instituidor da pensão seja posterior à vigência da Medida Provisória 1.523/96, reeditada e convertida na Lei 9.528/97. Funda-se essa conclusão na qualidade de lei especial do Estatuto da Criança e do Adolescente (8.069/90), frente à legislação previdenciária (TJDFT, 2018).

Ao extinguir dos menores sob guarda a qualidade de dependente, deixando assim de receber após o óbito do segurado a pensão por morte, violaria os princípios do Estado Democrático de Direito no qual o art. 1º da Constituição Federal de 1988 discorre; da dignidade da pessoa humana disposto no artigo 3º, inciso III, da Constituição Federal de 1988; da máxima eficácia e efetividade das normas

³⁹ [...] Considerando as decisões judiciais, ainda em vigor, proferidas nas ações civis públicas nºs 1999.38.00.004900-0, da 29ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais; 97.0057902-6, da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo; 98.0000595-1, da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária de Sergipe e 1999.43.00.000326-2, da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária de Tocantins, todas propostas pelo Ministério Público Federal, resolve: Art. 1º Determinar que o INSS se abstenha de indeferir os pedidos de inscrição, na condição de dependente, de crianças e adolescentes que, por determinação judicial, estejam sob a guarda de segurado do Regime Geral de Previdência Social, para os fins previstos na Lei nº 8.213/91 e no Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99. Parágrafo único. A inscrição na condição de dependente, de acordo com o disposto no caput, não afasta os demais requisitos previstos no parágrafo 3º, artigo 16 do Decreto nº 3.048/99, para a concessão de benefícios, inclusive para a comprovação da dependência econômica. Art. 2º A Diretoria de Benefícios e a Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social-Dataprev, estabelecerão mecanismos de controle para os procedimentos estabelecidos nesta Instrução Normativa. Art. 3º Os efeitos deste Ato são restritos aos Estados de Minas Gerais, São Paulo, Sergipe e Tocantins, onde ficam suspensas, enquanto vigorarem as respectivas decisões judiciais, a aplicação dos artigos 15, 233, 271 e 290 da Instrução Normativa nº 95 INSS/DC, de 7 de outubro de 2003, e os seus procedimentos devem ser aplicados em todos os processos de benefícios pendentes de decisão final, quer em primeira instância administrativa, quer em instância recursal, bem como para os pedidos de revisão de benefícios. [...]. Disponível em: < <http://www.usp.br/drh/novo/legislacao/dou2004/mpsin1062004.html>>. Acesso em: 01 out. 2018.

definidoras de direitos fundamentais e da segurança jurídica citadas pelo artigo 5º da Constituição Federal de 1988; da proteção integral da criança e do adolescente como medida protetiva de direitos previdenciários disponíveis no artigo 22, § 3º, inciso II, da Constituição Federal de 1988; e da proteção da confiança, como elemento nuclear do Estado de Direito (BRASIL, 1988).

4.4 ESTUDO JURISPRUDENCIAL DO TRF DA 4ª REGIÃO NO PERÍODO DE 2014 A 2017

Devidamente concluídos os estudos doutrinários, inicia-se a análise jurisprudencial das decisões que envolvem ações relacionadas ao tema discutido durante os primeiros capítulos deste trabalho. Para a coleta dos dados utilizou-se a ferramenta que possibilita a pesquisa de jurisprudência disponível no site do TRF da 4ª Região⁴⁰.

Para ajustar a busca ao presente estudo, pesquisou-se no TRF da 4ª Região com as seguintes frases: “pensão por morte menor sob guarda”, sendo encontrados 131 (cento e trinta e um) acórdãos.

Para melhor amplitude do estudo, no momento da pesquisa jurisprudencial no TRF da 4ª Região foi delimitado período temporal entre os anos de 2014 e 2017. A análise das decisões seguirá a ordem cronológica dos julgados, observando-se do julgado mais antigo para o mais recente, com o intuito de verificar a evolução dos entendimentos aplicados nos tribunais.

