

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

FACULDADE DE DIREITO



**A PERSPECTIVA DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE
PARA O MENOR SOB GUARDA**

Tiago Bregolin Bertuzzo

RIO GRANDE

2015

TIAGO BREGOLIN BERTUZZO

**A PERSPECTIVA DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE
PARA O MENOR SOB GUARDA**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Claudete Rodrigues Teixeira Gravinis

RIO GRANDE

2015

Banca Examinadora:

Dra. Andréia Castro Dias

Dr. José Ricardo Caetano Costa

AGRADECIMENTOS

Ao meu pai, Algino, pelo apoio e dedicação. À Minha mãe, Cláudia, por ter sempre acreditado na minha capacidade. À minha irmã, Ana Carolina, pela alegria que me proporciona em todos os momentos.

À minha dinda, Luciana Grando Bregolin Dytz, defensora pública federal e minha mentora jurídica, que levo de exemplo tanto na vida pessoal como profissional.

À Dra. Andréia Castro Dias, pela dedicação e disponibilidade para me ensinar seus amplos conhecimentos, além de ter permitido minha introdução no mundo jurídico e ao tema aqui enfrentado.

Aos amigos e excelentes profissionais da Justiça Federal, da Defensoria Pública da União e do Ministério Público Federal, os quais eu tive a honra de trabalhar.

À Prof.^a Claudete Rodrigues Teixeira Gravinis, pela excelente e paciente orientação durante todo o processo de elaboração da monografia, além do apoio, confiança e ensinamentos transmitidos. Ao Prof. Fernando Amaral, pela disponibilidade e ensinamentos.

A todos os amigos e familiares que contribuíram para minha formação acadêmica e pessoal, sendo eles, parte essencial desse trabalho.

“O saber deve ser como um rio, cujas águas doces, grossas, copiosas, transbordem do indivíduo, e se espriem, estancando a sede dos outros. Sem um fim social, o saber será a maior das futilidades”.

Gilberto Freyer

RESUMO

BERTUZZO, Tiago Bregolin. **A PERSPECTIVA DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE PARA O MENOR SOB GUARDA**. 2015. 56p. Monografia (Graduação) – Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande - FURG, Rio Grande.

O presente trabalho tem por objeto analisar a possibilidade de concessão do benefício de pensão por morte para o menor sob guarda judicial. Em princípio, é abordado o instituto da família e, especificadamente, a guarda, analisando seus conteúdos e requisitos, tendo em vista o estipulado no Estatuto da Criança e do Adolescente. Após, passa-se a examinar o benefício de pensão por morte, tendo como base a lei 8.213/91 e a Medida Provisória nº 1523, convertida na Lei 9.528/1997. Por último, procede-se à análise acerca da possibilidade de o menor sob guarda judicial receber o benefício de pensão por morte após o falecimento de seu guardião, analisando, ainda, entendimentos jurisprudenciais a respeito.

Palavras-chave: Direitos da Criança e do Adolescente. Direito Previdenciário. Guarda. Pensão por Morte.

ABSTRACT

BERTUZZO, Tiago Bregolin. **A PERSPECTIVA DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE PARA O MENOR SOB GUARDA.** 2015. 56p. Monografia (Graduação) – Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande - FURG, Rio Grande.

This study purpose is to analyze about the possibility of granting the benefit of pension for death to the lowest under judicial custody. In principle, the family institute is addressed and, specifically, the guard, analyzing their contents and requirements in view of the provisions of the Child and Adolescent Law. After, is going to examine the death benefit pension, based on the Law 8.213/91 and Provisional Measure n° 1523, converted into Law 9.528/97. Finally, we proceed to the analysis of the possibility of the minor under judicial custody receive the benefit of pension for death after the death of his guardian, analyzing also jurisprudential understandings about.

Keywords: Rights of Children and Adolescents. Social Security Law. Guard. Death pension.

LISTA DE SIGLAS

CF/88 – Constituição Federal de 1988

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social

PASEP – Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público

PBPS – Plano de Benefício da Previdência Social

PIS – Programa de Integração Social

RGPS – Regime Geral da Previdência Social

RPPS – Regime Próprio de Previdência Social

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 OS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE EM RELAÇÃO À PARTICIPAÇÃO E CONSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA	11
1.1 Do conceito de família	13
1.2 Da igualdade entre os filhos	15
1.3 Da responsabilidade parental	16
1.4 Da guarda da criança e do adolescente que não convivem com qualquer dos pais	18
2 DA SEGURIDADE SOCIAL E DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO	21
2.1 Da organização financeira do sistema previdenciário brasileiro.....	24
2.2 Da indisponibilidade dos direitos previdenciários	27
2.3 Dos dependentes previdenciários	30
2.4 Da pensão por morte	33
3 DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE AO MENOR SOB GUARDA.....	37
3.1 Da (in)constitucionalidade da alteração do artigo 16, parágrafo 2º, da Lei 8.213/91 efetivada pela Lei 9.528/97	40
3.2 O benefício de pensão por morte ao menor sob guarda no âmbito judicial	43
CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
REFERÊNCIAS.....	51

INTRODUÇÃO

O presente estudo leva em consideração a composição e as consequências advindas da relação da guarda judicial conferida ao menor e ao seu guardião. Seu objetivo é detido nas implicações que sobrevêm da morte do detentor da guarda, mais especificamente, acerca da possibilidade da concessão do benefício de pensão por morte ao menor.

A família constitui o cerne principal das relações sociais. De sua formação advêm diversos aspectos relevantes à obtenção de direitos e seguranças previstos na Constituição Federal. Tal composição familiar detém suma importância na formação do indivíduo, cabendo à família, conjuntamente com o Estado e a sociedade, assegurar que o menor cresça em ambiente saudável. Como critérios que permeiam uma formação benéfica, temos que levar em consideração tanto os laços sentimentais como financeiros.

Ocorre que, por vezes, há acontecimentos em que a família vê prejudicada o seu meio de subsistência. Entre tais contingências sociais podemos elencar casos como enfermidade, idade, reclusão e morte. Diante de tais possibilidades, cabe ao Estado auxiliar a entidade familiar, principalmente a criança e o adolescente que a integram, tendo em vista o preceito da seguridade social e do direito à dignidade da pessoa humana.

O objetivo geral da pesquisa é analisar o direito do menor que se encontrava sob guarda judicial a receber a pensão por morte eventualmente advinda do óbito de seu guardião. Em tal estudo foi empregado metodologia de natureza qualitativa, pelo método dialético indutivo, com base em pesquisa documental, bibliográfica e jurisprudencial.

No referente ao primeiro capítulo, este trabalho irá abordar o direito da criança e do adolescente em relação à participação e à constituição familiar, levando-se, para tanto, em conta os preceitos trazidos pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Primeiramente, atenta-se ao conceito de família, suas peculiaridades e diversidades. Diante disso, passa-se à análise dos preceitos instituídos sobre a igualdade entre filhos e sobre a responsabilidade parental. Por fim, analisa-se a instituição da guarda judicial para a criança e para o adolescente que não convivem com qualquer dos pais.

O segundo capítulo tem como objeto de estudo a seguridade social e, em seu contexto, o benefício previdenciário, conceituando ambos, com base no estipulado na Constituição Federal e nas Leis nº 8.212/91, nº 8.213/91 e nº 9.528/97. Diante disso, passa-se à análise da organização financeira do sistema previdenciário brasileiro e, de outro lado, da indisponibilidade dos direitos previdenciários. Após, ingressa-se no tema dos dependentes previdenciários e, especificamente, do direito ao benefício de pensão por morte.

No que tange ao terceiro capítulo, realiza-se necessária análise dos critérios e aspectos que permeiam a concessão do benefício de pensão por morte ao menor sob guarda. Neste sentido, atenta-se aos preceitos trazidos pela Lei nº 9.528/97 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), discorrendo-se acerca de suas contrariedades. De outro lado, frisa-se sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da Lei nº 9.528/97 no que tange à alteração do artigo 16, parágrafo 2º, da lei nº 8.213/91, que excluiu o menor sob guarda da relação de dependentes previdenciários. Por fim, analisa-se a possibilidade de concessão do benefício previdenciário de pensão por morte ao menor sob guarda no âmbito judicial.

O presente trabalho é realizado tendo como base o atual ordenamento jurídico e o entendimento do poder pátrio brasileiro em suas decisões. A realização deste trabalho concretiza-se perante pesquisa teórica no modo hipotético-dedutivo, estudando teorias e relacionando conceitos. Tal procedimento técnico se apresentará na forma de pesquisa bibliográfica, que utiliza de materiais já publicados, bem como os posicionamentos jurisprudenciais do poder judiciário brasileiro.

Importante frisar que, em que pese à importância do tema, tal objeto, especificamente, é trazido por poucos doutrinadores. Por conta de tal carência, esta pesquisa, no que tange à especificidade do tema, foi ordenada com base nas poucas publicações acerca da disciplina, bem como no entendimento jurisprudencial dos tribunais brasileiros.

1 OS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE EM RELAÇÃO À PARTICIPAÇÃO E CONSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA

Pertencer a uma família é, sem dúvida, algo primordial à pessoa em desenvolvimento, tendo em vista que de tal instituição advém os primeiros laços interpessoais e acarreta o despertar para uma vida em sociedade. Além disso, “a maior vulnerabilidade e fragilidade dos cidadãos até os 18 anos, como pessoas em desenvolvimento, os faz destinatários de um tratamento especial” (DIAS, 2011, p. 68). Portanto, os responsáveis pela criança e adolescente devem mostrar-se sensíveis às necessidades das pessoas com que são responsáveis, protegendo-as e educando-as.

A família constitui estrutura social básica ao desenvolvimento, sendo responsável, praticamente, por todos os pilares que são necessários para o crescimento sadio do ser humano. De tal maneira, “a família é o fenômeno humano em que se funda a sociedade, sendo impossível compreendê-la senão à luz da interdisciplinaridade” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 3).

A importância da família para uma formação física e mental saudável da criança e do adolescente é evidente, tanto que a Constituição Federal, em seu artigo 227, cita uma série de deveres que devem ser assegurados pela instituição familiar (conjuntamente com a sociedade e o Estado). Tal artigo atenta, ainda, o dever de se colocar a criança e o adolescente “a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”, visando sempre o seu bem estar. Ademais, a Constituição Federal acresce diversas outras proteções à criança e ao adolescente, conforme expõe José Afonso da Silva (2011, p. 853):

A Constituição é minuciosa e redundante na previsão de direitos e situações subjetivos de vantagens das crianças, adolescentes e do jovem, especificando em relação a eles direitos já consignados para todos em geral, como os direitos previdenciários e trabalhistas, mas estatui importantes normas tutelares dos menores, especialmente dos órfãos e abandonados e dos dependentes de drogas e entorpecentes (art. 227, § 3º). Postula punição severa ao abuso, violência e exploração sexual da criança, do adolescente e do jovem.

Todavia, do ponto de vista legal, importante frisar que a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) é um divisor de águas no que se refere

aos direitos das pessoas em desenvolvimento no plano brasileiro, tendo em vista que se tornam sujeitos de direito. De acordo com os ensinamentos de Maria Berenice Dias (2011, p. 439), “o ECA, ao dar prioridade absoluta a crianças e adolescentes, transformando-os em sujeitos de direito, trouxe toda uma nova concepção, destacando os direitos fundamentais das pessoas de zero a 18 anos”.

A relação familiar tornou-se algo mais amplo e abrangente, com diversos direitos e deveres assegurados pelo texto. De tal maneira, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 4º, dispõe:

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 dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Podemos conceber que, conforme exposto pelo artigo citado, a família é tratada como entidade principal ao desenvolvimento do ser humano em formação, não podendo e não devendo ser diferente, pois é a responsável por assegurar praticamente todos os direitos necessários a um desenvolvimento pleno do ser humano. Ademais, mesmo que a comunidade, a sociedade em geral e o poder público também sejam citados como responsáveis por efetivar os direitos do menor, vale frisar que a família é a entidade que tem um vínculo mais forte e direto com o menor, sendo nítido, portanto, sua maior responsabilidade.

