

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC CURSO DE
DIREITO**

ANDREAS LEVATI MACHADO

**A CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE A CRIANÇA OU ADOLESCENTE SOB
GUARDA E A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA:
ESTUDO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 847.204/MA.**

CRICIUMA 2019

ANDREAS LEVATI MACHADO

**A CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE A CRIANÇA OU ADOLESCENTE SOB
GUARDA E A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA:
ESTUDO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 847.204/MA.**

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. (a) Ms. Marcirio Colle
Bintencourt

CRICIUMA 2019

**A CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE A CRIANÇA OU ADOLESCENTE SOB
GUARDA E A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA:
ESTUDO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 847.204/MA.**

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, com Linha de Pesquisa em Direito
Previdenciário.

Criciúma, 27 de novembro de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Marcirio Colle Bintencourt – Universidade do Extremo Sul Catarinense
- Orientador

Prof. Renise Terezinha Mellilo Zaniboni - Universidade do Extremo Sul
Catarinense

Prof. Cíntia da Luz Buzzanello - Universidade do Extremo Sul Catarinense

Dedico esse trabalho à todos aqueles que não desistiram de seus sonhos: foi por não desistir do meu que cheguei até aqui.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a minha família, onde recebi muito apoio, ajuda e conselhos de como deveria proceder com o referente trabalho.

Ao meus amigos, onde obtive ajuda e dicas de onde eu poderia melhorar cada vez mais minhas pesquisas.

Ao meu professor orientador Ms. Marcirio Colle Bintencourt que me ajudou a concluir este trabalho, pela sua dedicação e atenção.

Aos meus colegas de TCC, onde me aconselharam como manter a calma, paciência e dedicação para apresentar meu trabalho.

E por fim, a Stephanie Fernanda, minha namorada, amiga, confidente e a pessoa que não tenho palavras para descrever o tamanho agradecimento que tenho por tudo o que ela fez por mim, em especial, me acalmar, aturar, ajudar, me aconselhar, e principalmente motivar a nunca desistir quando estive nos piores momentos de minha vida, acredito que se não fosse por ela não teria conseguido me dedicar o tanto que me dediquei a esse trabalho de conclusão de curso.

“A felicidade não depende do que você é ou do que tem, mas exclusivamente do que você pensa.”

Dale Carnegie

RESUMO

Este trabalho monográfico estudou a possibilidade da concessão do benefício de pensão por morte a criança e o adolescente sob guarda, onde os mesmos foram retirados do rol de legitimados a receber o benefício de acordo com o art. 16, §2º, da lei 8.213/91, infringindo assim o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente segundo o ECA em seu art. 1 e o art. 227, caput da Constituição Federal. O método utilizado foi o dedutivo, em pesquisa teórica, qualitativa com emprego de material bibliográfico e documental legal, além das análises da ADI nº 5083 e do recurso extraordinário com agravo nº 847.204/MA. É de suma relevância o tema em questão, pois aborda de forma aprofundada um problema que acaba afetando muito dos casos de famílias, onde a criança e o adolescente que estão passando dificuldades financeiras, e ainda são dependentes financeiramente, acabam por si só ficando a beira da margem da proteção da previdência social, onde acaba tentando evitar fraude de benefícios onde o culpado acaba sendo atingido de forma injusta, infringindo o direito garantidor na Constituição Federal, e no Estatuto da criança e adolescente.

Palavras-chave: Pensão por morte. Guarda. Melhor interesse da criança ; proteção integral. Criança e adolescente

ABSTRACT

This monographic work studied the possibility of granting the death benefit to the child and adolescent under custody, where they were removed from the list of persons entitled to receive the benefit in accordance with art. 16, § 2, of law 8.213 / 91, thus violating the principle of the best interests of children and adolescents according to the ECA in its art. 1 and art. 227, caput of the Federal Constitution. The method used was the deductive, in theoretical and qualitative research using bibliographic and legal documentary material, in addition to the analyzes of ADI No. 5083 and extraordinary appeal with grievance No. 847.204 / MA. The issue in question is very relevant, because it addresses in depth a problem that ends up affecting a lot of cases of families, where the child and adolescent who are experiencing financial difficulties, and are still financially dependent, end up just being on the brink. from the margin of social security protection, where it ends up trying to avoid benefit fraud where the culprit ends up being unfairly affected, violating the guaranteeing right in the Federal Constitution, and in the Statute of the child and adolescent.

Keywords: Pension for death. Guard. Best interest of the child; full protection. Child and teenager

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

Art. – Artigo

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

ed. – Edição

nº - Número

p. – Página

STF – Supremo Tribunal Federal

§ - Parágrafo

v. – Volume

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2. A PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	12
2.1 ASPESCTOS HISTÓRICOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	13
2.2 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE EM MENÇÃO AO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	17
2.3 GUARDA NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	21
3. DIREITO PREVIDENCIÁRIO.....	25
3.1 BREVE HISTÓRICOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL	26
3.2 BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS	37
4 PENSÃO POR MORTE E SEUS LEGITIMADOS, CRIANÇA E ADOLESCENTE SOB GUARDA EM PARALELO AO RECURSO EXTRAORDINARIO N° 847.204/MA DO STF	38
4.1 DECISÕES JUDICIAIS A RESPEITO DA CONCESSÃO OU NÃO DE BENEFÍCIOS DE PENSÃO POR MORTE AO MENOR SOB GUARDA.	41
4.2 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N° 5083/DF	52
4.3 RECURSO EXTRAORDINÁRIO N° 847.204/MA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O SEU IMPACTO NAS DECISÕES	57
4.4 A PRESENTE REFORMA DA PREVIDENCIA NA QUESTÃO DA PENSÃO POR MORTE.	60
5. CONCLUSÃO.....	62
REFERENCIAS	64
ANEXOS	73
ANEXO A	74
ANEXO B	85

1 INTRODUÇÃO

Surgida em 24 de janeiro de 1923, tendo sido comumente conhecida como a chamada Lei Eloy Chaves, nome de seu criador, onde era instituído as primeiras caixas de aposentadoria e pensões dos ferroviários que forneceriam aos passar dos anos os lineamentos básicos à política previdenciária nacional, o que resultou posteriormente o INSPS (Instituto nacional da previdencia social), e logo depois o INSS (Instituto nacional de seguridade social).

A pensão por morte é um benefício continuado, que substitui da remuneração do segurado falecido, onde os dependentes do segurado sendo homem ou mulher, aposentados ou não, que vierem a falecer, terão a possibilidade de exigir após o falecimentos destes.

É um benefício pos morte, que será devida sempre a contar da data do óbito do segurado, quando requerida 30 dias, depois do óbito, ou da data do requerimento.

Sendo este benefício, onde o valor mensal é de 100% do valor da aposentadoria que o segurado recebia, ou daquele que teria direito se estivesse por invalidez, sendo sempre necessário a comprovação da dependencia economica que possuem em relação ao segurado.

Para sua requisição, é necessário então que o falecido tenha qualidade de segurado, e possua dependentes, não havendo necessidade de carencia para sua obtenção. Este é um dos benefícios fornecidos pela Previdencia Social, sendo uma parte inerente do segmento da seguridade social, composto por princípios chamado de proteção social, o qual, visa a proteção ao contribuinte, dando uma concessão de renda mensal quando esta não pode ser obtida por ele, sendo pela incapacidade ou falecimento.

Assim, este trabalho tem como objetivo analisar e discutir a questão da pensão por morte em relação a questão da guarda das crianças e adolescentes, onde segundo a Lei 8.213/91, em seu art. 16, §2º, verificou-se que no rol de dependentes para a concessão do benefício, a criança e o adolescente foram retirados de forma inconstitucional, e viola o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

A fim de completar a proposta do trabalho, este se divide em três capítulos utilizando o metodo dedutivo dedutivo e o método de procedimento foi o monográfico com pesquisa bibliográfica e documental.

O primeiro capítulo, é abordado a respeito da proteção da criança e do adolescente no ordenamento jurídico, os aspectos históricos da criança e do adolescente, o estatuto da criança e do adolescente em menção ao princípio do melhor interesse da criança e ao adolescente, finalizando com um pouco sobre a guarda no referido estatuto (ECA). Tendo tudo isso um aprofundamento sobre o início histórico das famílias, na era pater familia, até meados do século XXI.

Sucedesse a esclarecer que no segundo capítulo, será tratado sobre o direito previdenciário, sua origem, característica, breve histórico do surgimento da previdência social em conjunto com a seguridade social e por fim de forma direta e resumida sobre os benefícios previdenciários, com foco maior na pensão por morte, onde será mais abordado no capítulo final.

E por último o terceiro capítulo, será abordado as jurisprudências denegatórias da pensão por morte, e análise do voto dos relatores, seguindo com análise da ADI 5083/DF com o recurso extraordinário 847.204/MA.

2. A PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO.

Neste capítulo será abordado aspectos históricos e a evolução de como era o tratamento das crianças e adolescentes, bem como as medidas puníveis aplicadas

nessas crianças e adolescentes no Brasil, com intuito de montar um cenário cronológico do desenvolvimento dos direitos os quais foram reconhecidos e conquistados pela valorização da condição de pessoa humana e como sujeitos de direito até a legislação em vigência.

Também será citado surgimento do estatuto da criança e do adolescente, bem como as garantias trazidas pelo ECA a concepção de família, infância e adolescência, um aprofundamento ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente com fulcro ao estatuto da criança e adolescente, e por fim questão da guarda no estatuto.

Destaca-se que o surgimento da Constituição Federal de 1988 e da adoção da proteção integral, os direitos das crianças e dos adolescentes foram trazidos a um novo patamar em primeiro plano de importância, pois deixaram de serem tratadas como meros objetos de proteção, e passaram a terem condição de sujeitos de direito, obtendo como resultado a garantia imediata da doutrina da proteção integral. Isso, porque um dos princípios importantíssimos da República Brasileira é a chamada dignidade da pessoa humana¹, dando por si só ênfase a criança e ao adolescente.

Assim, o reconhecimento do direito da criança e do adolescente no ordenamento jurídico brasileiro inicia-se a partir da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988. Todo o conjunto de regras, conceitos, valores, sistema integrado e legitimidade e que foi reconhecido cientificamente, elevou o fundamento teórico, podendo logo ter-se uma representação a respeito da Teoria da Proteção Integral (CUSTÓDIO, 2008, p. 27-28).

2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Na antiguidade as relações familiares eram submetidas ao culto religioso e não pela afetividade ou pela relação consanguínea. Em Roma, as famílias eram submetidas ao poder paterno (*pater familiae*), cabendo ao pai tanto o cargo de chefe de família como o de cumprimento dos deveres religiosos (AMIN, 2010, p.3).

Embora a religião tivesse o costume de “ditar” as regras e estabelecer o

¹ Art. 1º da Constituição Federal: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

direito, fazendo da sociedade familiar uma associação religiosa, o pai era naquela época a autoridade que representava ambos e exercia poder absoluto, os quais os filhos estavam submetidos enquanto vivessem em sua casa. Ademais, nesta época não se distinguem a maioridade da menoridade, não havia a previsão de qualquer espécie de garantias quanto ao reconhecimento de seres especiais em nenhuma das fases etárias, eles não eram sujeitos de direitos, mas objeto de relações jurídicas onde o pai exercia direito de propriedade, sendo tão grande o poder sobre sua prole que poderia decidir sobre suas vidas e ou de suas mortes (AMIN, 2010, p. 4).

O pai era o que tinha sempre o poder de decidir sobre questões sobre a vida e a morte de seus descendentes. Em tratando-se da educação, era privilégio de poucos e até conquistar autonomia, os filhos eram considerados “propriedade dos pais” (NAVES, 2010, p. 17).

Desde muito cedo, quando ingressava no período da puberdade, o jovem era separado de sua família e colocado sob um sistema rígido de educação, no qual desenvolvia através de exercícios coletivos, suas aptidões físicas e intelectuais para compor o corpo militar e alcançar o status de cidadão grego (SCHNAPP, 1996, p. 23).

Os gregos mantinham vivas apenas as crianças saudáveis e fortes. Em Esparta, cidade grega famosa por seus guerreiros, o pai transferia para um tribunal do Estado o poder sobre a vida e a criação dos filhos, com objetivo de preparar novos guerreiros. As crianças eram, portanto, “patrimônio” do Estado. No Oriente era comum o sacrifício religioso de crianças, em razão de sua pureza. Também era comum, entre os antigos, sacrificarem crianças doentes, deficientes, malformadas, jogando-as de despenhadeiros; desfazendo-se de um peso morto para a sociedade. A exceção ficava a cargo dos hebreus que proibiam o aborto ou o sacrifício dos filhos, apesar de permitirem a venda como escravos. (MACIEL, 2014, p. 44).

Como reflexo, atenuou a severidade de tratamento na relação pai e filho, pregando, contudo, o dever de respeito, aplicação prática do quarto mandamento do catolicismo: “honra pai e mãe.” (Maciel, 2014, p. 45).

Depois, alguns povos indiretamente acabavam procurando e resguardando alguns interesses da própria população infanto-juvenil. E mais uma vez foi importante para a contribuição romana, que distinguia os menores impúberes e púberes, muito próximos das incapacidades absoluta e relativa do nosso tempo. Com a distinção teve

um abrandamento nas sanções pela prática de ilícito por menores impúberes e púberes ou órfãos. Outros povos, como os lombardos e visigodos, proibiram o infanticídio, enquanto os frísios restringiram o direito do pai sobre a vida dos seus filhos (TAVARES, 2001, p.50).

Conforme Silveira (2004, p. 60):

Ao abordar o direito de crianças e de adolescentes, entende-se como um desdobramento dos direitos humanos, porém, voltados especificamente à população que necessita ser tratada com 'absoluta prioridade', tendo respeitadas suas condições de 'sujeitos de um processo histórico' e pessoas em 'condição peculiar de desenvolvimento.

No período da Idade Média, o conceito de infância não era mais percebido como categoria divergente dos adultos. Todavia com o significativo aumento das comunidades nas cidades e o surgimento das escolas como instituição, houve mudanças progressivas. (MACHADO, 2003, p. 29).

Nos séculos entre XVII e XIX, com o surgimento do movimento higienista, houve uma contribuição para o fim destas instituições, pelos motivos aos quais, muitas crianças morriam. Até então, o tratamento às crianças carentes e abandonadas era restringida a caridade e a filantropia. Não existia nenhuma política pública específica. Inclusive a instalação da República, o Brasil sustentou exclusivamente o modelo caritativo – assistencial de atenção à infância, que consubstanciavam às ações em torno do abandono. (VERONESE, 1999, p. 22).

Entretanto, no século XVIII até em meados de XIX, a prática do abandono era muito corriqueira entre as famílias que desejavam manter em segredo as suas transgressões aos critérios morais e cristãos da sociedade da época, principalmente quando trata-se de uniões ilegítimas e ainda dos filhos concebidos fora do casamento, ou até em casos aos quais, a mão fosse solteira. (LIMA; VERONESE, 2011, p.36).

A urbanística foi uma das causas do crescente número de abandonos. Nas metrópoles eram comuns as endemias decorrentes da falta de infraestrutura básica, do clima tropical e da presente medicina desenvolvida. "As Crianças eram desvalidas tanto pelos genitores que faleciam, como por aqueles que não tinham condições de cria-las". (VERONESE, 1999, p. 16).

Conforme ARIÉS (1981, p.476), a respeito da idade média, as crianças desde cedo eram sempre confundidas com adultos:

Considerava-se a infância como um período caracterizado pela inexperiência, dependência e incapacidade de corresponder a demandas sociais mais

complexas. A criança era vista como um adulto em miniatura e, por isso trabalhava nos mesmos locais, usava as mesmas roupas, era tratada da mesma forma que o adulto.

Assim, a sociedade da época não tinha reconhecimento com as crianças, e muito menos inexistia o sentimento de infância, pois elas eram inseridas no mundo junto aos adultos e por si só confundidas tanto nas questões de responsabilidades como penalidades.

Seguindo a lição de Ariés (1981, p. 275):

As crianças misturavam-se com os adultos assim que eram consideradas capazes de dispensar a ajuda das mães ou das amas, poucos anos depois de um desmame tardio - ou seja, aproximadamente aos sete anos de idade. A partir desse momento, ingressavam imediatamente na grande comunidade dos homens participando com os amigos jovens ou velhos dos trabalhos.

A descoberta da infância inicia-se pelos séculos XV, XVI e XVII, quando então se reconheceria que as crianças precisavam de tratamento especial, uma espécie de quarentena, antes que pudessem integrar o mundo dos adultos (HEYWOOD, 2004, p.23).

Foi a partir do I Congresso Brasileiro de Proteção à Infância no ano de 1922, que a questão da assistência à infância no Brasil passou a ser discutida. As primeiras normas de assistência social, visando à proteção dos 'menores abandonados' foram criadas através do decreto nº. 16.272, de 20 de dezembro de 1923, em sequência, o decreto nº16.273, de 20 de dezembro de 1923, editado para reorganizar a justiça do Distrito Federal, incluindo a figura do Juiz, e com isso, a criança e o adolescente passaram a ter uma legislação especial a partir do primeiro Juizado de Menores. O Juízo de Menores estruturará um modelo de atuação que se manteria ao longo da história da assistência pública no país, funcionando como um órgão centralizador do atendimento oficial a criança e ao adolescente para que fossem recolhidos nas ruas ou levados pela família. O objetivo da internação era preservar ou reformar os menores apreendidos (RIZZINI, 1995, p. 258).

A nova orientação jurídica no campo da infância e da juventude veio romper com a arcaica concepção tutelar do menor em situação irregular estabelecendo que a criança e o adolescente são sujeitos de direito e não mais objetos da norma, remodelando totalmente a Justiça da Infância e da Juventude e abandonando o conceito de Menor. (SARAIVA, 2003; MACHADO, 17 2003; RIZZINI, 2000).

Não há mais uma dualidade no ordenamento jurídico envolvendo a

coletividade crianças e adolescentes: a categoria é uma e detentora do mesmo conjunto de direitos fundamentais; o que não impede, nem impediu, o ordenamento de reconhecer situações jurídicas específicas e criar instrumentos para o tratamento delas, como, aliás, ocorre em qualquer ramo do direito (MACHADO, 2003, p. 146).

O Estatuto introduziu a possibilidade de participação da sociedade civil no exercício de proteger os direitos de crianças e de adolescentes, ou seja, no qual todos os cidadãos se tornaram corresponsáveis pela efetivação do ECA. Estes deveres envolvem uma tentativa de responsabilização dos cidadãos em arenas públicas, via parcerias nas políticas sociais governamentais (GOHN, 2005, p. 74).

Assim, para se ter uma melhor compreensão a respeito da situação atual que elevou os patamares da criança e os adolescentes como pessoas sujeitas de direitos, será necessário a abordagem na história que desencadeou a evolução de direitos aos infantes.

2.2 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE EM MENÇÃO AO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O passo revolucionário feito pela legislação brasileira, foi a criação da lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, com a regulamentação do primeiro princípio constitutivo da proteção integral. Elevando-os a condições de sujeitos de direitos, com garantias e cuidados especiais.

De acordo com artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente², A criação do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, fez nascer um conjunto de regras protetivas capazes de garantir o pleno desenvolvimento dos pequenos cidadãos, com previsões de direitos ainda no ventre da mãe, estendendo-se até atingirem a maioridade.

Nas ideias de Almeida (2002, p.13):

O Estatuto tem por objetivo a proteção integral da criança e do adolescente, de tal forma que cada brasileiro que nasce possa ter assegurado seu pleno desenvolvimento, desde as exigências físicas até o aprimoramento moral e religioso. Este Estatuto será semente de transformação do país. Sua

² 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.

aplicação significa o compromisso de que quanto antes, não deverá haver mais no Brasil vidas ceifadas no seio materno, crianças sem afeto, abandonadas, desnutridas, perdidas pelas ruas, gravemente lesadas em sua saúde e educação.

Os princípios podem ser divididos em estruturantes e concretizantes. Estruturantes são os que fornecem parâmetros para a atribuição do sentido jurídico do Direito da Criança e do adolescente. Enquanto os concretizantes materializam desde os estruturantes. O primeiro, estão inclusos os princípios do melhor interesse da criança e o princípio da universalização. Por fim, o segundo, estão abrangidos os princípios da prioridade absoluta, da participação popular, descentralização político – administrativa, desjurisdicionalização, princípio da humanização a ênfase nas políticas sociais públicas e o princípio da não discriminação. (LIMA; VERONESE, 2012, p. 148).

A respeito da linha conceitual de “Estatutário”, conforme relata Amin (2011, p. 09):

O termo “Estatuto” foi de todo próprio, porque traduz o conjunto de direitos fundamentais indispensáveis à formação integral de crianças e adolescentes, mas longe está de ser apenas uma lei que se limita a enunciar regras de direito material. Trata-se de um verdadeiro microsistema que cuida de todo o arcabouço necessário para se efetivar o ditame constitucional de ampla tutela do público infante-juvenil. É norma especial com extenso campo de abrangência, enumerando regras processuais, instituindo tipos penais, estabelecendo normas de direito administrativo, princípios de interpretação, políticas legislativas, em suma, todo o instrumental necessário e indispensável para efetivar a norma constitucional.

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

A universalização, outro dos princípios basilares da doutrina da Proteção Integral, pois desdobra a proteção dos direitos a todas as crianças e adolescentes, sem haver nenhuma distinção. O melhor interesse da criança, situa o menor dentro de um quadro de garantia integral e evidência que cada país deverá seguir com suas políticas e diretrizes, sempre priorizando os interesses das futuras gerações. (VERONESE, 1999, p. 13).

Primeiramente, para tratar melhor do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, há que necessariamente falar-se do conceito de família e dos princípios existentes. O conceito de família, originalmente surgiu como um único

modelo sociocultural, o qual, trata-se de uma construção no tempo e espaço, movida por múltiplas transformações culturais.

Conforme o ensinamento de Fachin (2014, p.36), que:

A família, como realidade sociológica, apresenta, na sua evolução histórica, desde a família patriarcal romana até a família nuclear da sociedade industrial contemporânea, íntima ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais.