A primeira decisão, encontrada foi proferida pelo TRF da 4ª Região, em acórdão publicado em 18 de fevereiro de 2014, ao julgar a ação ordinária ajuizada pelo infante contra o INSS, objetivando a concessão de pensões em decorrência dos óbitos de seus guardiões e avós, registrado no referido Tribunal sob o nº 0023114-38.2013.404.9999/RS, cuja ementa segue:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. COMPROVAÇÃO DA INVALIDEZ. **DEPENDÊNCIA ECONÔMICA.** CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. 1. A concessão do benefício de pensão por morte depende da ocorrência do evento morte, da demonstração da qualidade de segurado do de cujus e da condição de dependente de quem objetiva a pensão. 2. **A nova redação dada pela Lei n.º 9.528/97 ao § 2º do art. 16 da Lei n.º 8.213/91 não teve o condão de derogar o art. 33 da Lei n.º 8.069/90 (ECA), sob pena de ferir a ampla garantia de proteção ao**

⁴⁰ Disponível em: <<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=1>>.

menor disposta no art. 227 do texto constitucional, que não faz distinção entre o tutelado e o menor sob guarda. Permanece, pois, como dependente o menor sob guarda judicial, inclusive para fins previdenciários. 3. Demonstrada a qualidade de dependente do menor sob guarda, não havendo para os inválidos limitação de idade, uma vez comprovado que o quadro mórbido é preexistente ao óbito do segurado, ex vi do art. 16, I e § 4º, da Lei nº 8.213/91, faz jus à concessão da pensão em função do óbito de sua guardiã (TRF4, 2014b, grifo nosso).

Observa-se no voto da Relatora Juíza Federal Carla Evelise Justino

Hendges:

[...] As alterações previdenciárias trazidas pela Lei n.º 9.528/97 não tiveram o condão de derrogar o art. 33 da Lei n.º 8.069/90, sob pena de ferir a ampla garantia de proteção ao menor disposta no art. 227 do texto constitucional, que não faz distinção entre o tutelado e o menor sob guarda. Este, portanto, tem assegurada sua condição de dependente, nos termos dispostos pelo ECA, **para todos os fins e efeitos previdenciários e com a consequente presunção de dependência econômica.** [...] No caso dos autos, de acordo com o documento acostado às fls. 21/22, verifica-se que o autor vivia sob a guarda formalizada judicialmente pelos falecidos. [...] A prova testemunhal, objeto de gravação (mídia com gravação da audiência à fl. 73), confirma que o autor vivia sob a dependência econômica dos avós desde os primeiros meses de vida.[...] Por conseguinte, percebem-se preenchidos todos os requisitos legais para os benefícios de pensão em tela (TRF4, 2014b, grifo nosso)

A relatora muito sabiamente cita que é assegurado ao menor sob guarda na qualidade de dependente para todos os fins, inclusive previdenciários, já que como mostrado durante o presente trabalho, a alteração na lei previdenciária não pode afetar as condições especiais garantidas pela Carta Magna à criança e ao adolescente.

Já no seguinte julgado publicado em 19 de maio de 2014 do mesmo tribunal, o infante não comprovou a dependência econômica para com o avô na qualidade de segurado, sendo assim, o magistrado optou por negar provimento à apelação apresentada pelo infante, alegando restar demonstrado nos autos que viva sob a guarda de fato do bisavô e dependia financeiramente do *de cuius* à época do óbito, razão pela qual seria devida a concessão do pleiteado benefício, cuja ementa segue:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. CONCESSÃO. MENOR SOB GUARDA. QUALIDADE DE DEPENDENTE NÃO DEMONSTRADA. 1. A concessão do benefício de pensão por morte depende da ocorrência do evento morte, da demonstração da qualidade de segurado do de cuius e da condição de dependente de quem objetiva a pensão. 2. Para a obtenção do benefício de pensão por morte deve a parte

interessada preencher os requisitos estabelecidos na legislação previdenciária vigente à data do óbito, consoante iterativa jurisprudência dos Tribunais Superiores e desta Corte. 3. A nova redação dada pela Lei n.º 9.528/97 ao § 2º do art. 16 da Lei n.º 8.213/91 não teve o condão de derogar o art. 33 da Lei n.º 8.069/90 (ECA), sob pena de ferir a **ampla garantia de proteção ao menor disposta no art. 227 do texto constitucional**, que não faz distinção entre o tutelado e o menor sob guarda. Permanece, pois, como dependente o menor sob guarda judicial, inclusive para fins previdenciários. 4. Hipótese em que não evidenciada a qualidade de dependente da requerente, já que não houve comprovado que vivia sob a guarda do bisavô (TRF4, 2014a, grifo nosso) .