Importante ressaltar que o art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que “toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes”. Desta maneira, o texto legal traz uma maior abrangência ao conceito de família, assegurando o direito do menor em fazer parte de um núcleo familiar saudável, mesmo que para isso tenha que ser de caráter substituto.

Portanto, vislumbra-se que o núcleo familiar é um pilar necessário ao desenvolvimento da criança e do adolescente, eis que tem o dever de proporcionar praticamente tudo que é necessário para um crescimento saudável.

1.1 Do conceito de família

No ensinamento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015, p. 9), etimologicamente, a palavra *família* deriva da língua dos oscos, povo localizado na região norte da península italiana, onde se pronunciava *famel*, da raiz latina *famul*, que significava *servo* ou *conjunto de escravos pertencentes ao mesmo patrão*. Todavia, essa concepção de ligar família com propriedade não pode ser aplicada na nossa realidade, sendo apenas designada no sentido de conferir a ideia de agrupamento.

Podemos perceber que a instituição familiar passa por uma evolução constante, enquadrando-se com a realidade social presenciada em seu tempo. Diante de tal situação, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015, p. 9) expõem a respeito:

Com o passar dos tempos, porém, o conceito de família mudou significativamente até que, nos dias de hoje, assume uma concepção múltipla, plural, podendo dizer respeito a um ou mais indivíduos, ligados por traços biológicos ou sociopsicoafetivos, com a intenção de estabelecer, eticamente, o desenvolvimento da personalidade de cada um.

De tal maneira, é importante situar a família no tempo e espaço em que está inserida, pois sua formação estará devidamente relacionada com o momento econômico, social e político vivenciado. Hoje, a família pode e deve ser entendida com uma visão mais ampla, tendo em vista as diversas relações afetivas que surgiram com o decorrer do tempo, e, desta forma, tem-se que o Direito deve “haurir-se da realidade social, acompanhando as transformações oriundas da vida, configurando-se no discurso capaz de dialogar intimamente com a sociedade, concebendo-se como aberto, plural” (FACHIN, 2005, p. 47).

Em uma visão geral, atenta-se a concepção de família como sendo o menor núcleo social em que o indivíduo encontra-se inserido. Sua importância, nesse sentido, é evidente, pois é da família que o ser humano detém suas primeiras relações pessoais, criando relações que não se extinguem com o simples passar do tempo.

A família, conceitualmente falando, pode ser entendida sobre diversos aspectos, seja pela reunião de pessoas ligadas pelo casamento, pela união estável,

pelo parentesco ou pela afinidade. De tal maneira, além do vínculo parental adquirido pela consanguinidade, temos o vínculo adquirido pela afinidade.

Ademais, devemos ter em vista que tal pluralidade familiar é mais diversificada no Brasil, seja por nossa formação cultural, seja por nosso amplo território. É claro que o Brasil deteve grande influência lusitana no padrão da família, sendo que “as peculiaridades da formação brasileira não podem ser desconsideradas” (COLTRO; MAFRA; TEIXEIRA, 2005, p. 62), todavia, tal concepção de família, fundada no patriarcalismo, passou, com o transcurso do tempo, a abarcar outras formas de constituições familiares.

Com a promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988, que teve como premissa a dignidade da pessoa humana, um novo conceito de família emerge, de tal maneira que o casamento deixa de ser a única fonte de formação da instituição familiar. Em seu artigo 226, a Constituição estipula que a família é a base da sociedade, tendo especial proteção do Estado, sendo que nos parágrafos subsequentes ensejam a concepção de uma entidade familiar composta em decorrência de união estável, do casamento ou da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Indo além do texto constitucional, Fábio Ulhoa Coelho (2010, p. 27) atenta às famílias não constitucionais (não lembradas pelo legislador), incluindo as famílias derivadas de parcerias entre pessoas do mesmo sexo e as famílias não monogâmicas.

Ademais, José Afonso da Silva (2011, p. 253) é claro ao demonstrar outros deveres e direitos constitucionais em virtude da boa formação da família:

A família é uma comunidade natural composta, em regra, de pais e filhos, aos quais a Constituição, agora, imputa direitos e deveres recíprocos, nos termos do art. 229, pelo qual os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, havidos ou não da relação do casamento (art. 226, § 6º), ao passo que os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Outrossim, é importante frisar que “a Constituição de 1988 não apenas ampliou os modelos de organização familiar, incluindo as uniões estáveis e as chamadas famílias monoparentais, como também consagrou o princípio da isonomia entre homens e mulheres” (COLTRO; MAFRA; TEIXEIRA, 2005, p. 63).

A definição do instituto familiar, conforme bem elencado por Maria Berenice Dias (2011, p. 43), é abrangido pela Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), que, no

intuito de proteger a mulher da violência doméstica e familiar, define a família em seu perfil contemporâneo. O disposto no art. 5º, inciso III, da Lei Maria da Penha, identifica família como qualquer relação íntima de afeto, na qual tenha havido convivência, independentemente de coabitação.

Portanto, extrai-se, das diversas inserções legislativas sobre família, que não existe conceito padronizado que deve ser seguido como exemplar. O núcleo familiar pode ser composto pelos mais variados modelos, não existindo um ideal. A família deve ater-se à dignidade da pessoa humana e à busca da felicidade e segurança pelas pessoas.

De outro lado, tendo o Estatuto da Criança e do Adolescente como base, é possível estabelecer duas espécies de família: a família natural e a família substituta. De tal maneira, o próprio Código Civil, em seu artigo 1593, “encarta regra inexistente no Código de 1916, tratando agora das fontes do parentesco: natural, civil, consanguíneo ou de outra origem” (FACHIN, 2005, p. 17).

A família natural detém um padrão clássico, ou seja, é aquela em que a criança é gerada e convive com seus pais consanguíneos. Tal classificação vem expressa no art. 25 do ECA, e já estava prevista no art. 226, § 4º, da Constituição Federal. Importante frisar que cabe em tal categorização também a família monoparental, desde que encontrado o vínculo consanguíneo.

Por fim, a família substituta, é aquela que, na impossibilidade dos pais naturais conviverem com a criança ou adolescente, assume vínculos de parentesco mesmo sem relação consanguínea com o menor. Nesse sentido, Luiz Edson Fachin atenta que tal conexão “decorre da adoção, uma vez que a lei atribui o estado de relação de parentesco ao vínculo existente entre adotante e adotado” (2005, p.21), de tal maneira, a relação advém de vínculo afetivo. Outrossim, conforme disposto no art. 28 do ECA, “a colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção”.

1.2 Da igualdade entre os filhos

A Constituição Federal, em seu artigo 227, § 6º, estabelece que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos

e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Portanto, qualquer distinção feita pelos pais e pelo Estado entre os filhos, constitui grave desobediência ao preceito trazido constitucionalmente. Assim sendo, “não mais cabe falar em filhos legítimos, ilegítimos, naturais, incestuosos, espúrios ou adotivos” (DIAS, 2011, p. 68). Após a promulgação do texto constitucional, todos os filhos estão no mesmo patamar.

O estipulado pela Constituição também foi levado em conta no Código Civil brasileiro, mais especificamente em seu artigo 1.596, assegurando a igualdade entre os filhos. Atenta-se que “o princípio da igualdade repercute em todas as relações jurídicas atinentes à filiação, inclusive, por certo, em matéria de alimentos” (FACHIN, 2005, p. 45). Assim sendo, observa-se o avanço legislativo, que igualou os vínculos afetivos e consanguíneos relacionados entre filhos e pais.

Portanto, “todo e qualquer filho gozará dos mesmo direitos e proteção, seja em nível patrimonial, seja mesmo na esfera pessoal” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 102). A legislação atual consagra a realidade social, vetando qualquer tipo de distinção entre, por exemplo, o filho adotado e o filho biológico, pois hoje já não prevalece o vínculo consanguíneo. O vínculo mais importante, atualmente, é o vínculo afetivo.

1.3 Da responsabilidade parental

Tendo em vista o determinado sobre a instituição familiar, importante analisar os critérios que permeiam a responsabilidade parental, que, juntamente com o planejamento familiar, tem grande influência no desenvolvimento do menor.

O princípio da responsabilidade parental, como se observa da própria denominação, advém do poder paternal, no qual cabe ao responsável legal do menor suprir suas necessidades, assumindo múltiplos deveres. Luiz Edson Fachin (2005, p. 218) assevera que “o exercício do direito subjetivo inerente à condição paterna e materna, ao qual se conectam deveres jurídicos, fundamenta a autoridade parental”. Sendo assim, tal princípio vai muito além da simples guarda.

A separação dos pais do menor não cria óbice à responsabilidade parental, ao contrário, tal princípio deve ser reforçado. Antonio Carlos Mathias Coltro, Sálvio

de Figueiredo Teixeira e Tereza Cristina Monteiro Mafra (2005, p. 442) assim expõem:

Cumpra aos pais não se esquecer que se eles estão se separando ou divorciando um do outro não podem deixar que ocorra a separação no tocante aos filhos, para que possam estes, no futuro, enfrentar com menos dificuldade a nova e difícil realidade com que terão de conviver.

Todavia, importante destacar que, muitas vezes, há o abuso da autoridade dos pais no exercício do poder familiar, não podendo, portanto, ter caráter incondicional. Tal abuso pode ter os mais diversos vieses, dentre eles o uso do poder patrimonial, o uso de substâncias psicoativas, e a tão conhecida alienação parental. Luiz Edson Fachin (2005, p. 221) sustenta:

Tal como a orientação finalística do instituto, não pode esse poder ser irrestrito, posto que embora seja exercido na seara privada está eivado de interesse público (embora não necessariamente estatal), do que resulta seu exercício estar necessariamente pautado na regulamentação específica e ter sempre como finalidade a proteção do filho por parte de seus pais.

Nessa linha, tem-se a moderna Lei nº 12.318/10 que passou a regulamentar a chamada *alienação parental*, muito discutida atualmente. Tal conduta, quando exercida, extrapola os limites expostos pela responsabilidade parental, sendo que o art. 2º da Lei referida assim a constitui:

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Portanto, vislumbra-se que o ato de alienação parental é caracterizado pela interferência prejudicial na formação psicológica do menor efetuada pelo seu responsável. E, sendo averiguada tal situação, o juiz, após parecer do Ministério Público, deverá providenciar o que for necessário ao interesse e segurança do menor, podendo optar por declarar “a alteração do regime de guarda, suspensão preventiva da visitação, acompanhamento psicológico, imposição de multa inibitória (*astreintes*), visitação assistida por profissional, etc.” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 105).

A interrupção da guarda e do contato direto de qualquer dos pais com seus filhos deve ser instaurada como última instância, tendo em vista o interesse do menor. A importância do contato do menor com seus pais é de suma importância, tanto que é garantido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, *in verbis*:

Notando-se que há elementos indicativos da necessidade da cessação da convivência entre pai e filho em caráter definitivo, o caso é de encaminhamento dos elementos indiciários ao Ministério Público para a propositura de ação de destituição do poder familiar (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 106).

Portanto, atenta-se que a grande preocupação do legislador foi a primazia do interesse do menor, mesmo que para assegurar tal proteção, tenha que afastar a criança ou o adolescente do convívio com seus pais naturais.

1.4 Da guarda da criança e do adolescente que não convivem com qualquer dos pais

Em que pese, como já exposto, o Estatuto da Criança e do Adolescente expressamente determinar que a colocação em família substituta seja feita mediante guarda, tutela ou adoção, não cabe aqui analisar a totalidade de tal tema. Assim, o intuito do estudo limita-se à análise da guarda do menor quando exercida por quem não detém originalmente o poder familiar.

Conforme exposto pelo art. 22 do ECA e pelo art. 1634, II, do Código Civil Brasileiro, a guarda é exercida pelos pais, sendo um dever decorrente do poder familiar. Todavia, “a mesma denominação “guarda” utilizada pelo Código Civil é usada pelo ECA, mas com significado diverso” (DIAS, 2011, p. 450). No Estatuto, o instituto da guarda é usado em situações nas quais o menor não convive com qualquer dos pais e encontram-se com seus direitos ameaçados. Portanto, a concessão da guarda “visa a dar uma família àqueles que não têm condições de serem criados e educados em seu leito natural” (FELIPE, 1995, p. 26).