Essas transformações culturais, referenciam-se com o exemplo do modelo romano no Brasil, onde o patrimônio era mantido pela centralização de poder na figura paterna. Entretanto, com as transformações, crescimento das cidades e a inserção da mulher no mercado de trabalho atual, o modelo patriarcal deixou suas origens de lado, passando agora para um novo modelo de agrupamento.

Abordado pela Diniz (2008, p.9), o conceito atual de família:

Família no sentido amplíssimo seria aquela em que indivíduos estão ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade. Já a acepção lato sensu do vocábulo refere-se àquela formada além dos cônjuges ou companheiros, e de seus filhos, abrange os parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins (os parentes do outro cônjuge ou companheiro). Por fim, o sentido restrito restringe a família à comunidade formada pelos pais (matrimônio ou união estável) e a da filiação.

A família pós-moderna, é caracterizada pela questão da afetividade, possibilitando assim a concretização do chamado princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Segundo expõe Colucci (2014, p.7):

A origem do melhor interesse da criança adveio do instituto inglês *parens patriae* e que tinha por objetivo a proteção de pessoas incapazes e de seus bens. Com sua divisão entre proteção dos loucos e proteção infantil, esta última evoluiu para o princípio do *best interest of child*.

Os principais princípios existentes no ECA são: Princípio da Prioridade Absoluta, Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente e Princípio da Municipalização.

O princípio originalmente foi oficializado pelo sistema jurídico inglês, posteriormente adotado pela comunidade internacional na Declaração dos direitos da criança em 1959. Todavia, no Brasil já estava presente no respectivo art. 5º do Código

de Menores sob a égide da doutrina da situação irregular.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, aborda um conceito estritamente vago e impreciso, pois a legislação atual, não prevê os casos em que há necessidade de haver a incidência. Pois de fato é que não há qualquer possibilidade de o legislador prever casos concretos que pudessem envolver o respectivo princípio (COLUCCI, 2014, p.9).

A doutrina da proteção integral consagrada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, tem como pilar o Melhor Interesse da Criança e do Adolescente e por finalidade, na específica área da incriminação de seus atos, diminuir restrições de direitos que seriam próprias do sistema penal comum. O referido princípio foi consagrado na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, em seu art. 3º. (SHECAIRA 2015, p. 166-167).

Esclarecendo melhor o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, nas palavras de Amin (2014, p.69):

Melhor interesse não é o que o Julgador entende que é melhor para a criança, mas sim o que objetivamente atende à sua dignidade como criança, aos seus direitos fundamentais em maior grau possível. À guisa de exemplo, vamos pensar em uma criança que está em risco, vivendo pelas ruas de uma grande cidade, dormindo ao relento, consumindo drogas, sujeita a todo tipo de violência. Acolhê-la e retirá-la das ruas, mesmo contra sua vontade imediata, é atender ao princípio do melhor interesse. Com o acolhimento, busca-se assegurar o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao respeito como pessoa, à sua dignidade, a despeito de não se atender, naquele momento, ao seu direito à liberdade de ir vir e permanecer, onde assim o desejar. Tratasse de mera ponderação de interesses e aplicação do princípio da razoabilidade. Apesar de não conseguir assegurar à criança todos os seus direitos fundamentais, buscou-se a decisão que os assegura em maior número, da forma mais ampla possível.

A melhor definição ao princípio é a garantia de assegurar ao menor o direito à vida, saúde, alimentação, educação, dignidade e tratamento igualitário perante as outras.

Segundo as ideias de Gama (2008, pág. 80):

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais, em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado a sujeito de direito, ou seja, a pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família de que ele participa. Cuida-se, assim, de reparar um grave equívoco na história da civilização humana em que o menor era relegado a plano inferior, ao não titularizar ou exercer qualquer função na família e na sociedade, ao menos para o direito.

Segundo o comentário de Destarte, Josiane Rose Petry Veronese (1994, p.207):

À justiça da infância e da juventude está reservado, a partir do advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, importante papel na solução de conflitos em torno dos direitos das crianças e dos adolescentes, sempre que esses direitos forem de alguma forma violados ou ameaçados por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, ou por falta, omissão, ou ainda, abuso dos pais ou responsáveis. Desta forma, não havendo um cumprimento adequado dos deveres da família, da sociedade ou do Estado, faz-se pertinente o recurso à justiça, a quem compete a resolução do litígio, garantindo ou restabelecendo até de forma coercitiva, se necessário for, os direitos por eles conquistados e já transcritos legalmente.

Portanto, o maior interesse do menor é sempre o fator determinante em qualquer caso de atribuição de guarda, sendo necessária a observância do bem-estar do menor e do seu melhor desenvolvimento de qualquer outra circunstância.

2.3 GUARDA NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A palavra guarda, tem sua origem no latim *guardare*, que traduz uma ideia de proteção, cuidado e vigilância.

Várias são as conceituações para o termo “guarda”, segundo Diniz (2002, pág. 503) “Guarda é o instituto que visa prestar assistência material, moral e educacional ao menor, regularizando posse de fato.”

Conjunto de relações jurídicas que existem entre uma pessoa e o menor, dimanados do fato de estar este sob o poder ou a companhia daquela, e da responsabilidade daquela em relação a este, quando á vigilância, direção e educação. (Neto, 1994, pág. 138).

Segundo o ensinamento de Grisard (2002, pag. 49): “Guarda é o direito de reter o filho junto a si e de fixar-lhe residência, levando implícita a convivência cotidiana com o menor.”

Assim, compreende-se que, a guarda é um direito e um dever do responsável para com o menor, com o intuito de protegê-los, educá-los, fornecendo á este todo o necessário ao seu crescimento saudável.

Igualmente, qualquer dos casos em que haja a necessidade de atribuição da guarda de um menor, tanto nos casos de adoção quanto em de separação conjugal, sempre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente será o fator determinante de escolha.

Neste sentido, segundo o entendimento de Grisard Filho (2002, pág. 64): “O interesse dos filhos deve primar por cima de qualquer outro interesse, ou circunstância, do pai ou da mãe.”

No estatuto da criança e do adolescente, mais precisamente em seu art. 19³, determina que: “toda criança ou adolescente tem direito a ser criado no seio de sua família e excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes”. (BRASIL, 2018).

E uma das formas é a guarda, pois é um direito assegurado na Constituição Federal de 1988. Existem três espécies de guarda: unilateral, alternada e compartilhada.

Compreende-se por guarda unilateral, segundo dispõe o parágrafo 1º do art. 1583 do Código Civil, com a redação dada pela Lei n. 11698⁴, de 13 de junho de 2008, “a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua”. Essa tem sido a forma mais comum: um dos cônjuges, ou alguém que o substitua, tem a guarda, enquanto o outro tem, a seu favor, a regulamentação de visitas. Tal modalidade apresenta o inconveniente de privar o menor da convivência diária e contínua de um dos genitores. Por essa razão, a supramencionada Lei n. 11.698/2008 procura incentivar a guarda compartilhada, que pode ser requerida por qualquer dos genitores, ou por ambos, mediante consenso, bem como ser decretada de ofício pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho. No tocante à guarda unilateral, a referida lei apresenta critérios para a definição do genitor que oferece “ melhores condições” para o seu exercício, assim considerando o que revelar aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: “ I - afeto nas relações co o genitor e com o grupo familiar, II – saúde e segurança; III – educação” (CC, art. 1583, parágrafo 2º)⁵. Fica afastada,

³ Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

⁴ Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

⁵ § 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:
I – Afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

assim, qualquer interpretação no sentido de que teria melhor condição o genitor com mais recursos financeiros. (GONÇALVES, p. 266, 267).

Guarda Alternada, os pais se alternam na guarda dos filhos, em que cada um, com a sua alternância exerce com exclusividade a sua guarda. Sendo uma modalidade de guarda unilateral ou monoparental, caracterizada pelo desempenho exclusivo da guarda, segundo um período predeterminado, que pode ser anual, semestral, mensal ou outros. Essa modalidade de guarda não se encontra disciplinada na legislação Brasileira e nada tem a ver com a guarda compartilhada, que se caracteriza pela constituição de famílias multinucleares, nas quais os filhos desfrutam de dois lares, em harmonia, estimulando a manutenção de vínculos afetivos e de responsabilidades, primordiais à saúde biopsíquica das crianças e dos jovens. (DIAS, 2011, p.528).

Por fim, a guarda compartilhada seria considerada a mais completa, pois é a única a qual a criança não precisará dividir a residência entre os genitores, ambos têm a responsabilidade e convívio próximo, conforme nos mostra Paulo Lôbo (LÔBO, 2011, p 199).

A guarda compartilhada pode ser requerida ao juiz por ambos os pais, em comum acordo, ou por um deles nas ações litigiosas de divórcio, dissolução de união estável, ou, ainda, em medida cautelar de separação de corpos preparatória de uma dessas ações. Durante o curso de uma dessas ações, ao juiz foi atribuída a faculdade de decretar guarda compartilhada, ainda que não tenha sido requerida por qualquer um dos pais, quando constatar que ela se impõe para atender às necessidades específicas do filho, por não ser conveniente que aguarde o desenlace da ação. A formação e o desenvolvimento do filho não podem esperar o tempo do processo, pois o seu tempo é vida que flui. Também pode ser requerida a guarda compartilhada, conforme decisão do STJ, pelos parentes com os quais viva a criança ou o adolescente. No caso, tratava-se de adolescente que vivia com a avó e um tio, há doze anos, desde os quatro meses de vida. Os parentes pediram a guarda compartilhada para regularizar uma situação de fato, para o bem-estar e o benefício da menor e para poder inclui-la como dependente de ambos. O TJSP (tribunal de origem), ainda que reconhecesse a possibilidade da guarda compartilhada, julgou por sua inconveniência porque a família substituta deveria ser formada a partir do referencial “casal” – marido ou mulher que se assemelhe. A guarda compartilhada é exercida em conjunto pelos pais separados, de modo a assegurar aos filhos a convivência e o aceso livres a ambos. Nessa modalidade. A guarda é substituída pelo direito à convivência dos filhos em relação aos pais. Ainda que separados, os pais exercem em plenitude o poder familiar. Consequentemente tornam-se desnecessários a guarda exclusiva e o direito de visita, geradores de “pais-de-fins-de-semana” ou de “mães-de-feriados”, que privam os filhos de suas presenças cotidianas.

II – saúde e segurança;

III – educação

No ECA, nos artigos 33, 34 e 35⁶ trata-se expressamente do instituto guarda. No estatuto, a guarda é a modalidade pela qual a criança é colocada em família substituta que tem como destinação a regularização da posse de fato. Obrigando por assim dizer a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente. (BRASIL, 2018)

A questão da guarda pela qual o menor é posto em uma família substituta é consequência gerada por abandono ou orfandade, ou seja, o dever de guarda por parte do poder familiar não foi cumprido, que implica no zelo que os pais devem ter com sua prole, ou em razão da morte destes.

Em sua obra Rossato, Cunha e Lepore (2011, p. 178), esclarecem a respeito do dever de guarda:

Desta feita, conclui-se que se os pais descumprirem com o dever de cuidarem de seus filhos, “o dever de guarda se destacará do poder familiar e ganhará natureza jurídica diferenciada, transformando-se em modalidade de colocação em família substituta”.

Ao contrário da tutela, a guarda não implica na destituição do poder familiar, mas sim, transfere à terceiros os componentes de uma família substituta em se tratando da obrigação de cuidar e da manutenção da integridade física e psíquica da criança e do adolescente. Outrossim, não fica afastado o dever material dos pais de assistência alimentar, se o menor dela necessitar, embora o terceiro/guardião assuma a obrigação de prestar assistência material, moral, educacional.

Nesse sentido, lecionam Rossato, Léporo e Cunha (2011, p180):

A Lei 12.010/2009 inseriu o § 4º ao art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que versa sobre guarda. Segundo a inovação legal, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público. O exercício do direito de visitas e o dever de prestar alimentos só estarão impedidos durante a guarda exercida por terceiros se houver expressa e fundamentada determinação em contrário, emanada da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para a adoção. (p. 180).

Quanto às modalidades de guarda o Estatuto prevê duas possibilidades, a definitiva e a provisória. A primeira regulariza a posse de fato da criança e do

⁶ 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

Art. 34. O poder público estimulará, por meio de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente afastado do convívio familiar.

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

adolescente nos processos de tutela e adoção, como exposto supra. Por outro lado, é provisória, precária, a modalidade que se destina a atender situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsáveis, fora dos casos de tutela ou adoção e até que sejam tomadas as medidas adequadas para a defesa de seus interesses. (Santos, 2013).

Por fim, conforme art. 35, a guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial, ouvido o Ministério Público. Não obstante, a sentença proferida em ação de guarda faz coisa julgada material e não meramente formal. Contudo, como se trata de relação jurídica continuativa, a prevalecer o interesse da criança e do adolescente, está sujeita a revisão, desde que alterados os fatos (ROSSATO, LÉPORE E CUNHA, 2011, p. 180)

O Estatuto da Criança e do adolescente ao dispor sobre a questão da guarda dos mesmos tem como uma base primordial a proteção e o bem-estar da criança e do adolescente para sua formação moral, psíquica e social.

3. DIREITO PREVIDENCIÁRIO

No presente capítulo será abordado de forma aprofundada e objetiva a respeito da Previdência Social, bem como do seu histórico inicial, origem, evolução até os tempos atuais e principalmente alguns dos benefícios previdenciários, em especial dando como foco no benefício de pensão por morte e também suas características, importâncias, requisitos e por fim um breve histórico.

Direito Previdenciário, tem como principal função o estudo e a regulamentação do instituto chamado seguridade social. (KERTZMAN, 2016, p. 27).

Através da seguridade social, obteve-se uma maior abrangência as áreas da saúde, assistência social e pôr fim a previdência social. É o que nos explica de acordo com a Constituição Federal de 1988, em seu art. 194⁷. Assim, as primeiras formas de proteção social no Brasil tinham caráter beneficente e assistencial.

Segundo as pesquisas realizadas por Oliveira (Direito do trabalho e Previdência Social, 1996, p. 91):

O primeiro texto em matéria de previdência social no Brasil foi expedido em 1821, pelo ainda Príncipe Regente, Dom Pedro de Alcântara. Trata-se de um Decreto de 1º. De outubro daquele ano, concedendo aposentadoria aos mestres e professores, após 30 anos de serviço, e assegurado um abono de $\frac{1}{4}$ (um quarto) dos ganhos aos que continuassem em atividade.

3.1 BREVE HISTÓRICOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Em breve histórico, a previdência social é um segmento da chamada seguridade social, juntamente com os princípios, regras e por fim instituições destinadas a estabelecerem um sistema de proteção social, por meio das contribuições dos segurados, que tem por objetivo proporcionar meios indispensáveis para a subsistência do segurado e sua família, contra as ocorrências de perdas ou reduções das remunerações dos segurados, podendo ser de forma temporária ou permanente, de acordo com a previsão da lei. (MARTINS, 2013, p.288).

O termo Previdência é a possibilidade de haver uma hipótese, precaução e previsão. Contudo a previdência em relação aos meios sociais é segundo o dicionário Aurélio “o conjunto de medidas e instituições que são guiadas para a proteção ao trabalhador ou ao funcionário público, tendo por si só seus dependentes e beneficiários, em situações de doença, velhice, desemprego e acidente” (FERREIRA,

7 Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa os 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;

2008).

Assim, a Previdência Social tem como objetivo a proteção ao trabalhador e sua família como também promover o bem-estar social através do sistema público de política previdenciária solidária, e utiliza-se dos parâmetros estabelecidos por regimes previdenciários. O grande papel da previdência entra em ação assim como em qualquer seguro, quando ocorre algum evento que impossibilita o segurado de garantir sua renda normal para seu sustento e garantir o da família (NOLASCO, 2012).

A proteção social é um conjunto de ações governamentais com intuito de atender às necessidades indispensáveis do cidadão brasileiro relacionado as áreas da saúde, previdência social e assistencial (OLIVEIRA, 2000).

Tratando-se da legislação nacional e segundo a doutrina majoritária, considera-se o marco histórico inicial da previdência social, a partir da publicação do Decreto Legislativo nº 4.682, de 24/1/1923, conhecido também como Lei Eloy Chaves, criadora das chamadas caixas de aposentadoria e pensões nas empresas de estradas de ferro existentes. E foi por meio dessas contribuições dos trabalhadores que também favoreciam através do benefício de pensão por morte a seus dependentes, após o óbito do próprio segurado, além de assistência médica e diminuição do custo de medicamentos. Contudo, o regime das caixas era ainda muito desconhecido na época, e, como era estabelecido por empresa, o número de contribuintes foi, às vezes, insuficiente (STEPHANES, 1998, p. 94).

A Lei Eloy Chaves definiu o financiamento da previdência social como sendo tripartite, ou seja, os empregados contribuía com certo percentual sobre seus vencimentos, enquanto o empregador contribuía, mas com um percentual da renda bruta anual da empresa, enquanto o Estado contribuía com recursos provenientes de uma taxa adicional sobre os serviços prestados pelas empresas a que as caixas pertenciam (SOCIAL 1933).

De fato, a Lei Eloy Chaves, criou aos trabalhadores vinculados a empresas privadas, entidades que conseguem se aproximar das atuais conhecidas como entidades fechadas de previdência complementar, e também através dos fundos de pensão, já que eram constituídos por empresas, embora, como relata Stephanes:

Muitas vezes não se atingia o número necessário de segurados para o estabelecimento de bases securitárias, ou seja, um número mínimo de filiados com capacidade contributiva para garantir o pagamento dos

benefícios em longo prazo. No entanto, a Lei Eloy Chaves acolheu em sua proposta dois princípios universais dos sistemas previdenciários: o de caráter contributivo e o limite de idade, embora vinculado a um tempo de serviço” (STEPHANES, 1998, p. 94).

De regra, o modelo contemplado na Lei Eloy Chaves possui algumas semelhanças ao modelo alemão de 1883, em que se identificam em três características fundamentais: (a) a obrigatoriedade de participação dos trabalhadores no sistema, sem a qual não seria atingido o fim para o qual foi criado, pois, mantida a facultatividade, seria mera alternativa ao seguro privado; (b) a contribuição para o sistema, realizada pelo trabalhador, bem como pelo empregador, ficando o estado como responsável pela regulamentação e supervisão do sistema; e (c) por fim, um rol de prestações definidas em lei, tendentes a proteger o trabalhador em situações de incapacidade temporária, ou em caso de morte do mesmo, assegurando-lhe a subsistência (PEREIRA NETTO, 2002, p. 36).

O Decreto nº 16.037, de 30 de abril de 1923, criou o Conselho Nacional do Trabalho incumbindo-se a decidir sobre questões relativas à Previdência Social. (MPS, 2009).

O decreto nº 19.433, de 26 de novembro de 1930 instituiu o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, com o objetivo de orientar e supervisionar a Previdência Social, inclusive também como órgão de recursos das decisões decretadas a respeito das Caixas de Aposentadorias e Pensões. A partir deste momento o Estado passou a contribuir para o sistema previdenciário. Surgem então os Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPS) e o IAPC (Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Comerciais) abrangendo os marítimos, bancários, comerciários e industriários (PARAVANI, 2012).

Com a regulamentação das caixas de aposentadorias e pensões acabou que as portas se abriram para instituições de outras caixas envolvendo diversas das categorias de trabalhadores, bancários, comerciários, aeroviários, trabalhadores rurais e servidores públicos, aos quais, previram a forma de custeio da previdência da respectiva categoria, além dos benefícios a serem concedidos (NOLASCO, 2012).

Com o sistema tripartite de financiamento da previdência social foi estabelecido pela Constituição de 1935 na qual ficam obrigados o trabalhador, empregador e o Estado de contribuírem a previdência, conforme define de acordo a Lei nº 159, de 30 de dezembro de 1935. Esta forma de custeio torna-se inviável devido

ao grande crescente débito da União, uma vez que, a arrecadação proveniente da taxaçoão de bens e serviços não era suficiente para quitar a parcela pendente devida pela união (OLIVEIRA, 1999).

Em suma, com o surgimento da Lei Eloy Chaves, criaram-se também outras caixas em empresas de diversos ramos da atividade econômica. Entretanto a primeira crise do sistema previdenciário ocorreu em 1930, com fato de acontecerem inúmeras fraudes e denúncias de corrupção, e o governo de Getúlio Vargas suspendeu, por seis meses, a concessão de qualquer aposentadoria. A partir desse acontecimento, passa-se então com o tempo a ser estruturada por união de categorias profissionais, surgindo os chamados IAP – Institutos de aposentadoria e pensões (STEPHANES, 1998, p. 94).

De acordo com o pensamento de OLIVEIRA (1999, p. 4), a respeito da previdência brasileira:

A previdência social desde a década de 30 foi alvo de constante manipulação política essencialmente no que se refere à utilização dos institutos como instrumentos de captação de poupança forçada para a realização de investimentos em setores da economia considerados estratégicos pelo governo, que visava promover o processo de industrialização do país e maximizar seu apoio político (por exemplo, a construção de Brasília, o financiamento da Companhia Vale do Rio Doce, da Companhia Siderúrgica Nacional etc.).

Em 1966, os institutos foram unificados, tornando-se o INPS (Instituto Nacional da Previdência Social). A união do INPS com o Instituto de Administração Financeira da Previdência (IAPAS) originou, em 1990, o Instituto Nacional do Seguro Social (MATOS. 2012, p. 301-333).

A década de 1970 foi marcada pela inclusão previdenciária e pela criação do Ministério da Previdência e Assistência Social. Os Empregados domésticos, autônomos, maiores de 70 anos e inválidos que não eram contribuintes passaram a integrar o sistema. Este período marcou os primeiros sintomas de dificuldades financeiras (SIMONASSI, 2003).

Em 1973, houve alterações na legislação, em relação aos limites, a base de cálculo, alíquotas, critérios para concessão e valor de benefícios. Assim este momento ficou conhecido como o chamado milagre econômico do ano 70, mas a crise do petróleo no ano de 1975 acabou obrigando o legislador a rever os benefícios que foram oferecidos pela previdência, uma vez que, já não estariam de acordo com a

situação atual financeira (STEPHANES, 1994, p.15).