Nesse caso concreto o Desembargador Federal Rogério Favreto argumentou sua decisão diante da ausência de probatórios quanto a dependência econômica e da guarda de fato do infante para com o avô. Sendo nas palavras do magistrado que

“[...] considerando que à época do óbito o menor não se encontrava sob a guarda de fato ou judicial de seu falecido, tenho que o mesmo não preenche os requisitos atinentes à qualidade de dependente do "de cujus", para fins previdenciários, razão pela qual deve ser mantida a sentença impugnada” (TRF4, 2014a).

Iniciando-se a análise dos julgados do ano de 2015, observa-se a continuidade da aplicação da garantia dos direitos da criança e do adolescente, como demonstrado no julgado publicado em 03 de março de 2015, onde a 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu por unanimidade, negar provimento à apelação interposta pelo INSS, onde se sustentou que o menor sob guarda não integra o rol de dependentes dos segurados da Previdência Social e que, caso fosse admitida esta hipótese, não havia nos autos comprovação da existência de dependência econômica.

Observa-se a ementa do julgado citado acima pelo Relator Luiz Carlos de Castro Lugon:

PREVIDENCIÁRIO. MENOR SOB GUARDA. DEPENDÊNCIA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. LEI N.º 9.528/97. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A exclusão da equiparação explícita do menor sob guarda aos filhos, para fins previdenciários, operada pela Lei n.º 9.528/97, não implica vedação legal ao reconhecimento de sua condição de dependente em relação ao segurado que dele detinha a guarda, ainda que informal. A estreita relação entre as figuras da tutela e da guarda não autoriza seja dado tratamento diverso às duas situações jurídicas, em sua essência similares. 2. A lei previdenciária tem que ser interpretada em consonância com os direitos assegurados no texto constitucional (art. 227, caput, e § 3.º, inc. II) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 33, § 3º), que amparam tal pretensão. Nessa perspectiva, à semelhança da tutela, o

direito à pensão por morte do guardião é assegurado se houver prova de que o menor dele dependia economicamente à época do óbito. 3. **Não se trata de reconhecer a prevalência de uma lei (previdenciária) sobre a outra (ECA), e sim suprir uma lacuna, mediante a aplicação desta, que expressamente assegura à criança ou adolescente sob guarda a condição de dependente, inclusive para fins previdenciários.** E a razão é simples: com a guarda, há transferência do pátrio poder àquele que a assume, com o ônus de prestar ao menor assistência material, moral e educacional. Nessa linha, existindo norma legal a amparar a pretensão à tutela previdenciária, é desarrazoada a interpretação restritiva da lei que atente contra a dignidade humana e a proteção integral e preferencial às crianças e adolescentes. (TRF4, 2015a, grifo nosso)

O Relator entendeu que a dependência econômica da neta para com a avó é presumida, nos termos da legislação previdenciária, assim como da Constituição Federal. Além disso, tal dependência fora comprovada através de testemunhas que afirmaram que a avó cuidava da neta como filha desde criança, quando fora abandonada pelos pais.

Ainda analisando os julgados do ano de 2015, observa-se maneira diversa da aplicação do mesmo tema, o caso em questão trata-se de pedido de concessão da pensão por morte para o neto em razão do falecimento dos seus avós, segurados da previdência social. O autor recorreu da sentença que não concedeu o benefício de pensão por morte. Observa-se na jurisprudência em destaque com o relator Osni Cardoso Filho:

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE DOS AVÓS. GUARDA DE FATO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA CONDIÇÃO DE DEPENDENTE PREVIDENCIÁRIA DA PARTE AUTORA. 1. Para a obtenção do benefício de pensão por morte deve a parte interessada preencher os requisitos estabelecidos na legislação previdenciária vigente à data do óbito, nos termos da Súmula 340, do Superior Tribunal de Justiça. 2. À luz do princípio constitucional de proteção especial da criança e do adolescente, o menor sob guarda pode ser considerado dependente previdenciário do segurado, nos termos do art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, combinado com o art. 16, §2º, da Lei de Benefícios, **desde que comprovada a dependência econômica**, conforme dispõe a parte final deste último dispositivo. 3. A existência de guarda de fato não deve ser empecilho para a caracterização da dependência previdenciária, uma vez que a guarda prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente destina-se, justamente, a regularizar uma posse de fato (art. 33, §1º). 4. Estando comprovada a qualidade de segurado do instituidor do benefício, a efetiva guarda (judicial ou de fato) pelo falecido, bem como a dependência econômica desta em relação àquele, faz jus o menor sob guarda ao benefício de pensão por morte de seu guardião. 5. Segundo o disposto no art. 1.696 do Código Civil Brasileiro, "o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros". 6. **No caso, o autor possui pai e mãe vivos e conhecidos, e, de acordo com os depoimentos das**