Diante disso, existem situações onde a guarda do menor pode e deve ser passada para um terceiro, como, por exemplo, no caso onde os pais naturais não possuem capacidade de gerir um desenvolvimento saudável da criança ou

adolescente ou são falecidos. Maria Berenice Dias (2011, p. 69) assevera com total maestria:

O que deve prevalecer é o direito à dignidade e ao desenvolvimento integral, e, infelizmente, tais valores nem sempre são preservados pela família. Daí a necessidade de intervenção do Estado, afastando crianças e adolescentes do contato com os genitores, colocando-os a salvo junta a famílias substitutas. O direito à convivência familiar não está ligado à origem biológica da filiação.

Conforme exposto por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, pp. 98 e 99), compete aos pais “propiciar o acesso aos adequados meios de promoção moral, material e espiritual das crianças e dos adolescentes viventes em seu meio”, sendo que a inobservância das “diretrizes constantes na Política Nacional da Infância e Juventude”, poderá acarretar responsabilização tanto na esfera criminal como na esfera civil, resultando, por vezes, na destituição do poder familiar. No entanto, há outros casos em que a guarda do menor poderá ser repassada a terceiro, sendo que:

Poderão os cônjuges, no acordo da separação ou do divórcio, resolver o que tenham como sendo o melhor para os filhos, quanto à guarda, (...) sendo-lhes permitido mesmo designar terceira pessoa para tanto, desde que adequado e necessário, sendo que ao juiz, se nada tiver como estranho, caberá homologar o acordo (COLTRO; MAFRA; TEIXEIRA, 2005, p. 444).

Tal possibilidade pode ser embasada no art. 1.583, § 1º, do Código Civil, que estipula que a guarda unilateral poderá ser atribuída a alguém que substitua o genitor. De tal modo, o legislador visa o melhor interesse do menor.

Antonio Carlos Mathias Coltro, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Tereza Cristina Monteiro Mafra (2005, p. 450) expõem que cabe ao juiz decidir sobre a designação do guardião estabelecido à criança ou ao adolescente, devendo, preferencialmente, tal encargo recair sobre parente do menor, “sempre verificando se o designado revela compatibilidade com a natureza da medida, além de afinidade e afetividade”. Todavia, baseando-se na melhor escolha para o crescimento saudável do menor, nada impede que a guarda seja repassada a um terceiro que não seja parente da criança ou adolescente.

Diante disso, da leitura dos § 1º e § 2º de art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, tem-se que a finalidade da guarda é a regularização de uma situação

fática na qual se encontra envolvida a posse da criança ou adolescente, ou é utilizada como medida liminar ou incidental nos procedimentos de tutela e adoção. De tal maneira, poder-se-ia pensar que a guarda detém caráter precário e temporário, todavia, conforme expõe Maria Berenice Dias (2011, p. 452), “tanto a falta de previsão de qualquer termo de sua vigência como a inexistência de procedimento para sua regularização mostram que a guarda pode ser definitiva”. A guarda fica vinculada a decisões judiciais, seja tanto para sua obtenção, quanto para a sua revogação.

Importante salientar que o poder de guarda não induz, tampouco revela a necessidade de vínculo ao poder familiar. Analisando caso de entrega dos filhos a terceiros, vislumbra-se a existência da guarda sem repasse direto do poder familiar. Todavia, cabe ao guardião prestar toda assistência necessária ao desenvolvimento saudável da criança e do adolescente, tendo ele o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais do menor (conforme expõe o art. 33 do ECA).

2 DA SEGURIDADE SOCIAL E DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO

A seguridade social esta prevista constitucionalmente, sendo compreendida 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 à assistência social”, conforme o art. 194 da CF/88. Portanto, a seguridade social compõe os pilares da sociedade, pois, somente com a garantia à saúde, à previdência e à assistência social é que poderemos alcançar as diretrizes trazidas pelo art. 3º da Carta Magna de 1988, quais sejam: “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, “garantir o desenvolvimento nacional”, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. De outro lado, as leis nº 8.212/91 e nº 8.213/91 trazem a regulamentação da seguridade social.

Assim, a seguridade social garante que o princípio da dignidade humana seja conferido por meio de políticas públicas. Marisa Ferreira dos Santos (2011, p. 35) ressalta acerca da importância de tal tema:

A seguridade social garante os mínimos necessários à sobrevivência. É instrumento de bem-estar e de justiça social, e redutor das desigualdades sociais, que se manifestam quando, por alguma razão, faltam ingressos financeiros no orçamento do indivíduo e de sua família.

Outrossim, é importante frisar que a seguridade social tem como objetivo a proteção dos mais necessitados, a fim de que sua subsistência seja garantida tanto no futuro como no presente. Sérgio Pinto Martins (2004, p. 44) traz uma concepção precisa acerca da finalidade da seguridade social:

Lembre-se de que a ideia essencial da Seguridade Social é dar aos indivíduos e a suas famílias tranquilidade no sentido de que, na ocorrência de uma contingência (invalidez, morte etc.), a qualidade de vida não seja significativamente diminuída, proporcionando meios para a manutenção das necessidades básicas dessas pessoas. Logo, a Seguridade Social deve garantir os meios de subsistência básicos do indivíduo, não só mas principalmente para o futuro, inclusive para o presente, independentemente de contribuições para tanto. Verifica-se, assim, que é uma forma de distribuição de renda aos mais necessitados, que não tenham condição de manter a própria subsistência.

Nesse sentido, José Afonso da Silva (2011, p. 832) elenca os princípios regentes da seguridade social, quais sejam a “universalidade da cobertura e do atendimento”, a “igualdade”, a “unidade de organização” e a “solidariedade financeira”. Infere-se, dos princípios da universalidade da cobertura e do atendimento, que todos têm direitos subjetivos e objetivos em relação à seguridade social. Quanto à igualdade conferida pelo terceiro princípio, tem-se que não se admite que as mesmas pessoas sejam tratadas de maneira diferente. Em relação à unidade de organização, podemos vislumbrar que a ela pertencem o Governo, os trabalhadores, os empregadores e os aposentados. Por fim, quanto à solidariedade financeira, podemos conceber que a seguridade social é mantida por todos que compõem a sociedade.

Todavia, além de ser composta por um conjunto de normas e princípios, a seguridade social também é constituída “de instituições, de entidades, que criam e aplicam o referido ramo do Direito” (MARTINS, 2004, p. 45). No âmbito da previdência, tal papel é desempenhado pelo Instituto Nacional de Previdência Social (INSS).

A previdência social surge, conjuntamente com a assistência social e a saúde, como um segmento de seguridade social. Conforme expõe Sérgio Pinto Martins (2004, p. 301), a palavra previdência vem do latim *pre videre*, que significa ver com antecipação as contingências sociais e procurar compô-las, ou de *praevidentia*, que tinha como denotação o ato de antever. De tal maneira, cabe a ela garantir certa segurança ao trabalhador e seus dependentes de riscos sociais como, por exemplo, doença, reclusão, idade e morte. Portanto, cabe à previdência impedir que pessoas que dependiam de um exercício laboral, não mais possível de ser prestado, caíam em estado de necessidade.

No Brasil, conforme exposto por Marisa Ferreira dos Santos (2011, p. 115), a previdência social pode ser dividida entre Regime Geral da Previdência Social (RGPS), Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) e Regime de Previdência Complementar. O RGPS é aquele que abarca todos os trabalhadores da iniciativa privada, sendo gerido pelo INSS. Tal regime compõe o objeto de estudo do presente trabalho, pois é nele que encontramos a maior parte da população brasileira. O RPPS, por sua vez, tem por finalidade atender aos servidores públicos e militares. Já o Regime de Previdência Complementar, como o próprio nome assegura, condiz com o suprimento de necessidades complementares do trabalhador por meio de um

modelo privado de previdência, sendo que “a exploração da previdência pela iniciativa privada é tolerada pela ordem jurídica, porém apenas em caráter supletivo” (CASTRO; LAZZARI, 2004, p. 100).

Conforme Ivan Kertzman (2009, p. 34), “o RGPS atende aos trabalhadores da iniciativa privada, entretanto é regime público de previdências social, pois é organizado pelo Estado”. O plano de tal regime vem disposto, basicamente, na Lei nº 8.213/91, do qual é possível vislumbrar os beneficiários e as espécies de prestações que podem ser concedidas, bem como suas constituições e requisitos.

Importante salientar que a previdência social não deve ser confundida com assistência social, tendo em vista que para fazer jus aos seus benefícios, devem ser vertidas contribuições ao Instituto Nacional do Seguro Social. Tal entendimento vem trazido por Marisa Ferreira dos Santos (2011, p. 116):

O regime é de caráter contributivo porque a cobertura previdenciária pressupõe o pagamento de contribuições do segurado para o custeio do sistema. Somente quem contribui adquire a condição de segurado da Previdência Social e, cumpridas as respectivas carências, tem direito à cobertura previdenciária correspondente à contingência-necessidade que o acomete.

O termo carência, no regime previdenciário, entende-se como o número necessário de contribuições para o trabalhador fazer jus ao benefício pretendido, sendo que tal requisito varia conforme a necessidade do segurado. É obrigatório que todo trabalhador formal contribua para o sistema geral previdenciário, sendo que tais contribuições devem ser geridas pelo seu empregador. Todavia, também é possível ao indivíduo não inserido no mercado de trabalho verter contribuições como facultativo.

Tal obrigatoriedade baseia-se tanto no sustento do sistema previdenciário como da necessidade de criar-se determinada segurança ao trabalhador. A exclusão de pessoas que desenvolvem atividades remuneradas lícitas, pelo seu bel prazer, acarretaria riscos a elas próprias, “gerando um completo caos social, pois, quando ficassem impossibilitadas de exercer suas atividades, não teriam como prover o seu sustento” (KERTZMAN, 2009, p. 29).

Portanto, devemos levar em conta que a previdência social é um direito tanto do segurado como de seus dependentes, eis que abrangida pela seguridade social. Ademais, tendo em vista seu caráter obrigatório e contributivo, se faz necessário que

o trabalhador e seus familiares não fiquem desamparados pelo sistema previdenciário em momentos de necessidade.

2.1 Da organização financeira do sistema previdenciário brasileiro

A Seguridade Social detém orçamento próprio, conforme o previsto no art. 165, § 5º, III, e no art. 195 da Constituição Federal. Tal se deve ao fato de o constituinte ter pretendido separar o custeio das despesas públicas com as despesas provenientes da seguridade social. Conforme expõe Marisa Ferreira dos Santos (2011, p. 49), o financiamento, de uma forma direta, é desempenhado pelo pagamento de contribuições sociais dispostas nos incisos I a IV do artigo 195 e das contribuições para o PIS e PASEP, com base no art. 239 da Carta Magna. O financiamento, de uma forma indireta, advém de recursos orçamentários da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Importante frisar as contribuições sociais trazidas pelo art. 195 da Constituição Federal de 1988, que fora alterada pelas Emendas Constitucionais nº 20 de 1998 e nº 42 de 2003:

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:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

- a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;
- b) a receita ou o faturamento;
- c) o lucro;

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;

III - sobre a receita de concursos de prognósticos.

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

Portanto, o montante recebido por tais vias deveria ser usado apenas para o custeio da seguridade social, como, por exemplo, a previdência social. Ressalta-se que “contribuições para o custeio da seguridade social é gênero, do qual as contribuições previdenciárias são espécies” (SANTOS, 2011, p. 57). Todavia:

É importante salientar que grande parte das dificuldades financeiras da Previdência é causada pela má administração do fundo pelo Poder Público. E esta dívida interna não é assumida pelo Governo nas discussões sobre a questão da sustentabilidade do regime, acarretando um ônus desnecessário aos atuais contribuintes. (CASTRO; LAZZARI, 2004, p. 90)

Nesta linha de raciocínio, analisando a dívida histórica do Estado brasileiro para com a seguridade social, José Ricardo Caetano Costa (2010, p. 68) cita alguns exemplos em que o fundo gerado para a seguridade social fora manejado de forma indevida, tais como na construção da Transamazônica, na criação da cidade de Brasília, na edificação da usina de ITAIPU e na construção da ponte Rio-Niterói. Ao seu turno, Sergio Pinto Martins (2004, p. 307), ao atentar que um dos maiores problemas da previdência social seria o empregado da arrecadação para outros fins, exemplifica sua afirmação pelo uso do fundo para a constituição e aumento de capital de empresas estatais e para manutenção de saldos na rede bancária como compensação pela execução de serviços de arrecadação de contribuições e de pagamento de benefícios.