Para tanto a Previdência Social passou a oferecer um quadro de benefícios além do que poderiam bancar. As causas do desequilíbrio eram: gerenciais conjunturais e estruturais. Um dos principais problemas gerenciais era que um número volumoso de trabalhadores passou a ter o direito a benefícios de aposentadoria, sem contribuírem para o sistema. E ainda acréscimo de valor no cálculo das aposentadorias dos servidores públicos (STEPHANES. P.18, 1994).

Com isso, a Emenda Constitucional nº 20, de 1998, trouxe algumas mudanças significativas, optando pela manutenção dos regimes públicos de repartição, distinguidos conforme os trabalhadores em geral, servidores públicos civis e os militares, estabelecendo ajustes para assim minimizar a concessão de aposentadorias precoces. No RGPS o “tempo de serviço” foi substituído pelo “tempo de contribuição”; houve a extinção da aposentadoria proporcional e da aposentadoria especial para professores universitários (ALMEIDA, 2003).

Um país como o Brasil com uma população em torno de 203 milhões possui um complexo e abrangente sistema de proteção social, com significativa cobertura de riscos sociais (MPS, 2009).

A Seguridade Social é financiada pela sociedade de forma direta e indireta utilizando-se de recursos provenientes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de contribuições sociais (SOCIAL, 2002).

Conforme o esclarecimento de (IBRAHIM, 2010):

a seguridade brasileira pode ser definida como um **conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade** como descreve o caput, do art.194, da CF/88, **destinada a assegurar o direito à saúde, à Previdência Social e à assistência social.**

A evolução histórica da Seguridade Social contou com dois momentos marcantes, na Inglaterra com a Lei de Amparo aos pobres (PoorReliefAct) de 1601, instituindo a Assistência Social na Constituição obrigatória para fins sociais, consolidando outras leis sobre assistência pública, enquanto a Previdência Social, sob inspiração de Otto Von Bismark, foi instituída na Alemanha, em 1883, com a criação de uma série de seguros sociais de modo a atenuar a tensão existente nas classes trabalhadoras em 1883, foi instituído o auxílio doença custeado pelas contribuições dos empregados e do Estado, em 1884 decretou-se o seguro contra acidentes do

trabalho com custeio dos empresários e, em 1889, criou-se o seguro de invalidez e de velhice, custeado pelos trabalhadores, pelos empregados e pelo Estado (DUARTE, 2003,p.23).

A seguridade social é um órgão que além de ser da competência da união para legislar, segundo o art. 22, inciso XXIII, da Constituição Federal⁸, e também é um órgão que cumpre com ações do tipo governamentais para assim assegurar ao atendimento das questões de necessidades básicas quanto à proteção da família, maternidade, infância, adolescência, velhice e a pessoa portadora de deficiência ainda que não tenha contribuído para a previdência social. (OLIVEIRA, 2000).

Por fim o conceito de Seguridade Social é: um conjunto de princípios, regras e de instituições destinadas a estabelecerem um sistema de proteção social aos indivíduos em desfavor as contingências que impeçam de adquirirem suas necessidades pessoais, e são integrados por ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, visando assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (MARTINS, 2000,p.43).

Como nos mostra LEITE (1992), a respeito do conceito de seguridade social;

A seguridade social, é um conjunto de medidas, que são destinadas a atenderem às necessidades básicas dos seres humanos. No entanto, o direito da seguridade social é para garantir o mínimo de condição social necessária para se ter uma vida digna, e atender ao fundamento exposto da Constituição Federal no art.1º, III⁹.

O Direito da Seguridade Social contém várias regras e princípios, sendo uma disciplina autônoma e prevista na Constituição Federal, no parágrafo único do artigo 194¹⁰. A maioria de suas regras está disposta na Lei 8212/91 e 8.213/91 e em suas alterações.

O sistema em si limita-se ao atendimento de eventualidades previstas em lei como pressuposto para a concessão do benefício. Exemplificando: um determinado

⁸ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: XXIII - seguridade social;

⁹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

¹⁰ 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;

acaso somente possibilitara a concessão de uma prestação pelo sistema previdenciário se estiver previsto em lei como seu fato gerador. A doença, por exemplo, poderá fazer o direito subjetivo ao benefício de auxílio-doença, pois a Lei 8.213/91, com base no artigo 201 da Constituição Federal¹¹, determina ser aquela o fato gerador deste (GONÇALVES, 2005, p.09).

Segundo (MARTINEZ, 1992, p.83 e 99), ele conceitua a previdência social;

A técnica de proteção social que visa propiciar os meios indispensáveis à subsistência da pessoa humana – quando esta não pode obtê-los ou não é socialmente desejável que os afaça pessoalmente através do trabalho, por motivo de maternidade, nascimento, incapacidade, invalidez, desemprego, prisão, idade avançada, tempo de serviço ou morte – mediante contribuição compulsória distinta, proveniente da sociedade e de cada um dos participantes.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu o sistema de Segurança Social com objetivo de o estado brasileiro atuar de forma simultânea nas áreas como da saúde, assistência social e previdência social, para que as contribuições sociais passem a cobrar as ações do estado em três áreas e não sendo somente no campo da Previdência Social (CASTRO e LAZZARI, 2005, p.55).

A Seguridade Social possui seus próprios princípios. Sendo eles, todos integrados e destinados a garantir os direitos relativos à saúde, previdência e a assistência social, seguindo as disposições do artigo 1º do Decreto nº. 3.048/99¹² e da Constituição Federal, em seu artigo 194, parágrafo único¹³.

Estes princípios particulares da seguridade social estão espalhados pela Constituição Federal e leis securitárias. Entre os mais importantes, estão os

¹¹ 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:

I - Cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

II - Proteção à maternidade, especialmente à gestante;

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;

IV - Salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

V - Pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

¹² Art. 1º A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinado a assegurar o direito relativo à saúde, à previdência e à assistência social.

¹³ 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;

abordados na Constituição de 1988, em seu parágrafo Único, no art. 194, que, apesar de serem denominados objetivos, são princípios reais, que descrevem as normas elementares da seguridade, e direcionam também toda a atividade legislativa e interpretativa (IBHAHIM, 2010, p.70).

Segundo (GONÇALVES, 2005, p.15), a respeito do princípio da Universalidade da cobertura e atendimento da Seguridade Social elencados na Constituição Federal;

Universalidade da Cobertura e do Atendimento. Este princípio da universalidade representa a própria ideia da Seguridade Social, tal como concebida no Plano Beveridge, que defendia um sistema que protegesse o cidadão do berço ao túmulo, contra as situações de necessidade social.

Por universalidade da cobertura entende-se que, a proteção social deverá alcançar todos os eventos cuja sua reparação seja permanente, a fim de que possa manter-se a subsistência de quem necessitá-la (CASTRO; LAZARRI, 2010, p.114).

Já a questão da Universalidade do atendimento significaria a entrega de ações, que foram prestadas e serviços da seguridade social a todos que precisarem, tanto pela questão previdenciária como em referência a casos da saúde e da assistência social (VIANNA, 2010, p.15).

Assim, segundo LENZA (2013, p.44), cita a respeito do princípio da universalidade da cobertura;

Assim como a subjetiva faz referência ao campo da aplicação pessoal, em virtude deste princípio e como aplicação ao campo material, a seguridade social deve cobrir todos os riscos ou contingências sociais possíveis: doença, invalidez, velhice, morte etc. Em um sistema completo, este aspecto é fundamental porque permitiria que a seguridade social cumprisse seus fins. Porém, esse princípio não significa que toda pessoa tem direito a reclamar prestações por qualquer estado de necessidade, mas, sim, que poderá gozar desse direito quando cumprir certos requisitos previstos pelo ordenamento jurídico e em determinada circunstância. Esse princípio se reflete no aforismo que diz 'a seguridade social ampara o homem desde seu nascimento e até depois de sua morte', convertendo esta ciência numa garantia que tem a pessoa para conseguir o desenvolvimento total de sua personalidade.

A respeito do princípio da Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais, antes da adição das Leis nº 821/91 e 8213/91, no Brasil houve distintos regimes de previdência voltados mais aos trabalhadores do setor privado, assim sendo uma parcela destinada aos trabalhadores rurais, e com menor proteção social, e a outra seria destinado aos urbanos. Com intuito de se buscar acabar com a desigualdade de tratamento, o legislador constitucional

determina a uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços, sem haver uma unificação de regimes, assim todos gozam dos mesmos benefícios e serviços num único regime (VIANNA, 2010, p.16).

Assim, a uniformidade garante que haja os mesmos benefícios e serviços da seguridade social, que são oferecidos aos trabalhadores rurais e urbanos. Pois ao passo que a equivalência, reconhece as presentes dificuldades que são passadas pelos trabalhadores rural, a exemplo a sazonalidade do plantio, colheita e época para pesca (EDUARDO E ROMANO, 2016, p.23).

Sobre este princípio, IBRAHIM (2011, p.67), nos tece a respeito;

apesar de a área rural ser extremamente deficitária, a igualdade de tratamento justifica-se, já que todos são trabalhadores. Se as contribuições rurais não atingem patamar adequado, isto não é culpa do trabalhador. Ademais, cabe aqui a aplicação do princípio da solidariedade – os trabalhadores urbanos auxiliam no custeio dos benefícios rurais.

A seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços implicara que as prestações fornecidas apenas a quem realmente necessitar, desde que haja enquadramento nas situações que a lei definir. Logo a exemplo, só poderão usufruírem do auxílio doença os segurados que estiverem em situação de incapacidade temporária para o trabalho. Assim, o presente princípio deixa claro que, há uma seleção dos riscos sociais carecedores de proteção (KERTZMAN, 2016, p.57 e 58).

Quanto ao próximo princípio, nos tece VIANNA (2008, p.50), sobre a seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

Implica a destruição de renda e proteção social. Os serviços e benefícios serão concedidos com equidade e justiça, o que não significa que um contribuinte da Previdência Social, por exemplo, receberá integralmente tudo o que contribuiu aos cofres do sistema. Todas as contribuições são convertidas em uma caixa único (e não individualizado), e o Estado trabalha distribuindo com retidão estes valores aos serviços e benefícios nas áreas da saúde, assistência e previdência social. Existe uma destruição de renda (benefícios de assistência social, aposentadorias, etc.) e uma distribuição da proteção social (serviços de saúde, auxílio doença, etc).

Tratando-se do princípio da Irredutibilidade do valor dos benefícios, significa que os benefícios em si concedidos não poderão ter valores nominais reduzidos, assim garantindo suas correções e atualizações através de índices oficiais que irão garantir o poder aquisitivo para os beneficiários (PAULA, 2013, p.26).

Este princípio está equivalente ao da intangibilidade do salário dos empregados e vencimento dos servidores, ou seja, este benefício é legalmente concedido pela Previdência Social ou também pela Assistência Social, não podendo ter seu valor nominal reduzido, nem descontado, salvo por lei judicial. O art. 201, §2º, da Constituição Federal ¹⁴, estabelecem o reajuste periódico dos benefícios (KRAVCHYCHYN, 2014, p.26).

A respeito da do princípio da Irredutibilidade do valor dos benefícios, novamente nos mostra VIANNA (2008, p.51);

Não obstante a garantia constitucional da irredutibilidade, os beneficiários do Regime Geral da Previdência Social vêm, há longos anos, sofrendo verdadeiro “achatamento” na renda mensal percebida, seja em comparação com o salário mínimo ou com o próprio teto de benefícios divulgado pelo Ministério da Previdência Social, problema que se tem buscado corrigir através de ações judiciais.

O princípio da equidade na forma de participação no custeio tem como objetivo a distribuição, com justiça e retidão, o percentual de contribuição cabível para a sociedade, para que assim pratique-se a manutenção do sistema da Seguridade Social. (VIANNA, 2008).

Outro princípio chamado diversidade da base de financiamento, segundo relata-nos LENZA (2013, p.48):

Outras fontes de custeio podem ser instituídas para garantir a expansão da seguridade social. Para tanto, deve ser observado o disposto no § 4º do art. 195, que remete ao art. 154, I, de modo que novas fontes de custeio só podem ser criadas por meio de lei complementar, desde que não cumulativas e que não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos já discriminados na CF.

E por fim, o último princípio que pelos ensinamentos de VIANNA (2013, p.52), nos traz a participação da sociedade na seguridade social a respeito do caráter democrático e descentralizado da administração;

Esta participação é exercida através dos órgãos colegiado de deliberação, quais sejam: Conselho Nacional de Saúde (Lei n. 8.080/90), Conselho Nacional de Assistência Social (Lei n. 8.742/93, art. 17) e Conselho Nacional de Previdência Social (Lei n. 8.213/91, art. 3ª), que têm composição paritária integrada por representantes do Governo Federal, representantes dos aposentados, representantes dos trabalhadores em atividade e representantes dos empregadores.

14 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:

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

Assim a seguridade social contempla três importantes áreas: Saúde; Assistência Social e a Previdência Social sendo está o foco do presente capítulo. Dessa forma, a Saúde é garantida mediante a políticas sociais e econômicas que assim visam uma redução no risco de adquirirem doenças e também não faltando o direito de acesso universal e igualitário às ações e a serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Os deveres do Estado não eximem o das pessoas, famílias, empresas e da sociedade. O direito à saúde é um direito fundamental ao ser humano (MARTINS, 2002, p.505).

A Assistência Social são atividades particulares e estatais direcionadas ao atendimento dos hipossuficientes, consistindo os bens oferecidos em pequenos benefícios em capital, fornecimento de assistência à saúde, e de alimentos entre outras pequenas transações. A Assistência Social não só complementa os serviços da Previdência Social, como também amplia, em razão da natureza da clientela e das necessidades providas pelas mesmas (MARTINS, 2002, p.485).

E por último, a Previdência Social tem como objetivo a proteção ao trabalhador e sua família como também promover o bem-estar social através do sistema público de política previdenciária solidária, e utiliza-se dos parâmetros estabelecidos por regimes previdenciários. O grande papel da previdência entra em ação assim como em qualquer seguro, quando ocorre algum evento que impossibilita o segurado de garantir sua renda normal para seu sustento e garantir o da família (NOLASCO, 2012).

Logo, segundo o pensamento de (MARTINS, 2000, p.43);

Seguridade Social é uma novidade constitucional que provém do latim *securitati(m)*, palavra que apesar de estar em desuso foi agora empregada na Constituição de 1988, que em seu artigo 194 a define como um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e a assistência social.

A Lei 8.212/91 trata da organização da Seguridade Social, onde o legislador fica devendo as normas sobre a efetivação da seguridade social, por falta de definição política e reconhecida incapacidade de efetivamente atender as diretrizes constitucionais da ambiciosa matéria. Seguridade Social é uma técnica de proteção social avançada em relação à Previdência Social, capaz de integrá-la com a assistência social e incorporar as ações de saúde. Mas, mais ainda, é um esforço nacional extraordinário no sentido de um amplo atendimento à população, obreira ou

não, empenho cujos objetivos estão à distância (MARTINEZ, 1999, p.83).

3.2 BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS

No plano dos benefícios da previdência Social (BRASIL, Lei 8.213, 1991), estão elencados os benefícios e serviços que irão atender aos objetivos fixados no art. 201 da Constituição Federal de 1988, são eles: Aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de contribuição, aposentadoria por invalidez, aposentadoria especial, auxílio-doença, salário-família, salário maternidade, auxílio acidente, pensão por morte e auxílio reclusão (BRASIL, Lei n 8.213, 1991, art. 18).

A Previdência Social compreende-se em dois tipos de regimes, os básicos (compulsórios) e os complementares (facultativos), os regimes básicos são relacionados aos regimes gerais da Previdência Social e os regimes próprios de Previdência Social (IBRAHIM, 2006, p. 417).

Igualmente, algumas prestações previdenciárias acabam exigindo um número mínimo em relação às contribuições que são requisitos indispensáveis a fruição delas. Essas exigências se chamam de carência. A dependência da prestação previdenciária almejada, a carência será (BRASIL, Lei 8.213, 1991, art. 25):

- I - auxílio-doença e aposentadoria por invalidez: 12 (doze) contribuições mensais; II - aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de serviço e aposentadoria especial: 180 contribuições mensais.
- III - salário-maternidade para as seguradas de que tratam os incisos V e VII do art. 11 e o art. 13: dez contribuições mensais, respeitado o disposto no parágrafo único do art. 39 desta Lei.

Logo, o benefício o qual será abordado melhor suas características, requisitos, formas de concessão e dando com fulcro aos interesses da criança e ao adolescente sob guarda será a pensão por morte, que no capítulo a seguir iremos abordar.

4 PENSÃO POR MORTE E SEUS LEGITIMADOS, CRIANÇA E ADOLESCENTE SOB GUARDA EM PARALELO AO RECURSO EXTRAORDINARIO N° 847.204/MA DO STF

No Último capítulo, será abordado a respeito do benefício previdenciário que será tema principal da pesquisa, a pensão por morte, e de forma geral, com base nas decisões jurisprudenciais do Tribunal Regional Federal da 4ª região, na ação direta de inconstitucionalidade nº 5083/DF e por fim no Recurso extraordinário com agravo nº 847.204/MA, a respeito do benefício de pensão por morte em relação à criança e ao adolescente sob guarda.

A análise da ADI, onde o principal tema discutido é a retirada da criança e do adolescente como requerentes possíveis do benefício de pensão por morte sob guarda, casos onde segundo TRF 4, há possibilidades e não da concessão do mesmo. Outrossim, será analisado com base em paralelo ao recurso extraordinário nº 847.204/MA do STF, assim em conjunto com a Lei 8.213/1991, art. 16.

A pensão por morte como se conhece, é um benefício assistencial, onde é dirigido aos dependentes do segurado, sendo homem ou mulher, que vier a falecer, estando aposentado ou não, conforme relata o art. 201, V, da Constituição Federal¹⁵, e regulamentada pelo art. 74 da Lei nº 8.213/91¹⁶ do Regime Geral da Previdência Social. Ou seja trata-se de uma prestação de pagamento continuado, substituidora do salário do segurado que veio a óbito (CASTRO, 2001, p.489).

Como nos mostra Correia (2001, p.270);

Pensão por morte seria o benefício previdenciário devido aos dependentes indicados em lei no caso do risco morte do segurado, observando condições para sua concessão. Esse benefício, no plano infraconstitucional, vem previsto nos arts. 74 a 79 da Lei nº 8.213, de 1991.

Havendo também três classes de dependentes da pensão por morte, segundo nos mostra Gonçalves (2005, p.180/181).

- I) Conjugue, a companheiro, e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido;
- II) Os pais;
- III) O irmão, não emancipado de qualquer condição menor de 21 anos ou inválido.

Assim, tratando do seu período de carência, conta com 12 contribuições, porém seu dispositivo não foi convertido em lei, o que acabou perdendo sua eficácia (CASTRO, 2004, p.492).

Assim, o benefício de pensão por morte, independe de carência, por força do art. 26, I, da Lei nº 8.213/91 (HORVATH JUNIOR, 2004, p.154).

Para a concessão da pensão por morte, há que se partir da lei 8.213/91, onde os efeitos retroagiram a 05/04/1991 – art.145 caput, o benefício independe de número mínimo de contribuições pagas pelo segurado. Bastando a comprovação da situação como segurado para ser gerado o direito ao benefício. Logo os óbitos que

¹⁵ 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:

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º

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

¹⁶ Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data:

I - do óbito, quando requerida em até 180 (cento e oitenta) dias após o óbito, para os filhos menores de 16 (dezesesseis) anos, ou em até 90 (noventa) dias após o óbito, para os demais dependentes;

II - do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior;

III - da decisão judicial, no caso de morte presumida.

forem anteriores a 05/04/1991, a carência exigida pela legislação vigente era de 12 mensais.

Sendo assim, o benefício de pensão por morte será devido a contar da data do óbito do segurado, se for requerido até 90 dias, pelo dependente maior de 16 anos, da data do óbito e pelo dependente menor 16 anos, até 90 dias após completar essa idade. Antes da publicação da Lei 13.183, de 04/11/2015, a pensão por morte tinha prazo para requerimento de até 30 dias. (KERTZMAN, 2016, p.451).

Em casos de habilitação tardia do dependente, a data de iniciação do benefício será a data do óbito, sendo aplicado os devidos reajustamentos até a data de início do pagamento, não sendo devida a qualquer importância relacionada ao período anterior à data de entrega do requerimento (art. 105, §1º, do RPS).

Caso o segurado entrar em óbito sem ter cumprido no mínimo 18 contribuições mensais ou também ter dois anos de união, acaba deixando o benefício de pensão por morte ao seu conjugue no período de apenas 4 meses, caso o segurado tiver cumprido as 18 contribuições e os dois anos de união, ou mesmo sem cumprir esses requisitos, e o óbito for decorrente de um acidente de natureza qualquer, ou de doença, deixará o benefício por períodos variáveis a depender da idade do conjugue sobrevivente. (art. 77, V, C, Lei 8.213/91).

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

V - para cônjuge ou companheiro:

c) transcorridos os seguintes períodos, estabelecidos de acordo com a idade do beneficiário na data de óbito do segurado, se o óbito ocorrer depois de verdadeiras 18 (dezoito) contribuições mensais e pelo menos 2 (dois) anos após o início do casamento ou da união estável:

1) 3 (três) anos, com menos de 21 (vinte e um) anos de idade;

2) 6 (seis) anos, entre 21 (vinte e um) e 26 (vinte e seis) anos de idade;

3) 10 (dez) anos, entre 27 (vinte e sete) e 29 (vinte e nove) anos de idade;

4) 15 (quinze) anos, entre 30 (trinta) e 40 (quarenta) anos de idade;

5) 20 (vinte) anos, entre 41 (quarenta e um) e 43 (quarenta e três) anos de idade;

6) vitalícia, com 44 (quarenta e quatro) ou mais anos de idade.

Assim, o benefício de pensão por morte, não é exigível carência, mas o período de 18 contribuições mensais, apenas deixa claro que não há impedimento para concessão do benefício, mas apenas reduz a duração da pensão por morte do conjugue para quatro meses, contudo na questão do filho ele continuará recebendo o benefício até completar seus 21 anos, no caso por exemplo de seu genitor que veio a óbito contribuiu em 6 meses para o INSS (KERTZMAN, 2016, p.456).