testemunhas, não restou comprovada a assistência material, moral e educacional competisse aos falecidos avós (TRF4, 2015b, grifo nosso).

O Relator Excelentíssimo Desembargador Osni Cardoso Filho, fundamentou no sentido de manter a decisão de primeiro grau em razão de que o menor sob guarda pode ser considerado dependente previdenciário do segurado, desde que comprovada a dependência econômica. Porém, o autor possui pai e mãe conhecidos sendo que estava representado no processo pela genitora e o pai e ambos possuem renda suficiente para a manutenção do requerente.

Neste momento, adentra-se na questão do menor sob guarda de servidor público. Haja vista que a Lei 8.112/1990⁴¹ prevê a possibilidade de que enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do servidor e desde que comprovada dependência econômica, na forma estabelecida em regulamento, sendo considerados beneficiários das pensões ⁴².

A decisão proferida pela 4ª Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região tratando-se de pedido de antecipação dos efeitos da tutela ajuizado pela infante na qualidade de neta, objetivando a concessão de pensão por morte de seu avô e guardião, servidor público aposentado, como se observa na jurisprudência abaixo.

ADMINISTRATIVO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA DE SERVIDOR PÚBLICO. ARTIGO 217, INCISO II, ALÍNEA "B", DA LEI Nº 8.112/1990. Nos termos do artigo 217, inciso II, alínea "b", da Lei nº 8.112/1990 (vigente ao tempo do fato), o menor que, na data do óbito do

⁴¹ Lei que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais (BRASIL, 1990).

⁴² Neste caso ressalta-se o caráter alimentar da pensão e o direito assegurado pela Lei nº 8.112/1990 (que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais) especialmente no seu artigo 217 que diz que são beneficiários das pensões:

I - o cônjuge;

II - o cônjuge divorciado ou separado judicialmente ou de fato, com percepção de pensão alimentícia estabelecida judicialmente;

IV - o filho de qualquer condição que atenda a um dos seguintes requisitos: a) seja menor de 21 (vinte e um) anos; b) seja inválido; c) tenha deficiência grave; ou d) tenha deficiência intelectual ou mental, nos termos do regulamento;

V - a mãe e o pai que comprovem dependência econômica do servidor; e

VI - o irmão de qualquer condição que comprove dependência econômica do servidor e atenda a um dos requisitos previstos no inciso

IV. § 1º A concessão de pensão aos beneficiários de que tratam os incisos I a IV do caput exclui os beneficiários referidos nos incisos V e VI.

§ 2º A concessão de pensão aos beneficiários de que trata o inciso V do caput exclui o beneficiário referido no inciso VI.

§ 3º O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do servidor e desde que comprovada dependência econômica, na forma estabelecida em regulamento (BRASIL, 1990).

servidor, **estiver sob a sua guarda, tem direito de receber pensão temporária até completar 21 anos** (TRF4, 2016, grifo nosso) .

A infante requereu a concessão de pensão por morte administrativamente, uma vez que o avô detinha a sua guarda judicial. Contudo, o pedido foi indeferido sob o argumento de que a requerente não se enquadra em nenhuma condição dentre as previstas na lei para a concessão do benefício. A infante ainda alegou que sempre viveu sob a dependência econômica do avô, tanto que a ele foi deferida a sua guarda no ano de 2005.

O pedido da infante foi deferido, resultando em agravo de instrumento interposto pela União, no qual foi qual foi negado provimento e mantida a sentença que foi proferida no sentido de confirmar a antecipação dos efeitos da tutela e julgar procedente o pedido para condenar a União Federal a instituir, em favor da requerente, o benefício de pensão pela morte do servidor público, seu avô, desde a data de seu óbito.