O sistema previdenciário brasileiro, no que tange à sua organização financeira, encontra-se disposto no artigo 201 da Constituição Federal, cuja redação fora dada pela Emenda Constitucional nº 20 de 1998, que, em síntese, institui um regime geral de caráter contributivo e de filiação obrigatória que observará a preservação do equilíbrio financeiro e atuarial. A promulgação de tal emenda baseou-se em “enfoque econômico, atuarial e dos resultados financeiros esperados com a aprovação do texto” (CASTRO; LAZZARI, 2004, p. 58).

Primeiramente, cumpre ressaltar que o modelo da previdência social brasileira é o contributivo. Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, com maestria, explicam o funcionamento de tal sistema (2004, p. 45):

Há, assim, sistemas que adotam, em seus regramentos, que a arrecadação dos recursos financeiros para a ação na esfera do seguro social dar-se-á por meio de aportes diferenciados dos tributos em geral, de modo que as pessoas especificadas na legislação própria ficam obrigadas a contribuir para o regime. Entre as pessoas legalmente obrigadas a contribuir estão aqueles que serão os potenciais beneficiários do sistema – os segurados -, bem como outras pessoas – naturais ou jurídicas – pertencentes à sociedade a quem a lei cometa o ônus de também participar do custeio do regime. É o sistema dito contributivo, embasado nas contribuições sociais.

De tal forma conclui Marisa Ferreira dos Santos (2011, p. 58) que o sujeito passivo de tal sistema é o segurado, pois é ele que contribui para o sistema, mesmo

que essa contribuição seja repassada pelo seu empregador. De outro lado, conforme também exposto por Marisa Ferreira dos Santos (2011, p. 58), o sujeito ativo de tal sistema, após a promulgação da Lei nº 11.457, é a União, competindo à Secretaria da Receita Federal do Brasil desempenhar o papel relativo à administração das contribuições sociais, inclusive as previdenciárias. Todavia, de outra forma aduz Sergio Pinto Martins (2004, p. 304), para o autor a relação entre o segurado e a previdência detém caráter de dualidade, tendo em vista que a ambos compreendem-se direitos e deveres.

Ainda conforme Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari (2004, p. 47), o Brasil adota o sistema de repartição, ou seja, um sistema onde todos os segurados vertem contribuições para um único fundo, que será responsável pelo pagamento dos benefícios. Portanto, as pessoas com possibilidade de exercer atividade laboral irão custear os benefícios daqueles que não se enquadram em tal categoria, existindo, por conseguinte, “um contrato entre gerações: a geração atual financia a geração anterior” (MARTINS, 2004, p. 306). Tal regime terá grande influência em razão do envelhecimento da população e relação com a taxa de natalidade. A Emenda Constitucional 20/98 concretizou ainda mais tal sistema, tendo em vista que, com sua promulgação, houve a “substituição do tempo de serviço pelo tempo de contribuição efetiva” (COSTA, 2010, p. 75).

Importante crítica a tal sistema é trazida por Sergio Pinto Martins (2004, p. 46), segundo o qual, os benefícios decorrentes da seguridade social deveriam ser concedidos independentemente de contribuições, como ocorre em outros países, sendo um contrassenso que o indivíduo tenha que contribuir para fazer jus aos benefícios da previdência social, enquanto tal contribuição é desnecessária na assistência social.

Os princípios denominados como “equilíbrio financeiro e atuarial” no âmbito do sistema previdenciário, vêm esculpido, também, no art. 201 da Constituição Federal, cuja origem adveio da Emenda Constitucional nº 20 de 15 de dezembro de 1998. No que tange a tais princípios, dispõem Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari (2004, p. 94):

Princípio expresso somente a partir da Emenda Constitucional n. 20/98 (art. 201, *caput*), significa que a Previdência Social deverá, na execução da política previdenciária, atentar sempre para a relação entre custeio e pagamento de benefícios, a fim de manter o sistema em condições superavitárias, e observar as oscilações da média etária da população,

bem como sua expectativa de vida, para a adequação dos benefícios a estas variáveis.

Portanto, podemos concluir que tais princípios são consequências do sistema de repartição previdenciário. Ademais, diante deles é que surgiu o fator previdenciário, fórmula que não apenas considera “o tempo de serviço/contribuição dos segurados, mas a idade em que se encontram no momento do pedido de seus benefícios, bem como sua expectativa de vida” (COSTA, 2010, p. 78).

2.2 Da indisponibilidade dos direitos previdenciários

Das contribuições vertidas pelo segurado, surgem direitos inerentes a eles e a seus dependentes. Não poderia ser diferente, pois a previdência social tem como objetivo “estabelecer um sistema de proteção social para proporcionar meios indispensáveis de subsistência ao segurado e a sua família” (MARTINS, 2004, p. 302). Ademais, Marisa Ferreira dos Santos (2011, p. 117) demonstra que os requisitos necessários para a concessão dos benefícios previdenciários são específicos, sendo vedada qualquer diferenciação, conforme os princípios da universalidade e da uniformidade e equivalência que permeiam a seguridade social, sendo que a única exceção estaria consubstanciada em casos de atividades exercidas sob condições especiais.

Diante de tal premissa, o art. 201, § 2, da Constituição Federal, cuja redação fora dada pela Emenda Constitucional nº 20/98, assegura que nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do segurado deverá deter valor inferior ao salário mínimo nacional. Tal discussão sempre ganha debates acalorados nos momentos onde se vislumbra reajuste do salário mínimo nacional. Todavia, conforme bem explica Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari (2004, p. 95), qualquer proposta de desvinculação do valor do benefício previdenciário ao salário mínimo seria aplicar um retrocesso inaceitável, afastando o direito a uma existência digna, tendo em vista que o benefício previdenciário cobre as mesmas necessidades do trabalhador.

No entanto, conforme aponta Marisa Ferreira dos Santos (2011, p. 117), tal garantia nem sempre esteve presente, pois, anteriormente à Constituição Federal de

1988, existiam benefícios em que a renda mensal era inferior ao salário mínimo, situação que atingia especialmente os trabalhadores rurais. Tal questão, dos segurados especiais rurícolas resolveu-se, efetivamente, quando “os trabalhadores rurais ingressaram no Regime Geral de Previdência Social a partir da Lei 8.213/91, passando a fazer jus aos mesmos benefícios dos segurados urbanos” (COSTA, 2010, p. 106).

Outro ponto que merece atenção diz respeito à preservação do valor real dos benefícios, ou seja, o valor do benefício previdenciário não pode ficar estagnado no tempo, devendo acompanhar as mudanças econômicas e sociais. De tal maneira expõe Marisa Ferreira dos Santos (2011, p. 118) acerca do tema:

O benefício previdenciário se destina a substituir os rendimentos do segurado, de modo que possa manter seu sustento e de sua família. O poder de compra da renda mensal do benefício previdenciário deve ser preservado desde a renda mensal inicial até enquanto durar a cobertura previdenciária, e não pode ficar sujeito às desvalorizações da moeda. A preservação do valor real dos benefícios previdenciários deve ser observada por ocasião dos reajustes do valor da renda mensal.

Conforme aponta Sergio Pinto Martins (2004, p. 335), tal segurança vem disposta no § 4º do artigo 201 da Carta Magna, sendo imprescindível que os benefícios sejam reajustados para que detenham o mesmo valor que lhe foi dado no momento de sua concessão. Outrossim, “trata-se de preceito que suplanta a noção de irredutibilidade salarial (art. 7º, VI, da Constituição) e de vencimentos e subsídios (art. 37, X, da mesma Carta)” (CASTRO; LAZZARI, 2004, p. 96). Não poderia ser diferente, tendo em vista que o direito do trabalhador deve ser levado em conta em relação ao direito do segurado previdenciário, tendo em vista uma relação próxima entre eles.

Na lei infraconstitucional, o reajuste do valor dos benefícios vem disposto no artigo 41 da Lei nº 8.213/91, que estabelece que o reajuste deverá ser dado na mesma data em que reajustado o salário mínimo. Ademais, diante da situação previdenciária atual, os direitos dos segurados não devem ser relevados, devendo ter maior segurança em relação até mesmo ao trabalhador ativo, conforme apontam Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Júnior (2002, p. 159):

Os aposentados e pensionistas, que não mais trabalham, possuem escasso poder de barganha, ficando à mercê da boa vontade do legislador. Além disso, não podem negociar coletivamente aumentos, como os

trabalhadores. Por fim, enquanto o trabalhador ativo possui, em tese, a opção de procurar emprego melhor, o beneficiário da previdência, via de regra alquebrado pela idade ou pela doença, não raro conta apenas com o benefício para sobreviver.

Portanto, os direitos previdenciários devem ser assegurados tanto na via administrativa como na via judicial, eis que indisponíveis, conforme atestam Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari (2004, p. 97):

Em se tratando do valor do benefício devido ao segurado ou a seu dependente de direito de natureza alimentar, inadmissível se torna que o beneficiário, pelo decurso do prazo, perca o direito ao benefício. Tem-se assim que são indisponíveis os direitos previdenciários dos beneficiários do regime, não cabendo a renúncia, preservando-se, sempre, o direito adquirido daquele que, tendo implementado as condições previstas em lei para a obtenção do benefício, ainda não o tenha exercido (art. 102, § 1º, da Lei n. 8.213/91).

Diante disso, podemos vislumbrar diversas possibilidades, como, por exemplo, o provável direito de pensão por morte na hipótese de o instituidor do benefício, mesmo tendo perdido a qualidade de segurado, deteria direito à aposentadoria ou a outro benefício que possibilitaria a concessão da pensão. Todavia, tal conclusão gerou controvérsias, conforme apontam Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior (2002, p. 280):

Outra interpretação aponta como requisito para obtenção do benefício a manutenção da qualidade de segurado no momento do óbito, de modo que a perda da qualidade de segurado antes deste afastaria a aplicação do dispositivo. Em verdade, a primeira posição parte de uma premissa equivocada, pois os dependentes não possuem direito próprio perante a previdência social, estando condicionados de forma indissociável ao direito dos titulares. A questão restaria superada com a nova redação dada ao art. 102 pela Lei nº 9.528/97, acima transcrita. O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, vem decidindo de forma diversa.

De outro lado, atentam Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari (2004, p. 97), tendo como base o art. 114 da lei nº 8.213/91, que o benefício previdenciário não pode estar sujeito à penhora, ao arresto ou ao sequestro, sendo nula, ademais, sua venda ou cessão. No mesmo sentido é o disposto por Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior (2002, p. 301), ao discorrer sobre a intangibilidade do benefício, segundo os quais, também não pode haver constituição de ônus ou outorga de poderes irrevogáveis ou em causa própria para o recebimento do benefício, sendo apenas ressalvando exceções advindas do artigo

115 da Lei nº 8.213/91, que estipula alguns poucos casos onde pode haver desconto dos benefícios.

2.3 Dos dependentes previdenciários

Conforme exposto, o sistema previdenciário é responsável não apenas pela subsistência do trabalhador quando afastado de atividades laborais devido a situações alheias à sua vontade, como também pelo sustento dos seus dependentes econômicos em momento de crise financeira. Tal condição advém do caráter de seguridade social que permeia o sistema previdenciário, tendo em vista que aquele que era sustentado pelo trabalhador não pode ficar desamparado.

Acerca do tema, atenta Marisa Ferreira dos Santos (2011, p. 147) que “a relação jurídica entre dependentes e INSS só se instaura quando deixa de existir relação jurídica entre este e o segurado, o que ocorre com sua morte ou recolhimento à prisão”. Portanto, é possível concluir que os benefícios concedidos aos dependentes tendem a substituir financeiramente o que era obtido pelo trabalhador.

