

GUARDA PARA EFEITOS PREVIDENCIÁRIOS: A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO PENSÃO POR MORTE NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

Simone Seghese de Toledo¹

Nayara Jeronimo²

Resumo: Este artigo tem a intenção de colaborar com a atual discussão sobre o instituto da guarda e a exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes da Previdência Social. O instituto da guarda é regulado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA e tenta sanar o problema dos menores que, de alguma forma depende da guarda de terceiros, quer seja de avós, quer seja de família substituta, por estar em situação de risco. A Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente caminham em descompasso com a legislação previdenciária que, desde a vigência da Lei 9.528/97, modificou o artigo 16º da Lei 8.213/91 e, excluiu os menores sob guarda do rol de dependentes. O objetivo é analisar o instituto da guarda e os reais motivadores para a alteração da norma previdenciária, entendendo as normas protetivas do menor e os direitos previdenciários. Recentemente, pela MP664/2014, o menor sob guarda foi incluído no rol de dependentes previdenciários para os segurados pelo Regime Próprio de Previdência Social. Por analogia e isonomia serão, judicialmente, incluídos como dependentes dos segurados do Regime Geral Previdenciário. Mas, enquanto isso, administrativamente os beneficiários deste

¹ Mestre em Direito e Especialista em Direito Previdenciário, Professora da PUC Minas.

² Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – Poços de Caldas.

direito estão sendo prejudicados. Mencionaremos a Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil que defende a inconstitucionalidade parcial da Lei 9.528/97. Após o referido estudo, podemos afirmar que crianças e adolescentes sob guarda devem retornar ao rol de dependentes previdenciários do Regime Geral irrestritamente, mediante prova de dependência econômica do guardião.

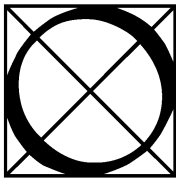
Palavras-Chave: Crianças. Adolescentes. Guarda. Pensão por Morte. Rol de Dependentes. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.083.

Abstract: This article intends to work with the current discussion about the institute of the guard and the exclusion of minor under guard of the list of dependent on Social Security. The Institute of the guard is ruled by the Statute of Child and Adolescent - ECA and tries to solve the problem of the minor who, somehow depends on the custody of third parties, whether of grandparents, whether of a foster family, for being at risk. The Federal Constitution and the Statute of Child and Adolescent are walking in disagreement with the law of the Social Security since the effective of Law 9.528/97, amended Article 16 of Law 8.213/91 and excluded minor under custody of the list of dependent. The objective is to analyze the Institute of the guard and the real motivators for change the Social Security Law, understanding the protective laws of minor and rights of Social Security. Recently, the MP664/2014 the minor under guard was included in the list of dependent of insured by Own System of Social Security. By analogy and equality, will be included by court for insured of the by General System of Social Security. However, while that, administratively beneficiaries of this right are being impair. Mention the Direct Unconstitutional Action proposal by the Order Lawyers of Brazil that claims the partial unconstitutionality of Law 9.528/97. After the study, we

can say that the minor under guard must return to the list of dependent on Social Security on the General Regime, without constraints, upon proof of economic dependence of the guardian.

Keywords: Children. Adolescents. Guard. Death Pension. List of dependent. Direct Acton of Unconstitutionality 5083.

1. INTRODUÇÃO



menor sob guarda é dependente previdenciário, para o Regime Geral de Previdência Social, de seu guardião?

Parte da norma nacional diz que sim, mas a norma específica previdenciária diz que não. Previdência Social e Tribunais não estão se entendendo quando o assunto é a pensão por morte deixada ao menor sob guarda. O assunto é muito atual, a saber, o Supremo Tribunal Federal está para pronunciamento, a qualquer tempo, de maneira a dirimir qualquer dúvida, que ainda reste, sobre os direitos deste tipo especial de dependente sobre o benefício previdenciário de pensão por morte.

O conflito normativo dá-se por conta da determinação disforme entre o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei de Benefícios Previdenciários n. 8.213/91. Em dezembro último, pela Medida Provisória 664/2014, já foi acrescido o menor sob guarda como dependente dos segurados pelo Regime Próprio da Previdência Social e aguarda-se a extensão para os segurados do Regime Geral.

Em que pese a importância do conflito normativo, as hipóteses inicialmente levantadas acerca do tema, devem ser assinaladas em âmbito judicial e administrativo de concessão de benefícios previdenciários. Pois, os atos da Administração Pública devem ser fundamentados no Princípio da Legalidade,

ou seja, restritos à determinação da lei. Portanto, no que diz respeito ao tema, à concessão do benefício previdenciário pensão por morte, em âmbito administrativo, só poderá resultar na aplicação da Lei de Benefícios, n. 8.213/91, e, desta maneira, não reconhecendo o menor sob guarda como dependente previdenciário de seu guardião.

Contudo, em âmbito judicial, possui o Magistrado o dever de utilizar seu poder discricionário, por meio da análise do caso concreto, usando da analogia e equidade e adotar medidas que protejam o menor que recorreu, legitimadamente, à justiça. Razão esta, que mediante o conflito apresentado pela presente pesquisa, poderá ser observada a incidência de duas hipóteses. A primeira, à aplicação da Lei de Benefícios, n. 8.213/91, a qual não atribui ao menor sob guarda a condição de dependente previdenciário de seu guardião. A segunda, pautada no Princípio da Proteção Integral de Crianças e Adolescentes, determinada pela Constituição Federal, fazer uso da previsão do Estatuto da Criança e do Adolescente, pelo qual é direito do menor sob guarda a proteção previdenciária de concessão de benefício pensão por morte, em decorrência da morte de seu guardião.

Nosso objetivo com a pesquisa é investigar a problematização do conflito de normas inicialmente propostos e demonstrar o dano que ele causa ao dependente excluído do rol. Para tanto, precisaremos analisar determinadas questões incidentais necessárias ao entendimento do tema.

Na primeira abordagem, faremos um estudo sobre a guarda do menor, de quem se trata e como a legislação nacional o protege. Desde a proteção prevista na legislação brasileira a crianças e adolescentes, bem como do Princípio da Proteção Integral e o instituto da guarda como maneira de efetivar essa proteção.

Num segundo momento, entenderemos as normas previdenciárias relativas aos dependentes do segurado e condições para participação do benefício denominado pensão por morte.

No momento seguinte, dissertaremos sobre os conflitos normativos e demonstraremos os atuais posicionamentos jurisprudenciais dos Tribunais. Demonstraremos, ainda, a existência de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade de n. 5.083, que leva, justamente, o tema para análise no Supremo Tribunal Federal.