Os julgados entre o ano de 2016 e 2017 seguem um padrão, onde os deferimentos são fundamentados no sentido de que a guarda concede ao menor a qualidade de dependente para todos os fins, exigindo a demonstração de dependência econômica para com o segurado. Observa-se no seguinte entendimento jurisprudencial proferido pela 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE DE AVÓ. MENOR SOB GUARDA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. COMPROVAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DIFERIMENTO. 1. Para a obtenção do benefício de pensão por morte deve a parte interessada preencher os requisitos estabelecidos na legislação previdenciária vigente à data do óbito, consoante iterativa jurisprudência dos Tribunais Superiores e desta Corte. 2. Segundo o disposto no art. 1.696 do Código Civil Brasileiro, "*o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros*". 3. A Lei nº 9.528/97 não revogou expressamente o § 3º do art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual confere ao menor sob guarda a condição de dependente para todos os efeitos, inclusive previdenciários, exigindo-se tão somente a demonstração de sua dependência econômica. 4. **A prova colhida foi no sentido de que a falecida contribuía decisivamente para o sustento e as despesas da tutelada, restando caracterizada a dependência econômica exigida pela legislação para a concessão de pensão por morte.** 5. Deliberação sobre índices de correção monetária e taxas de juros diferida para a fase de cumprimento de sentença, a iniciar-se com a observância dos critérios da Lei 11.960/2009, de modo a racionalizar o andamento do processo, permitindo-se a expedição de precatório pelo valor incontroverso, enquanto

pendente, no Supremo Tribunal Federal, decisão sobre o tema com caráter geral e vinculante. Precedentes do STJ e do TRF da 4ª Região. (TRF4, 2017, grifo nosso).

Para a Relatora Excelentíssima Desembargadora Salise Monteiro Sanchotene, a controvérsia dos autos cinge-se à comprovação da condição de dependência econômica da autora em relação à falecida avó, considerando que o INSS sustenta que os netos não se encontram classificados como dependentes. Completa ainda, que além de ter restado comprovada a qualidade de segurada da *de cuius* à época do óbito, a qual detinha a guarda judicial da autora, e que a documentação acostada aos autos permitiu concluir pela existência de dependência econômica.

Conclui-se então que ao analisar os 132 acórdãos disponíveis no site do TRF da 4ª Região, observa-se que as maiorias dos autores, antes de adentrar no contencioso, tentaram a concessão do benefício da pensão por morte de forma administrativa, no qual resultava em indeferimento, mesmo diante das comprovações de dependência econômica e de que o segurado detinha a guarda judicial/de fato do infante.

Observa-se ainda que em alguns julgados o magistrado cita que a dependência econômica do menor sob guarda é presumida diante da situação de carência e tutela, de forma que em um segundo momento, exige-se a comprovação de documentação comprobatória para afirmar a dependência econômica do neto para com os avós. Ainda, em alguns julgados observou-se que a ajuda dos avós no sustento do infante não precisa ser exclusiva, mas tem que ser determinante para a caracterização da dependência econômica.

4.5 ANÁLISE DOS ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS COM A DOUTRINA

Como discutido no decorrer do presente trabalho, existe uma divergência entre os doutrinadores acerca da im(possibilidade) da concessão do benefício da pensão por morte dos avós, ao neto menor de 18 anos. Como já citado, da mesma forma que existe um conflito entre as leis específicas, existem também doutrinadores que entendem que a Lei Previdenciária, por ser posterior ao Estatuto da Criança e do Adolescente, é a lei que deve ser aplicada e doutrinadores que entendem que a especificidade garantida à criança e ao adolescente pela Constituição Federal de

1988 e todos os princípios inerentes dela, trazem um *plus* à categoria, de forma que a lei que beneficia o menor sob guarda seria a correta para a garantia da aplicação do direito do infante.

Para Sette (2007, p. 170) não há conflito entre a alteração promovida pela Lei n. 9.302/95 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/91), pois aquela sendo posterior, revoga os dispositivos em contrário. Ainda, para o autor a guarda é algo temporário, sendo deferida liminarmente em processos de adoção e tutela, rejeitando assim, o cabimento da proteção previdenciária.