A lei nº 8.213/91 traz, em seu artigo 16, a relação dos dependentes do segurado, lista alterada pela Lei nº 9.528/97 e pela Lei nº 12.470/11. De tal forma, podemos dividir os dependentes previdenciários em três classes, sendo que, conforme o § 1º do artigo citado, “a existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes”. A constatação de mais de um dependente em uma mesma classe, acarretará a divisão do benefício em cota-partes iguais, sendo que a inscrição para figurar como dependente “se dá por ocasião do requerimento do benefício a que tiver direito (art. 17, § 1º, do PBPS), e mediante a apresentação dos documentos exigidos pelo art. 22 do RPS” (SANTOS, 2011, p.148).

Na primeira classe, temos: o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado que tenha idade menor que 21 anos ou considerado inválido ou que tenha deficiência que gere incapacidade absoluta ou relativa declarada judicialmente. Na segunda classe tem-se os pais do segurado. Por fim, na terceira classe, tem-se o irmão não emancipado menor de 21 anos ou inválido ou que tenha

deficiência que o torne absoluta ou relativamente incapaz, desde que declarado judicialmente. E, nestas classes, tem-se que apenas os integrantes da primeira classe têm sua dependência econômica presumida.

Conforme Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari (2004, pp. 184 e 185), o dependente previdenciário não necessariamente equivale ao dependente econômico, haja vista que a legislação abrange situações onde se averigua, principalmente, os vínculos familiares. Todavia, mesmo que a condição de dependência não seja verificável em todos os casos, os vínculos familiares trazidos pela legislação impõem uma condição de dependência econômica. Mesmo assim, há casos excepcionais em que a dependência de integrantes da primeira classe de dependentes deverá ser comprovada, conforme atentam Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior (2002, pp. 85 e 86):

A diferenciação entre as classes se dá também no que diz com a dependência econômica, presumida para os dependentes da primeira classe (§ 4º do art. 16). Para alguns, esta presunção é absoluta – não se admitindo prova em contrário, devendo ser provada para as demais. Entretanto, em face do disposto nos artigos 17, § 2º, e 76, § 2º, parece-nos que a própria lei relativiza esta presunção na hipótese de separação de fato ou de direito, ou do divórcio, quando o cônjuge ausente, ou seja, afastado do lar conjugal, deverá comprovar a dependência econômica para fazer jus aos benefícios.

Cumprido salientar que o objeto de estudo do presente trabalho está consubstanciando nas pessoas menores de 21 anos, constantes na primeira classe de dependentes. Tal definição de idade advém do Código Civil em vigor no momento da promulgação da lei nº 8213/91, que definia 21 anos como o momento de cessação da menoridade. Todavia, apesar de discussões acerca do tema, a idade disposta na lei nº 8.213/91 foi mantida, conforme explica Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari (2004, p. 186):

Na Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado, do STJ, o entendimento que prevaleceu sobre o tema é o de que, por ser a lei previdenciária norma especial em face do Código Civil, continuam a valer as regras prevista na Lei n. 8.213/91, e, por consequência, é dependente quem tiver até 21 anos de idade.

Tal conclusão igualmente é defendida por Sérgio Pinto Martins (2004, pp. 315 e 316), o qual demonstra que outras legislações também estabelecem a

condição de dependente até certa idade com base, em seu fim específico, citando, por exemplo, a legislação do Imposto de Renda e atentando que o Código Civil não estipulou acerca de situações especificamente previdenciárias, não podendo ser considerado revogado o artigo 16 da Lei nº 8.213/91. Não é outro o entendimento de Marisa Ferreira dos Santos (2011, p. 152), que dispõe “a maioria civil, alterada pelo novo Código Civil, não tem efeitos no Direito Previdenciário, que estabelece proteção com base no princípio da seletividade e distributividade”.

Temos que levar em conta, ademais, que “entende-se por filhos de qualquer condição os menores de 21 anos, legítimos, naturais, adotivos e os inválidos” (MARTINS, 2004, p. 315). Tal condição advém do § 6º do artigo 227 da Constituição Federal de 1988, que determinou que todos os filhos tivessem os mesmos direitos e qualificações.

Quanto ao menor sob guarda, sua condição de dependente era assegurada no § 2º do artigo 16 da Lei nº 8.213/91, sendo que o texto o equiparava à condição de filho, ou seja, o integrava na primeira classe de segurados. Importante frisar que na esfera previdenciária, “não há que se confundir, contudo, a guarda de pai ou mãe biológicos com a guarda de menor em processo de tutela ou adoção” (CASTRO; LAZZARI, 2004, p. 186), sendo aqui tratado casos da segunda hipótese apresentada.

Todavia, conforme bem expõe Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior (2002, p. 84), com a promulgação da Medida Provisória 1.523/96, em 14/10/1996, e da Medida Provisória 1.523-3, em 10/01/1997, posteriormente, após diversas edições, convertidas na Lei nº 9.528/97, foi retirada a condição de dependente ao menor sob guarda. Assim sendo, interpretando literalmente tais alterações, na esfera previdenciária, o menor sob guarda “não poderá, por exemplo, fazer jus a pensão por morte do segurado” (MARTINS, 2004, p. 317).

Diante de tal impasse, mesmo os menores que estavam sob guarda deferida anteriormente à modificação legislativa são atingidos por tal mudança, tendo em vista que, conforme expõe Maria Ferreira dos Santos (2011, p. 154), “não existe direito adquirido porque a relação jurídica entre dependente e previdência só se forma quando o segurado morre ou é recolhido à prisão”. Portanto, atenta-se que, no ponto de vista da legislação previdenciária, o menor sob guarda foi retirado da lista de dependentes.

2.4 Da pensão por morte

O benefício de pensão por morte é dirigido ao dependente em virtude do óbito do segurado, que, até então, mantinha seu sustento. Seu objetivo constitui em manter os dependentes amparados e protegidos da deficiência econômica advinda de falecimento do segurado, “em face disso, considera-se direito irrenunciável dos beneficiários que fazem jus a ela” (CASTRO; LAZZARI, 2004, p. 549). Vislumbram-se dois elementos essenciais que caracterizam a possibilidade de percepção do benefício de pensão por morte: “a morte do segurado e a existência de dependentes na data do óbito” (SANTOS, 2011, p. 286).

Conforme exposto por Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior (2002, p. 236), “o termo *pensão*, em nossa terminologia, está reservado para o benefício pago aos dependentes em virtude do falecimento do segurado; enquanto na generalidade dos países, inclusive Portugal, designa a renda mensal de qualquer benefício”. Portanto, temos que, na nossa realidade, a pensão é uma quantia que deverá ser paga a alguém, cobrindo suas despesas, decorrente da morte do segurado e durante certo período de tempo.

Os incisos I e V, do artigo 201 da Constituição Federal de 1988 estipulam que cabe à previdência a cobertura do evento morte, devendo ser concedido pensão por morte aos dependentes do segurado. Ademais, conforme o § 2º do art. 201 da Carta Magna, o valor mínimo de tal benefício será compatível ao valor do salário mínimo.

Na legislação previdenciária, a pensão por morte vem disposta, basicamente, nos artigos 74 a 79 da Lei nº 8.213/91. Importante frisar que tal lei sofreu diversas alterações em decorrência da realidade social e financeira brasileira, sendo que a pensão por morte, especificamente, passou por grandes alterações com as promulgações da Lei nº 9032/95 e da Lei nº 13.135/15.

Conforme bem exposto por Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior (2002, p. 236), o benefício de pensão por morte somente será concedido se o *de cujus* mantiver a condição de qualidade de segurado, com exceção de casos em que o segurado já tivesse direito adquirido à aposentadoria quando da sua morte. Entretanto, além da aposentadoria, podemos considerar que o direito a outros

benefícios pelo *de cuius* também ensejam a continuidade da qualidade de segurado, como, por exemplo, quando lhe deveria ter sido concedido o benefício de auxílio-doença e não o foi, vindo a falecer neste interregno. Nesta linha são os entendimentos de Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari (2004, p. 551) no sentido de que deve ser concedida a pensão por morte em situações em que “por meio de parecer médico-pericial ficar reconhecida a existência de incapacidade permanente do falecido, dentro do período de graça” – ou seja, no período em que o segurado detinha qualidade de segurado mesmo sem verter contribuições. Marisa Ferreira dos Santos (2011, p. 289) reforça tal entendimento:

O raciocínio é simples: se, na data do óbito, o falecido tinha direito à cobertura previdenciária, embora já perdida a condição de segurado, seus dependentes terão direito à pensão por morte. É frequente que, após cumprir os requisitos para se aposentar, o segurado deixe de contribuir para o RGPS, embora não requeira o benefício, perdendo a condição de segurado.

Vale frisar que a medida provisória 664 em 30 de dezembro de 2014, convertida na Lei nº 13.135/15, retomou o critério de carência para a percepção do benefício de pensão por morte, estabelecendo que o benefício será concedido por apenas quatro meses se o segurado não detinha 18 contribuições. Diante de tal marco, o segurado deverá verter uma determinada quantia de contribuições para que o seu dependente possa usufruir do benefício em questão por maior período. Tal entendimento havia sido eliminado pela Lei nº 8.213/91, pois “toda legislação previdenciária anterior à Lei n. 8.213/91 fixava prazo de carência até mesmo para a pensão por morte” (SANTOS, 2011, p. 289). Contudo, nos sistemas anteriores, em que pese fosse necessário o cumprimento de carência, não era necessária qualidade de segurado no momento do óbito.

Conforme dispõe o art. 74 da Lei nº 8.213/91, alterado pela Lei nº 9.528/97, a pensão por morte será devida aos dependentes do segurado: a) a contar da data do óbito, quando requerida até 30 dias depois deste; b) do requerimento, quando requerida após 30 dias do falecimento; ou c) da decisão judicial no caso de morte presumida. Assim, “a regra atual coloca a pensão sob disciplina análoga à dos demais benefícios, a exigir uma manifestação do interessado em um determinado período de tempo após a ocorrência do evento” (BALTAZAR JUNIOR; ROCHA, 2002, p. 237). Ademais, atenta-se que “a lei não contempla somente a morte real

(natural), mas, também, a morte presumida ou morte legal” (SANTOS, 2011, p. 286), sendo expressamente referida no artigo citado.

Quanto ao menor, absolutamente incapaz ou ausente, há entendimento no sentido que o benefício, mesmo requerido 30 dias após o falecimento do segurado, deve ser concedido desde o óbito. Conforme alegam Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari (2004, p. 553), com embasamento no art. 198, incisos I a III, do Código Civil de 2002, a prescrição não gerará efeitos quanto aos absolutamente incapazes, os ausentes do país em serviço público e contra os que servem às Forças Armadas em tempo de guerra.

O valor do benefício da pensão por morte, conforme estipulado no art. 75 da Lei nº 8.213/91, cujo conteúdo foi alterado pela Lei nº 9.528/97, equivale a cem por cento (100%) da aposentadoria que o segurado recebia ou do valor da aposentadoria por invalidez que receberia no momento de seu falecimento. Com maestria dispõem sobre o tema Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior (2002, p. 240):

Esta alteração apenas explicitou o que seria lógico, nos casos em que o segurado não fazia jus a nenhuma aposentadoria. Assim, primeiro será obtido o valor desta, de acordo com o procedimento relativo à aposentadoria por invalidez, ou seja, dividindo a média atualizada das contribuições pelo seu número, obtendo-se o salário-de-benefício de prestação, o qual será multiplicado pelo coeficiente de cálculo agora de cem por cento (100%), em qualquer caso.

Na hipótese de haver mais de um dependente habilitado para o recebimento do benefício de pensão por morte, o valor será rateado em partes iguais. Quanto aos efeitos da concessão, de tal maneira expõe Sérgio Pinto Martins (2004, p. 390):

A concessão da pensão por morte não será protelada pela falta de habilitação ou outro possível dependente, e qualquer inscrição ou habilitação posterior que importe em exclusão ou inclusão do dependente só produzirão efeito a contar da data da inscrição ou habilitação. Outro dependente pode ser o filho ou companheira.