O valor referente ao benefício da pensão por morte é de 100% do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou que tinha direito se estivesse aposentado por invalidez na data do seu óbito ou recolhimento à prisão (KERTZMAN, 2016, p.458).

Em casos especiais, a pensão por morte somente será devida ao dependente inválido que for maior de idade, se for comprovada por meio de perícia médica a existência de invalidez na data do óbito do segurado (TAVARES, 2011, p.184).

4.1 DECISÕES JUDICIAIS A RESPEITO DA CONCESSÃO OU NÃO DE BENEFÍCIOS DE PENSÃO POR MORTE AO MENOR SOB GUARDA.

O presente capítulo, irá tratar das decisões judiciais com base nas jurisprudências localizadas no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, onde verificou-se as questões da concessão e não do benefício de pensão por morte a criança e adolescente sob guarda.

Assim, será abordado com base nos votos dos relatores a questão do motivo da concessão ou não do benefício, juntamente com fundamentação teórica sobre o tema.

Sob fundamento da lei n. 9.528/97, a qual é mais recente que do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como, a lei especial derroga a lei geral, assim a guarda referente no ECA não tem abrangência no direito previdenciário em face da disposição da Lei n 9.528/97, devido a isso o INSS acaba indeferindo os benefícios previdenciários de pensão por morte realizados pelos dependentes dos segurados. (ANGELIS, 2014, p.40).

Outra tese a qual é invocada pelo INSS é a regra chamada de contrapartida, ou seja, é baseada no princípio da precedência da fonte de custeio, que está previsto no §5º do art. 195 da CF¹⁷, onde dispõe que, nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, ou majorado ou estendido sem a

¹⁷ Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

[...]

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

correspondente fonte de custeio total (ANGELIS, 2014, p.40).

Colhe-se assim os entendimentos jurisprudenciais deferidas a concessão e indeferidas:

A) DECISÕES CONTRÁRIAS:

A primeira jurisprudência foi publicada em 10/12/2018, no TRF1^o da primeira região, onde o órgão julgado é a 1^o Câmara Regional Previdenciária de Minas Gerais, onde trata de uma remessa necessária e apelação do INSS em face da sentença proferida pelo Juiz Federal Renato Martins Prates, que em ação ordinária ajuizada por Luiz Felipe Costa Mata, representado por sua curadora Rogéria Costa, contra o INSS, foi solicitado o pedido de pensão por morte, na qualidade de inválido, por decorrência do falecimento de seu tio e guardião Virgílio Costa Junior. Recurso nº 0006787-14.2009.4.01.3800.

APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. CONSTITUCIONAL. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PENSÃO POR MORTE. CONDIÇÃO DE DEPENDENTE. MENOR SOB GUARDA. TIO MATERNO. POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO FIXADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM JULGAMENTO DE RECURSO REPETITIVO (RESP 1.411.258/RS. TEMA 732). MAIORIDADE DO AUTOR À DATA DO ÓBITO DE SEU GUARDIÃO. AUSÊNCIA DA QUALIDADE DE DEPENDENTE PREVIDENCIÁRIO. CASSAÇÃO DO BENEFÍCIO. SENTENÇA REFORMADA. SUCUMBÊNCIA INVERTIDA. 1. As regras que se aplicam ao Regime Geral da Previdência Social estão disciplinadas no art. 201 da Constituição Federal e, no âmbito infraconstitucional, encontram-se regulamentadas notadamente nas Leis 8.212/1991 e 8.213/1991. De tal modo, a concessão dos benefícios previdenciários, bem como o gozo das prestações respectivas, submete-se a requisitos genéricos e específicos, consoante a espécie de prestação previdenciária pretendida. 2. Da norma contida no art. 74 da Lei 8.213/1991, conforme a redação da Lei 9.528, de 10/12/1997, extrai-se que a pensão por morte tem como requisitos: a) o falecimento do instituidor do benefício; b) a sua qualidade de segurado e c) a relação de dependência. 3. O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de recurso repetitivo (REsp REsp 1.369.832/SP, Ministro Amaldo Esteves Lima, Primeira Seção, Tema 643, DJ de 07/08/2013), consolidou o entendimento de que a concessão de benefício previdenciário se rege pela norma vigente ao tempo em que o beneficiário preenchia as condições exigidas para tanto. Inteligência da Súmula 340/STJ, segundo a qual a lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado. No caso, aplica-se a Lei 8.213/1991, com as alterações promovidas pela lei 9.032/95, tendo em vista que o óbito ocorreu em 05/03/2006. 4. A qualidade de segurado do instituidor não foi questionada, uma vez que é incontroversa a condição de segurado do de cujus que era aposentado (INFBEN de fl. 36), limitando-se a controvérsia à qualidade de dependente do autor (inválido) na data do óbito de seu guardião (tio), instituidor do benefício. 5. Tem-se que o autor estava sob a guarda do segurado Virgílio Costa Júnior (tio materno) desde 14/06/2000 (Certidão e Sentença de guarda de fls. 9 e 17/18), sendo o autor à época menor, com 15 anos de idade. 6. Enquanto menor sob guarda, o autor teria direito ao benefício em questão, pois em julgamento de Recurso Repetitivo (Tema 732), RESP 1.411.258/RS, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de

21/02/2018, o Superior Tribunal de Justiça fixou entendimento de que "a alteração do art. 16, § 2o. da Lei 8.213/91, pela Lei 9.528/97, ao retirar o menor sob guarda da condição de dependente previdenciário natural ou legal do Segurado do INSS, não elimina o substrato fático da dependência econômica do menor e representa, do ponto de vista ideológico, um retrocesso normativo incompatível com as diretrizes constitucionais de isonomia e de ampla e prioritária proteção à criança e ao adolescente. Nesse cenário, a jurisprudência desta Corte Superior tem avançado na matéria, passando a reconhecer ao menor sob guarda a condição de dependente do seu mantenedor, para fins previdenciários. Precedentes: MS 20.589/DF, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, Corte Especial, DJe 2.2.2016; AgRg no AREsp. 59.461/MG, Rel. Min. OLINDO MENEZES, DJe 20.11.2015; AgRg no REsp. 1.548.012/PE, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 20.11.2015; AgRg no REsp. 1.550.168/SE, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 22.10.2015; REsp. 1.339.645/MT, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 4.5.2015." Com efeito, "diante da Lei Geral da Previdência Social que apenas se tornou silente ao tratar do menor sob guarda e diante de norma específica que lhe estende a pensão por morte (Lei 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 33, § 3o.), cumpre reconhecer a eficácia protetiva desta última lei, inclusive por estar em perfeita consonância com os preceitos constitucionais e a sua interpretação inclusiva. Em consequência, fixa-se a seguinte tese, nos termos do art. 543-C do CPC/1973: o menor sob guarda tem direito à concessão do benefício de pensão por morte do seu mantenedor, comprovada a 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." 7. O referido precedente da Corte Superior não socorre o autor, pois à época do falecimento do instituidor, em 05/03/2006, o autor já havia atingido a maioridade, pois constava com 21 anos e 6 meses, visto que nasceu em 22/09/84 (fl. 08). Independentemente de ter sido considerado inválido (doente mental) - nos autos do processo de interdição (Perícia e Sentença de interdição de fls. 72/77 e 84/86), em que foi nomeada como curadora sua mãe (Rogéria Costa) - tal fato não tem o condão de estender sua condição de dependente previdenciário do de cujus, tendo esta cessado quando do implemento da maioridade do autor (22/09/2002). Assim, merece reparo a sentença, sendo indevida a concessão do benefício tendo em vista a ausência da qualidade de dependente do autor à data do óbito do instituidor da pensão. 8. Apelação do INSS provida. Remessa oficial prejudicada. 9. Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC" (enunciado Administrativo STJ nº 7). Inverso a sucumbência para condenar a parte autora em honorários no importe de 10% (dez por cento) do valor da causa, ficando, todavia, suspensa a exigibilidade enquanto perdurarem os requisitos da concessão da justiça gratuita deferida nos autos. (TRFI, AC 0006787-14.2009.4.01.3800, PRIMEIRA TURMA, Relator FRANCISCO NEVES DA CUNHA, juntado aos autos 10/12/2018).

Presente o voto do desembargador federal Francisco Neves da Cunha:

Presentes os pressupostos gerais e específicos de admissibilidade, conhecimento da remessa necessária e do recurso voluntário, para dar provimento à apelação do INSS e julgar prejudicada a remessa oficial. As regras que se aplicam ao Regime Geral da Previdência Social estão disciplinadas no art. 201 da Constituição Federal e, no âmbito infraconstitucional, encontram-se regulamentadas notadamente nas Leis 8.212/1991 e 8.213/1991. De tal modo, a concessão dos

benefícios previdenciários, bem como o gozo das prestações respectivas, submete-se a requisitos genéricos e específicos, consoante a espécie de prestação previdenciária pretendida.

O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de recurso repetitivo (REsp REsp 1.369.832/SP, Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, Tema 643, DJ de 07/08/2013), consolidou o entendimento de que a concessão de benefício previdenciário rege-se pela norma vigente ao tempo em que o beneficiário preenchia as condições exigidas para tanto. Inteligência da Súmula 340/STJ, segundo a qual a lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado.

[...]

Assim, merece reparo a sentença, sendo indevida a concessão do benefício tendo em vista a ausência da qualidade de dependente do autor à data do óbito do instituidor da pensão.

Ante o exposto, dou provimento à apelação do INSS para julgar improcedente o pedido do autor de concessão de pensão por morte, restando prejudicada a remessa necessária.

Inverto a sucumbência para condenar a parte autora em honorários no importe de 10% (dez por cento) do valor da causa, ficando, todavia, suspensa a exigibilidade enquanto perdurarem os requisitos da concessão da justiça gratuita deferida nos autos.

O relator entende e decide o desprovimento do pedido de pensão por morte do autor, pela falta de qualidade de dependente, onde o segurado na data do óbito teve a vigência da lei que não mais contemplaria o menor sob guarda como dependente, seja pela ausência de prova da invalidez. Logo o falecimento do segurado foi em 2006, quando o autor já havia completado a maioridade, independentemente de ser inválido ou não, acaba cessando a implementação da concessão.

Já no seguinte julgado publicado em 21 de fevereiro de 2019 do TRF 2, o infante também contra o INSS, num recurso de apelação, onde a apelante Victoria Pinto Cartaxo, ajuíza em face da sentença proferida pelo juízo da 9ª vara federal do Rio de Janeiro, onde nos autos da ação ordinária, que julgou improcedente o pedido autoral de concessão do benefício de pensão por morte relativo a seu falecido avô, uma vez que o referido art. 16 da lei nº 8.213/91 não tem contemplação o neto como dependente previdenciário.

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO. PENSÃO POR MORTE. NETA. MENOR. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. ARTIGO 16 DA LEI N.º 8.213/91. TUTELA OU GUARDA NÃO VERIFICADOS. RECEBIMENTO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA. NATUREZA CIVIL X NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. I. A questão controvertida cinge-se em saber se merece reforma a sentença proferida pelo julgador monocrático, que julgou

improcedente o pedido autoral de concessão de pensão por morte, uma vez que o artigo 16 da lei n.º 8.213/91 não contempla o neto como dependente previdenciário, além do fato de que não restou comprovado que o falecido teria a guarda ou a tutela da apelante, a fim de comprovar eventual dependência econômica. II. O artigo 16 da lei n.º 8.213/91, por opção legislativa, não contempla a neta, ainda que menor, como dependente do segurado falecido. Ademais, não se verificou a existência de guarda ou tutela da apelante pelo avô segurado falecido. III. O recebimento de pensão alimentícia em nada influi no presente caso, visto que é instituto de natureza civil, diverso da pensão por morte, que possui caráter previdenciário, cujos requisitos para a obtenção não se confundem com aquela. IV. Recurso de apelação a que se nega provimento (TRF2, AC 0139190-18.2014.4.02.5101, TURMA ESPECIALIDADE I – PENAL, PREVIDENCIÁRIO E PROPRIEDADE INDUSTRIAL, RELATOR: MARCELLO FERREIRA DE SOUZA GRANADO, 09ª VARA FEDERAL DO RIO DE JANEIRO, Data da publicação 21/02/2019)

Verifica-se no voto do desembargador Marcello Granado:

Preliminarmente, conheço do recurso, uma vez presentes os seus requisitos e pressupostos processuais. A questão controvertida cinge-se em saber se merece reforma a sentença proferida pelo julgador monocrático, que julgou improcedente o pedido autoral de concessão de pensão por morte, uma vez que o artigo 16 da lei n.º 8.213/91 não contempla o neto como dependente previdenciário, além do fato de que não restou comprovada que o falecido teria a guarda ou a tutela da autora, a fim de comprovar eventual dependência econômica. A pensão por morte é um benefício previdenciário de prestação continuada, que tem como intuito suprir a falta de quem provia as necessidades econômicas do beneficiário, concedida aos dependentes do segurado que vier a falecer, sendo aposentado ou não, nos moldes do artigo 16 da lei n.º 8.213/91.

Neste caso o relator verificou que não há qualquer presença no art 16 da lei 8.213/91 da neta como contempladora para o recebimento do benefício. Assim não houve qualquer forma de comprovada a neta menor de idade estar sob a guarda do avô falecido para a comprovação de dependência econômica, mesmo que ainda recebia pensão alimentícia decorrente de acordo celebrado em sede judicial nos autos de ação de oferecimento de alimentos.

A próxima decisão jurisprudencial encontrada foi proferida pelo TRF da 4ª Região, em acórdão publicado em 3 de setembro de 2019, ao julgar a ação ordinária ajuizada pelo infante contra o INSS, objetivando a concessão da pensão por morte em decorrência do óbito da avó, registrado no referido Tribunal sob o nº 5022759-35.2016.4.04.9999/PR, cuja ementa segue:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. REQUISITOS. MENOR SOB GUARDA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. 1. A concessão do benefício de pensão por morte depende do preenchimento dos seguintes requisitos: a) a ocorrência do evento morte; b) a condição de dependente de quem objetiva a pensão; c) a demonstração da qualidade de segurado do de cujus por ocasião do óbito. O benefício independe de carência e é regido pela legislação vigente à época do óbito. 2. Ausente a prova da

dependência econômica do neto em relação à avó falecida, não é possível a concessão do benefício de pensão. (TRF-4 - AC: 50227593520164049999 5022759-35.2016.4.04.9999, Relator: MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA, Data de Julgamento: 03/09/2019, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DO PR) grifo meu.

Observa-se no voto do desembargador Marcio Antônio Rocha:

O dependente, assim considerado na legislação previdenciária, pode valer-se de amplo espectro probatório de sua condição, seja para comprovar a relação de parentesco, seja para comprovar a dependência econômica. Esta pode ser parcial, devendo, contudo, representar um auxílio substancial, permanente e necessário, cuja falta acarretaria desequilíbrio dos meios de subsistência do dependente (Enunciado. 13 do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS). Não obstante a solução adotada na r. sentença, entendo que não restou comprovada a dependência econômica do autor em relação à de cujus Com efeito, como se observa dos documentos juntados aos autos, o autor tem o pai e a mãe vivos e residentes na mesma cidade (ev. 1, petição inicial 1, p. 1 e outros 7, p. 5, e ev. 15, outros 2, p. 5), sendo que o genitor é servidor municipal desde 2003, percebendo remuneração superior a um salário-mínimo. A mãe, por sua vez, possui vínculos empregatícios esparsos, sendo que se encontra trabalhando atualmente, também percebendo mais de um salário-mínimo mensal.

O relator na decisão acredita não haver a prova necessária para a concessão do benefício de pensão por morte, pois, os pais residiam na mesma cidade e possuíam salários superiores ao mínimo, não restando comprovada que a avó criava e sustentava a criança, ou que tivesse a guarda legítima para cuidar e sustentá-la.

E por fim, publicada em 17/08/2016, do TRF4, trata-se de uma ação ordinária objetivando a concessão do benefício de pensão por morte de militar que veio a falecer. A autora o qual pleiteou a ação contra o INSS, residia com os genitores, mas não constituía núcleo familiar com os mesmos, ou seja, era adotiva por escritura pública formal pelo falecido, não havendo vínculos entre o adotante e a demandante (mulher do falecido).

MILITAR. PENSÃO POR MORTE. CONDIÇÃO DE FILHA ADOTIVA NÃO COMPROVADA. No caso, a parte autora tinha os genitores vivos, estava residindo com os mesmos e não constitui novo núcleo familiar, portanto a adoção por escritura pública pelo falecido militar foi apenas formal, não criando vínculos entre as partes (falecido militar e demandante). Assim, não estando comprovada a dependência do falecido militar, que a parte autora estava sob sua guarda, sustento e responsabilidade, não há como acolher a tese recursal. Não se pode confundir situação de dependência econômica com a simples prestação de auxílio financeiro. Na situação de dependência, o dependente subsiste quase que integralmente a partir da renda vertida por aquele de quem depende; na situação de mero auxílio, o auxiliado recebe ajuda financeira de quem o auxilia, mas reúne condições de subsistir a partir de outras fontes de sustento. (TRF4, AC 5000607-39.2016.4.04.7106, QUARTA TURMA, Relator LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE, juntado aos autos em 17/08/2016)

Segundo o voto do desembargador Luis Alberto D´Azevedo Aurvalle:

A controvérsia a ser solvida cinge-se à (im) possibilidade de concessão da pensão por morte de militar falecido. Examinados os autos e as alegações das partes, fico convencido do acerto da sentença de improcedência, proferida pelo juízo a quo, transcrevendo-a e adotando-a como razão de decidir, nestes termos:

A matéria relativa às pensões foi inicialmente regulada pela Lei nº 3.765/60, especificamente pelo art. 7º.

[...]

Contudo, há fortes indícios de que a adoção da autora tenha sido simulada, com o intuito de obtenção de pensão por morte do pai adotivo. Com efeito, o instituto da adoção tem o objetivo de propiciar à criança e ao adolescente a obtenção de um lar e assistência.

[...]

No caso, a parte autora tinha os genitores vivos, estava residindo com os mesmos e não constitui novo núcleo familiar, portanto a adoção por escritura pública pelo falecido militar foi apenas formal, não criando vínculos entre as partes (falecido militar e demandante). Assim, não estando comprovada a dependência do falecido militar, que a parte autora estava sob sua guarda, sustento e responsabilidade, não há como acolher a tese recursal.

Não se pode confundir situação de dependência econômica com a simples prestação de auxílio financeiro. Na situação de dependência, o dependente subsiste quase que integralmente a partir da renda vertida por aquele de quem depende; na situação de mero auxílio, o auxiliado recebe ajuda financeira de quem o auxilia, mas reúne condições de subsistir a partir de outras fontes de sustento.

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação.

Logo, o relator em suma, deixou a entender que mesmo que a autora residia com o militar e a demandante, não ficou comprovada a dependência alguma com o falecido, tendo em vista que, há uma diferença entre dependência e ajuda financeira da parte. Assim com base nas Leis referente a pensões militares, não fica evidenciado a existência de a adoção ter alguma possibilidade para obter benefícios previdenciários ou pensões.

B) DECISÕES A FAVOR:

Referente as decisões que forem favoráveis a concessão do benefício de pensão por morte a criança e ao adolescente sob guarda. A primeira jurisprudência foi publicada em 03/10/2019 é um caso especial do TRF1, pois trata-se de uma pensão especial, onde o segurado falecido era ex combatente

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PENSÃO ESPECIAL. RESTABELECIMENTO. EX-COMBATENTE FALECIDO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 8.059/90. DEPENDENTE. MENOR SOB GUARDA. AUSÊNCIA DE

PREVISÃO NO ART. 5º DA LEI 8.059/1990. APLICAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES PROTETIVAS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ART. 33, § 3º, DA LEI 8.069/1990. PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA. ART. 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA RECONHECIDA. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO. ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. DATA DO ÓBITO DO INSTITUIDOR. 1. Não obstante eventual ausência de comprovação de requerimento administrativo do direito postulado, deve ser afastada a alegada ausência de interesse de agir da parte autora, quando, como no caso presente, a ré se insurge contra o mérito da ação, na contestação, na apelação ou nas contrarrazões de recurso, restando caracterizada a resistência ao pedido. 2. O direito à pensão de ex-combatente é regido pela legislação vigente ao tempo do óbito daquele, ainda que decorrente da reversão de tal benefício à filha em virtude do falecimento da genitora que o vinha recebendo (MS 21707, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/1995, DJ 22-09-1995 PP-30590 EMENT VOL-01801-01 PP-00159). Na espécie, o ex-combatente faleceu em 01/05/2003 (fls. 31), aplicando-se os requisitos previstos na Lei n. 8.059/90. 3. Consoante o quanto disposto no art. 6º da Lei n. 8.059/90, a pensão especial de ex-combatente pode ser concedida aos seus dependentes, conforme rol presente nos incisos do art. 5º daquele diploma legal, dentre os quais se encontra, conforme dicção do inciso III, o filho e a filha de qualquer condição, solteiros, menores de 21 anos ou inválidos. 4. Em que pese a Lei 8.059/90 não prever o deferimento do benefício de pensão especial de ex-combatente ao menor sob guarda, o Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que a referida omissão não constitui óbice à concessão da benesse, uma vez que o art. 33, § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu que "a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários". Ademais, deve-se assegurar, pelo princípio da prioridade absoluta, estabelecido pela Constituição Federal, em seu art. 227, caput e § 3º, II, bem assim em observância à doutrina da proteção integral do menor e do adolescente, estampada no art. 1º do ECA e ao princípio da isonomia, que seja garantido tratamento igualitário ao menor tutelado, de modo que seja dispensado o exame de eventual dependência econômica, a qual é presumida por força da guarda do menor deferida ao instituidor do benefício, tal como ocorre com os beneficiários relacionados no inciso III do art. 5º da Lei 8.059/90. 5. Na hipótese, verifica-se que a pensão especial de ex-combatente pleiteada pelos autores, em decorrência do óbito de seu avô, foi irregularmente negada pela administração militar, uma vez que, consoante entendimento consolidado no STJ e seguido por esta Corte, a mera omissão legislativa não possui o condão de afastar o direito do menor, cuja dependência em relação ao instituidor foi atestada pela concessão da guarda judicial, de sorte que deve ser reconhecido o direito autoral ao recebimento dos valores pretéritos devidos. 6. A orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o termo inicial para o pagamento de pensão especial de ex-combatente, quando ausente o prévio requerimento administrativo, é a data da citação. Contudo, em se tratando de incapaz, é da data do óbito. Desse modo, no caso dos autos, apenas o menor Matheus Henrique Borges de Lima era absolutamente incapaz quando da formulação da pretensão, eis que nascido em 16/01/1993, de sorte que o termo inicial do benefício deve ser fixado na data do óbito do instituidor. De outro norte, a data de início da benesse deferida à autora Rita Gabriela Borges de Lima deve ser estabelecida na citação da requerida, uma vez que, nascida em 10/10/1985, não ostentava mais a condição de absolutamente incapaz, bem assim à míngua de comprovação de requerimento administrativo. Em ambos os casos, os valores a serem pagos aos requerentes devem ser considerados até a data em que completaram 21 (vinte e um) anos, compensando-se

eventuais importes já pagos sob esse mesmo título. 7. Correção monetária e juros de mora nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal. 8. Apelação da parte autora parcialmente provida, nos termos do item 5 e apelação da União e remessa oficial parcialmente providas, nos termos do item 6. (AC 0001766-50.2006.4.01.3804, DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO LUIZ DE SOUSA, TRF1 - SEGUNDA TURMA, e-DJF1 03/10/2019 PAG.)