O ensejador da Lei 9.528/97 foi a proteção da autarquia, responsável pela concessão dos benefícios previdenciários, contra fraudes. Muitos avós tomavam netos sob guarda, sem real dependência econômica, para torná-los dependentes de uma futura pensão por morte. O objetivo da mudança normativa foi frear fraudes e, diretamente feriu os direitos daqueles que realmente dependiam economicamente do guardião.

Ao final da pesquisa, demonstraremos as injustiças e o prejuízo causado ao menor, em via administrativa, pelo indeferimento de concessão dos benefícios requeridos por crianças e adolescente sob guarda. Em contraponto, a jurisprudência demonstrando a aplicação judicial do Estatuto da Criança e do Adolescente e a concessão do benefício.

2. QUEM É O MENOR SOB GUARDA PERANTE A LEGISLAÇÃO NACIONAL E QUAL A PROTEÇÃO QUE A LEI CONFERE A ELE

Crianças e adolescentes, para o direito brasileiro são sujeitos da proteção integral, que estudaremos nos tópicos seguintes, todavia, essa proteção é resultado da evolução histórica dos direitos conferidos à eles, a partir da perspectiva de proteção especial. Para Moacir Pereira Mendes a proteção garantida no ordenamento jurídico está relacionada ao poder familiar³:

A proteção dos menores está intimamente ligada ao que se

³ “O poder familiar corresponde ao antes denominado “pátrio poder” e é entendido pelos juristas não como um direito subjetivo dos pais em relação aos filhos, mas antes como um dever daqueles para com estes em decorrência da sua menoridade e incapacidade de gerir a própria vida de modo autônomo”. (O INSTITUTO...,2014).

denomina hoje poder familiar, uma vez que sua evolução histórica refletiu na doutrina da proteção integral. Ora, quando falamos em proteção integral, constatamos a responsabilidade direta dos pais, através do poder familiar, o qual, no decorrer da história, foi sendo modificado, visando, como veremos, abarcar não apenas deveres, como no passado, mas, sim, uma série de direitos dos menores, todos necessários para que a proteção integral possa ser atingida em sua plenitude. (MENDES, 2011, p. 01).

Importante destacar que a idade é, em nosso ordenamento, a condição conceitual do menor. Para o Código Civil, em seu artigo 5º (BRASIL, 2002), a menoridade cessa aos dezoito anos completos. No que diz a respeito, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8069/90, de 13 de julho de 1990 (BRASIL, 1990), faz distinção dos menores em duas classes: criança até doze anos incompletos e adolescente de doze anos incompletos até dezoito anos incompletos (artigo 2º). Entretanto, independente da especificação das idades, tanto criança quanto adolescente, são sujeitos em desenvolvimento assim, ambos necessitam receber cuidados especiais.

Atualmente, os direitos e deveres dos pais com os filhos é denominado poder familiar, exercido, em igual condição, tanto pelo pai quanto pela mãe, na forma prevista em lei. Esta concepção é recente, a qual, surgiu com o Código Civil de 2002:

Essa concepção de poder-dever familiar é recente, pois quando o Código Civil de 1916 foi elaborado o instituto nele inserido era o do pátrio poder cuja denominação refletia o seu caráter machista, pátrio (quem o detinha de fato era o genitor) e autoritário, poder, e se constituía num direito subjetivo dos pais relativamente à sua prole, também reflexo da legislação que a considerava objetos de direitos. Decorridos muitos anos percebeu-se o quanto estava equivocado o referido entendimento promovendo-se uma reformulação do instituto a começar pelo seu nome, que passou de pátrio poder para poder familiar. (O INSTITUTO..., 2014).

Além da mudança na conceituação do poder familiar, também houve modificação na legislação brasileira ao inserir o

Princípio da Proteção Integral do Menor, foram essenciais para que surgissem e fossem aplicados os direitos e garantias que crianças e adolescentes possuem atualmente.

A introdução do Princípio da Proteção Integral do Menor, na legislação brasileira, significou total rompimento com o Princípio da Situação Irregular, que vigorou na legislação anterior, representado pelo Código de Menores – Lei nº 6697, de 10 de outubro de 1979, revogado com a implementação do Estatuto da Criança e do Adolescente de 13 de julho de 1990.

Ao que tange o Princípio da Situação Irregular, Luiz Antônio Miguel Ferreira e Cristina Teranise Doi expõem:

Para essa doutrina, os menores apenas são sujeitos de direito ou merecem a consideração judicial quando se encontrarem em uma determinada situação, caracterizada como "irregular", e assim definida em lei. Havia uma discriminação legal quanto à situação do menor, somente recebendo respaldo jurídico aquele que se encontrava em situação irregular; os demais, não eram sujeitos ao tratamento legal.. (FERREIRA; DOI, 2014, p. 02).

O Código de Menores, não previa o infantojuvenil como sujeito de direito, o considerava somente como sujeito de proteção, permitia portanto, à família e ao Estado que agissem da maneira como intendessem necessário para efetivá-la. Além disso, esses direitos somente seriam aplicados aos menores que estivessem em situação irregular, descrita por um rol taxativo do cenário em que deveriam estar, para que tivessem assistência judiciária; essa concepção era baseada no Princípio da Situação Irregular, no qual, não era previsto nenhuma forma de proteção preventiva ao menor⁴.

⁴ Lei nº 6.697 de 10/10/79 - Art. 2º - Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor: I – privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsáveis; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las. II – vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; III – em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes. IV- privado de representação ou assistência legal,

O Código de Menores (Lei 6.697, de 10/10/79), adotou a doutrina de Proteção ao Menor em Situação Irregular, que abrangia os casos de abandono, a prática de infração penal, desvio de conduta, falta de assistência ou representação legal. A lei de menores cuidava somente do conflito instalado e não da prevenção. Era instrumento de controle social da infância e do adolescente, vítimas de omissões da família, da sociedade e do Estado em seus direitos básicos. Portanto, crianças e adolescentes não eram sujeitos de direitos, mas sim objeto de medidas judiciais. (BASTOS, 2014).

O Princípio da Proteção Integral, é compreendido por André Viana Custódio e Josiane Rose Petry Veronese (2009, p.114) como “[...] o reconhecimento de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, e ainda, direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”; introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro por meio do texto constitucional em 1988.

Sobre a introdução da Proteção Integral do Menor na Constituição Federal, Luiz Antônio Miguel Ferreira e Cristina Teranise Doi aduzem:

Introduziu-se a Doutrina da Proteção Integral no ordenamento jurídico brasileiro através do artigo 227 da Constituição Federal, que declarou ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar, à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo e toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (FERREIRA; DOI, 2014, p.03).