Tal entendimento é abarcado por Marisa Ferreira Santos (2011, p. 293), atentando que a pensão não deve ser retardada pelo fato de outros habilitados não a requererem, como no caso de dependentes que tenham domicílio distante do local do óbito ou que tomam conhecimento da morte posteriormente. Tal conclusão

decorre, inclusive, pelo fato de requerida a pensão após 30 dias do óbito, em regra, tal será concedida desde o requerimento administrativo.

O termo final do benefício de pensão por morte está previsto no art. 77 da Lei nº 8.213/91, o qual foi alterado pelas Leis nº 9.032/95 e nº 13.135/15. Da análise de tal dispositivo concluímos que o benefício poderá ser cessado nas seguintes hipóteses: com a morte do pensionista; com o aniversário de 21 anos dos filhos, ou a eles equiparados, ou irmãos, desde que não inválidos; pela cessação da invalidez de filhos ou irmãos; para cônjuge ou companheiro, pelo decurso de prazo, tendo em vista que tal prazo será variável, dependendo da idade do cônjuge, do tempo do relacionamento (se menor de dois anos) e da idade do dependente. Vale frisar que “com a extinção da cota do último pensionista, a pensão por morte será encerrada, não podendo ser passada para pensionistas de classe inferior” (KERTZMAN, 2009, p. 413).

3 DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE AO MENOR SOB GUARDA

Conforme já referido anteriormente, o art. 227 da Constituição Federal garante à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, múltiplos direitos sociais (entre eles a vida, a saúde, a alimentação, o lazer e a dignidade), sendo dever da família, da sociedade e do Estado certificar que tais direitos sejam efetivamente assegurados ao menor. José Afonso da Silva (2011, p. 283) aponta que a Carta Magna é “minuciosa e redundante na previsão de direitos e situações subjetivas de vantagens das crianças, adolescentes e do jovem, especificando em relação a eles direitos já consignados para todos em geral”, entre esses direitos, o autor cita ainda direitos previdenciários e trabalhistas.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), em seu artigo 33, § 3º, determina que deve ser conferido ao menor sob guarda a condição de dependente do detentor da guarda, inclusive para fins previdenciários. Podemos concluir, assim, que tal legislação assegura que a ele seja estendida a proteção, equiparando-o à condição de filho e garantindo, assim, sua dignidade e proteção.

Diante do exposto, é importante analisar a abrangência do instituto do benefício de pensão por morte, tendo em vista a possibilidade, ou não, de concessão deste benefício para o menor sob guarda judicial, no momento do óbito de seu guardião. A guarda aqui conferida diz respeito aquela que tem o intuito de “conceder provisoriamente o poder familiar a alguém que não o pai nem a mãe biológicos, até a decisão judicial final” (CASTRO; LAZZARI, 2004, p. 187), ou seja, aquela conferida em processos de adoção e de tutela, até porque, em caso de guarda no interesse dos pais, a pensão é assegurado na condição de filho.

O direito à pensão ao menor em tais condições era assegurado pela legislação previdenciária, pois, originalmente, o artigo 16 da Lei nº 8.213/91 trazia o menor sob guarda no seu rol de dependentes, equiparando-o ao filho. Todavia, conforme aponta Sergio Pinto Martins (2004, p. 318), tal proteção ensejou uma série de fraudes em relação ao INSS. Tais fraudes ocorriam, por exemplo, no caso de indivíduos em idade avançada, que não tinham dependentes habilitados para a percepção de pensão em decorrência de sua morte, acabavam por usar o instituto da guarda para beneficiar um menor ao qual tinham apenas afeto. Era comum, por

exemplo, avós obterem a guarda de seus netos, sem que o Poder Judiciário se detivesse sobre quem detinha realmente a guarda de fato em tal caso. Neste sentido é o exposto por Maria Berenice Dias (2011, p. 451):

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

Tais práticas acabaram por determinar a promulgação da Medida Provisória nº 1523, convertida na Lei 9.528/1997, na qual foi excluído o menor sob guarda da relação de habilitados à concessão do benefício de pensão por morte. Todavia, conforme exposto por Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior (2002, p. 84), tal lei não revogou expressamente o § 3º do art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que, como visto, confere a condição de dependente ao menor sob guarda inclusive para fins previdenciários.

Diante do exposto, houve uma espécie de colisão entre o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Plano de Benefícios do RGPS. Os diplomas legais colidiram com relação aos seus interesses, pois a lei previdenciária levou em conta a proteção do sistema previdenciário e o impedimento de fraudes; já o ECA levou em conta a garantia de proteção integral à criança e ao adolescente e a universalidade da cobertura previdenciária. Portanto, encontramos nesta colisão o que Norberto Bobbio (1995, p. 91) denominou antinomias, ou seja, duas normas legais que não podem ser consideradas ambas verdadeiras e tampouco podem ser aplicadas ao mesmo tempo, levando, inevitavelmente, à eliminação da eficácia de uma delas.

Diante deste tipo de impasse, Norberto Bobbio (1995, pp. 92 a 97), entendeu que a solução das antinomias depende de avaliação dos critérios cronológico, hierárquico e da especialidade. Pelo critério cronológico, entende-se que a norma posterior prevalece perante a norma anterior. Para o critério hierárquico, há a prevalência da norma considerada superior. No que tange ao critério da especialidade, vislumbra-se que a lei de caráter especial encontra vigência em relação a uma regra geral, que, ao seu turno, perde sua eficácia.

Voltando ao conflito evidenciado entre a Lei nº 9.528/97 e a Lei nº 8.069/90, tal não se soluciona considerando o critério hierárquico, tendo em vista que ambas são leis ordinárias. Ao dispor acerca da hierarquia das normas, Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 57) determinou que primeiramente devem-se respeitar as normas constitucionais, sendo que, subsidiariamente, encontramos, em ordem hierárquica, as leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas e medidas provisórias.

Perante o critério da especialidade, primeiramente cumpre diferenciar a lei geral da considerada lei especial ou lei específica. Conforme Carlos Roberto Gonçalves (2010, pp. 58 e 59), a norma geral é aquela que é aplicada a um sistema geral de relações jurídicas, como o Código Civil. Por sua vez, a norma especial é aquela destinada a situações jurídicas definidas ou específicas relações. Assim, conforme aponta Alessandra de Saldanha da Gama (2013, p. 13), a Lei nº 8.069/90 encontra sua especialidade ao ser especificamente atenta aos direitos da população infantojuvenil. Já a Lei nº 9.528/97, que reformou a Lei nº 8.213/91 encontra sua especialidade no trato dos direitos previdenciários, dando ensejo à reforma do sistema previdenciário.

Portanto, temos que ambas as leis detêm caráter especial, sendo que uma visa assegurar os direitos da criança e do adolescente, enquanto a outra tem como escopo a proteção dos direitos previdenciários, visando, ademais, a estabilidade e equilíbrio financeiro de tal sistema. Há discussões jurisprudenciais acerca da possibilidade de prevalência de uma especialidade perante outra, conforme será exposto posteriormente.

De outro lado, levando em conta o critério cronológico, há uma linha de raciocínio que entende que a Lei nº 9.528/97 tornou inaplicável o § 3º do artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo em visto tratar-se de lei posterior. De tal maneira atenta Sergio Pinto Martins (2004, p.319):

Entendo que o § 3º do art. 33 da Lei nº 8.069/90 foi derogado pela previsão do § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213 na nova redação determinada pela Lei nº 9.528, pois a lei posterior revoga a anterior quando seja incompatível com esta última (§ 1º do art. 2º da LICC). É o que ocorre na disposição do § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213 que é incompatível com a previsão do § 3º do art. 33 da Lei nº 8.069. Dessa forma, o menor sob guarda não mais é dependente para fins previdenciários.

No entanto, tal solução ao conflito legal não se mostra tão simples, pois é necessário levarmos em conta a extensão de novas leis no que tange à necessidade de não desrespeitar o princípio constitucional de proibição de retrocesso aos direitos e garantias fundamentais e sociais. De tal maneira aduzem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2011, p. 107):

Prima facie, convém fazer alusão ao princípio constitucional de *proibição de retrocesso* no que tange aos direitos e às garantias fundamentais e sociais, previstos no Texto Magno. Por conta de sua extensão, não é possível uma nova norma jurídica retroagir a proteção dos direitos e garantias fundamentais e sociais, como expressão da própria dignidade humana, ali privilegiada. Na verdade, a vida social não se organiza, em suas incontáveis e inimagináveis atividades, pelo calendário legislativo. Quando uma lei é revogada, resta o problema de saber qual será o tratamento jurídico a ser dispensado aos fenômenos fáticos (relações e situações diversas) que se formaram no tempo de sua vigência e que continuarão se desenvolvendo mesmo depois do advento da nova lei.

Portanto, tendo em vista que o interesse do menor deve prevalecer e que a garantia, conforme dispõe a Constituição Federal, deve ser perquirida pela sociedade, há outros pontos que devemos levar em consideração, razão pelo que passamos a análise acerca da constitucionalidade da alteração dada pela Lei nº 9.528/97.

3.1 Da (in)constitucionalidade da alteração do artigo 16, parágrafo 2º, da Lei 8.213/91 efetivada pela Lei 9.528/97

A Constituição Federal de 1988 é a norma maior da sociedade brasileira, ou seja, com base nela os demais textos normativos tomaram forma ou devem tomar. Nas palavras de José Afonso da Silva (2011, p. 45), a Carta Magna é a “lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas”. Portanto, todo ordenamento jurídico deve seguir o estipulado pelos princípios e normas constitucionais, sendo que eventual contrariedade acabará por demonstrar sua inconstitucionalidade.

Conforme apontado por José Afonso da Silva (2011, pp. 46 e 47), a inconstitucionalidade de uma norma pode ocorrer por duas formas: pela inconstitucionalidade por ação, cujo caráter será formal, quando instituída por autoridade incompetente ou em desacordo com os procedimentos formais instituídos na Constituição, ou material, quando o conteúdo da lei contrariar o estipulado na Carta Magna; ou, ainda, pela inconstitucionalidade por omissão, que se dá quando não praticados atos necessários para tornar aplicáveis as normas constitucionais.

Gilmar Ferreira Mendes (2009, p. 89) expõe que, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, praticamente toda controvérsia constitucional relevante pode ser submetida ao Supremo Tribunal Federal, tendo em vista o processo de controle abstrato de normas e a ampliação acerca da legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade, conforme estipulado no art. 103 da Carta Magna (que contempla, por exemplo, o Procurador-Geral da República e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil). Todavia, importante salientar que uma norma considerada inconstitucional, não é inexistente, conforme aponta a doutrina:

Dentro da ordem de ideias aqui expostas, uma lei que contrarie a Constituição, por vício formal ou material, não é inexistente. Ela ingressou no mundo jurídico e, em muitos casos, terá tido aplicação efetiva, gerando situações que terão de ser recompostas. Norma inconstitucional é norma inválida, por desconformidade com o regramento superior, por desatender os requisitos impostos pela norma maior. Atente-se que validade, no sentido aqui empregado, não se confunde com validade técnico-formal, que designa a vigência de uma norma, isto é, sua existência jurídica e aplicabilidade (BARROSO, 2012, p. 35).

Aponta Gilmar Ferreira Mendes (2009, p. 256) que a consequência lógica da declaração de nulidade da norma inconstitucional seria a “eliminação total do ordenamento jurídico de todos os atos praticados com fundamento nela”. Todavia, a depuração total não tem como ser verificada no plano real. Outrossim, atenta o autor que “a declaração de nulidade pode incidir sobre a norma, parte da norma ou sobre determinado âmbito de aplicação da norma” (MENDES, 2009, p. 257), ou seja, se determinados pontos das leis não forem contrários ao estipulado pela Constituição, tais devem continuar válidos.