Colhe-se assim o voto do Desembargador João Luiz De Sousa:

Trata-se de pedido de concessão de pensão especial de ex-combatente, em decorrência do óbito do instituidor em 01/05/2003 (fls. 31), em favor de seus netos, de quem detinha a guarda judicial, até atingirem 21 (vinte e um) anos de idade.

[...]

Adentrando ao mérito, na esteira da orientação jurisprudencial pacífica do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte Regional, impõe-se reconhecer que a pensão por morte de servidor público militar tem como leis de regência aquelas vigentes ao tempo do óbito do instituidor do benefício.

[...]

Desse modo, no caso dos autos, apenas o menor Matheus Henrique Borges de Lima era absolutamente incapaz quando da formulação da pretensão, eis que nascido em 16/01/1993, de sorte que o termo inicial do benefício deve ser fixado na data do óbito do instituidor. De outro norte, a data de início da benesse deferida à autora Rita Gabriela Borges de Lima deve ser estabelecida na citação da requerida, uma vez que, nascida em 10/10/1985, não ostentava mais a condição de absolutamente incapaz, bem assim à míngua de comprovação de requerimento administrativo. Em ambos os casos, os valores a serem pagos aos requerentes devem ser considerados até a data em que completaram 21 (vinte e um) anos, compensando-se eventuais importes já pagos sob esse mesmo título.

[...]

Posto isso, dou parcial provimento à apelação da parte autora para fixar o termo inicial da pensão especial de ex-combatente a ser paga ao autor Matheus Henrique Borges de Lima na data do óbito do instituidor e dou parcial provimento à apelação da União e à remessa oficial para que, no cumprimento do julgado, sejam observadas as estipulações referentes aos consectários legais, nos termos da presente fundamentação.

Na jurisprudência do caso do ex combatente, o falecido na data do seu óbito tinha dois netos, Matheus e Rita, contudo, apenas Matheus na data do óbito do ex combatente era absolutamente incapaz, enquanto Rita já era maior de idade, sendo possível a concessão parcial para um único neto.

A próxima jurisprudência foi publicada em setembro de 2017, no TRF 4^o, trata-se de uma apelação interposta contra sentença que, julgou procedente o pedido, condenando o INSS a conceder o benefício de pensão por morte na

condição de menor sob guarda.

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. CONCESSÃO. DEPENDÊNCIA. DEMONSTRAÇÃO. TUTELA ESPECÍFICA. 1. É sabido que há divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da questão da guarda e seus reflexos no âmbito do direito previdenciário, ante a aparente antinomia entre o art. 16, §2º, da Lei nº 8.213/91 e o art. 33, § 3º, da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). 2. A redação determinada pela Lei n. 9.528/97 ao § 2.º do art. 16 da Lei n. 8.213/91 não derogou o art. 33 da Lei n. 8.069/90 (ECA). **A ampla garantia de proteção à criança e ao adolescente disposta no art. 227 do texto constitucional não distingue entre o tutelado e o menor sob guarda. Permanece, pois, como dependente a criança e ao adolescente sob guarda judicial, inclusive para fins previdenciários. II. Preenchidos os requisitos contidos no art. 74 da Lei 8.213/91, com a comprovação da dependência econômica dos requerentes em relação à falecida avó, é de ser concedido o benefício de pensão por morte.**3. É possível conceder a pensão por morte ao menor sob guarda, ante a vênua do art. 33, da Lei 8.069/90, bem como porque a ampla garantia de proteção à criança e ao adolescente prevista no **art. 227, da Constituição da República não permite a distinção entre o tutelado e o menor sob guarda. Para tanto, porém, aquele último deve comprovar a dependência econômica em relação ao segurado instituidor, porquanto a Lei nº 9.528/1997 teve o condão de, tão somente, deixar de considerá-la presumida, o que restou demonstrado no caso em apreço. Grifo meu. (TRF4, AC 5069712-23.2017.4.04.9999, SEXTA TURMA, Relator JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA, juntado nos autos em 04/09/2018)**

Segundo o voto do relator desembargador federal Joao Batista Pinto

Silveira;

Da Pensão por Morte na condição de menor sob guarda

Controverte-se nos autos acerca do direito da parte autora à percepção de PENSÃO POR MORTE, na condição de menor sob guarda. **O benefício de PENSÃO POR MORTE rege-se pela legislação vigente quando da sua causa legal, em homenagem ao princípio tempus regit actum, que indica o estatuto de regência ordinariamente aplicável em matéria de instituição e/ou de majoração de benefícios de caráter estatutário.** O evento óbito é o que ditará a legislação de regência do amparo a ser outorgado aos beneficiários do benefício de pensão por morte, oportunidade em que estes deverão comprovar a reunião dos requisitos para a concessão almejada.

No caso, o óbito ocorreu em 02-08-2015 (ev. 3 - anexos pet4), portanto sob a regência da Lei nº 13.135, de 17/06/2015, resultante da Medida Provisória nº 664, de 30 de dezembro de 2014, que alterou os arts. 16, I, III; 74, §§ 1º e 2º; 77, § 2º, incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91.

Para sua fruição, observada a legislação vigente na data do óbito, é necessário o preenchimento dos seguintes requisitos, quais sejam: 1) morte do segurado; 2) manutenção da qualidade de segurado no momento imediatamente anterior ao óbito; e 3) a condição de dependente em relação à pessoa do instituidor da pensão, nos termos do art. 16, da Lei nº 8.213/91. Considerando o não conhecimento da remessa necessária, limito-me a analisar as alegações trazidas pelo INSS em grau recursal. A alegação trazida pela Autarquia cinge-se a impossibilidade de concessão de pensão por morte ao menor sob guarda. Sobre a questão controvertida, primeiramente, passo a tecer as ponderações a seguir.

É sabido que há divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da questão da guarda e seus reflexos no âmbito do direito previdenciário, ante a aparente

antinomia entre o art. 16, §2º, da Lei nº 8.213/91 e o art. 33, § 3º, da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Com efeito, o artigo 33, do ECA, ainda em vigor, dispõe que a guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional ao menor, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. Já o parágrafo terceiro de tal dispositivo atribui à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive os previdenciários.

No mesmo sentido, a redação original do art. 16, da Lei 8.213/91, previa que a guarda deferida judicialmente tinha o condão de permitir a equiparação do menor a filho, sendo, portanto, presumida a dependência econômica.

Assim, no caso acima, fica determinado claramente que, na Constituição Federal, em seu art. 227, não há qualquer distinção entre o tutelado e o menor sob guarda, ou seja, havendo os requisitos preenchidos do art. 74 da Lei 8.213/91¹⁸, comprovação de dependência da criança e adolescente sob guarda judicial da avó falecida e também com fulcro ao art. 33, §3º, da Lei 8.069/90¹⁹, onde é de cunho direito garantidor da criança e do adolescente estando perante a guarda de ter prestação de assistência material, moral, educacional e também previdenciário no que tange benefício.

A jurisprudência seguinte, localizada no TRF4 em 18/07/2019, onde autora tinha uma união estável com o de cujus, e a guarda da menina Leidiane Fuzinato com base na ação guarda proposta, onde a autora obteve a guarda provisória da menor.

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. REQUISITOS. QUALIDADE DE SEGURADO DO FALECIDO. COMPROVAÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. MENOR SOB GUARDA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. 1. A concessão do benefício de pensão por morte depende do preenchimento dos seguintes requisitos: a) a ocorrência do evento morte; b) a condição de dependente de quem objetiva a pensão; c) a demonstração da qualidade de segurado do de cujus por ocasião do óbito. O benefício independe de carência e é regido pela legislação vigente à época do óbito. 2. A jurisprudência firmou entendimento no sentido de que o período de convivência não é o fator determinante na configuração da união estável, mas sim a vida em comum, de forma pública e contínua, com intuito de constituição de família, sendo possível o seu reconhecimento mediante demonstração por todos os meios de prova. 3. **No âmbito deste Tribunal, é firme o entendimento no sentido de equiparar o menor sob guarda aos filhos, para efeitos de proteção previdenciária.**

¹⁸ Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data:

I - Do óbito, quando requerida em até 180 (cento e oitenta) dias após o óbito, para os filhos menores de 16 (dezesesseis) anos, ou em até 90 (noventa) dias após o óbito, para os demais dependentes;

II - Do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior;

III - da decisão judicial, no caso de morte presumida.

¹⁹ 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.

4. O Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Tema 732 firmou a seguinte tese jurídica: "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." (TRF4 5038991-40.2012.4.04.7000, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DO PR, Relator MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA, juntado aos autos em 18/07/2019).

Assim definiu o voto do Desembargador Federal Márcio Antonio Rocha:

No âmbito deste Tribunal, é firme o entendimento no sentido de equiparar o *menor sob guarda* aos filhos, para efeitos de proteção previdenciária.

[...]

Não obstante, em que pese a nova redação do artigo 16, § 2º, da Lei n.º 8.213/91, não contemple, de modo expresso, a figura do menor sob guarda, a sua condição de dependente do segurado, para fins previdenciários, infere-se de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, à luz do contido no art. 227 da Constituição Federal e no artigo 33, § 3º, da Lei n.º 8.069/90 (ECA).

[...]

No caso, verifica-se pelo histórico da relação familiar existente entre a co-autora Leidiane Fuzinato, narrado na ação de guarda nº 0018137-08.2015.8.16.0188, ajuizada perante a 8ª Vara de Família e Sucessão de Curitiba, na qual a autora Roseli Aparecida Pontes obteve a guarda provisória (ev. 136) a condição de proteção emocional e financeira proporcionada pelo casal (instituidor e Roseli) à co-autora desde sua tenra idade. Assim, comprovada a condição de dependente, na qualidade de menor sob guarda, da co-autora Leidiane Fuzinato, reconheço o direito à percepção de pensão por morte, em sua respectiva quota-parte.

Por fim, verifica-se que, a autora possui a guarda provisória a condição de proteção emocional e financeira proporcionada pelo casal, sendo assim, ela pleiteia para reconhecer pensão por morte e a união estável, tendo em vista que não eram casados.

4.2 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5083/DF

O tópico em questão será discutido a respeito da ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade), de nº 5083, onde foi protocolado pela Ordem dos Advogados do Brasil no dia 06 de janeiro de 2013, o qual, trata-se da Lei nº 8.213/1991, em seu art. 16, §2º da Lei federal.

O artigo 2º da Lei Federal nº 9.528/97 (fruto da Medida Provisória nº 1.523/96, que entrou em vigor em 11.10.96, e depois foi convertida na referida lei)²⁰,

²⁰ Lei Federal nº 9.528/97:

Art. 2º Ficam restabelecidos o § 4º do art. 86 e os arts. 31 e 122, e alterados os arts. 11, 16, 18, 34, 58, 74, 75, 86, 94, 96, 102, 103, 126, 130 e 131 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, com a seguinte redação: Art. 16 § 2º O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do

especialmente no que toca à revogação parcial do § 2º do art. 16 da Lei Federal nº 8.213/91²¹ **é inconstitucional porque suprime os menores sob guarda do pensionamento por morte de segurado do INSS**, conforme se vê da redação do dispositivo ora impugnado, a saber:

Como citado logo acima a respeito da Lei 8.213/91, é considerada inconstitucional por motivos da retirada do rol de dependentes do segurado a criança e ao adolescente sob guarda para a concessão do benefício pensão por morte.

É perceptível que, há uma incompatibilidade entre as normas, pois tratando-se da revogação que a lei 9.528/97 ocasionou a Lei 8.213/91, art.16, §2ª, acarretou uma violação aos seguintes princípios: dignidade humana (CF, art. 3º, III), estado democrático de direito (CF, art. 1º), proteção integral da criança e do adolescente como medida protetiva aos direitos previdenciários (CF, art. 227, II, §3º).

Na ADI, de fato a norma legal da presente Lei Federal nº 9.528/97, o qual, institui ao retrocesso do plano dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Logo com a norma revogadora (Lei nº 8.213/91 – Lei de planos de benefícios da previdência social), acaba revelando-se de forma incompatível e inconstitucional, pois acaba por si só desnaturando uma situação jurídica que deveria favorecer a uma medida protetiva para criança e adolescente, como nos mostra abaixo um trecho da ADI.

Ora, a norma revogada colocava o menor sob guarda na qualidade dependente do segurado do INSS, isto é, apto a receber, no caso de morte do instituidor do benefício, pensão por morte, situação que, contudo, foi suprimida da ordem jurídica --- inconstitucionalmente --- pelo artigo 2º da Lei Federal nº 9.528/97, estando nessa supressão indevida de garantia previdenciária ao menor o objeto do juízo de inconstitucionalidade “in abstrato”. Com efeito, a alteração legislativa instituída pela Lei Federal nº 9.528/97 na Lei de Benefícios da Previdência Social (Lei Federal nº 8.213/91) foi inconstitucionalmente concebida porque destruiu, drasticamente, o nível de proteção previdenciária instituído pelo Direito Brasileiro às crianças e aos adolescentes que, sob guarda, seriam dependentes dos segurados do INSS.

A pensão por morte de segurado, garante originalmente com base na Lei 8.213/91, ao menor sob guarda o direito ao benefício previdenciário, conquistado e garantido em face no inciso II do § 3º do art. 227 da Constituição Federal²² e art. 26

segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.

²¹ Lei Federal nº 8.213/91:

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.
22 Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao

da Convenção sobre os direitos da criança, de 20/12/1989)²³, não podendo haver ou sofrer qualquer tipo de retrocessão, como nos mostra abaixo um trecho da ADI:

A pensão por morte de segurado, garantida originariamente pela redação anterior da Lei Federal nº 8.213/91, ao menor sob guarda, era (e é!) direito previdenciário conquistado e garantido em face do inciso II do § 3º do 227 da Carta Maior, **não** podendo sofrer retrocessão na forma insculpida pela Lei Federal nº 9.528/97.

No estatuto da criança e do adolescente também, sendo o guardião protetor da criança e adolescente, em seu art. 33, §3, da Lei 8.069/90²⁴, deixa claro o papel da guarda e confere seus direitos de assistência material, moral, educacional, e inclusive previdenciários.

Assim, esta dimensão normativa que constitui uma conquista da ordem jurídica, não pode ser simplesmente retirada pelo legislador, sem que no mínimo tenha alguma medida compensatória, que acabe por proteger de outras formas a criança e ao adolescente sob guarda.

Com base na doutrina do constitucionalista INGO WOLFGANG (SARLET, 2004, p.98), se tem uma melhor compreensão do rompimento ao princípio da dignidade da pessoa humana em relação ao menor tutelado e o adolescente.

a dignidade da pessoa humana não exige apenas uma proteção em face de atos de cunho retroativo (...), mas também não dispensa (...) uma proteção contra medidas retrocessivas, mas que não podem ser tidas como propriamente retroativas, já que não alcançam as figuras dos direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Basta lembrar aqui a possibilidade de o legislador, seja por meio de uma emenda constitucional, seja no plano legislativo, suprimir determinados conteúdos da Constituição ou revogar normas legais destinadas à regulamentação de dispositivos constitucionais, notadamente em matéria de direitos sociais, ainda que com efeitos meramente prospectivos. Com isso, deparamo-nos com a noção que

jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

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

- I - Idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;
- II - Garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

23 Artigo 26 “Os Estados Partes reconhecerão a todas as crianças o direito de usufruir da previdência social, inclusive do seguro social, e adotarão as medidas necessárias para lograr a plena consecução desse direito, em conformidade com a legislação nacional. Os benefícios deverão ser concedidos, quando pertinentes, levando-se em consideração os recursos e a situação da criança e das pessoas responsáveis pelo seu sustento, bem como qualquer outra consideração cabível no caso de uma solicitação de benefícios feita pela criança em seu nome.”

²⁴ “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**.”

tem sido 'batizada' pela doutrina (...) como proibição (ou vedação) de retrocesso (...)."

O que acontece, é que, a medida em tese apresenta um retrocesso, pois foi inicialmente inaugurada com a lei federal nº 9.528/97, o qual, exclui os "menores sob guarda" da proteção social em respeito à pensão por morte de segurado, entretanto mantém no sistema previdenciário os enteados e menores sob tutela na qualidade de possíveis pensionistas em caso de morte do segurado do INSS.

A ADI Fica clara o flagrante inconstitucional mostrado pelo art. 2º da Lei federal n 9.528/97, especialmente tratando da alteração da redação do §2º do art. 16 da lei federal 8.213/91, em face da violação do princípio da proibição do retrocesso social.

Citação dada na ADI, onde alega haver violação também ao princípio constitucional da isonomia;

Com efeito, há inconstitucionalidade no artigo 2º da Lei Federal nº 9.528/97 no ponto em que revogou em parte o artigo 16, § 2º, da Lei Federal nº 8.213/91, por violação ao princípio constitucional da isonomia (art. 5º, caput, CF), eis que a criança sob guarda está na mesma posição jurídica que o filho, enteado, ou menor sob tutela e dependência econômica, não havendo razão legítima para a discriminação introduzida pela Lei Federal nº 9.528/97, que fora desigualitária e anti-isonômica.

Houve, uma total desigualdade e desrespeito à constituição federal no que tange ao respectivo art. 5º caput, onde infringiu os direitos iguais, bem como presentes na citação acima da ADI, a criança e adolescente sob guarda, não havendo algum sentido da descriminalização para a retirada do rol, o que deixa claro o princípio da isonomia como violado.

O argumento de contraste da Lei Federal nº 9.528/97 ao princípio da isonomia está devidamente sumariado no parágrafo anterior, não necessitando maiores considerações, a não ser a seguinte: não se justifica a discriminação de menores sob guarda, diante da reforma legislativa, até mesmo porque a Constituição Federal, no inciso VI13 do § 3º do artigo 227, elegeu a guarda como instrumento de política pública protetiva do menor.

Ademais, fica destacado, que qualquer reforma legislativa, não justificaria a retirada da criança e do adolescente, sendo que no art. 227 da Constituição Federal, em seu parágrafo 3º, garante a ambos o direito a benefícios previdenciário, como meio de política pública de proteção.

Há também violação ao princípio constitucional da proporcionalidade, como

cito trechos da ADI;

Há, igualmente, inconstitucionalidade da Lei Federal nº 9.528/97, no ponto em que revogou o artigo 16, § 2º da Lei Federal nº 8.213/91, por violação ao princípio constitucional da proporcionalidade (artigo 5º, inciso LIV, CF), tendo em conta os subprincípios da **adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito**.

Como citado, há uma violação também a subprincípios ligados ao da proporcionalidade, os chamados, adequação ou idoneidade, necessidade ou exigibilidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Em se tratando em adequação, a medida legislativa é considerada inadequada, pois ao tentar ser mais protetiva a criança e adolescente ou as questões de fraudes, acaba por si só mais gravosa e não acaba evitando gastos da previdência para melhorar condições, mas gera mais problemas ao violar de forma desrespeitosa a constituição e o ECA.

Ainda mais em caso de pensão por morte, em que o segurado, falecido, nada mais poderá fazer para alterar o título de dependência do menor que esteve sob sua guarda, pois faleceu confiante na legislação que regera suas expectativas e esperanças, a bem das crianças e adolescentes que guarnecera. Ora, a morte já contém o seu grau aterrorizante de imprevisão e incerteza; agravá-la, por obra do claudicante legislador previdenciário, é extrapolar os limites exigidos pelo princípio constitucional da proporcionalidade.

No que se refere ao subprincípio necessidade, trata-se em dizer que a medida adotada é não necessária, pois existem outros meios para evitar problemas econômicos, fraudes e entre outros, para otimizar o caixa da previdência. E por fim o último subprincípio, deixa claro que Lei Federal nº 9.528/97, foi tão desproporcional em sentido estrito que nem houve um estabelecimento de regras para a transição, com intuito de que os atingidos pela inovação pudessem se preparar para as mudanças desenhadas no direito positivo.

Por fim, a medida legislativa inaugurada pela Lei Federal nº 9.528/97 viola o art. 227, caput, e §3º, incisos II e VI da Carta Magna, haja vista que retira o benefício pensão por morte a todos os menores em idêntica situação de guarda para fins previdenciários. Assim, reclama-se interpretação conforme a Constituição ou declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto para fins de fixar exegese que mantenha o pensionamento dos menores sob guarda em face do sistema próprio à proteção da criança e do adolescente.

Afinal, há uma violação do que se trata da proteção prioritária, especial, integral e efetiva para criança e ao adolescente, quando retira o benefício de pensão por morte a todas as crianças em idêntica situação de guarda para fins previdenciários, como é mostrado no art. 227, caput, §3º, II e VI, da Constituição Federal.

Por fim, em 2015 foi requerido a inclusão do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM como "amicus curiae", bem como a respectiva representante, advogada Maria Berenice Dias.