Necessário ressaltar, que o termo guarda é utilizado no Código Civil Brasileiro e também no Estatuto da Criança e do Adolescente, entretanto a utilização do termo por ambas as leis

pela falta eventual dos pais ou responsável; V – com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; VI – autor de infração penal. (Brasil, 1979).

não é a mesma. Para o Código Civil, a guarda é uma das condições do poder familiar e impõem aos genitores deveres, entre outros, o de criar e educar crianças e adolescentes e, tê-los em sua companhia e guarda (BRASIL, 2002).

Preocupa-se o Código Civil com relação a guarda, quando há dissolução do casamento ou união estável e os cônjuges ou companheiros possuem filhos, “[...] ele irá disciplinar a proteção dos filhos por ocasião da separação ou do divórcio do casal” (DAMASCENO, 2014).

Para o Estatuto da Criança e do Adolescente a expressão guarda representa uma das formas⁵ de colocação em família substituta⁶, com o objetivo de regularizar uma situação preexistente; a proteção dos infantojuvenis é o objetivo desse instituto, que visa regularizar uma situação de fato ou, situação de crianças e adolescentes que estejam em estado de abandono, ou ainda na ausência momentânea dos pais; podendo ou não ocasionar a destituição ou suspensão do poder familiar⁷:

Pois bem, a guarda, neste diploma legal, não exsurge como corolário natural do pátrio poder. Ao revés. As disposições contidas na Lei n.º 8.069/90 têm por fim disciplinar a guarda de menor que se encontre em situação irregular, a qual se dá quando ausentes os pais ou pessoa legalmente responsável para criá-lo e educá-lo, seja ele criança ou adolescente, entendido este como o menor entre 12 e 18 anos e aquela como o recém-nascido, desde os seus primeiros instantes de vida até os 12 anos de idade incompletos (art. 2º). (GESSE, 2001, p.18).

A colocação em família substituta é “[...] medida excepcional aplicada à criança e ao adolescente, quando não se

⁵ A tutela e adoção também são formas de colocação em família substituta.

⁶ “Família substituta é aquela que se propõe trazer para dentro dos umbrais da própria casa, uma criança ou um adolescente que por qualquer circunstância foi desprovido da família natural, para que faça parte integrante dela, nela se desenvolva e seja”. (DAHER, 2014)

⁷ “O poder familiar corresponde ao antes denominado “pátrio poder” e é entendido pelos juristas não como um direito subjetivo dos pais em relação aos filhos, mas antes como um dever daqueles para com estes em decorrência da sua menoridade e incapacidade de gerir a própria vida de modo autônomo”. (O INSTITUTO...,2014).

mostrar possível a criação e a educação destes no seio da sua família natural” (MACIEL, 2013, p.235).

A guarda é, desse modo, exceção ao direito fundamental da convivência com a família natural, conceituada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, como aquela composta pelos pais e seus filhos, mas também como integrada por somente um deles, “[...] note-se que a lei estatutária não menciona em qualquer destes dispositivos a origem da relação jurídica dos pais, [...] portanto, não importa se matrimonial ou não o vínculo que une ou uniu os pais (MACIEL, 2013, p.125).

A família natural é para a legislação brasileira o local adequado para permanência da criança e do adolescente, conforme disposição do Estatuto da Criança e do Adolescente, reiterado esse posicionamento⁸ pela lei que regula a adoção nacional, lei 12.010, de 3 de agosto de 2009. Sobre a permanência da criança com sua família natural Wilson Donizeti Liberati (2004, p.30) destaca “[...] lá ela deve ser mantida, sempre que possível [...]. Lá é o lugar onde devem ser cultivados e fortalecidos os sentimentos básicos de um crescimento sadio e harmonioso”.

A guarda produz efeitos, ainda que seja somente provisória, confere ao guardião o termo de guarda, “[...] seja provisória ou definitivamente, o termo deve ser expedido. Sendo provisória a guarda, o prazo do termo é definido e prorrogado ao longo do processo” (MACIEL, 2013, p.236).

Pela regra, a atribuição da guarda não acarreta a cessação do dever de alimentos e nem do direito de visitas dos genitores, exceto se houver decisão judicial em contrário ou ainda, se for procedimento de preparação da adoção conforme disposto no artigo 33, parágrafo 4º, do Estatuto da Criança e do Ado-

⁸ Artigo 1 § 1º A intervenção estatal, em observância ao disposto no caput do art. 226 da Constituição Federal, será prioritariamente voltada à orientação, apoio e promoção social da família natural, junto à qual a criança e o adolescente devem permanecer, ressalvada absoluta impossibilidade, demonstrada por decisão judicial fundamentada. (BRASIL, 2009a).

lescente; analisa o tema Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel:

A guarda afeta parcialmente o poder familiar, em especial o direito dos pais de conviver diariamente com o filho, mas não afasta o dever material daqueles de assistir material e imaterialmente este último. Mesmo assim, o guardião nomeado poderá afastar-se dos genitores biológicos, a fim de preservar a integridade física e moral da criança sob sua custódia (art. 33, in fine, do ECA) [...]. Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos. (MACIEL, 2013, p.251).

Ainda, a mera dependência financeira do menor com relação a terceiros, não é requisito suficiente para transferência da guarda, se os genitores não conseguem promover o sustento do menor, pode haver a complementação por terceiro, porém isso não caracterizará a guarda (MACIEL, 2013).

Assim sendo, tem-se que como efeito da guarda, segundo Manoel Dorival Custódio (2002, p.25) a existência do dever do guardião, o compromisso de zelar pela criança, a observação de seus direitos, proporcionar desenvolvimento físico e mental; sendo que tal instituto coexiste com o poder familiar. Contudo, podem os pais retomarem a guarda do filho, contra a vontade do detentor da guarda, desde que, por procedimento judicial.

3. LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE O ASSUNTO

Existem no Brasil três regimes: Regime Geral de Previdência (RGPS) que é o regime mais amplo; o Regime de Previdência Privada (RPPs)⁹ que possui caráter complementar e

⁹ “A Previdência Complementar é um regime de previdência privada de caráter complementar e facultativo (voluntário), organizado de forma autônoma em relação ao Regime Geral da Previdência Social.

É baseado na constituição de reservas (poupança) que garantem o benefício contra-

facultativo e, o Regime Próprio de Previdência Social (RPPS)¹⁰ para os servidores públicos em cargo efetivo e para os militares, no âmbito Federal, Estadual e Municipal (JÚNIOR, 2006, p.510).

Para Fábio Zambitte Ibrahim não são três regimes e, sim dois regimes de previdência, desconsiderando o regime de previdência privada:

A previdência brasileira comporta dois regimes básicos, que são o Regime Geral de Previdência Social – RGPS e os Regimes Próprios de Previdência de servidores públicos, este último para servidores ocupantes de cargos efetivos (incluindo vitalícios) e militares. Em paralelo aos regimes básicos, há o complementar. O regime complementar ao RGPS é privado, enquanto o complementar ao RPPS é público, sendo em ambas as hipóteses o ingresso voluntário, tendo como escopo ampliar rendimentos quando da aposentação. (IBRAHIM, 2011, p.18).