Conforme estipula Luís Roberto Barros (2012, p. 36), a inconstitucionalidade vislumbra vício no plano da validade da norma, que, conseqüentemente, irá afetar a

eficácia normativa, tendo em vista que tal norma não deverá ser aplicada. Ademais, assim atenta o autor acerca de tal objeto:

O reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma não se confunde, quer em suas causas, quer em seus efeitos, com sua revogação. A revogação consiste na retirada de uma norma do mundo jurídico, operando, portanto, no plano da existência dos atos jurídicos. Como regra, decorrerá de nova manifestação de vontade do próprio órgão que a havia editado, e seus efeitos somente se produzem para o futuro, *ex nunc*. A declaração de inconstitucionalidade, ao revés, é competência judicial, e, de ordinário, seus efeitos serão retroativos. (BARROSO, 2012, p. 37)

Portanto, podemos concluir que, no Brasil, prevalece o entendimento que a lei inconstitucional é nula, tendo a decisão de inconstitucionalidade, portanto, eficácia retroativa. Todavia, há exceções, conforme bem observa Luís Roberto Barroso (2012, p. 43), a retroatividade conferida ao pronunciamento de inconstitucionalidade deve levar em conta a boa-fé, a justiça e a segurança jurídica, sendo já relevada em algumas ocasiões pelo Supremo Tribunal Federal.

Diante de tal empasse houve a promulgação da Lei nº 9.868/99, que, em seu artigo 27, estabeleceu que:

Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Tal artigo, conforme bem expõe Luís Roberto Barroso (2012, pp. 46 e 47), enfrenta diversas críticas acerca de sua conveniência, oportunidade e constitucionalidade. Contudo, tendo em vista a retroatividade da inconstitucionalidade de uma norma pode trazer consequências indesejadas, o Supremo Tribunal Federal já vinha equilibrando o efeito de suas decisões neste sentido.

Tendo o exposto acima como premissa, cumpre analisar se a Lei nº 9.528/97, ao retirar do menor sob guarda da relação de dependentes previdenciários encontra-se sob a égide do texto constitucional. Tal decorre do fato de a Constituição Federal, em seu artigo 227, assegurar diversos direitos à criança e ao adolescente, estabelecendo, especificamente, no inciso II do § 3º de tal artigo, que a proteção especial irá abranger a garantia de direitos previdenciários e trabalhistas.

Tendo em vista tal preceito constitucional, Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior (2002, p. 84) entendem que a alteração realizada pela Lei nº 9.528/97, em relação à exclusão do menor sob guarda do rol dos dependentes previdenciários, é inconstitucional, tendo em vista que conflita com o estipulado na Constituição Federal em seu artigo 227. Portanto, segundo tal entendimento, o menor sob guarda deve continuar a ser considerado dependente para fins previdenciários, eis que a lei que o excluiu não teria seguido o direito que a ele é assegurado pela Carta Magna.

Todavia, tal conclusão não é pacífica, sendo que, de modo diverso, entende Sergio Pinto Martins (2004, pp. 318 e 319):

No caso em tela, não se verifica limitação da abrangência do inciso II, do § 3º do art. 227 da Constituição pelo § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213, quando exclui o menor sob guarda da condição de dependente. O citado dispositivo constitucional diz respeito ao menor como segurado, como trabalhador, tanto que o mesmo inciso faz referência à proteção trabalhista, que só pode referir-se a quem é trabalhador. Não se está tratando de questão de dependente. Logo, a lei ordinária pode versar sobre o assunto, excluindo o menor sob a guarda da condição de dependente.

Conforme o estipulado, para o autor, a alteração trazida pela Lei nº 9.528/97 não feriu o preceito constitucional, tendo em vista que a Carta Magna, ao tratar acerca dos direitos previdenciários do menor, apenas o faz em decorrência de um contrato de trabalho eventualmente celebrado.

A doutrina, portanto, é divergente quanto à constitucionalidade da Lei nº 9.528/97 na questão do menor sob guarda.

3.2 O benefício de pensão por morte ao menor sob guarda no âmbito judicial

A contradição apresentada pelos dispositivos legais e entendimentos doutrinários divergentes sobre a questão do direito à pensão por morte ao menor sob guarda gera insegurança e, conseqüentemente, uma valorização subjetiva do judiciário.

Conforme bem aponta José Afonso da Silva (2011, p. 573), cabe ao Superior Tribunal de Justiça o “controle da inteireza positiva, da autoridade e da uniformidade

de interpretação da lei federal”. Portanto, faz-se necessária a análise de suas decisões sobre a possibilidade de concessão de pensão por morte para o menor sob guarda em decorrência do óbito de seu guardião.

Todavia, verifica-se divergência também nas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça sobre o tema. Primeiramente, transcreve-se julgado no sentido da aplicação da lei previdenciária no caso em concreto:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. MEDIDA PROVISÓRIA N. 1.523/96 (LEI N. 9.528/97). EXCLUSÃO DO MENOR SOB GUARDA DO ROL DOS DEPENDENTES DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PREVALÊNCIA DA NORMA PREVIDENCIÁRIA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O art. 557 do CPC autoriza ao relator decidir o recurso, com fundamento na jurisprudência dominante, de forma monocrática, não ofendendo, assim, o princípio da colegialidade.

2. O tema controvertido diz respeito à possibilidade de concessão, ao menor sob guarda, de pensão por morte. O entendimento desta Corte encontra-se uniformizado no sentido de que a Lei 9.528/97, norma previdenciária específica, prevalece em relação ao art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo aplicável às hipóteses em que o óbito ocorreu a partir de sua vigência.

3. Precedentes: AgRg no REsp 1.141.788/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/11/2014, DJe 24/11/2014; EREsp 859.277/PE, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA - DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE, TERCEIRA SEÇÃO, DJe de 27/02/2013; REsp 1.328.300/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/04/2013.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1482391/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/04/2015, DJe 20/04/2015)

Diante de tal julgado, verificamos que o entendimento da Segunda Turma do STJ foi no sentido de que a norma previdenciária prevalece perante o Estatuto da Criança e do Adolescente. E, em pesquisa jurisprudencial, verifica-se que a maioria dos julgados do STJ segue tal previsão. No entanto, a matéria não se encontra pacificada, havendo decisão do mesmo Superior Tribunal de Justiça em sentido contrário, conforme se observa:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA JUDICIAL. APLICABILIDADE DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ECA. INTERPRETAÇÃO COMPATÍVEL COM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E COM O PRINCÍPIO DE PROTEÇÃO INTEGRAL DO MENOR.

1. Caso em que se discute a possibilidade de assegurar benefício de pensão por morte a menor sob guarda judicial, em face da prevalência do disposto no artigo 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA,

sobre norma previdenciária de natureza específica.

2. Os direitos fundamentais da criança e do adolescente têm seu campo de incidência amparado pelo status de prioridade absoluta, requerendo, assim, uma hermenêutica própria comprometida com as regras protetivas estabelecidas na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

3. A Lei 8.069/90 representa política pública de proteção à criança e ao adolescente, verdadeiro cumprimento da ordem constitucional, haja vista o artigo 227 da Constituição Federal de 1988 dispor que é dever do Estado assegurar com absoluta prioridade à criança e ao adolescente 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.

4. Não é dado ao intérprete atribuir à norma jurídica conteúdo que atente contra a dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, contra o princípio de proteção integral e preferencial a crianças e adolescentes, já que esses postulados são a base do Estado Democrático de Direito e devem orientar a interpretação de todo o ordenamento jurídico.

5. Embora a lei complementar estadual previdenciária do Estado de Mato Grosso seja lei específica da previdência social, não menos certo é que a criança e adolescente tem norma específica, o Estatuto da Criança e do Adolescente que confere ao menor sob guarda a condição de dependente para todos os efeitos, inclusive previdenciários (art. 33, § 3º, Lei n.º 8.069/90), norma que representa a política de proteção ao menor, embasada na Constituição Federal que estabelece o dever do poder público e da sociedade na proteção da criança e do adolescente (art. 227, caput, e § 3º, inciso II).

6. Havendo plano de proteção alocado em arcabouço sistêmico constitucional e, comprovada a guarda, deve ser garantido o benefício para quem dependa economicamente do instituidor.

7. Recurso ordinário provido.

(RMS 36.034/MT, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/02/2014, DJe 15/04/2014)

Em que pese tal decisão abarcar conteúdo de lei complementar estadual previdenciária do Estado de Mato Grosso, importante salientar que tal lei vai ao encontro ao estipulado na alteração dada pela Lei nº 9.528/97, que excluiu o menor sob guarda na relação de dependentes. Assim, o julgado traz clara relação entre as duas leis. A decisão dada pela Primeira Seção do STJ, tendo como relator o ministro Benedito Gonçalves, colocou o Estatuto da Criança e do Adolescente como prevalecente à lei previdenciária, tendo em vista a especialidade da lei que, além de garantir direitos da menoridade, atenta ao estipulado pelo artigo 227 da Constituição Federal.

Em tal processo vislumbra-se, ainda, no voto-vogal efetuado pelo ministro Mauro Campbell Marques, referência à ação de inconstitucionalidade autuada sob o nº 4.878/DF ajuizada pelo Ministério Público Federal. Tal ação tem como escopo a interpretação do § 2º do art. 16 da Lei 8.213/91 conforme o estabelecido na Constituição Federal no que tange ao já mencionado no tópico anterior. Em consulta

processual, verificou-se que seus autos encontram-se conclusos ao relator (consulta processual em 03/09/2015).

Conforme aponta José Afonso da Silva (2011, p. 559), cabe ao Supremo Tribunal Federal atentar para a guarda da Constituição Federal e de seus preceitos. Além disso, conforme bem exposto por Gilmar Ferreira Mendes (2009, pp. 20 e 21), qualquer juiz ou Tribunal pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei em um caso específico, cabendo, todavia, ao Supremo Tribunal Federal exercer o papel tanto de órgão de revisão de última instância, como de Tribunal Constitucional, na medida em que tem poderes para aferir a constitucionalidade direta das leis. Na mesma linha, Luís Roberto Barroso (2012, p. 183) atenta que o STF detém a competência para processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade interposta perante alegação de que uma lei não segue o estipulado pela Constituição Federal.

Quanto à ação direta de inconstitucionalidade, Gilmar Ferreira Mendes (2009, pp. 241 a 243), baseando-se na Lei nº 9.868/99, alega que, entre seus requisitos encontram-se a indicação do dispositivo que deu ensejo à ação, bem como o fundamento jurídico e a formulação de pedido com suas especificações, sendo que o relator pode indeferir liminarmente as petições ineptas, as não fundamentadas e aquelas manifestamente improcedentes. Importante frisar, ainda, ser inadmissível a desistência da ação regularmente proposta.

Ainda nessa linha, Luís Roberto Barroso (2012, p. 221) aponta que a ação direta de inconstitucionalidade deverá ser analisada por seis Ministros, a fim de que haja a configuração da maioria absoluta do Tribunal, sendo que a decisão é irrecorrível, admitindo-se, apenas, embargos de declaração. Quanto à natureza da decisão, cabe ressaltar que:

Vige, no Brasil, como regra geral, o entendimento de que se trata de decisão declaratória (v., supra), que não inova na ordem jurídica. Assim, o acórdão que julga procedente o pedido limita-se a constatar a existência de um vício e a conferir certeza jurídica a esse fato, proclamando a invalidade da norma. E a decisão que julga o pedido improcedente contém em si a afirmação judicial de que o autor da ação não foi capaz de elidir a presunção de constitucionalidade da norma, que permanecerá no sistema jurídico, válida e eficaz (BARROSO, 2012, p. 225).

Assim, tratando-se também de questão constitucional, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil igualmente ajuizou, perante o Supremo Tribunal

Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5083, a qual discute o disposto no artigo 2º da Lei 9.528/1997, que alterou o artigo 16, parágrafo 2º, da Lei 8.213/1991. Segundo a OAB, o dispositivo é inconstitucional, pois suprimiu os menores sob guarda judicial do recebimento do benefício de pensão por morte em decorrência do falecimento de seu gestor. Em tese de contestação ao alegado pelo autor, a Advocacia Geral da União alegou que a relação do menor sob guarda judicial não é suficiente para configurar uma situação de dependência econômica para fins previdenciários e destacou que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a impossibilidade da concessão de benefício previdenciário ao menor sob guarda após a edição da Lei nº 9.528/97. Não existe, ainda, posicionamento firmado pelo Ministro relator do caso (consulta processual em 03/09/2015).