Já para Maciel (2018, p. 319) a não concessão do benefício da pensão por morte dos avós ao neto, menor de 18 anos, fere a garantia constitucional conferida à pessoa do infante, que possui a dependência econômica para com o guardião judicial, como muito já elencado no presente trabalho, fazendo jus aos mesmos benefícios previdenciários dos demais dependentes. Sendo esta, uma garantia Constitucional juntamente com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança ratificada pelo Brasil.

Logo, a Constituição Federal não faz distinção entre o tutelado e o menor sob guarda, conseqüentemente permanece, pois, como dependente o menor sob guarda judicial, inclusive para fins previdenciários.

Sendo assim, após a análise dos entendimentos jurisprudenciais, constata-se a aplicação dos direitos da criança e do adolescente, sendo fundamentados nas especificidades do infante e em toda a sua garantia prevista pela legislação brasileira. De modo, que como tratado no presente trabalho, não trata-se de desrespeitar a legislação previdenciária, mas sim, de garantir de que as normas estão sendo aplicadas e que com isto, a criança e o adolescente recebam a proteção do Estado conforme prevê a Carta Magna.

5 CONCLUSÃO

O benefício da pensão por morte está previsto pela Lei 8.213/1991. No caso do falecimento do militar, segue a ordem de prioridade para os pensionistas, sendo que tal benefício consiste em uma renda de 100% da aposentadoria que o segurado recebia, ou, daquela que teria direito caso estivesse aposentado por invalidez na data de seu falecimento. Não é devida pensão por morte quando na data do óbito tenha ocorrido a perda da qualidade de segurado. Entretanto, este benefício independe de carência.

A legislação previdenciária traz um rol de beneficiários do Regime Geral da Previdência Social, na condição de dependentes do segurado, sendo que o menor sob guarda deixou de figurar neste rol após a alteração trazida pela Medida Provisória 1.523/1996, logo convertida na Lei 9.528/97. Entretanto, a Constituição Federal traz os princípios garantidores à criança e ao adolescente, como o princípio do melhor interesse da criança e o da teoria da proteção integral.

Não obstante, além de estar amparado pela Constituição Federal de 1988, o princípio da teoria da proteção integral da criança, foi promulgado pela Convenção dos Direitos da Criança e ainda, pela Declaração de Genebra, influenciando de inúmeras maneiras no desenvolvimento de um estatuto especial em atenção à criança e ao adolescente. Sendo assim, existe a garantia da Carta Magna para a aplicação dos direitos dos infantes, haja vista que a guarda confere à criança e ao adolescente a condição de dependente para com o seu guardião, para todos os fins e feitos de direito, inclusive previdenciários.

Findo os estudos do presente trabalho, observa-se que as mudanças legislativas do ordenamento jurídico brasileiro devem levar em consideração as conseqüências de tais fatos, sendo que a garantia constitucional deve ser aplicada. Como observado no decorrer do trabalho, mesmo diante da alteração no rol de dependentes, o menor sob guarda continua sendo considerado dependente dos avós haja vista que a nova redação da lei não teve o condão de derogar a garantia disposta no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com essa visão, e tendo em mente também o princípio da proteção integral, onde garante a criança e ao adolescente a proteção do Estado, conclui-se após toda a análise dos entendimentos jurisprudenciais, que desde que comprovada a dependência econômica do neto para com o avô, segurado da previdência social,

e comprovada a guarda judicial, o menor sob guarda é considerado pelos magistrados como beneficiário da pensão por morte na qualidade de dependente.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Hermes Arrais. **Benefícios Previdenciários**. 4ª ed. rev. e atual. com obediência às leis especiais e gerais. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2009.

AMIM, Andréa Rodrigues, et al. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lovo Andrade (Coord.). 11 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BALERA, Wagner. **Direito Previdenciário: série de concursos públicos**. São Paulo: Editora Método, 2007.

BRASIL. **Decreto nº 3.048, de 6 de mai. de 1999**. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm>. Acesso em: 26 ago. 2018.

_____. **Decreto nº 16.272, de 20 de dez. de 1923**. Aprova o regulamento da assistência e proteção aos menores abandonados e delinquentes. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-16272-20-dezembro-1923-517646-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 09 set. 2018.