Todavia, após esse despacho, a ADI não possuiu mais nenhuma movimentação relevante, haja vista que sua última movimentação do Superior Tribunal de Justiça, fora no dia 23/01/2019 como Conclusos ao(à) Relator(a).

4.3 RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 847.204/MA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O SEU IMPACTO NAS DECISÕES

No dia 13/10/2016, Ministério Público Federal interpôs contra o INSS a ação civil pública, objetivando, a autarquia para admitir a inscrição de crianças e adolescentes sob guardas judiciais no regime geral da previdência social, na qualidade de dependentes dos guardiões.

Assim, o Tribunal Regional Federal da 1º Região manteve a sentença, como mostra trecho do acórdão;

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PELA CORTE ESPECIAL. INCIDÊNCIA DO ART. 356, § 3º, DO REGIMENTO INTERNO. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 16, § 2º, DA LEI N. 8.213/1991 COM A REDAÇÃO DA LEI N. 9.528/1997. MENOR SOB GUARDA. CONDIÇÃO DE DEPENDENTE NO RGPS. 1. O Ministério Público Federal é parte legítima para ajuizar Ação Civil Pública em matéria previdenciária, uma vez que a lide coletiva versa sobre direito individual homogêneo, socialmente relevante. (...) 3. 'A norma contida no art. 16, § 2º, da Lei n. 8.213/91 – na redação dada pela Medida Provisória 1.523, de 11/10/96, reeditada e convertida na Lei n. 9.528/97-, na parte em que exclui o menor sob guarda judicial da condição de dependente, colocando-o à margem da proteção previdenciária estatal, é inconstitucional, pois não se harmoniza com as garantias estabelecidas na Lei Maior, entre elas as do art. 227, caput, § 3º, II e VI, da Carta. (...) 4. Assim, deve ser mantida a sentença que determinou ao INSS a obrigação de fazer consistente em considerar como beneficiários na qualidade de dependentes, no Regime Geral de Previdência Social, os menores sob guarda judicial. (RESP Nº 1.479.958-MA/ TRFI, AC 199837000013110, Relator Gilmar Mendes, juntado nos autos em 15/03/2018).

Trata-se de um acórdão, onde a ação civil pública, o qual, Ministério Público Federal tem legitimidade ativa para se manifestar, e comenta sobre a arguição de inconstitucionalidade julgada pela corte, a respeito do art. 16 §2º, da lei nº 8.213/91, dada com a redação da lei 9.528/97, para fins de a criança sob guarda em condição de dependente no regime geral.

E como trata-se de matéria previdenciária, o MPF, ajuizou a ação civil, pois a norma contida acaba excluindo a criança e ao adolescente sob guarda judicial da condição de dependentes e possibilidade de receberem o benefício de pensão por morte, assim colocando-as as margens da proteção previdenciária estatal.

De certa forma, infringe de forma clara as normas estabelecidas pela Constituição Federal, em seu art. 227, caput, §3º, II e VI²⁵.

O recurso extraordinário, o INSS, alega não haver nenhuma afronta a Constitucional e cita “ que cabe ao legislador ordinário, apoiando nos princípios da seletividade e distributividade, definir os beneficiários do sistema de seguridade social”, como mostra o trecho do recurso;

O recurso extraordinário foi interposto com apoio na alínea 'b' do permissivo constitucional, sustentando a constitucionalidade do art. 16, § 2º, da Lei n. 8.213/91, na redação dada pela Lei n. 9.528/97. Alegou não existir a apontada afronta ao art. 227 da CF, argumentando que cabe ao legislador ordinário, apoiado nos princípios da seletividade e distributividade, definir os beneficiários do sistema de seguridade social. Advogou não haver afronta ao princípio do não-retrocesso social, salientando que a garantia de direitos previdenciários deve observar o interesse público, a harmonia da vida em sociedade e “a boa gestão dos finitos recursos públicos”. Alegou, ainda, que “o fato de os menores sob guarda não mais serem admitidos como dependentes de seus guardiões não os coloca em situação de desamparo previdenciário, pois na guarda remanesce a dependência para fins previdenciários em relação a seus pais”. Sustentou, por fim, não existir ofensa ao princípio da isonomia, ante a “abissal diferença entre os institutos da guarda e da tutela”.

A parte contrária, acredita e defende que a criança ter sido retirada do rol de dependentes para o recebimento do benefício, não colocaria em situação de desamparo, mas o INSS não utilizou de nenhum meio para prevenção de fraudes beneficiárias, apenas retirou do rol crianças em desenvolvimento e que precisam de sustento educacional, materno entre outros, o que, não há o que se comprovar os motivos da retirada, pois tira a criança e adolescente do detentor de direitos iguais como confere o art. 5º da constituição federal.

²⁵ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

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

II - Garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

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

Segundo Turma Regional Federal da 1ª região, declaram que na redação posta pelo legislador ordinário a respeito da redação da lei 8.213/91, em seu art. 16, §2º, suprime intencionalmente a criança e ao adolescente como beneficiários do regime geral, como mostra o trecho do acórdão, o Recurso Extraordinário, possui seu trânsito em julgado no dia 16/05/2018;

Vê-se, pois, que o legislador ordinário, na nova redação do § 2º do art. 16 da Lei 8.213/91, suprimiu, intencionalmente, do rol dos beneficiários do RGPS, na condição de dependente do segurado, o menor sob guarda judicial. Por sua vez, a Constituição Federal, ao tratar da família, da criança do adolescente e do idoso, determina: Verifica-se, pois, que, em relação à criança e ao adolescente, a Constituição consagra o princípio da proteção integral, cabendo à família, à sociedade e ao Estado o dever de, solidariamente, assegurar-lhes tais direitos naturais fundamentais, com absoluta prioridade. O constituinte elenca, ainda, no § 3º do art. 227 da Carta Maior, sete normas indicativas das obrigações que o legislador ordinário não pode deixar de cumprir, entre as quais destacam-se a garantia, ao menor – criança e adolescente -, dos direitos previdenciários e trabalhistas, e o estímulo do Poder Público ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado. Desse modo, a norma contida no art. 16, § 2º, da Lei 8.231/91 – na redação dada pela Medida Provisória 1.526, de 11/10/96, reeditada e convertida na Lei 9.528/97 – na parte em que exclui o menor sob guarda judicial da condição de dependente, colocando-o à margem da proteção previdenciária estatal, é inconstitucional, pois não se harmoniza com as garantias estabelecidas na Lei Maior, entre elas as do art. 227, caput, § 3º, II e VI, da Carta. O fim social da lei previdenciária é proteger os indivíduos acometidos por alguma contingência da vida e que necessitem de uma assistência estatal, a fim de minimizar os efeitos dos infortúnios, de forma a cumprir o Estado o seu papel de assegurar a dignidade da pessoa humana a todos, em especial ao menor, cuja proteção tem absoluta prioridade. (...) É justamente neste intuito – assegurar os meios indispensáveis à manutenção da família, ou, na hipótese discutida, do menor – que o citado art. 16 da Lei 8.231/91 arrola os beneficiários do RGPS, na condição de dependentes do segurado. Ocorre que a legislação ordinária não pode restringir, indiscriminadamente, a proteção estatal estabelecida pelo texto constitucional. Ademais, conquanto o instituto da guarda possa eventualmente ser utilizado de maneira desvirtuada – como sustenta o INSS -, para o fim primordial de obtenção do benefício previdenciário, a restrição geral- no caso, com exclusão de todos os menores sob guarda judicial da proteção previdenciária-, não se apresenta como a melhor solução, pois deixa ao desamparo previdenciário inúmeras situações nas quais há dependência econômica merecedora da tutela previdenciária. (...) Conclui-se, portanto, que a discriminação trazida pela nova redação do § 2º do art. 16 da Lei 8.213/91 – ao excluir o menor sob guarda judicial da condição de dependente do segurado-, afronta, também, o princípio constitucional da isonomia, previsto no art. 5º, caput, da CF/88, pois, do ponto de vista essencial – não do nomen iuris do instituto jurídico sob cuja tutela vivem -, os menores sujeitos à guarda judicial de outrem necessitam dos mesmos cuidados e da mesma proteção estatal dispensada aos tutelados, diante do infortúnio da morte do guardião ou tutor, conforme o caso.

Na constituição federal, ao tratar de forma mais aprofundada da criança e ao adolescente, ela destaca o princípio da proteção integral, onde caberá a família, sociedade, e o estado para ter o dever de solidariamente assegurar os seus direitos

com total prioridade (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 227). Enquanto o fim social da previdência social é dar proteção aos indivíduos, que estiverem acometidos por alguma contingência da vida e que necessitem de uma assistência estatal, e assim o estado cumprir com sua função de manter a dignidade da pessoa humana a todos, sem restrição a nenhuma pessoa, e especialmente as crianças e adolescentes, que são prioridades.

4.4 A PRESENTE REFORMA DA PREVIDÊNCIA NO INSTITUTO DA PENSÃO POR MORTE.

Por fim, o ultimo capítulo, aborda de forma sucinta e clara a respeito da possível reforma da Previdência Social, em especial com foco na pensão por morte, como era e como ficará se houver a reforma da previdência.

A pensão por morte como se conhece, é um benefício assistencial, onde é dirigido aos dependentes do segurado, onde é um benefício pago aos dependentes do segurado, sendo homem ou mulher, que vier a falecer, estando aposentado ou não, conforme relata o art. 201, V, da Constituição Federal²⁶, e regulamentada pelo art. 74 da Lei nº 8.213/91²⁷ do Regime Geral da Previdência Social. Ou seja trata-se de uma prestação de pagamento continuado, substituidora do salário do segurado que veio a óbito (CASTRO, 2001, p.489).

Como nos mostra Correia (2001, p.270);

Pensão por morte seria o benefício previdenciário devido aos dependentes indicados em lei no caso do risco morte do segurado, observando condições para sua concessão. Esse benefício, no plano infraconstitucional, vem previsto nos arts. 74 a 79 da Lei nº 8.213, de 1991.

Assim, a primeira mudança com a reforma da previdência será em relação as novas regras no pagamento do benefício para dependentes se for aprovada pelo

²⁶ 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:

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º

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

²⁷ Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data:

I - do óbito, quando requerida em até 180 (cento e oitenta) dias após o óbito, para os filhos menores de 16 (dezesesseis) anos, ou em até 90 (noventa) dias após o óbito, para os demais dependentes;

II - do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior;

III - da decisão judicial, no caso de morte presumida.

Congresso Nacional haverão novas formas de pagamento do benefício para os dependentes dos servidores públicos, no Regime Próprio de Previdência Privada e também aos trabalhadores da iniciativa privada, do Regime Geral de Previdência Social que é administrada pelo INSS (SENADO, 2019).

Pela Regra geral, o valor para o cálculo será de 60% do valor do benefício que o segurado recebia + 10% por dependente, sendo cada cota individual para o conjugue ou filho que não estiver emancipado menor de 21 anos, até atingir o máximo de 100% em casos do filho tiver deficiência grave, física ou mental. Sendo o limite máximo do Regime Geral da Previdência Social do teto no INSS de R\$ 5.839,45 em 2019 (SENADO, 2019).

Ou seja, o valor sobre o percentual do cálculo do benefício incidirá 60% se for por exemplo só a viuva, 70% uma viuva com um filho, 80% viuva dois filhos e 90% uma viuva com três filhos (O GLOBO, 2019).

Referente a presente reforma, em relação ao benefício de pensão por morte a criança e ao adolescente encontram-se excluídos do rol de beneficiários para concessão.

5. CONCLUSÃO

No decorrer deste trabalho concluiu-se que a previa decisão da retirada do rol de legitimados a receber o benefício previdenciário pensão por morte, a criança e o adolescente, foi de certa forma uma decisão inconstitucional e violando os princípios básicos da dignidade da pessoa humana.

Como apresentado no primeiro capítulo, o Estatuto da Criança e do Adolescente, garante aos menores dependentes o direito a educação, lazer, segurança e direitos igualitários aos quais são necessários para seu desenvolvimento, sem distinção, mas ainda sim as crianças e adolescentes que estiverem sob guarda acabaram por terem seus direitos "cessados", tendo em vista que a previdência poderia ter utilizado outros meios para combater as fraudes de benefícios, sem atingir o menor sob guarda, onde trata-se de uma parcela mais debilitada economicamente.

Em seguida, no segundo capítulo o direito previdenciário, seus aspectos históricos, surgimento, origem como matéria principal onde tem como foco de estudo a regulamentação do instituto denominado seguridade social. Posteriormente a seguridade social, que teve-se uma divisão importante para estudos em especial nas áreas da saúde, assistência social e por fim a previdência social, surgindo assim no Brasil as primeiras formas de proteção social.

Tendo seu marco histórico inicial com a Lei Eloy Chaves, pelo decreto legislativo nº4.682, de 24/01/1923, onde teve a criação das caixas de aposentadorias e pensões nas empresas de estradas de ferro na época existentes. Onde por meio das contribuições dos trabalhadores que favoreciam através da pensão por morte a seus dependentes após o óbito do segurado, gerando com isso assistências médicas, economia no custo com medicação. Assim foi um modelo muito importante pois além de sua semelhança com o modelo alemão em 1883, o modelo acabou tendo características únicas muito importantes, tais como: a sua necessidade obrigatória em ter participação dos trabalhadores no sistema, a contribuição ao sistema tanto

realizado pelo trabalhador como pelo empregado e o estado como responsável pela segurança, e por fim uma segurança maior ao trabalhador para casos especiais de incapacidades ou morte.

Com o surgimento de um sistema privado, teve-se assim, a unificação da criação dos institutos conhecido hoje como o INSS, que na época era chamado de INPS.

Por fim, a pensão por morte seus legitimados, criança e ao adolescente sob guarda em paralelo ao recurso extraordinário com agravo nº 847.204/MA e ADI 5083/DF, onde conclui-se juntamente com as decisões jurisprudenciais dos Tribunais Regionais Federais da 1º a 4º Região que, o benefício de pensão por morte ao absolutamente incapaz antes dos seus 21 anos ter sido retirado do rol de legitimados foi uma medida adotada pelo INSS que não foi aprovada no STF, havendo contrariedade com base no voto do relator Gilmar Mendes, acreditando-se que, não há que haver distinção entre o tutelado e sob guarda, muito menos quando trata-se de medidas extremas para combater as inviolabilidades entre os benefícios, onde acaba atingindo e ferindo os direitos inerentes relacionados a Constituição Federal e ao Estatuto.

REFERENCIAS

ALMEIDA, Ana Augusta e MEDINA, Carlos Alberto. **Família e menor internado no Estado da Guanabara**: estudo de 4.000 casos. Rio de Janeiro: PUC-Rio/ Centro de Planejamento Social, 1970.

ALMEIDA, Sandra Cristina. (Fevereiro de 2003). **Mudanças Realizadas Na Previdência Social**. pp. 1-10. Disponível em: <<http://www.dca.ufrn.br/~ricardo/files/camara-historico-de-reformas.pdf>>. Acesso em: 25 de Novembro de 2014.

ALMEIDA, Fernanda Maria Brito Gonçalves. **A vida num educandário de meninas**. In: **Educação para a marginalidade**: a problemática do sistema de assistência ao menor. Dissertação (Mestrado em Educação). Salvador: Universidade Federal da Bahia, 1982.

AMADO, Frederico. **Direito e Processo Previdenciário Sistematizado**. 6ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. **Direito Previdenciário**. Coleção Sinopses para Concursos – vol. 27. 7ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

AMIN, Andréa Rodrigues. A evolução histórica do direito da criança e do adolescente. IN MACIEL, Kátia R. F. L. Andrade. **Direito da criança e do adolescente**: Aspectos teóricos e práticos. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ANGELIS, Juliano de. **Menor Sob Guarda e a Condição de Dependente no Direito Previdenciário**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 06 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.51186&seo=1>>. Acesso em: 19 jul.2019

ARIÉS, Philippe. **História social da criança e da família**. 2 ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981.

BACHUR, Tiago Faggioni; AIELLO, Maria Lucia. **Teoria e prática do direito previdenciário**: incluindo modelos de cálculo previdenciário. 2. Ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2009.

BALERA, Wagner (Coord.). **Previdência Social Comentada** – Lei nº 8.212 e Lei nº 8.213/91. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BRASIL. **Ministério da previdência social**. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/pg_secundarias/benefícios_11.asp>. Acesso em: 23/08/2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 5083/DF**. Distrito Federal, 2013 Relator Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 17/02/2019.

_____. **Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 847.204/MA**. Distrito Federal, 2016, Relator Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 17/02/2019.

_____. **Lei 8.212 de 24 de Julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212compilado.htm> Acesso em: 17/02/2019.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed: Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARO, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2004,

_____. **Manual de Direito Previdenciário**. 6 ed. rev. conforme Emendas Constitucionais ns 41 e 42 e a Legislação em vigor até 14.03.2004-São Paulo:LTr,2005.

_____.; LAZZARO, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 12. Ed. rev. e atual. Conforme a legislação em vigor até Janeiro/2010. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

CIRINO, Oscar. **Psicanálise e Psiquiatria com crianças**: desenvolvimento ou estrutura. Belo Horizonte: Autêntica, 2001.

COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. **Princípio do melhor interesse da criança**: Construção Teórica e aplicação prática no direito brasileiro. USP, São Paulo: 2014. Disponível em: < http://buscaintegrada.usp.br/primo_library/.> Acesso em: 4 mar. 2015.

COIMBRA, Feijó. **Direito Previdenciário Brasileiro**. Ed. Edições Trabalhistas, Rio de Janeiro, 1998.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Curso de Direito da Seguridade Social**. São Paulo, 2001.

COSTA, Valéria de Fátima Izar Domingues da. Aposentadoria por Invalidez. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 31, 31/07/2006 Internet. Disponível em: www.ambito-juridico.com.br

CUNHA, Rogério Sanches; LÉPORE, Paulo Eduardo; ROSSATO, Luciano Alves. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, José Carlos. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. CURY, Amaral e Silva, Méndez (Coord.). São Paulo, 1992. In PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança**: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: ed. Renovar, 2000.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DUARTE, Marina Vasques. **Direito Previdenciário**. 2ª Edição, Ed. Verbo Jurídico, Porto Alegre 2003.

EDUARDO, Ítalo Romano, **Curso de direito previdenciário**/ Ítalo Romano Eduardo, Jeane Tavares Aragão Eduardo – 12. Ed. rev. . e atual – Rio de Janeiro: forense; São Paulo: Método, 2016.

FACHIN, Luiz Edson. Direito à visitação. In: Carta Forense. Disponível em <http://www.carteforense.com.br/v1/index.php?id=entrevista&identrevista=46>>

FERREIRA, A. B. (2008-2013). **Dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em: <www.dicionariodoaurelio.com/ > Acesso em 15 de Outubro de 2019.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Guarda compartilhada: novo regime da guarda de criança. In: DELGADO, Mário; COLTRO, Mathias (Coord). **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

GOES, H. M. Manual de direito previdenciário. 4. Ed. Rio de Janeiro: Ed. Ferreira, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil**: direito de família. 2 v. São Paulo: Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Ionas Deda. Direito Previdenciario. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Direito Previdenciário**. 4ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOHN, Maria Glória. História dos movimentos e lutas sociais: a construção da cidadania dos brasileiros. São Paulo: Loyola, 1995.

GRISARD FILHO, Waldyr. A preferencialidade da guarda compartilhada de filhos em caso de separação dos pais. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Direito das famílias**. Editora Revista dos Tribunais, 2009.

HEYWOOD, Colin. **Uma história da infância**: da Idade Média á época contemporânea no Ocidente. Porto Alegre: Artmed, 2004.

HORVATH JUNIOR, Miguel. **Direito Previdenciario**. 4 ed. São Paulo: Quartier Latim, 2004

IBHAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 7ª. Ed. Niteroi, 2006.

_____. **Curso de direito previdenciário**. 14. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

_____. **Curso de Direito Previdenciário** (15ª ed.). Niterói, Rio de Janeiro, Brasil: Impetus. 2010.

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

KERTZMAN, Ivan. **Para aprender Direito**, São Paulo: Barros, Fischer e Associados, 2005.

_____. **Curso Prático de direito previdenciário** – 14ª ed. Salvador Bahia: 2016,

_____. **Curso Prático de direito previdenciário** – 14ª ed. Salvador Bahia: 2016.

KRAVCHYCHYN, Jefferson Luiz, **Prática processual previdenciária: administrativa e judicial**, 5. Ed. – Rio de Janeiro: forense, 2014.

LEPORE. Paulo Eduardo Lépole. **Estatuto da criança e do adolescente comentado A** – 8ª ed.

LENZA, Pedro (Coord.). **Direito previdenciário esquematizado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente: a necessária efetivação dos direitos fundamentais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. (Pensando o Direito no Século XXI; v. 5)

LIMA, Valter Sarro de. **Direito do menor sob guarda à pensão por morte**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3671, 20 jul. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24978>>. Acesso em: 29 maio 2014.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. In: DIAS, Maria Berenice; Pereira, Rodrigo da Cunha (Coord). **Direito de família e o novo código civil**. 4. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri, SP: Manole, 2003.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. A seguridade social na Constituição Federal. São Paulo: LTR, 2ª ed., 1992.

_____. **Curso de direito** previdenciário – tomo I – noções de direito previdenciário. São Paulo: LTr, 1997. 201-208.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social** (13ª ed.) São Paulo, São Paulo, Brasil: Atlas. 2000.

_____. A Emenda Constitucional n. 41/03 e a Reforma Previdenciária para o Servidor Público. In: **Revista do Advogado**, Ano XXIV, n.80, novembro 2004 São Paulo: Atlas, 2000.

_____. Direito da seguridade social. 34. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MPS. Previdência Social: **Reflexões e Desafios**. Debates da Previdência, vl.30. 2009

NAVES, Rubens; GAZONI, Carolina. **Direito ao futuro**: desafios para a efetivação dos direitos das crianças e dos adolescentes. São Paulo: Imprensa Oficial, 2010.

NETO, Fábio Marques de Oliveira. **A dignidade da pessoa humana e as medidas sócio-educativas do Estatuto da Criança e do Adolescente**. Natal, RN: UFRN, 2007. 192 f. Tese de Mestrado – Programa Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2007.

