

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

JOÃO VITOR MENDES DE OLIVEIRA

**PENSÃO POR MORTE AOS MENORES SOB GUARDA: ANTINOMIA EXISTENTE
ENTRE O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A LEI
PREVIDENCIÁRIA**

**ARACAJU
2017**

JOÃO VITOR MENDES DE OLIVEIRA

**PENSÃO POR MORTE AOS MENORES SOB GUARDA: ANTINOMIA EXISTENTE
ENTRE O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A LEI
PREVIDENCIÁRIA**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

ORIENTADOR: Prof.^a Gilda Diniz dos Santos

**ARACAJU
2017**

Ficha Catalográfica

O48p

OLIVEIRA, João Vitor Mendes de.

Pensão Por Morte Aos Menores Sob Guarda: antinomia existente entre o estatuto da criança e do adolescente e a lei previdenciária / João Vitor Mendes de Oliveira. Aracaju, 2017 59 f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito

Orientadora: Profa. Esp. Gilda Diniz dos Santos

1. Direito Previdenciário 2. Pensão por Morte 3. Menor sob Guarda 4. Interpretação Constitucional I. TÍTULO.

CDU 349.3 (813.7)

JOÃO VITOR MENDES DE OLIVEIRA

**PENSÃO POR MORTE AOS MENORES SOB GUARDA: ANTINOMIA EXISTENTE
ENTRE O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A LEI
PREVIDENCIÁRIA**

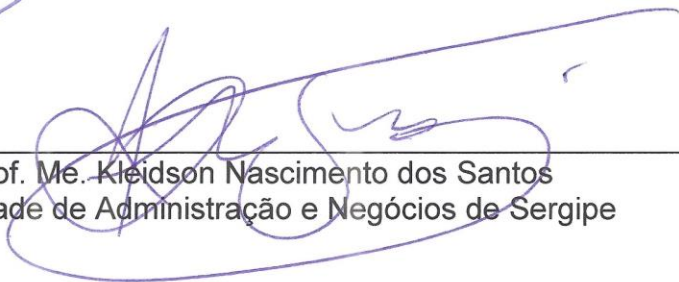
Monografia apresentada à Banca Examinadora
da Faculdade de Administração e Negócios de
Sergipe, como requisito parcial para a
conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

Aprovada em 07/12/17

BANCA EXAMINADORA



Prof.ª Esp. Gilda Diniz dos Santos
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



Prof. Me. Kleidson Nascimento dos Santos
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



Prof. Esp. Narbal Alves Guimarães Bisneto
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho àqueles que, por força do destino, não puderam presenciar a sua conclusão neste ano: Vó Filomena, Tio Irandi e Tia Ana.

AGRADECIMENTOS

O sentimento de gratidão deve ser algo substancial na vida de qualquer ser humano, pois até o presente momento não aprendemos a viver sem precisar de qualquer auxílio daqueles que estão ao nosso redor, sejam familiares, amigos, pessoas que nos inspiram ideias ou até mesmo aquelas que não compartilham dos nossos princípios éticos. Ao contrário, tal convivência é deveras imprescindível para a nossa evolução intelectual e moral.

Sendo assim, necessário antes de tudo a gratidão para com aquele nos deu a oportunidade deste crescimento acontecer, inicialmente por nos dar o dom sublime da existência e, em seguida, por favorecer todas as condições materiais, desde o pequeno grão de areia até a energia do grande astro: o sol. Por dar, inclusive, a inteligência para que o homem criasse instrumentos para conviver pacificamente com os seus semelhantes, dentre eles o Direito. Independentemente de qualquer fundamento religioso compartilhado, Ele sempre será esta força divina que nos governa: Deus.

Agradeço de igual forma a todos aqueles que, direta ou indiretamente, contribuíram para o êxito deste trabalho. Aos familiares, seria até prolixo aqui descrever todas as contribuições, que partem de todo amor e carinho recebidos até o instrumento material que me possibilita esta escrita.