A Previdência Social, organizada sob a forma de Regime Geral de Previdência Social, é através do INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, responsável pela concessão de benefícios aos seus segurados e dependentes, na ocorrência de riscos sociais. Sua principal característica é a contribuição compulsória, requisito necessário à concessão dos benefícios. Para ser segurado da Previdência Social é preciso a inscrição, que é ato de promover cadastro na previdência e filiação que ocorre por meio do pagamento da contribuição previdenciária.

Dessa forma, a Previdência Social atua como um seguro e objetiva dar cobertura àqueles que dela são segurados, ante a situações imprevistas que impeçam de promover seu sustento; entretanto para que haja a cobertura aos riscos, por meio da concessão de benefícios, exige contraprestação de seus filiados.

tado e operado pelas entidades fechadas de previdência complementar.” (FUNDAMENTOS..., 2014).

¹⁰“Aquele instituído por lei pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, em favor dos servidores públicos titulares de cargos de provimento efetivo e dos militares, devendo assegurar, pelo menos, proventos de aposentadoria e pensão por morte.” (AKASHI, 2005, p.27).

Os dependentes, outro grupo de pessoas que possui proteção previdenciária, familiares do segurado que, na falta de produção de proventos por ele, podem ficar desamparados e por essa razão recebem proteção por meio da concessão de benefício. São organizados em três classes, na qual a existência de uma exclui a outra; a segunda e a terceira classes, formada pelos pais e irmãos não emancipados do falecido, precisam demonstrar dependência financeira do segurado; já a primeira classe, formada por cônjuge e companheiro (a), filhos menores de 21 anos ou inválidos de qualquer idade não emancipados, a dependência é presumida¹¹. Ainda, os equiparados aos filhos, com comprovação da dependência econômica, o enteado e o menor tutelado, não emancipados.

O benefício Pensão por Morte objetiva a proteção pela Previdência Social dos dependentes do segurado previdenciário, em decorrência da morte deste, que pode prover em todo ou em parte o sustento da família. Os doutrinadores divergem sobre conceito de dependentes, alguns entendem ser somente a vinculação financeira entre o dependente e o segurado; outros entendem ser não só o vínculo financeiro, mas também o vínculo afetivo.

Conceitua José Reis Feijó Coimbra (2001, p.83) “Dependentes são beneficiários, ditos indiretos, relacionados com o segurado por dependência econômica, vínculo mais abrangente que aquele resultante dos laços de família civil, critério que se adota em razão das finalidades da proteção social”.

Entretanto, para Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari não somente a vinculação econômica é critério para ser considerado dependente previdenciário:

[..] critérios para a fixação do quadro de dependentes são vários, e não somente o da dependência puramente econômica.

¹¹ Classe I: o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido; Classe II: os pais; Classe III: o irmão, não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido. (Alencar, 2007, p. 178).

São os vínculos familiares, dos quais decorre a solidariedade civil e o direito dos necessitados a provisão da subsistência pelos mais afortunados (CF, art. 229), a nosso ver, o principal critério norteador da fixação da dependência no campo previdenciário. Este critério, em alguns casos, será conjugado com o da necessidade econômica (DE CASTRO; LAZZARI, 2010, p.235).

No mesmo sentido aduz Wagner Balera:

[...] ao identificar, na dependência econômica, a situação de necessidade, o ordenamento jurídico cuida de conferir cobertura ao dependente que, em determinadas circunstâncias, se verá investido da qualidade de sujeito de direitos previdenciários (BALERA, 2011, p.22)

A Lei de Benefícios da Previdência Social Lei nº 8.213/91 em seu texto original trazia no rol de dependentes a figura do menor sob guarda:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral da Previdência Social na condição de dependentes do segurado: [...] § 2º Equiparam-se a filho, nas condições do inciso I, mediante declaração do segurado: o enteado; o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda; e o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação. (BRASIL, 1991).

Assim, regulava o direito previsto no artigo 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente: “a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários” (BRASIL, 1990).

Após a vigência da Lei nº 9.528/97, originada da Medida Provisória 1.523, de 11 de outubro de 1996, houve alterações na Lei nº 8.213/1991, dentre as quais, no artigo 16 §2º,¹² a retirada do menor sob guarda do rol de dependentes previdenciários, equiparando a condição de filho somente o menor tutelado e o enteado.

¹² Artigo 16 [...] § 2º O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento (BRASIL, 1991).

Contudo, ainda que após a alteração a Lei Previdenciária não sejam reconhecidos os direitos do menor sob guarda como dependente, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, em seu artigo 33 §3º¹³, que este é sujeito de direitos previdenciários, confere o status de dependente do guardião e, por essa razão, existem dissensos sobre o tema, tratados no item seguinte.

4. PRINCIPAIS CONTROVÉRSIAS SOBRE O TEMA

Para o autor Oscar Valente Cardoso (2010, p.81), existem dois dissensos relevantes, em primeiro momento, sobre o tema: O primeiro versa sobre a aplicação da lei no tempo e o segundo sobre a revogação, ou não, da condição de dependente do menor sob guarda, em contraponto ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

Sobre a aplicação da lei no tempo, questionava-se se a lei seria aplicada independentemente da data da concessão da guarda e levando em consideração somente o momento da ocorrência do óbito ou, o que importava era a data da concessão da guarda ser anterior a modificação da norma.

Atualmente não mais existe o questionamento, pois sobre a primeira questão levantada pelo autor Oscar Valente Cardoso (2010, p.81), o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 340, que dispõe ser aplicável à concessão da Pensão por Morte a lei vigente na data do óbito do segurado (BRASIL, 2007).

Portanto, ainda que a guarda fosse concedida antes da entrada em vigor da lei 9.528/97, sendo a data do óbito do guardião posterior, o menor sob guarda não tem direito a concessão do benefício, pois na data do óbito não possuía condição de dependente perante a lei de benefícios.

¹³ Artigo 33 § 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários (BRASIL, 1990).

Porém, não houve esclarecimento sobre a segunda questão levantada pelo autor, se houve ou não a exclusão de crianças e adolescente sob guarda do rol de dependentes previdenciários, em razão do Estatuto da Criança e do Adolescente ainda manter o direito.

Permanece deste modo, o conflito normativo gerado entre a Lei de Planos de Benefícios da Previdência Social e o Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo ponto controvertido para Oscar Valente Cardoso, em razão da condição de dependente ao menor sob guarda atribuída pelo Estatuto (CARDOSO, 2010, p.81).