Diante do quadro em tela, outra questão vem a tona, qual seja a preponderância do entendimento do Poder Judiciário no trato das questões diárias. Diante de tal premissa, bem atenta José Ricardo Caetano Costa (2010, pp. 179 e 180):

De fato o Judiciário deve servir, derrubada a teoria clássica da separação dos poderes, abordada alhures, como uma importante ferramenta na manutenção, resguardo e proteção dos direitos fundamentais sociais. Mas é o Estado, *lato sensu*, que deve dar esta garantia, cabendo ao Judiciário, como função do Estado (na sua acepção ampliada) contribuir para esse processo, até mesmo porque é ele (o Judiciário) que faz interpretação dos textos legais. Mas é contra o Estado (como Ente uno, indivisível e dizível) que deverá ser orientado no processo de resistência e insistência na defesa intransigente (como quer Anderson) dos direitos sociais que pertencem a todos os cidadãos – e não somente aos preclaros e iluminados que conhecem e buscam os seus direitos na esfera judicial.

Portanto, conforme bem preceitua o autor, em que pese o Judiciário ser ferramenta fundamental para a inquirição de direitos e garantias sociais, é preciso deter certa cautela acerca de sua atuação. Importante frisar que o entendimento jurisprudencial não é o meio adequado para a efetivação de direitos, sendo que, conforme estipulado, cabe apenas seu auxílio às funções que devem ser desempenhadas originalmente pelo Estado. Ademais, tendo em vista o prolongamento temporal de algumas ações e uma esfera limitante de abrangência populacional, por vezes, o direito social que seria assegurado acaba por perder o seu objeto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Primeiramente, é importante ressaltar que a presente monografia não possui o intuito de esgotar o tema enfrentado, de modo que todos os pontos levantados respeitam um estudo pormenorizado. No entanto, o presente estudo levanta questões interessantes, as quais merecem maior apreciação.

Discorreu-se, primeiramente, sobre o direito da criança e do adolescente em fazer parte, efetivamente, de uma família. Tal direito encontra-se substanciado tanto na Constituição Federal, quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, competindo à família, à sociedade e ao Estado assegurar que o menor terá um desenvolvimento saudável e repleto de segurança e oportunidades.

Quanto ao conceito de família, que evoluiu em decorrência do tempo e do espaço, temos que, na atualidade, tal deve ser compreendida de maneira abrangente. O núcleo familiar, na visão do menor, pode ser de caráter substituto ou natural, e, ainda, deter caráter consanguíneo ou advindo da afinidade.

Outro ponto relevante diz respeito à igualdade entre os filhos. Não é mais possível o tratamento diferente entre os filhos naturais, filhos adotados, filhos resultantes de união extraconjugal, dentre outros. O ordenamento jurídico assegura o critério da igualdade também em matéria de alimentos.

Conforme o apontado pelo estudo, a guarda do adolescente da criança que não convivem com qualquer dos pais decorre, exclusivamente, em proteção ao interesse do menor. Cabe, assim, ao guardião assegurar os múltiplos direitos do menor sob guarda, podendo, inclusive, insurgir-se contra os pais naturais.

Deve-se, ainda, ter em mente a amplitude da seguridade social e dos seus consequentes benefícios previdenciários, pois constituem uma espécie de seguro ao indivíduo acometido por alguma contingência social. Assim, o segurado e a família de segurado falecido ou doente não podem ficar desamparados e afastados de seu direito mais básico, qual seja, o direito aos alimentos e ao mínimo existencial.

O sistema previdenciário brasileiro, baseado em caráter contributivo, detém organização financeira própria. Todavia, conforme analisado, a crise de tal sistema consubstancia-se na má gestão do fundo previdenciário por parte do governo, pois usado para intuitos diversos ao da proteção da seguridade social.

A indisponibilidade dos direitos previdenciários também foi abarcada pelo presente trabalho, sendo importante ressaltar que tal advém da necessidade de amparo e proteção aos contribuintes e dependentes quando dele necessitarem. Diante disso, o valor mínimo do benefício previdenciário deve ter como base o salário mínimo nacional devido ao trabalhador, pois garante o mínimo existencial, mas também deve levar em conta o valor real do salário do benefício.

A pensão por morte, por sua vez, tende a abarcar a relação de dependentes previdenciários do segurado. Diante do cumprimento dos seus requisitos, tal benefício garantirá, ao núcleo familiar, recursos a que tem direito para sua manutenção e dignidade

No terceiro capítulo, pretendeu-se unir os termos trazidos nos dois primeiros capítulos, relacionando o direito ao benefício previdenciário ao óbito do guardião do menor sob guarda. Destacou-se, neste momento, que sob o pretexto de fraudes, promulgou-se a Lei nº 9.528/97 que retirou o menor sob guarda na relação dos dependentes previdenciários.

Diante disso, analisaram-se as contrariedades trazidas pela Lei nº 9.528 em relação ao Estatuto da Criança e do Adolescente (que garante a dependência previdenciária ao menor sob guarda) e à Constituição Federal (que assegura os direitos do menor). Quanto à primeira relação, levou-se em conta o critério de solução de antinomias trazido por Noberto Bobbio. Todavia, doutrinariamente falando, concluiu-se não ser possível juízo de certeza acerca de qual lei deve prevalecer.

Quanto à constitucionalidade da Lei nº 9.528, no que tange à sua alteração ao artigo 16, parágrafo 2º, da Lei nº 8.213/91, excluindo o menor sob guarda da relação dos dependentes previdenciários, percebeu-se que há tanto visões que asseguram a constitucionalidade, quanto entendimentos acerca da inconstitucionalidade de tal alteração.

Portanto, cumpriu analisar tal questão no âmbito judicial. Na esfera do Superior Tribunal de Justiça, conclui-se, com base em extensa pesquisa, haver posições divergentes quanto ao tema. Embora a maioria dos julgados seja no sentido de não haver direito ao benefício por parte do menor sob guarda, há julgados em sentido diverso.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a quem compete decidir de maneira definitiva sobre a inconstitucionalidade da Lei nº 9.528/97, no que tange à

sua alteração no art. 16, § 2º, da Lei nº 8.213/91, estão em curso duas ações diretas de inconstitucionalidade, uma proposta pelo Ministério Público Federal, e outra pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Todavia, ainda estão pendentes decisão final. Não há, portanto, posição definitiva.

Por fim, atentou-se para a valoração excessiva do poder Judiciário na resolução das questões da sociedade, colocando-se o Estado em segundo plano. Neste ponto, a crítica decorreu do fato da tendência de o sistema judiciário ter uma abrangência populacional limitada e procedimentos que, muitas vezes, abarcam período temporal muito longo para a segurança de direitos imprescindíveis ao indivíduo.

Diante do exposto, mesmo havendo posições doutrinárias e jurisprudenciais contrárias, podemos concluir que a concessão de pensão por morte para o menor sob guarda se mostra necessária e possível. Cabe ao guardião assegurar que o menor detenha o necessário para o seu crescimento saudável, não sendo possível permitir que o menor fique desamparado em decorrência de seu óbito. Como integrante da seguridade social, cabe ao sistema previdenciário substituir, financeiramente falando, a lacuna trazida pela morte do responsável do menor.

No que se refere à crise e às fraudes à previdência, tais não devem ser considerados pressupostos para suprimir direitos inerentes à dignidade do ser humano. Conforme visto, a crise previdenciária advém de sua má gestão por parte do governo, e não em decorrência da concessão dos benefícios estipulados por ela. Ademais, a existência de fraudes não deve acarretar o afastamento do direito à pensão por morte no determinado caso. Existem, para tanto, órgãos de fiscalização que devem ser acionados, não sendo possível, outrossim, generalizar, desamparando aquele que realmente necessita do benefício.

O sistema previdenciário deve ter como objetivo assegurar a manutenção financeira do contribuinte e sua família, e não ser um meio de obtenção de finanças por parte do Estado. Infelizmente, atualmente, somente se tem vislumbrado maiores restrições e limitações ao seu acesso. Diante dos preceitos constitucionais, o bem maior deve ser a proteção do menor. Faz-se, assim, justa, constitucional e necessária a concessão da pensão por morte para o menor sob guarda, buscando-se seu bem estar e seu desenvolvimento saudável.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávia Cristina Moura de; LEITÃO, André Studart. ***Direito Previdenciário I***. São Paulo: Saraiva, 2012.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; ROCHA, Daniel Machado da. ***Comentários à lei de benefícios da previdência social***. Porto Alegre: Livraria do Advogado: Esmafe, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. ***O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência***. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. ***Teoria do ordenamento jurídico***. 6ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BRASIL. ***Constituição da República Federativa do Brasil de 1988***. Brasília. Publicada no DOU de 05/10/1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acessado em 12 de setembro de 2015.

_____. ***Lei nº 8.069/90***. Brasília. Publicada no DOU de 16/07/1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em 12 de setembro de 2015.

_____. ***Lei nº 8.212/91***. Brasília. Publicada no DOU de 25/07/1991. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8212cons.htm>. Acesso em 12 de setembro de 2015.

_____. ***Lei nº 8.213/91***. Brasília. Publicada no DOU de 25/07/1991. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em 12 de setembro de 2015.

_____. **Lei nº 9.032/95**. Brasília. Publicada no DOU de 29/04/1995. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9032.htm>. Acesso em 12 de setembro de 2015.

_____. **Lei nº 9.528/97**. Brasília. Publicada no DOU de 11/12/1997. Disponível em <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1997/9528.htm>>. Acesso em 12 de setembro de 2015.

_____. **Lei nº 9.868/99**. Brasília. Publicada no DOU de 11/11/1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em 12 de setembro de 2015.

_____. **Lei nº 10.406/02**. Brasília. Publicada no DOU de 11/01/2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 12 de setembro de 2015.

_____. **Lei nº 11.340/06**. Brasília. Publicada no DOU de 08/08/2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em 12 de setembro de 2015.

_____. **Lei nº 12.318/10**. Brasília. Publicada no DOU de 27/08/2010. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em 12 de setembro de 2015.

_____. **Lei nº 12.470/11**. Brasília. Publicada no DOU de 01/09/2011. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12470.htm>. Acesso em 12 de setembro de 2015.

_____. **Lei nº 13.135/15**. Brasília. Publicada no DOU de 18/06/2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13135.htm>. Acesso em 12 de setembro de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1482391/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/04/2015, DJe

20/04/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RMS 36.034/MT, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/02/2014, DJe 15/04/2014.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, Família, Sucessões, Volume 5**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COLTRO, Antonio Carlos Mathias; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; TEIXEIRA Sálvio de Figueiredo. **Comentários ao Novo Código Civil, v.17: do Direito Pessoal**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COSTA, José Ricardo Caetano. **Previdência: os direitos sociais previdenciários no cenário neoliberal**. Curitiba: Juruá, 2010.

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

FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao Novo Código Civil, volume XVIII: do Direito de Família, do Direito Pessoal, das Relações de Parentesco**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias, Volume 6**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Direito civil: teoria geral**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FELIPE, J. Franklin Alves. **Adoção, Guarda, Investigação de Paternidade e Concubinato**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1995.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito**

Civil, Volume VI: Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAMA, Alessandra de Saldanha da. **ECA esquematizado.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Ferreira, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Volume 6: Direito de Família.** 9º ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito Civil Brasileiro, Volume 1: Parte Geral.** 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário.** 6ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2009.

MARQUES, Carla R. M.; VALVERDE, Iracema Almeida; VEIGA, Rosanie Martins da. **Guarda de crianças e adolescentes.** Rio de Janeiro: Ed. Esplanada, 2000.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social.** 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Comentários ao Novo Código Civil, Volume XX: da União Estável, da Tutela e da Curatela.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito Previdenciário Esquematizado.** São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 34ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011.

SOUZA, Paulo César Régis. **A Previdência de Todos 2012.** Brasília: FUNPREV,

2012.

TARTUCE, Flávio. ***Manual de Direito Civil: Volume Único***. São Paulo: Método, 2011.