Aos amigos de curso, que dizer daqueles que sempre estiveram ao meu lado, nos momentos divertidos dos intervalos entre as aulas, nos momentos de tensão entre as provas, nas visitas técnicas, nas audiências e tribunais de júri, entre tantos outros momentos? Apenas meu mais puro sentimento de agradecimento. E, para “cabeças não rolarem”, quero nomina-los um por um (em ordem alfabética): Eliaquim, Ellen, Evelyn, Kamila, Kalyne, Ketlen, Luana, Jadson e Wesley.

Agradeço, principalmente, por aquela pessoa que proporcionou meu primeiro contato com o Direito Previdenciário e conseqüentemente todo o aprendizado profissional então adquirido no Instituto de Previdência do Município de Aracaju: Dra. Andrea Karine de Góes. Em seguida, à Dra. Karine Machado e Des. Cezário Siqueira Neto por todos os inúmeros aprendizados proporcionados e advindos até então. Eterna gratidão.

Por fim, a todos os mestres do corpo docente da Fanese, pelos exímios conhecimentos transmitidos de forma gloriosa ao longo desses últimos 5 anos, em especial a minha orientadora neste trabalho de conclusão de curso, professora Gilda Diniz dos Santos, pela confiança e pela sua experiência nesta área, igualmente transmitida a mim.

“Cada advogado, em sua condição de homem, pode ter a fé que sua consciência indique. Mas, em sua condição de advogado, deve ter a fé no direito, porque até agora o homem não encontrou, em sua longa e comovedora aventura sobre a terra, nenhum instrumento que lhe assegure melhor a convivência”
(Eduardo Ruan Couture)

RESUMO

O Direito Previdenciário surge com o objetivo de resguardar o beneficiário e/ou os seus dependentes nas situações de contingência social. Já o ECA objetiva a proteção absoluta do menor e da sua dignidade. Contudo, a lei previdenciária e o ECA tornam-se incompatíveis a partir do momento em que este prevê o menor sob guarda como dependente previdenciário do seu guardião e aquela não, gerando assim uma antinomia jurídica e, por tratar de normas de mesma hierarquia, a técnica tradicional de hermenêutica nem sempre se configura totalmente eficaz. A exclusão deste menor sob guarda do rol de dependentes na lei previdenciária ocorreu a partir da edição da Medida provisória nº 1.523/1996, convertida posteriormente na Lei nº 9.528/1997 que alterou a Lei nº 8.213/1991, em virtude de diversas fraudes ao sistema previdenciário, dentre elas a guarda dos netos requerida pelos seus avós para fins meramente previdenciários. Até então, o tema ora proposto é um dos assuntos que ainda resta pouco debatido perante os estudiosos de tal disciplina. As decisões judiciais também não estavam pacificadas, ora pugnando pela preponderância do ECA ora pela Lei previdenciária, de forma que durante o presente estudo o STJ firmou, através da sistemática da repercussão geral, possuindo como paradigma o Recurso Especial nº 1.411.258/RS, a tese de que o menor sob guarda tem direito à concessão do benefício de pensão por morte do seu mantenedor, comprovada a sua dependência econômica, nos termos do art. 33, § 3º do ECA. Além de se utilizar a técnica de análise qualitativa sobre os fundamentos e princípios do ECA e da lei previdenciária; sobre as concepções modernas de família; e sobre o instituto da Guarda, também é estudada a hermenêutica constitucional e a atual técnica da ponderação, que possibilita concluir que o ECA, neste ponto, deve preponderar em relação a lei previdenciária, por se tratar da garantia ao direito à vida digna dos menores sob guarda, além da obrigatoriedade da interpretação constitucional das normas infraconstitucionais.

Palavras-chave: Direito Previdenciário. Pensão por morte. Menor sob Guarda. Interpretação Constitucional.