É possível verificar a existência de conflito de normas que, segundo Ana Cláudia Lucas (2010), ocorre quando duas ou mais normas aparentemente são aplicadas ao mesmo caso, entretanto o conflito está no contexto da aplicação da lei. Esse conflito é chamado de antinomia, definido de acordo com Norberto Bobbio (1995, p.81) “[...] como aquela situação na qual são colocadas em existência duas normas, das quais uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento”.

A antinomia “[...] é a presença de duas normas conflitantes, válidas e emanadas de autoridade competente, sem que se possa dizer qual delas merecerá aplicação em determinado caso concreto (TARTUCE, 2010, p. 64).

Aduz sobre o tema Norberto Bobbio:

Como antinomia significa o encontro de duas proposições incompatíveis, que não podem ser ambas verdadeiras, e, com referência a um sistema normativo, o encontro de duas normas que não podem ser ambas aplicadas, a eliminação do inconveniente não poderá consistir em outra coisa senão na eliminação de uma das duas. (BOBBIO, 1995, p.91).

Para a solução, quando da ocorrência de antinomias, a jurisprudência elaborou regras para serem aplicadas que são capazes de resolver os conflitos. Ao entendimento de Flavio Tartuce (2010, p.65), são três os critérios utilizados para reso-

lução de antinomia aparente: critério cronológico, no qual, a norma posterior prevalece na ocorrência de conflito com norma anterior; critério da especialidade, em que a norma que trate especificamente do assunto prevalece sobre norma geral e, critério hierárquico que descreve que a norma superior prevalece sobre a norma inferior.

No que tange o conflito entre o Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei de Planos de Benefícios da Previdência Social, a respeito da atribuição de qualidade de dependentes a crianças e adolescente sob guarda, o critério de hierarquia não traz nenhuma solução, porque ambas possuem o mesmo grau hierárquico; porém, se forem utilizadas as regras da especialidade e de cronologia, ambas determinam a aplicação da Lei de Planos de Benefícios da Previdência Social, pois é específica sobre a atribuição de condição de dependentes e é posterior ao Estatuto.

Contudo, a controvérsia não é resolvida somente pela aplicação do critério de resolução de antinomias, por tratar de norma que possui o objetivo de proteção integral de crianças e adolescentes, conforme determinação da Constituição Federal, outros argumentos, favoráveis e contrários, a respeito da retirada da proteção previdenciária ao menor sob guarda, podem ser alegados por estudiosos do direito sem, no entanto, esgotar o tema; sendo todavia, maneira de melhor compreender quais os pontos principais da controvérsia existente.

Henrique Tróccoli Júnior (2014, p. 2-6) apresenta alegações favoráveis à exclusão do menor do rol de dependentes previdenciários; em primeiro lugar, que antes havia amplo rol de dependentes previdenciários e, em razão dos recursos escassos da Previdência Social, esses devem ser utilizados em proveito do coletivo e de forma otimizada, alcançando aos mais necessitados. Assevera, que o dever de sustendo de crianças e adolescentes é atribuído em primeiro momento aos pais, e a proteção previdenciária é subsidiária, somado ao fato de, ainda

que verificada por processo judicial, a guarda servia para fraudar a Previdência, pois em muitos casos era concedida aos avós somente para alcançar o benefício pensão por morte, quando, na verdade, a guarda era efetivamente exercida pelos pais.

Para o autor, (Henrique Tróccoli Júnior 2014, p.08), a “desigualação” ao dar ao menor tutelado a condição de dependente é justificada, pois a tutela atende melhor o Princípio da Proteção Integral, pois objetiva a colocação em família substituta, e a guarda possui caráter provisório, que antecede o processo principal de tutela ou adoção, sendo portanto por pequeno período.

A temporalidade da guarda e a possibilidade de sua revogação também são, para Heloisa Hernandez Derzi, (2004, p.285), elementos para justificar a retirada do rol de dependente. Aliado a temporalidade, existe a possibilidade de na morte ou ausência do guardião, o dever de guarda ser transferido a outra pessoa e, por essa razão, não fazer jus a possibilidade de concessão do benefício previdenciário “[...] se houver a morte do guardião, caberá a necessária substituição da guarda, não gerando a proteção previdenciária por meio da pensão por morte. Do ponto de vista técnico, não há fundamento jurídico para a concessão da pensão por morte (DERZI, 2004, p.285)”.

Diverge dos argumentos acima elencados, Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari (2010, p. 238), argumentam que a exclusão de crianças e adolescentes sob guarda do rol de dependentes previdenciários, representa violação aos artigos 6º¹⁴ e 227¹⁵, ambos da Constituição Federal, e

¹⁴Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988).

¹⁵Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988)

da determinação de proteção previdenciária a guarda, disposta no artigo 33¹⁶ do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para Fábio Zambitte Ibrahim (2012, p. 536), não somente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente conferir condição de dependente ao menor sob guarda, mas também pelo fato de já existir custeio previsto à concessão, e em razão da proteção especial aos infantojuvenis determinada pela Constituição Federal.

Aduz, ainda, sobre o argumento de fraude contra a Previdência, em ser a guarda adquirida somente para alcançar a concessão da pensão por morte, sem ser efetivamente exercida:

Naturalmente, assim como os enteados e tutelados, o menor sob guarda somente poderia obter prestações previdenciárias se comprovada rigorosamente a dependência econômica, de modo a excluir as guardas obtidas com o único propósito de fraudar o sistema previdenciário (IBRAHIM, 2012, p. 537).

Ressalta sobre a igualdade de condições entre enteado, tutelado ou menor sob guarda Danielle Perini Artifon, motivo pelo qual, não devem ser os institutos serem diferenciados no rol de dependentes previdenciários:

[...] distinção fática relevante entre a situação do enteado e menor tutelado, por um lado, e do menor sob guarda, por outro, a autorizar que se confira tratamento jurídico diferenciado a este, excluindo-o da condição de dependente e, por conseguinte, tolhendo-lhe a proteção previdenciária. Afinal, a dependência econômica do menor em relação ao segurado mostra-se invariável, seja ele enteado, tutelado ou menor sob guarda (ARTIFON, 1999).

Porém, crianças e adolescentes sob guarda ficaram desprotegidos após a modificação da lei, pois podem seus pais não serem segurados da Previdência Social, somente seu guardião; para Thales Tácito Cerqueira (2014, p.08) é indispensável lembrar “[...] que o guardião também pode não ser segurado da

¹⁶ Artigo 33 § 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários (BRASIL, 1990).

previdência social ou que ambas as figuras (pais ou tutores de um lado, e guardiões de outro) sejam seguradas”.