_____. **Introdução Normativa n. 77, de 21 de jan. de 2015a**. Estabelece rotinas para agilizar e uniformizar o reconhecimento de direitos dos segurados e beneficiários da Previdência Social, com observância dos princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988. Disponível em: <<http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/38/inss-pres/2015/77.htm>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

_____. **Lei nº 6.697, de 10 de out. de 1979**. Institui o Código de Menores. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6697-10-outubro-1979-365840-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 17 set. 2018.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de jul. de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 29 ago. 2018.

_____. **Lei nº 8.213, de 24 de jul. de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm>. Acesso em: 30 ago. 2018.

_____. **Lei nº 9.528, de 10 de dez. de 1997**. Altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9528.htm>. Acesso em: 29 ago. 2018.

_____. **Lei nº 10.666, de 8 de mai. de 2003**. Dispõe sobre a concessão da aposentadoria especial ao cooperado de cooperativa de trabalho ou de produção e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/2003/L10.666.htm>. Acesso em: 26 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.685, de 18 de jul. de 2012.** Institui o Dia Nacional do Compromisso com a Criança, o Adolescente e a Educação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/L12685.htm>. Acesso em: 17 set. 2018

_____. **Lei nº 13.183, de 4 de nov. de 2015b.** Altera as Leis nºs 8.212, de 24 de julho de 1991, e 8.213, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13183.htm>. Acesso em: 26 ago. 2018.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário.** 19. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

COIMBRA, Feijó. **Direito previdenciário Brasileiro.** 11.ed Rio de Janeiro: Edições trabalhistas, 2001.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** 1969. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 17 set. 2018.

DOLINGER, Jacob, **Direito Internacional Privado: a criança no direito internacional.** Rio de Janeiro: Renovar 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Conflito de leis.**3. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 1998

DUARTE, Marina Vasques. **Direito Previdenciário.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2003. 152 p. Série Concursos.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias.** 10ª ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

GOES, Hugo Medeiros de. **Manual de Direito Previdenciário.** 2ª Ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Ed. Ferreira, 2008

GURGEL, J. B. Serra. **A evolução da previdência social.** São Paulo: Editora Funprev. ISBN 978-85-98760-03-2. 304 p. 2007.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário.** 17.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência.** 15. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência.** 16. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos.** 11 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MARTINEZ, Wladimir Novaes, **Curso de Direito Previdenciário**. 4. ed. São Paulo: LTR, 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 32. ed. São Paulo: Atlas 2012.

MATOS, Samilly Araújo Ribeiro. **Direito das Crianças: A evolução a partir de uma visão *soft law***. In: *Novas dimensões do Direito: uma perspectiva Soft Law*. FERNANDES, Alexandre, et al (coord.). 266 p. 1ª Edição. Lisboa: Editora Chiado, 2016.

MILANO, Ana Maria. **A Lei sobre Guarda Compartilhada**. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2008.

MOREIRA, Jacqueline de Oliveira; SALUM, Maria José Gontijo; OLIVEIRA, Rodrigo Torres. **Estatuto da Criança e do Adolescente: sobre os sujeitos, direitos e responsabilidades**. Conselho Federal de Psicologia. 250 p. Brasília: CFP, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes**. Rio de Janeiro: Forense, out. 2014.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

PORTUGAL. Lei n. 147, de 1 de set. de 1999. **Lei de protecção de crianças e jovens em perigo**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=545&tabela=leis>. Acesso em: 01 out. 2018.

ROMÃO, Luis Fernando de França. **Microssistema dos direitos da criança e do adolescente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8.069/90: artigo por artigo**. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito Previdenciário**. 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Coleção Esquemático.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito Previdenciário esquematizado**. coord. Pedro Lenza. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. **Direito Previdenciário Avançado**. 3ª Edição. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007

STJ. Supremo Tribunal da Justiça. **Recurso Especial, de 6 de novembro de 2003.** REsp 528987 SP 2003/0072683-4. Quinta Turma. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/212261/recurso-especial-resp-528987-sp-2003-0072683-4>>. Acesso em: 25 set. 2018.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 340, de 13 de agosto de 2007.** Seguridade social. Previdenciário. Pensão por morte. Hermenêutica. Lei aplicável. Lei 8.213/1991, art. 16, IV e Lei 8.213/1991, art. 74. Disponível em: <<https://www.legjur.com/sumula/busca?tri=stj&num=340>>. Acesso em: 01 out. 2018.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário: Regime Geral de Previdência Social.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

TJDFT. Tribunal da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Recurso Especial.** REsp 1411258/RS (2013/0339203-9). Relator: Ministro Napoleão Filho. Disponível em: < <https://www.tjdft.jus.br/institucional/gerenciamento-de-precedentes/comunicados%20-%20temas%20de%20sobrestamento/comunicados-stj-1/2018/tema-732-stj-publicacao-de-acordao-de-merito-21-02.2018/view>>. Acesso em: 01 out. 2018.