NOLASCO, L. **Evolução histórica da Previdência Social no Brasil e no mundo**. Disponível em: Acesso em 20 de novembro de 2014.

OLIVEIRA, Antonio Carlos de. **Direito do trabalho e previdenciário Social**: estudos. São Paulo: Ltr, 1996. p. 91.

OLIVEIRA, Aristeu de. **Manual Prático da Previdência Social**.9ª ed. São Paulo, São Paulo, Brasil: Atlas. 2000

OLIVEIRA, Francisco Eduardo, et al.(1999). **A Dívida Da União Com A Previdência Social: Uma Perspectiva Histórica**. TEXTO PARA DISCUSSÃO Nº 638. Disponível em: <www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view...> Acesso em 03 de Novembro de 2014.

PARAVANI, E., Frigeri, C. A., Teraoka, S. L., Gimenes, N. A., Andrade, L. J., & Soutello, L. F. (2012). **MANUAL BÁSICO DA PREVIDENCIA**. SÃO PAULO. Disponível em: <www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/previdencia-dez-2012.pdf> Acesso em 05 de outubro de 2019.

PAULA, Sebastião Fautino de. **Curso de direito previdenciário**, 3. Ed – Brasília: Vestcon, 2013.

PEREIRA NETTO, Juliana Pressotto. **A previdência Social em reforma: o desafio da inclusão de um maior número de trabalhadores**. São Paulo: Ltr, 2002.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIZZINI, Irene. **A criança e a lei no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: UNICEF – CESPI/USU, 2002.

ROSSATO, Luciano Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. In: FORTES, Carlos J. S. Fortes. 2013. Disponível em: <http://todoscontraapedofilia.ning.com/profiles/blogs/adcoaoaspectos-praticos-lei-12-010-2009-carlos-fortes>. Acesso em 15 jun 2015.

SALVADOR, Sérgio Henrique. **STJ e a pensão por morte do menor sob guarda: proteção ou restrição social?**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 97, fev2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11156&revista_caderno=20>. Acesso em fev 2019.

SANTOS, Leandro Luís Camargo dos. **Curso de direito da seguridade social**. 1. Ed. São Paulo: LTr, 2004. 384p.

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

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil**. 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4 ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHNAPP, Alain. A imagem dos jovens na cidade grega. In: LEVI, Giovanni & SCHMITT, Jean Claude. **História dos jovens** - da antiguidade à era moderna. Trad. Cláudio Marcondes; Nilson Moulin e Paulo Neves. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. v.I

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVEIRA, Darlene de Moraes. **O conselho municipal dos direitos da criança e do adolescente de Florianópolis**: os (des)caminhos entre as expectativas políticas e as práticas vigentes. 2003. 164f. Dissertação da Universidade Católica de São Paulo em Serviço Social. Florianópolis, 2003.

SIMONASSI, Aloysio Augusto (2003). **Estudo Dos Problemas Gerenciais, Estruturais E Conjunturais Da Previdência Social Do Brasil: 1985 a 1998**. p. 15. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/.../196246.pdf?...>> Acesso em 11 de Outubro de 2019.

SOCIAL, B. M. (2002). **Regime Geral de Previdência Social**: consolidação da legislação. Coleção Previdência Social, 15, p. 573. Disponível em: Acesso em 15 Setembro de 2019

SOCIAL, Ministério da Previdência (s.d.). **A Previdência - Histórico - 1888 - 1933**. Disponível em Ministério da Previdência Social: <www.previdencia.gov.br/conteudoDinamico.php?id=443> Acesso em 21 de Outubro de 2019.

STEPHANES, Reinhold. **Reforma da previdência sem segredos**. Rio de Janeiro: Record, 1998.

TAVARES, José de Farias. **Direito da infância e da juventude**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TAVARES, Marcelo Leonardo, **Direito previdenciário**: Regime geral de previdência social e regras constitucionais dos regimes próprios de previdência social/ Marcelo Leonardo Tavares – 13. Ed. rev. e ampl. E atual – Niterói, RJ: Impetus, 2011.

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

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

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

ANEXOS

ANEXO A

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

“... as conquistas relativas aos direitos fundamentais não podem ser destruídas, anuladas ou combatidas, por se cuidarem de avanços de toda a humanidade, e não dádivas estatais que pudessem ser retiradas segundo opiniões de momento ou eventuais maiorias parlamentares.”

Carmem Lúcia Antunes Rocha

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – CFOAB, serviço público independente, dotado de personalidade jurídica nos termos da Lei nº 8.906/94, inscrito no CNPJ sob o nº 33.205.451/0001-14, por seu Presidente, MARCUS VINÍCIUS FURTADO COELHO (doc. 01), vem, à presença de Vossa Excelência, por intermédio de seus advogados infra-assinados, com instrumento procuratório específico incluso e endereço para intimações na SAUS Qd. 05, Lote 01, Bloco M, Brasília-DF, com base no art. 103, inciso VII, e art. 102, inciso I, alínea “a” da Constituição da República, c/c art. 2º da Lei nº 9.868/99, e de acordo com a decisão plenária tomada nos autos da Proposição n. 49.0000.2011.000362- 8/COP em 09.12.12 – Conselho Pleno (certidão anexa), propor

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE C/C PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR

Em face da a) **CÂMARA DOS DEPUTADOS**, por intermédio de seu Presidente, com endereço para comunicações no Palácio do Congresso Nacional, Praça dos Três Poderes, Brasília-DF; b) **SENADO FEDERAL**, por intermédio de seu Presidente, com endereço para comunicações na Praça dos Três Poderes, Brasília-DF; c) **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, com endereço para comunicações no Palácio do Planalto, Praça dos Três Poderes, todos órgãos/autoridades responsáveis pela elaboração do **artigo 2º da Lei Federal nº 9.528/97**, no que toca à alteração realizada no **§ 2º do artigo 16 da Lei Federal nº 8.213/91** (Lei de Planos de Benefícios da Previdência Social), o que faz pelos 04 (quatro) fundamentos seguintes:

- DO DISPOSITIVO LEGAL IMPUGNADO – E DO PARÂMETRO DE CONTROLE:

- INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 9.528/97 NO QUE TOCA AO DISPOSITIVO ALTERADOR DO ARTIGO 16. § 2 . DA LEI 8.213/91 - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL E AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SEGURANÇA JURÍDICA E SOCIAL, DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

O **artigo 2º da Lei Federal nº 9.528/97** (fruto da Medida Provisória nº 1.523/96, que entrou em vigor em 11.10.96, e depois foi convertida na referida lei), especialmente no que toca à **revogação parcial do § 2º do art. 16 da Lei Federal nº 8.213/91** é inconstitucional porque suprime os menores sob guarda do pensionamento por morte de segurado do INSS, conforme se vê da redação do dispositivo ora impugnado, a saber:

Lei Federal nº 9.528/97:

(...)

Art. 2º Ficam restabelecidos o § 4º do art. 86 e os arts. 31 e 122, e alterados os arts. 11, 16, 18, 34, 58, 74, 75, 86, 94, 96, 102, 103, 126,

130 e 131 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, com a seguinte redação:

(...)

"Art. 16....."

§ 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.

....."

Lei Federal nº 8.213/91 – Redação anterior:

(...)

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

(...)

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

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

(...)

Como se vê, a relação lógica de incompatibilidade entre as normas constitucionais parâmetro e as normas legais objeto¹ está devidamente caracterizada. Isso porque as normas constitucionais parâmetro que foram violadas pelo art. 2º da Lei Federal nº 9.528/97, que revogou parcialmente o § 2º do artigo 16, da Lei Federal nº 8.213/91, são as seguintes: princípio constitucional implícito da proibição do retrocesso social, decorrente do sistema constitucional vigente, designadamente dos seguintes princípios e argumentos de matriz jurídico-constitucional:

princípio do Estado Democrático de Direito (artigo 1º da CF);

princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 3º, III, CF);

princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais (artigo 5º, § 1º, CF);

princípio da segurança jurídica (artigo 5º, caput, CF);

princípio da proteção integral da criança e do adolescente como medida protetiva de direitos previdenciários (inciso II, do § 3º, do artigo 227 da CF); e

princípio da proteção da confiança, como elemento nuclear do Estado de Direito.

De fato, a norma legal objeto da presente Ação Direta (artigo 2º da Lei Federal nº 9.528/97), que instituiu *indevido retrocesso no plano dos direitos fundamentais da criança e do adolescente*, **viola** os princípios constitucionais acima elencados porque a norma revogada bem atendia ao plexo de direitos fundamentais da criança e do adolescente, especialmente em seu garantismo de direitos previdenciários.

No entanto, a norma revogadora³ (*instituinte de medida retrocessiva na Lei Federal nº 8.213/91 - Lei de Planos de Benefícios da Previdência Social*) revela-se inconstitucional porque desnaturou situação jurídica de vantagem protetiva da criança e do adolescente.

Ora, a **norma revogada** colocava o menor sob guarda na qualidade dependente do segurado do INSS, isto é, apto a receber, no caso de morte do instituidor do benefício, pensão por morte, situação que, contudo, foi suprimida da ordem jurídica --- inconstitucionalmente --- pelo artigo 2º da Lei Federal nº 9.528/97, estando nessa supressão indevida de garantia previdenciária ao menor o objeto do juízo de inconstitucionalidade “in abstrato”.

Com efeito, a alteração legislativa instituída pela Lei Federal nº 9.528/97 na Lei de Benefícios da Previdência Social (Lei Federal nº 8.213/91) foi inconstitucionalmente concebida porque destruiu, drasticamente, o nível de proteção previdenciária instituído pelo Direito Brasileiro às crianças e aos adolescentes que, sob guarda, seriam dependentes dos segurados do INSS.

O legislador, no entanto, não observou que o princípio da proibição do retrocesso social impede e dá pela inconstitucionalidade de tais medidas, sobretudo quando suprimem níveis de dignidade humana, na dimensão do mínimo existencial, e de segurança social, cujos desideratos foram estabelecidos em concreção às elevadas tarefas constitucionais e convencionais estabelecidas nos artigos 227, *caput*, e § 3º, inciso II da CF,⁴ bem como do artigo 26 da Convenção sobre os Direitos da Criança, de 20.12.89⁵ (ver artigo 5º, § 2º, da CF), ratificada pelo Brasil em 24.09.1990.

A pensão por morte de segurado, garantida originariamente pela redação anterior da Lei Federal nº 8.213/91, ao menor sob guarda, era (e é!) direito previdenciário conquistado e garantido em face do inciso II do § 3º do 227 da Carta Maior, não podendo sofrer retrocessão na forma insculpida pela Lei Federal nº 9.528/97.

Nesse ponto, a **norma revogada** seguia a filosofia constitucional já concretizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) no seu artigo 33, § 3º⁶, e por ela reforçada em sede de legislação tipicamente previdenciária.

Em outras palavras, esta *dimensão normativa que constitui conquista de nossa ordem jurídica não pode ser impunemente retirada pelo legislador ordinário, sem, ao menos, medidas compensatórias, que protejam, de outras formas, os menores sob guarda em seus direitos previdenciários.*

Contudo, a medida retrocessiva atingiu, substancialmente, quanto aos menores sob guarda, o núcleo essencial dos direitos previdenciários das crianças e dos adolescentes, direitos fundamentais de assento constitucional e convencional, patrimônio do constitucionalismo brasileiro e de seu Direito Social.

A doutrina do festejado constitucionalista **Ingo Wolfgang Sarlet**, nos dá luzes para compreensão desta tese. Diz o Constitucionalista gaúcho:

“... a dignidade da pessoa humana não exige apenas uma proteção em face de atos de cunho retroativo (...), mas também não dispensa (...) uma proteção contra medidas retrocessivas, mas que não podem ser tidas como propriamente retroativas, já que não alcançam as figuras dos direitos

adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Basta lembrar aqui a possibilidade de o legislador, seja por meio de uma emenda constitucional, seja no plano legislativo, suprimir determinados conteúdos da Constituição ou revogar normas legais destinadas à regulamentação de dispositivos constitucionais, notadamente em matéria de direitos sociais, ainda que com efeitos meramente prospectivos. Com isso, deparamo-nos com a noção que tem sido ‘batizada’ pela doutrina (...) como proibição (ou vedação) de retrocesso (...).” (sublinhamos e negritamos)

O Constitucionalista Sarlet lembra que cada vez mais existem, na prática normante dos parlamentos, medidas inequivocamente retrocessivas, embora sem caráter retroativo, pelo fato de não alcançarem posições jurídicas já consolidadas, não atingirem situações de vantagem anteriores, mas, todavia, em matéria de direitos sociais são, paradoxalmente, prospectivas e indevidamente retrocessivas, pois atingem níveis de satisfação de direitos sociais já legislativamente consolidados.

E, em ponto importante para esta inicial, afirma o Professor Doutor Ingo Sarlet:

“... nos parece dispensar maiores considerações, o quanto medidas tomadas com efeitos prospectivos podem representar um grave retrocesso, não apenas (...) sob a ótica dos direitos de cada pessoa considerada na sua individualidade, quanto para a ordem jurídica e social como um todo. (...) Há que reconhecer (...) que é na seara da justiça social, e acima de tudo, dos direitos fundamentais sociais, que a problemática tem alcançado a sua maior repercussão (...), notadamente naquilo em que estão em causa as noções de segurança jurídica, proteção da confiança e a dignidade da pessoa, no âmbito de uma proteção do retrocesso.”⁹ (acrescentamos itálico!)

“... os defensores de uma proibição do retrocesso (...), sustentam que após sua concretização em nível infraconstitucional, os direitos fundamentais sociais assumem, simultaneamente, a condição de direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e de uma garantia institucional, de tal sorte que não se encontram mais na (plena) esfera de disponibilidade do legislador, no sentido de que os direitos adquiridos não mais podem ser reduzidos ou suprimidos, sob pena de flagrante infração do princípio da proteção da confiança (...), que, de sua parte, implica a inconstitucionalidade de todas as medidas que inequivocamente venham a ameaçar o padrão de prestações já alcançado.”¹⁰ (sublinhamos e negritamos!)

Assim, concretamente, a medida retrocessiva inaugurada com a Lei Federal nº 9.528/97 excluiu os menores sob guarda da proteção do seguro social no que toca a pensão por morte de segurado, *mas manteve no sistema previdenciário os enteados e menores sob tutela na qualidade de possíveis pensionistas no caso de morte de segurado do INSS.*

Essa exclusão inconstitucional retrocessiva dos menores sob guarda de proteção previdenciária, *data venia*, lembra caso julgado pelo Tribunal Constitucional português (acórdão n. 509/2002, de 19.12.2002), em precedente registrado pelo Professor Ingo Sarlet, que é precioso argumento de Jurisprudência Comparada à presente impugnação:

“... encontra-se na base do recente (...) acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal (...), a respeito da inconstitucionalidade (por violação do princípio da proibição de retrocesso) do Decreto da Assembléia da República que, ao substituir o antigo rendimento mínimo garantido por um novo rendimento social de inserção, exclui da fruição do benefício (ainda que mediante a ressalva de direitos adquiridos) pessoas com idade entre 18 a 25 anos.

Em termos gerais e para o que importa neste momento, a decisão, ainda que não unânime, entende que a legislação revogada, atinente ao rendimento mínimo garantido, concretizou o direito à segurança social dos cidadãos mais carentes (incluindo os jovens entre 18 e 25 anos), de tal que a nova legislação, ao excluir do novo rendimento social de inserção as pessoas nesta faixa etária, sem a previsão e/ou manutenção de algum tipo de proteção social similar, estaria a retroceder no grau de realização já alcançado do direito à segurança social a ponto de violar o conteúdo mínimo desse direito já que atingido o conteúdo nuclear do direito a um mínimo de existência condigna, não existindo outros instrumentos jurídicos que o possam assegurar com um mínimo de eficácia.

Destaque-se, ainda, que o Tribunal Constitucional português reiterou pronunciamentos anteriores, reconhecendo que no âmbito da concretização do direitos sociais o legislador dispõe de ampla liberdade de conformação, podendo decidir a respeito dos instrumentos e sobre o montante dos benefícios sociais a serem prestados, sob o pressuposto de que, em qualquer caso a escolha legislativa assegure, com um mínimo de eficácia jurídica, a garantia do direito mínimo de existência condigna para todos os casos.” (sublinhamos)

Ainda quanto ao precedente judicial português, destaca o Mestre Ingo Sarlet:

“... as tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam também a não aboli-los uma vez criados (...). Após ter emanado uma lei requerida pela Constituição para realizar um direito fundamental, é interdito ao legislador revogar a lei, repondo o estado de coisa anterior. A instituição, serviço ou instituto jurídico por ela criados passam a ter a sua existência constitucionalmente garantida. Uma nova lei pode vir a alterá-los ou reformá-los nos limites constitucionalmente admitidos; mas não pode vir a extingui-los ou revogá-los”. (negritamos esublinhamos!)

Tendo em conta o exemplo lusitano, cabe-nos perguntar, quanto ao legislador brasileiro de *reforma previdenciária*:

a) qual a proteção similar, reservada ao menor sob guarda, que lhe dedicou a lei previdenciária, no que toca ao suprimido direito à pensão por morte do segurado?

b) tal supressão não afetou o mínimo existencial dos menores para uma existência condigna?

Diante desse quadro argumentativo, *data venia*, é flagrante a inconstitucionalidade da medida retrocessiva desencadeada pelo **artigo 2º da Lei Federal nº 9.528/97**, especialmente no que toca à alteração da redação do § 2º do artigo 16 da Lei Federal nº 8.213/91, em face do princípio constitucional da proibição do retrocesso social.

- INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI FEDERAL Nº 9.528/97 NO QUE TOCA AO DISPOSITIVO ALTERADOR DO ARTIGO 16, § 2º, DA LEI FEDERAL Nº 8.213/91 - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA:

Igualmente, por outro fundamento de invalidade merece ser reconhecida a inconstitucionalidade do dispositivo legal reclamado.

É que outras normas constitucionais parâmetro foram também violadas pelo dispositivo da Lei Federal nº 9.528/97 que revogou parcialmente o
 § 2º do artigo 16 da Lei Federal nº 8.213/91.

E, por esta razão, caso não acatada a tese anterior, o Requerente apresenta esta impugnação com distinto fundamento e diversa dimensão paramétrica, agora servida pelo princípio constitucional da isonomia (art. 5º, *caput*, CF).

Com efeito, há inconstitucionalidade no artigo 2º da Lei Federal nº 9.528/97 no ponto em que revogou em parte o artigo 16, § 2º, da Lei Federal nº 8.213/91, por violação ao princípio constitucional da isonomia (art. 5º, *caput*, CF), *eis que a criança sob guarda está na mesma posição jurídica que o filho, enteado, ou menor sob tutela e dependência econômica, não havendo razão legítima para a discriminação introduzida pela Lei Federal nº 9.528/97, que fora desigualitária e anti-isonômica.*

Com todo respeito, não há interesse legítimo apto a justificar o tratamento jurídico desigual.

O argumento de contraste da Lei Federal nº 9.528/97 ao princípio da isonomia está devidamente sumariado no parágrafo anterior, não necessitando maiores considerações, a não ser a seguinte: não se justifica a discriminação de menores sob guarda, diante da reforma legislativa, até mesmo porque a Constituição Federal, no inciso VI¹³ do § 3º do artigo 227, elegeu a guarda como instrumento de política pública protetiva do menor.

Nesse véis, e lembrando as lições de Celso Antonio Bandeira de Mello em seu clássico livro *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, o fator de *discriminem* – guarda - é ilegítimo, pois contrasta com o valor constitucional que a Constituição conferiu ao instituto jurídico da guarda, como instrumento de proteção do menor.

Assim, se a lei deve incentivar o seu uso como determina o comando constitucional do inciso VI do § 3º do artigo 227 da CF, não pode a lei previdenciária, revogando disposição anterior que pressupunha a guarda como instrumento social de política-jurídica previdenciária, tomá-lo como desvalor aos fins de assecuramento de pensão previdenciária para crianças e adolescentes.

Por essas razões é flagrante a violação ao princípio da igualdade pela Lei Federal nº 9.528/97, na alteração procedida no artigo 16, § 2º, da Lei Federal nº 8.213/91.

- INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI FEDERAL Nº 9.528/97 NO QUE TOCA AO DISPOSITIVO ALTERADOR DO ARTIGO 16, § 2º, DA LEI FEDERAL Nº 8.213/91 - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE:

Há, igualmente, inconstitucionalidade da Lei Federal nº 9.528/97, no ponto em que revogou o artigo 16, § 2º da Lei Federal nº 8.213/91, por violação ao princípio constitucional da proporcionalidade (artigo 5º, inciso LIV, CF), tendo em conta os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Lembre-se, nessa quadra argumentativa, a obra clássica de **Suzana de Toledo Barros**, *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, Brasília, Brasília Jurídica, 1996, da qual tiramos subsídios para a presente impugnação, especialmente das páginas 72 a 84 nas quais trata dos subprincípios que integram o princípio da proporcionalidade: **princípio da adequação ou da idoneidade; princípio da necessidade ou da exigibilidade; princípio da proporcionalidade em sentido estrito.**

Em verdade, a contrariedade do artigo 2º da Lei Federal nº 9.528/97, no que toca à alteração promovida no § 2º do art. 16 da Lei Federal nº 8.213/91, ao referido princípio resulta nas seguintes conclusões:

a) a medida legislativa não é adequada ao sistema constitucional, no que tange ao plexo de direitos fundamentais protetivos da criança e do adolescente. Isto é, revela-se demais gravosa às crianças e adolescentes e não se compadece dos milhares de casos de menores sob guarda no País, especialmente a guarda para fins previdenciários.

A medida ocasiona um mal maior do que aquele que queria evitar: reduzir gastos da previdência para otimizá-los com que mais precisasse deles.

Com todo respeito, *há alguém que precise mais de pensão por morte do que o menor sob guarda quando do falecimento do seu guardião, que lhe deve prestar assistência moral, material e educacional?*

b) a medida não é necessária, pois existem outras posturas econômico financeiras a otimizar o caixa da previdência (cobrar os devedores contumazes e intensificar o combate a sonegação, e. g.).