A Lei nº 9.528/97, responsável pelas modificações da Lei 8.213/91, no que tange a exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes previdenciários, foi implantada sob a justificativa de medida de solução para evitar fraudes que eram constantes na concessão de pensão por morte, em decorrência do deferimento de guarda judicial de netos a avós, simulando situação de abandono familiar para garantir pensão por morte. (Dispositivo... 2015).

O Professor Wagner Balera, uma das vozes doutrinárias mais respeitadas no âmbito previdenciário, se manifestou a respeito desse tema:

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

O Ministério Público Federal aforou diversas ações civis públicas em toda a Federação, porém, após os esperados embates judiciais, das quais resultou a Instrução Normativa do INSS- Instituto Nacional do Seguro Social nº 106 INSS/DC de 14 de abril de 2004, na qual foram estabelecidos procedimentos a serem adotados em alguns Estados, São Paulo, Sergipe, Tocantins e em Minas Gerais, em cumprimento as decisões judiciais, para a inscrição e concessão de benefícios do Regime Geral de Previdência Social ao menor sob guarda judicial de segurado (SANTOS, 2012, p.38).

Contudo, em maio de 2009, o Superior Tribunal de Justiça cassou a liminar concedida nos autos da Ação Civil Pública citada acima, o que ocasionou o cancelamento dos benefícios concedidos em decorrência da determinação da Ação Civil

Pública e, o menor sob guarda voltou a não possuir condição de dependente no Regime Geral de Previdência Social (BRASIL, 2009b).

Por esses motivos, e baseado em alguns dos argumentos elencados, permanece a controvérsia acerca do direito, ou não, do menor sob guarda ao benefício de pensão por morte; ainda que se possa utilizar os critérios de resolução de antinomia, essa controvérsia versa sobre direitos de pessoas em desenvolvimento, e por esse motivo a discussão deve ser analisada além da utilização destes critérios. Por essa razão o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil apresentou Ação Direta de Inconstitucionalidade, pede a declaração da inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei Federal nº 9.528/1997 (originada da Medida Provisória nº 1.523/96), especialmente no que toca à revogação parcial do § 2º do art. 16 da Lei Federal nº 8.213/1991 (SILVA, 2014, p. 57).

Para demonstrar a inconstitucionalidade do referido artigo, apresenta os argumentos de violação ao Princípio Constitucional implícito da proibição do retrocesso social; a violação aos princípios constitucionais da isonomia e da proporcionalidade; a violação ao artigo 227, caput, § 3º, II e VI da Constituição Federal que versa sobre a proteção especial, inclusive aos direitos previdenciários, às crianças e adolescentes e, violação do artigo 26 da Convenção Internacional sobre os direitos da criança, aprovada pelo decreto no 99.710, de 21 de novembro de 1990, que determina a todas as crianças o direito de usufruir da previdência social (BRASIL, 2014a).

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, utiliza os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet, como argumento na ADI 5.083 para a existência de retrocesso social da Lei nº 9.528/1997, retrocesso social ao retirar da norma a vantagem protetiva da criança e do adolescente. Alega que ocorreu a supressão do direito de proteção previdenciária e nenhuma assistência similar foi prevista em substituição, o que

causa o desamparo diante da morte do guardião, que possuía o dever de assistência material, moral e educacional. (BRASIL, 2014a).¹⁷

Antes da revogação, a norma previa a garantia dos direitos previdenciários aos menores sob guarda. Portanto argumenta na ADI que “[...] a medida retrocessiva atingiu [...] o núcleo essencial dos direitos previdenciários das crianças e dos adolescentes, direitos fundamentais de assento constitucional e convencional, patrimônio do constitucionalismo brasileiro” (BRASIL, 2014a).¹⁸

Em oposição ao argumento a AGU – Advocacia Geral da União, pautada aos ensinamentos de Wladimir Novaes Martinez, assevera que:

[...] somente pode ser considerado dependente previdenciário aquele que é economicamente subordinado ao segurado e, a retirada do menor sob guarda não caracteriza retrocesso social, por possuir a guarda natureza transitória não sendo suficiente para configurar dependência econômica sob a análise da legislação previdenciária (BRASIL, 2014a).¹⁹

Compreende o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil que “a criança sob guarda está na mesma posição jurídica que o filho, enteado, ou menor sob tutela em relação à dependência econômica, não havendo razão legítima para a discriminação introduzida pela Lei Federal nº 9.528/97” (BRASIL, 2014a).

Alega que a exclusão do menor sob guarda foi desigualitária, pois inexistente distinção fática relevante entre o enteado, ou ao menor sob tutela em razão do menor sob guarda e, portanto, não se justifica um tratamento jurídico diferenciado. (BRASIL, 2014a).

¹⁷ Petição Inicial da ADI ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

¹⁸ Petição Inicial da ADI ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

¹⁹ Contestação da AGU- Advocacia Geral da União na ADI ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Houve ainda, segundo o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, uma tentativa de reduzir gastos previdenciários para serem utilizados com que mais precisassem deles, entretanto, questiona-se se há alguém que necessite mais de proteção previdenciária que o menor sob guarda com a perda de seu guardião responsável por prestar assistência moral, material e educacional (BRASIL, 2014a).

Aduz sobre as fraudes contra a Previdência, que não é dessa maneira que o problema será resolvido, outras soluções podem ser tomadas para a prevenção (BRASIL, 2014a), como por exemplo, a realização do estudo, na intenção de verificar se o guardião era o verdadeiro responsável por assistência moral, material e educacional do menor sob guarda

Alega que, com a exclusão de crianças e adolescentes sob guarda da proteção previdenciária, houve a violação da Proteção Integral que determina a Constituição Federal, por meio da qual, os menores são sujeitos de direito especiais e, da proteção determinada pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, que descreve o direito de usufruir da Previdência Social (BRASIL, 2014a).

Somado com a Proteção Integral da criança e do adolescente, em que, busca-se a máxima proteção possível, na esfera previdenciária, para aqueles sob guarda. A Constituição Federal garante, após longa evolução, direitos sociais aos infantojuvenis de maneira ampla, de modo que o legislador não pode elaborar normas contrárias à proteção prevista no texto constitucional (BRASIL, 2014a).

Todavia, a guarda concedida a terceiros não retira dos pais o dever de prestar alimentos e não afastar a dependência previdenciária dos menores em relação aos pais, em ambos os casos, ainda que haja a perda do poder familiar.

Acerca dos argumentos, opõem-se a AGU – Advocacia Geral da União, pelo fato da guarda ser exercida, em regra, juntamente com o poder familiar e, por essa razão estaria, antes

da alteração promovida pela Lei nº 9.528, em posição jurídica privilegiada, se comparado ao menor que estava submetido somente ao poder familiar ou à tutela; pois era protegido pela legislação previdenciária de duas formas: ao ser dependente previdenciário do guardião e dos pelos pais. Dessa maneira, ocorria a violação ao Princípio da Isonomia, corrigido após a vigência da lei supracitada. (SANTOS, 2014, p.07).