TNU. Turma Nacional de Uniformização. **Súmula 37, de 20 de junho de 2007.** Seguridade social. Pensão por morte. Menor que completa 21 anos. Pendência de curso universitário. Prorrogação. Impossibilidade. Lei 8.213/1991, art. 16 e Lei 8.213/1991, art. 77, § 2º, II. Disponível em: <<https://www.legjur.com/sumula/busca?tri=tnu&num=37>>. Acesso em: 01 out. 2018.

TRF1. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Cível.** AC 00349247620074019199, Segunda Turma, Relator: Juiz Federal Conv. Cleberson José Roca, Data de Julgamento: 10 jan. 2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/85447085/trf-1-10-01-2014-pg-133?ref=previous_button>. Acesso em: 07 out. 2018.

TRF4. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível.** AC 0001721-57.2013.4.04.9999, Quinta Turma, Relator: Rogerio Favreto, Data de Emissão: 30 de maio de 2014a. Disponível em: < <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/587423560/apelacao-civel-ac-50150914220184049999-5015091-4220184049999>>. Acesso em: 01 out. 2018.

_____. AC 0007913-06.2013.4.04.9999, Quinta Turma, Relator: Luiz Carlos de Catro Lagon, Data de Emissão: 02 de março de 2015a. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/605641802/apelacao-civel-ac-50139464820184049999-5013946-4820184049999/inteiro-teor-605641844?ref=topic_feed>. Acesso em: 01 out. 2018.

_____. AC 0014286-19.2014.4.04.9999, Sexta Turma, Relator: Osni Cardoso Filho, Data de Emissão: 23 de setembro de 2015b. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/609026389/apelacao-civel-ac-50089991920164049999-5008999-1920164049999/inteiro-teor-609026552?ref=serp>>. Acesso em: 01 out. 2018.

TRF4. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível**. AC 5007182-50.2013.4.04.7112, Sexta Turma, Relatora: Salise Monteiro Sanchotene, Data de Emissão: 09 de junho de 2017. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/468493439/apelacao-civel-ac-50071825020134047112-rs-5007182-5020134047112/inteiro-teor-468493476>>. Acesso em: 01 out. 2018.

_____. AC 5071262-34.2014.4.04.7000, Quarta Turma, Relator: Cândido Alfredo Silva Leal Júnior, Data de Emissão: 02 de junho de 2016. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/609026389/apelacao-civel-ac-5008999192016404999-5008999-1920164049999/inteiro-teor-609026552?ref=serp>>. Acesso em: 01 out. 2018.

TRF4. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação/Remessa Necessária**. APL 0023114-38.2013.4.04.9999, Quinta Turma, Relatora: Carla Evelise Justino Hendges, Data de Emissão: 18 de fevereiro de 2014b. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/461189786/apelacao-remessa-necessaria-apl-50042802320144047102-rs-5004280-2320144047102/inteiro-teor-461189896?ref=topic_feed>. Acesso em: 01 out. 2018.

UNICEF. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. 2016. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.html>. Acesso em: 03 out. 2018.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da Criança e do Adolescente**: volume 5. Coleção resumos jurídicos. Idemar P. da Luz (coord.). Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

_____. **Direito Penal Juvenil e responsabilização tributária: elementos aproximativos e/ou distanciadores?** o que diz a Lei Sinase: a inimputabilidade penal em debate. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015a.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: 25 anos de desafios e conquistas. Josiane Rose Petry Veronese, Luciano Alves Rossato e Paulo Eduardo Lépre (coord.). 632 p. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2015b.

VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral; VERONESE, Josiane Petry. **Crianças encarceradas**: a proteção integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.