Também, para fins de prevenção de fraudes, outras medidas poderiam ser tomadas, que não a supressão do benefício dos menores sob guarda, como são as medidas de estudo social e oitiva de testemunhas em processo judicial idôneo de guarda. Outros caminhos deveriam ter sido tomados pelo Legislador e pela Chefia do Executivo Federal (*Medida Provisória nº 1.523/96, convertida na Lei 9.528/97*), mas não a drástica medida levada a efeito pela lei impugnada.

A Lei Federal nº 9.528/97 foi tão desproporcional em sentido estrito que sequer estabeleceu regras de transição, de direito intertemporal, a proteger a confiança, a estabilidade das expectativas e a continuidade da ordem jurídica, para que os atingidos pela inovação pudessem se preparar para as mudanças desenhadas no Direito Positivo.

É dizer, não se vislumbra, no caso sob exame, o que justificaria a adoção da medida

restritiva da lei ora impugnada em comparação com a norma até então em vigor, mormente à vista da ausência de qualquer benefício dela decorrente para os menores sob o Instituto da Guarda, expressamente valorado pela Constituição da República, em seu artigo 227, § 3º, inciso VI.

Ainda mais em caso de pensão por morte, em que o segurado, falecido, nada mais poderá fazer para alterar o título de dependência do menor que esteve sob sua guarda, pois faleceu confiante na legislação que regea suas expectativas e esperanças, a bem das crianças e adolescentes que guarneceira. Ora, a morte já contém o seu grau aterrorizante de imprevisão e incerteza; agravá-la, por obra do claudicante legislador previdenciário, é extrapolar os limites exigidos pelo princípio constitucional da proporcionalidade.

Por essas razões, é flagrante a violação ao princípio da proporcionalidade pela Lei Federal nº 9.528/97, na alteração procedida no artigo 16, § 2º, da Lei Federal nº 8.213/91.

- CONTRASTE AOS PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS (E CONVENCIONAIS) QUE TRATAM DA PROTEÇÃO PRIORITÁRIA, ESPECIAL, INTEGRAL E EFETIVA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - VIOLAÇÃO AO ARTIGO 227, *CAPUT*, § 3º, II E VI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, MAIS AO ARTIGO 26 DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA APROVADA PELO DECRETO LEGISLATIVO N. 28, DE 14 DE SETEMBRO DE 1990:

Por fim, a medida legislativa inaugurada pela Lei Federal nº 9.528/97 viola o art. 227, *caput*, e §3º, incisos II e VI da Carta Magna, haja vista que retira o benefício pensão por morte a todos os menores em idêntica situação de guarda para fins previdenciários.

Assim, *reclama-se interpretação conforme a Constituição ou declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto* para fins de fixar exegese que mantenha o pensionamento dos menores sob guarda em face do sistema próprio à proteção da criança e do adolescente.

Referido sistema, como se sabe, é densificado pelas normas constitucionais, convencionais e legais aplicáveis¹⁴ e **não** pode ser quebrantado pelo subsistema previdenciário ordinário, com ele necessariamente harmonizável por imposição da norma do inciso II do § 3º do artigo 227, da CF, e de todo o sistema de direitos fundamentais que protege a pessoa humana em geral e algumas em especial, como *as crianças e os adolescentes deste País*.

Desrespeitando o parâmetro constitucional do inciso II do § 3º do artigo 227, da CF, a lei em crítica se sujeita à invalidação por decisão desta Excelsa Corte em controle concentrado, o que ora se requer.

II - DA CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR:

Os artigos 10 e 11, da Lei n. 9.868, de 1999, permitem a concessão de liminar em ação direta de inconstitucionalidade.

Como afiança a doutrina, trata-se de liminar que visa a antecipar os efeitos de eventual decretação de inconstitucionalidade ao final do processo¹⁵, cujos requisitos para concessão da medida são os tradicionais: i) *fumus boni iuris* e ii) *periculum in mora*.

Ambos estão presentes no caso concreto, Excelências.

É que o dispositivo ora impugnado (art. 2º da Lei Federal nº 9.528/97, no que altera a redação do § 2º do art. 16 da Lei Federal nº 8.213/91), ao apresentar total contrariedade ao texto constitucional, conforme demonstrado acima, deve ser imediatamente afastado do ordenamento jurídico pátrio, eis que nulo.

Como leciona o Professor e hoje Ministro desse e. Tribunal, Dr Luís Roberto Barroso¹⁶:

“(…)

Nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. E a falta de validade traz como consequência a nulidade ou a anulabilidade. No caso da lei inconstitucional, aplica-se a sanção mais grave, que é a de nulidade. Ato inconstitucional é ato nulo de pleno direito.

(…)”

Nesse sentido, sobejamente demonstrados os requisitos autorizadores para deferimento de cautelar.

Evidente o *fumus boni juris*, pois o dispositivo guerreado desnatura a proteção constitucional dada aos menores sob guarda, sendo translúcido que referida alteração legislativa instituiu *indevido retrocesso no plano dos direitos fundamentais da criança e do adolescente*. É dizer, **viola** os princípios constitucionais acima elencados porque a norma revogada bem atendia ao plexo de direitos fundamentais da criança e do adolescente, especialmente em seu garantismo de direitos previdenciários.

No que concerne ao *periculum in mora*, é preciso perceber que a cada dia em que se perpetua o estado de inconstitucionalidade ocasionado pela lei ora impugnada diversos menores e adolescentes, que estiverem sob guarda em razão de determinação judicial, não têm direito ao benefício previdenciário.

Isto é, a lei ora vergastada exclui o direito do menor sob guarda da relação de dependentes da pensão por morte, cuja conquista já estava positivada na legislação previdenciária e representa verdadeiro retrocesso social.

Neste contexto fático, além de presente a conveniência da suspensão liminar da eficácia do ato normativo impugnado em face da relevância qualificada e profilática, atrelado à plausibilidade jurídica do direito invocado, faz-se presente o “periculum in mora”.

Em sede de medida cautelar (art. 10, § 3º, da Lei nº 9.868/99), **impõe-se a concessão de medida cautelar para suspender a eficácia do art. 2º da Lei Federal nº 9.528/97, na parte que promoveu alteração na redação do §2º do art. 16 da Lei Federal nº 8.213/91.**

Urge, portanto, a concessão de medida liminar que suspenda a eficácia da legislação ora submetida ao controle desse e. Supremo Tribunal Federal - STF.

III - DOS PEDIDOS E REQUERIMENTOS:

ANTE O EXPOSTO, o **Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB** requer:

- (i) **a concessão de medida liminar para suspender a eficácia do artigo 2º**

da **Lei Federal nº 9.528/97**, na parte em que altera a redação do §2º do art. 16 da Lei Federal nº 8.213/91, com base no artigo 10 da Lei Federal nº 9.868/99, em razão dos fundamentos acima elencados e, notadamente, *em face da alta relevância social e moral da questão ora versada, a repercutir na esfera de milhares de crianças e adolescentes sob guarda judicial em toda a federação brasileira*;

(ii) a notificação da **PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA**, da **CÂMARA DOS DEPUTADOS** e do **SENADO FEDERAL**, por intermédio de seus Presidentes, para que, como órgãos/autoridades responsáveis pela elaboração do dispositivo ora impugnado manifestem-se, querendo, no prazo de 5 (cinco) dias, sobre o pedido de concessão de medida cautelar, com base no art. 10 da Lei nº 9.868/99;

(iii) a notificação do Exmo. Sr. Advogado-Geral da União para se manifestar sobre o mérito da presente ação, no prazo de 15 (quinze) dias, nos termos do Art. 8º da Lei nº 9.868/99 e da exigência constitucional do Art. 103, § 3º;

(iv) a notificação do Exmo. Sr. Procurador Geral da República para que emita o seu parecer, nos termos do art. 103, § 1º da Carta Política;

(v) após o devido processamento, **seja julgado procedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Federal nº 9.528/97, no ponto em que alterou o artigo 16, § 2º, da Lei Federal nº 8.213/91** (revogou em parte), ou lhe seja conferida interpretação conforme a Constituição ou haja declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, *para o fim de se garantir o pensionamento ao menor sob guarda, por morte de segurado do INSS*;

(vi) caso necessário, seja deferida a produção de elementos de instrução nas formas do art. 9º, § 1º, da Lei nº 9.868/99.

Deixa-se de atribuir valor à causa, em face da impossibilidade de aferi-lo.

Termos em que, aguarda deferimento.

Brasília, 06 de janeiro de 2013.

ANEXO B

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Nº 847.204/MA RECTE.(S) : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL- INSS PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL FEDERAL RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

Recurso extraordinário com agravo. Menor sob guarda judicial. Exclusão do rol de dependentes do segurado do Regime Geral da Previdência Social. Inconstitucionalidade do art. 16, § 2º, da Lei n. 8.213/1991, na redação dada pela Lei n. 9.528/1997, na linha do parecer do Procurador-Geral da República na ADI 5083/DF.

O Ministério Público Federal propôs ação civil pública contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, ora recorrente, objetivando compelir a Autarquia a admitir a inscrição de crianças e adolescentes sob guarda judicial no Regime Geral de Previdência Social, na qualidade de dependentes dos guardiões. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região manteve a sentença de procedência, em acórdão assim resumido:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PELA CORTE ESPECIAL. INCIDÊNCIA DO ART. 356, § 3º, DO REGIMENTO INTERNO. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 16, § 2º, DA LEI N. 8.213/1991 COM A REDAÇÃO DA LEI N. 9.528/1997. MENOR SOB GUARDA. CONDIÇÃO DE DEPENDENTE NO RGPS. 1. O Ministério Público Federal é parte legítima para ajuizar Ação Civil Pública em matéria previdenciária, uma vez que a lide coletiva versa sobre direito individual homogêneo, socialmente relevante. (...)A norma contida no art. 16, § 2º, da Lei n. 8.213/91 – na redação dada pela Medida Provisória 1.523, de 11/10/96, reeditada e convertida na Lei n. 9.528/97-, na parte em que exclui o menor sob guarda judicial da condição de dependente, colocando-o à margem da proteção previdenciária estatal, é inconstitucional, pois não se harmoniza com as garantias estabelecidas na Lei Maior, entre elas as do art. 227, *caput*, § 3º, II e VI, da Carta. (...)

3. Assim, deve ser mantida a sentença que determinou ao INSS a obrigação de fazer consistente em considerar como beneficiários na qualidade de dependentes, no Regime Geral de Previdência Social, os

menores sob guarda judicial.

O recurso extraordinário foi interposto com apoio na alínea 'b' do permissivo constitucional, sustentando a constitucionalidade do art. 16, § 2º, da Lei n. 8.213/91, na redação dada pela Lei n. 9.528/97. Alegou não existir a apontada afronta ao art. 227 da CF, argumentando que cabe ao legislador ordinário, apoiado nos princípios da seletividade e distributividade, definir os beneficiários do sistema de seguridade social. Advogou não haver afronta ao princípio do não-retrocesso social, salientando que a garantia de direitos previdenciários deve observar o interesse público, a harmonia da vida em sociedade e “a boa gestão dos finitos recursos públicos”. Alegou, ainda, que “o fato de os menores sob guarda não mais serem admitidos como dependentes de seus guardiões não os coloca em situação de desamparo previdenciário, pois na guarda remanesce a dependência para fins previdenciários em relação a seus pais”. Sustentou, por fim, não existir ofensa ao princípio da isonomia, ante a “abissal diferença entre os institutos da guarda e da tutela”.

O recurso extraordinário não foi admitido, à conta da falta de ofensa direta à Constituição.

O Ministro relator deu provimento ao agravo que se seguiu, viabilizando o exame do recurso extraordinário.

A Turma Julgadora apoiou sua decisão na declaração de inconstitucionalidade proferida pela Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Este é o resumo do acórdão paradigma:

Vê-se, pois, que o legislador ordinário, na nova redação do § 2º do art. 16 da Lei 8.213/91, suprimiu, intencionalmente, do rol dos beneficiários do RGPS, na condição de dependente do segurado, o menor sob guarda judicial.

Por sua vez, a Constituição Federal, ao tratar da família, da criança do adolescente e do idoso, determina: (...)

Verifica-se, pois, que, em relação à criança e ao adolescente, a Constituição consagra o princípio da proteção integral, cabendo à família, à sociedade e ao Estado o dever de, solidariamente, assegurar-lhes tais direitos naturais fundamentais, com absoluta prioridade.

O constituinte elenca, ainda, no § 3º do art. 227 da Carta Maior, sete normas indicativas das obrigações que o legislador ordinário não pode deixar de cumprir, entre as quais destacam-se a garantia, ao menor – criança e adolescente -, dos direitos previdenciários e trabalhistas, e o estímulo do Poder Público ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado. (...)

Desse modo, a norma contida no art. 16, § 2º, da Lei 8.231/91 – na redação dada pela Medida Provisória 1.526, de 11/10/96, reeditada e convertida na Lei 9.528/97 – na parte em que exclui o menor sob guarda judicial da condição de dependente, colocando-o à margem da proteção previdenciária estatal, é inconstitucional, pois não se harmoniza com as garantias estabelecidas na

Lei Maior, entre elas as do art. 227, *caput*, § 3º, II e VI, da Carta. (...)O fim social da lei previdenciária é proteger os indivíduos acometidos por alguma contingência da vida e que necessitem de uma assistência estatal, a fim de minimizar os efeitos dos infortúnios, de forma a cumprir o Estado o seu papel de assegurar a dignidade da pessoa humana a todos, em especial ao menor, cuja proteção tem absoluta prioridade. (...)

É justamente neste intuito – assegurar os meios indispensáveis à manutenção da família, ou, na hipótese discutida, do menor – que o citado art. 16 da Lei 8.231/91 arrola os beneficiários do RGPS, na condição de dependentes do segurado.

Ocorre que a legislação ordinária não pode restringir, indiscriminadamente, a proteção estatal estabelecida pelo texto constitucional. (...)

Ademais, conquanto o instituto da guarda possa eventualmente ser utilizado de maneira desvirtuada – como sustenta o INSS -, para o fim primordial de obtenção do benefício previdenciário, a restrição geral- no caso, com exclusão de todos os menores sob guarda judicial da proteção previdenciária-, não se apresenta como a melhor solução, pois deixa ao desamparo previdenciário inúmeras situações nas quais há dependência econômica merecedora da tutela previdenciária. (...)

Conclui-se, portanto, que a discriminação trazida pela nova redação do § 2º do art. 16 da Lei 8.213/91 – ao excluir o menor sob guarda judicial da condição de dependente do segurado-, afronta, também, o princípio constitucional da isonomia, previsto no art. 5º, *caput*, da CF/88, pois, do ponto de vista essencial – não do *nomen iuris* do instituto jurídico sob cuja tutela vivem -, os menores sujeitos à guarda judicial de outrem necessitam dos mesmos cuidados e da mesma proteção estatal dispensada aos tutelados, diante do infortúnio da morte do guardião ou tutor, conforme o caso.

A exata questão que anima este feito é objeto da ADI n. 5.083/DF, em curso no Supremo Tribunal Federal. Nessa ação de controle concentrado, o Procurador-Geral da República Rodrigo Janot Monteiro de Barros proferiu parecer, assim resumido:

CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 2º DA LEI 9.528/1997. EXCLUSÃO DE CRIANÇA E ADOLESCENTE SOB B GUARDA JUDICIAL DO ROL DE DEPENDENTES DO ART. 16, § 2º, DA LEI 8.213/1991. SUPRESSÃO DE DIREITO SOCIAL CONQUISTADO PELA POPULAÇÃO INFANTOJUVENIL. MEDIDA RETROCESSIVA QUE ATENTA CONTRA O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL, CRIA SITUAÇÃO ANTI-ISONÔMICA E NÃO SUPERA O TESTE DA PROPORCIONALIDADE.

O fato de determinada controvérsia jurídica encontrar solução no campo infraconstitucional não exclui viabilidade de fiscalização abstrata de constitucionalidade quando o contencioso puramente constitucional não

dependem, para sua caracterização, de exame de norma infraconstitucional interposta.

Reconhecer direitos previdenciários a crianças e adolescentes representa conquista social dessa população, previsto em documentos internacionais de caráter supralegal (Declaração Universal dos Direitos da Criança, Princípio IV, 1) e da própria Constituição da República (art. 227, § 3º, II), dessa forma sujeitos à cláusula de vedação do retrocesso.

O princípio da proibição de retrocesso impede, em matéria de direitos fundamentais de cunho social, que avanços alcançados sejam, ao talante do Estado ou de maiorias parlamentares ocasionais, suprimidos total ou parcialmente.

A exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes do segurado da previdência social cria situação anti-isonômica, pois distingue, sem amparo constitucional, crianças e adolescentes colocados em família substituta e em condição de vulnerabilidade, tão somente pelo caráter de estabilidade ou precariedade do instrumento que os vincula à nova realidade familiar.

Medida legislativa que, para evitar fraudes à previdência social pela simulação de guarda judicial de netos por avós, suprime direito fundamental de crianças e adolescentes (CR, art. 227, *caput*, § 3º, II e VI) é desproporcional, sob o ângulo da necessidade, porque existem instrumentos judiciais e administrativos menos gravosos ao direito protegido, aptos a identificar desvirtuamento de guarda judicial para gerar pensão por morte de avós em favor de netos.

Repristinar a equiparação de menor sob guarda judicial a filhos, consoante redação primitiva do art. 16, § 2º, da Lei 8.213/1991, não afasta a exigência de comprovação da dependência econômica inserida na nova redação do dispositivo. A declaração de inconstitucionalidade, nesse caso, implicaria criação de terceira norma e colocaria o Poder Judiciário na anômala função de legislador positivo.

Deve firmar-se interpretação conforme a Constituição, no sentido de que a falta de menção do menor sob guarda no rol de dependentes do art. 16, § 2º, da Lei 8.213/1991, na redação dada pela Lei 9.528/1997, não lhe retira a condição de dependente, nos termos do art. 33, § 3º, da Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e Adolescente – ECA), sem, no entanto, afastar a exigência de comprovação de dependência econômica do segurado da previdência social.

Parecer pelo conhecimento da ação e, no mérito, pela procedência do pedido alternativo de atribuição de interpretação conforme a Constituição.

Por seu vigor persuasivo, vale transcrever estas passagens da manifestação do Chefe do Ministério Público Federal:

A Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1959, qualificou a criança como sujeito e destinatária de prioridade absoluta na consagração dos direitos inerentes ao ser humano e estabeleceu regime de proteção especial a fim de propiciar pleno desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual da criança como pessoa em desenvolvimento. Prevê, à luz dessa diretriz teórica, que “a criança gozará dos benefícios da previdência social” (princípio IV, 1). (...)

A Constituição da República de 1988, a partir dessas diretrizes principiológicas (o melhor interesse da criança – *best interest* – e proteção especial dela como pessoa em desenvolvimento), consagrou, no art. 227, *caput*, o princípio da proteção integral da criança e adolescente: (...)

A ideia central da proteção integral congrega, a um só tempo, necessidades sociais prementes e elementos complexos que envolvem valores, princípios e regras relacionados a direitos fundamentais da criança e adolescente, considerados o sistema especial de proteção infantojuvenil e o princípio do

melhor interesse. (...)

Garantia dos direitos previdenciários da criança e adolescente acolhidos em família substituta pelo instituto da guarda, portanto, representa conquista da população infantojuvenil plasmadas no texto constitucional que, concretizada em normas infraconstitucionais, sujeita-se ao princípio da proibição de retrocesso social, como limite à liberdade de conformação do legislador. (...)

A omissão proposital do menor sob guarda do rol de dependentes dos segurados do regime geral da previdência social, pelo art. 2º da Lei 9.528/1997, atingiu o núcleo essencial dos direitos consagrados em caráter de absoluta prioridade e em regime de proteção especial, pelos arts. 6º e 227, *caput*, § 3º, II e VI, da Constituição da República. (...)

A supressão, pela Lei 9.528/1997, da previsão expressa do menor sob guarda judicial como dependente do segurado da previdência social, contida na redação anterior do art. 16, § 2º, da Lei 8.213/1991 significou, concretamente, a exclusão deste como beneficiário de pensão por morte. (...)

A justificativa para a exclusão seriam fraudes à previdência social mediante concessão de guarda judicial de netos a avós, simulando situação de abandono familiar, com o fim de garantir pensão por morte. Não parece aceitável, contudo, que, para evitar fraudes (que de fato acontecem), o legislador suprima o próprio direito à pensão nesses casos, objeto de lei concretizadora de direitos constitucionalmente assegurados (CR, arts. 6º e 227, *caput*, § 3º, II e VI), pois, desse modo, atinge conteúdo essencial dos direitos previdenciários de crianças e adolescentes sob guarda judicial. (...)

A exclusão de crianças e adolescentes sob guarda judicial do rol de dependentes do art. 16, § 2º, da Lei 8.213/91, pelo art. 2º da Lei 9.528/1997, portanto, é inconstitucional, por consubstanciar medida violadora do princípio da proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais de caráter social, mais precisamente em face dos direitos previdenciários de crianças e adolescentes. (...)

A exclusão do menor sob guarda judicial do rol dos dependentes do segurado da previdência social, nesse contexto, implica discriminação infundada, pois distingue crianças e adolescentes colocados em famílias substitutas tão somente pela natureza jurídica do instrumento que os vincula à nova realidade familiar, em descompasso com os preceitos fundamentais que lhes asseguram, com prioridade absoluta, os direitos à convivência familiar e aos benefícios previdenciários (CR, art. 227, *caput*, e § 3º, II e VI). (...)

É consabido que o motivo da supressão do menor sob guarda do rol de dependentes previsto no art. 16, § 2º, da Lei 8.213/1991, foi a desvirtuação da guarda judicial para fraudar a previdência social e assegurar pensão por morte dos avós aos netos. Essa medida legislativa, no entanto, não se revela proporcional, pois há, no ordenamento jurídico, outros instrumentos eficazes para evitar fraudes à previdência social.

Forte nos argumentos do Procurador-Geral da República, o parecer sugere o desprovimento do recurso extraordinário.

Brasília, 13 de outubro de 2016.

Paulo Gustavo Gonet Branco Subprocurador-Geral da República