Aduz, a Advocacia Geral da União sobre a distinção do instituto da guarda e da tutela “[...] em face de sua natureza transitória, a guarda instituída por determinação judicial não é equiparável ao instituto da tutela, que, em regra, deve perdurar até o momento em que o tutelado atinja a maioridade ou que tenha sido suprida a ausência de poder familiar” (BRASIL, 2014a).

A Ação Direta de Inconstitucionalidade está em tramitação pelo Supremo Tribunal Federal, como relator o Ministro José Antônio Dias Toffoli; assim como aguarda julgamento a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4878 ajuizada pela Procuradoria Geral da República com o propósito de que crianças e adolescentes sob guarda sejam novamente dependentes do Regime Geral de Previdência Social (NOTÍCIAS..., 2014).

A TNU - Turma Nacional de Uniformização, em tentativa de sanar a controvérsia, ainda que somente no âmbito judicial, no ano de 2009, unificou o entendimento sobre o tema, e declarou ter o menor sob guarda direito a pensão por morte. Para o relator da matéria, Manoel Rolim Campbell Penna, a exclusão do menor sob guarda da cobertura previdenciária viola as determinações constitucionais de tratamento prioritário pelo Estado, do direito à alimentação da criança e do adolescente, de assegurar direitos previdenciários e estimular o instituto da guarda aos menores desamparados (BRASIL, 2009c). Contudo, ainda permanecem as divergências judiciais acerca da questão, e é possível verificar que diversas as orientações jurisprudenciais.

Com o intuito de colocar fim à controvérsia, tramita na Câmara dos Deputados Federal a proposta de modificação na legislação o Projeto de Lei nº 3.197, projeto do Deputado Márcio Macêdo, em 10 de fevereiro de 2012, para alterar a lei dos Planos de Benefícios da Previdência Social, Lei 8.213/1991, que, se aprovada, estabelecerá novamente a condição de dependente ao menor sob guarda (BRASIL,2014b). Todavia, com a aprovação do projeto de lei, novas discussões seriam ocasionadas, por exemplo quanto ao início do benefício daqueles que requereram, tanto em âmbito judicial quanto administrativo, e tiveram sua concessão negada; questão que precisará ser esclarecida.

Diante controvérsia existente atualmente, argumentos contrários e favoráveis à condição, ou não, à condição de dependente previdenciário do menor sob guarda, aguardamos a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 5.083 e a votação do Projeto de Lei 3.197/2012.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um país onde a educação e moralidade mantém-se em baixos níveis, os bons continuam pagando pelos maus. Este sistema previdenciário, contributivo e, portanto, devolutivo dos valores que foram disponibilizados ao longo de uma vida laboral, não nos premia de forma alguma, apenas nos protege de infortúnios.

O sistema é inseguro, pois muda no decorrer do contrato, durante o contrato já pactuado e o principio da segurança jurídica parece não existir.

Entre muitos outros casos onde a lei previdenciária mudou o jogo durante o campeonato, este é mais um. Com a intenção de reparar o equívoco da extirpação do menor sob guarda do rol de dependentes previdenciários, o judiciário atua.

Os julgados que defendem a concessão do benefício

previdenciário pensão por morte ao menor sob guarda estão pautados ao argumento do art. 227 da Constituição Federal que descreve ser dever não só da família e da sociedade, mas também do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, o pleno desenvolvimento com absoluta prioridade. Portanto, a responsabilidade é solidária de promover os direitos dos menores.

Contudo, ainda que haja a atuação do judiciário, como maneira de resguardar tais direitos, é morosa essa atuação, e acarreta àqueles acometidos do risco social, qual seja, a morte do guardião, a consequência de não ser prestada a assistência moral, educacional e material antes responsabilidade deste.

A questão analisada na presente pesquisa, não versa somente sobre mais um caso de antinomia nas normas brasileiras. Trata-se, como visto, da proteção de seres humanos em pleno desenvolvimento. Portanto, a rigidez do texto previdenciário deve ser mitigada como maneira de preservar o melhor interesse de crianças e adolescentes e, cumprir a determinação do Princípio da Proteção Integral prevista na Constituição Federal.

Em razão da importância dos deveres impostos, a proteção previdenciária dos menores sob guarda deve ser novamente inserida na lei 8.213\91, para que haja a efetiva proteção social em decorrência da possibilidade de concessão administrativa do benefício.

E o mecanismo para evitar fraudes não é a usurpação de direitos já consagrados e o retrocesso social. Mecanismos fiscalizatórios e punitivos devem ser desenvolvidos de forma a se alcançar o bom funcionamento do sistema.

Ademais, considera-se a motivação deveras rasa para causar uma alteração normativa de tamanho reflexo social, ou seja, por conta de alguns fraudadores simuladores de uma situação de dependência econômica, crianças são obrigadas a recorrer do judiciário para obter benefício alimentar quando em

verdade, a previdência social é quem deveria litigar contra os fraudadores do sistema provando a dependência maquiada entre segurado e dependente, punindo-os nas formas determinadas em nossa legislação criminal e civil indenizatória.

Parece-nos uma inversão de valores e potencialidades, tirando a obrigação de um organismo forte e amparado por procuradores e passando às mãos da sociedade hipossuficiente.



REFERÊNCIAS

- AKASHI, Diogo Telles. Regime e Reforma da Previdência Social do Setor Público: Comentários à Emenda Constitucional nº41/2003. São Paulo: Letras Jurídicas, 2005.
- ALENCAR, Hermes Arrais. Benefícios Previdenciários. 3.ed. São Paulo: Leud, 2007.
- ARTIFON, Danielle Perini. O Menor Sob Guarda e sua Exclusão da Proteção Previdenciária. Aspectos Constitucionais. Revista de Previdência Social. 226/735. São Paulo. Setembro, 1999.
- BALERA, Wagner. Legislação Previdenciária Anotada. São Paulo: Conceito, 2011.
- BASTOS, Maria Aparecida de. Teoria da situação irregular. Disponível em: <http://www.ucg.br/site_docente/jur/maria_aparecida/pdf/teoriadasituacao.PDF>. Acesso em: 20 set. 2014.
- BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995
- BRASIL. Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. Institui o

- Código de Menores. Diário Oficial da União, Brasília, 11 out. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm>. Acesso em: 22 set. 2014.
- BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 25 set. 1991b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm>. Acesso em: 20 jan. 2014.
- BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 16 jul. 1990b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 20 set. 2014.
- BRASIL. Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997. Altera dispositivos das Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 11 dez. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19528>.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 13 set. 2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 340. A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado. Diário de Justiça da União, Brasília, 13 ago. 2007.
- BRASIL. Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009a. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no

- 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 04 ago. 2009. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm >. Acesso em: 17 set. 2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo: Proc. 2005/0135286-6 Rel. Rel. Min. Marco Aurélio. Diário de Justiça, Brasília, 18 mai. 2009b.
- BRASIL, Turma Nacional de Uniformização. Processo: Processo 2006.71.95.1032-2. Relator: Manoel Rolim Campbell Penna. Diário de Justiça, Brasília, 16 fev 2009c.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Direta de Constitucionalidade 5.083. Relator: Ministro DIAS TOFFOLI. Distrito Federal, Brasília, 07 jan. 2014a.
- BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 3.197/12. Altera o art.16 da lei n. 8.213/91 (Lei de Benefícios da Previdência Social. Disponível em <http://comberlato.blogspot.com.br/2012/03/projeto-permite-inclusao-de-menor-sob.html>. Acesso em: 20 out. 2014b.
- CARDOSO, Oscar Valente. Direito previdenciário direito da criança ou adolescente sob guarda à pensão por morte. Revista CEJ, Brasília, n. 48, p. 77-86, jan/mar 2010.
- CERQUEIRA, Thales Tácito. Manual do Estatuto da Criança e do Adolescente: Teoria e Prática. 2. ed. Niterói: Impetus. 2010.
- COIMBRA, José dos Reis Feijó. Direito Previdenciário Brasileiro. 11. ed. rev e aumentada. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2001.
- CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. Crianças esquecidas: o trabalho infantil doméstico no

- Brasil. 1.ed. Curitiba: Multidéia, 2009.
- CUSTÓDIO, Manoel Dorival. Do direito fundamental da criança e do adolescente à convivência familiar: O direito a família protegida. 2002. 50 f. Monografia (Especialização) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná.
- DAHER, Marlusse Pestana. Família substituta. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/1655/familia-substituta>>. Acesso em: 15 set. 2014.
- DAMASCENO, Adriano. Análise comparativa do Código Civil e do ECA : Guarda, tutela e curatela. Disponível em: <<http://www.zemoleza.com.br/trabalho-academico/humanas/direito/analise-comparativa-do-codigo-civil-e-do-eca-guarda-tutela-e-curatela/>>. Acesso em: 15 set. 2014.
- DE CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 12. ed. rev. e atual. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.
- DERZI, Heloisa Hernandez. Os beneficiários da pensão por morte: regime geral de previdência social. 1.ed. São Paulo: Lex Editora, 2004
- DISPOSITIVO que não prevê pensão por morte ao menor sob guarda é inconstitucional, afirma PGR. 04/02/2015. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5535/Dispositivo+que+n%C3%A3o+prev%C3%AA+pens%C3%A3o+por+morte+ao+menor+sob+guarda+%C3%A9+inconstitucional,+afirma+PGR%22>>. Acesso em: 01 mar. 2015.
- FERREIRA, Luiz Antônio Miguel; DOI, Cristina Teranise. A proteção integral das crianças e dos adolescentes vítimas. Disponível em: <http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/XXICongressoNacional_ABMP/2%20TESE_-

_A_PROTECAO_INTEGRAL_DA_CRIANCA_E_DO_ADOLESCENTE_VITIMAS.G5.pdf>. Acesso em: 20 set. 2014.

FUNDAMENTOS da previdência complementar. Disponível em:

<<http://www.fbss.org.br/dados/wwwfbs/publica%C3%A7%C3%B5es%20t%C3%A9cnicas/Fundamentos%20da%20Previd%C3%Aancia%20Complementar.pdf>>.

Acesso em: 16 out. 2014.

GESSE, EDUARDO. Guarda da criança e do adolescente: conceito, ponderações sobre as diversas espécies e um breve exame dos critérios e peculiaridades específicos de cada uma delas. Publicado 2011. Disponível em: <<http://www.pjpp.sp.gov.br/wp-content/uploads/2013/12/2.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2014.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. Direito previdenciário. 6 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2006..

IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de direito previdenciário. 16. ed. rev. e atual. e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de direito previdenciário. 17. ed. rev. e atual. e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Comentários ao estatuto da criança e do adolescente. 8. ed. rev. e ampl São Paulo: Malheiros, 2004.

JUNIOR, Henrique Tróccoli. Constitucionalidade do Art. 16, § 2º., da Lei N. 8.213, de 24.7.1991 com Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997. Revista da AGU, Brasília, n.15, mar. 2008. Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.agu.gov.br%2Fpage>>

%2Fdownload%2Findex%2Fid%2F521959&ei=ntxWV
IC2JYmmgwTT94CwCw&usg=AFQjCNG3bwm96cPb
jud8AUSvGs00YIN1Pg&sig2=72ozxzjCXgio5jDACez
WpA&bvm=bv.78677474,d.eXY >. Acesso: em 20 de
out. 2014.

LUCAS, Ana Cláudia. Conflito aparente de normas. Publicado
em 31 ago. 2010. Disponível em:
<[http://profeanaclaudialucas.blogspot.com.br/2010/08/c
onflito-aparente-de-normas.html](http://profeanaclaudialucas.blogspot.com.br/2010/08/c
onflito-aparente-de-normas.html)>. Acesso em: 18 out.
2014.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Curso de di-
reito da criança e do adolescente - aspectos teóricos e
práticos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Moacyr Pereira. A Proteção Integral do Menor: do
Pátrio Poder ao Poder Familiar e a Influência do Direito
Internacional. Revista Virtual Direito Brasil, São Paulo,
v. 05, n. 02, 2011.

NOTÍCIA STF. Disponível em:
<[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.as
p?idConteudo=224245](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.as
p?idConteudo=224245)>. Acesso em: 20 out. 2014.

O INSTITUTO da guarda: algumas considerações. Disponível
em: <[http://www2.dbd.puc-
rio.br/pergamum/tesesabertas/0510661_07_cap_04.pdf](http://www2.dbd.puc-
rio.br/pergamum/tesesabertas/0510661_07_cap_04.pdf)
>. Acesso em: 16 set. 2014.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. Sinopses jurídicas 25 - direito
previdenciário. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, Antônio Ricardo Surita dos. Uma análise sobre a
exclusão da figura do menor sob guarda da proteção
previdenciária sob a perspectiva dos direitos fundamen-
tais sociais. Disponível em: <
[http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7ffe817
40cade70f](http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7ffe817
40cade70f)>. Acesso em: 23 out. 2014.

SILVA, Ester Franciele da. A criança e o adolescente sob
guarda e o direito ao benefício previdenciário da pensão

por morte. 2014. 68f. Monografia (Conclusão do curso)
- Universidade Federal de Santa Catarina, Escola de Direito, Florianópolis.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. 6.ed. São Paulo: Método, 2010.