ABSTRACT

The Social Security Law arises with the objective of protecting the beneficiary and/or their dependents in situations of social contingency. The ECA aims at the absolute protection of the child and his dignity. However, the social security law and the ECA become incompatible from the moment it provides the minor under guard as a social security dependent of his guardian and that not, thus generating a legal antinomy and, because it deals with rules of the same hierarchy, the traditional technique of hermeneutics is not always fully effective. The exclusion of this minor under guard of dependents in the social security law occurred from the edition of Provisional Measure nº 1.523/1996, later converted into Law nº 9.528/1997, which amended Law nº 8.213/1991, due to several frauds to the social security system, among them the custody of grandchildren required by their grandparents for purely social security purposes. Until then, the theme proposed here is one of the subjects that is still little debated before the students of such discipline. Judicial decisions were also not pacified, sometimes challenging for the preponderance of the ECA or Law nº 8.213/91, so that during this study the STJ established, through the systematic of the general repercussion, having as a paradigm the Special Appeal 1.411.258/RS, the thesis that the child under guardianship is entitled to the grant of the pension benefit due to the death of the person who maintains it, proving its economic dependence, under the terms of art. 33, § 3 of ECA. In addition to using the qualitative analysis technique on the fundamentals and principles of the ECA and the social security law; on modern conceptions of family; and on the Guardian Institute, the constitutional hermeneutics and the current technique of weighting are also studied, which makes it possible to conclude that the ECA, at this point, should prevail over the social security law, since it is a guarantee of the right to a dignified life for minors under guard, in addition to the mandatory constitutional interpretation of infraconstitutional norms.

Keywords: Social Security Law. Pension for death. Minor under Guard. Constitutional Interpretation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF: Constituição Federal

CJF: Conselho de Justiça Federal

ECA: Estatuto da Criança e do Adolescente

STJ: Superior Tribunal de Justiça

STF: Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	CONCEPÇÃO MODERNA DE FAMÍLIA	16
2.1	Família Pluriparental e Família Socioafetiva	18
2.2	Guarda x Tutela.....	20
3	FUNDAMENTOS E PRINCÍPIOS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	23
3.1	Da Proteção Integral.....	24
3.2	Do Melhor Interesse das Crianças e dos Adolescentes	25
4	FUNDAMENTOS E PRINCÍPIOS DA SEGURIDADE SOCIAL	27
4.1	Da Pensão por Morte e da Dependência Econômica.....	30
4.2	Da Exclusão do Menor sob Guarda do Rol de Dependentes	32
5	VISÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS	35
6	ANÁLISE JURISPRUDENCIAL	41
7	CONSIDERAÇÕES FINAIS	52
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	56

1 Introdução

O Direito Previdenciário surge no ordenamento jurídico com o intuito de resguardar o beneficiário e/ou os seus dependentes nas situações de contingência social, momento em que este se encontra impossibilitado de prover o seu sustento com a força do próprio trabalho.

Nestes casos, uma vez participante do sistema de Seguridade Social, o necessitado é amparado através de auxílios ou pensões destinadas a suprirem o seu padrão social, bem como manter o sustento dos seus dependentes. Na primeira hipótese, podemos considerar como fato gerador o acidente de trabalho ou as doenças incapacitantes para o trabalho, onde o beneficiário é assistido pelo Auxílio-doença e, na segunda hipótese, podemos citar a morte do participante do sistema de Seguridade Social, o que gera o direito à pensão por morte aos seus dependentes previdenciários previstos em lei.

A problemática surge, porém, quando o legislador exclui do rol de dependentes pessoas que dependem economicamente do segurado, agravando o estado de desamparo nos momentos de contingência e precariedade social. Por outro lado, sendo a Seguridade Social um sistema contributivo, ou seja, todos os seus participantes contribuem com uma porcentagem do seu salário com a finalidade de assistir os demais nas necessidades, outra problemática surge quando alguns participantes se utilizam de práticas ilegais e abusivas com o fim de praticar fraudes em benefício próprio, comprometendo todo o sistema.

Não obstante a Previdência Social, através do Regime Geral de Previdência Social ou dos Regimes Próprios de Previdência Social, possuir as suas leis específicas que disciplinam tais situações de contingência, bem como o rol de dependentes previdenciários, é possível encontrarmos nas demais leis pertencentes ao ordenamento jurídico brasileiro determinadas disciplinas correlatas ao assunto previdenciário, como ocorre com a Lei nº 8.069/90, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Deste modo, observamos que o art. 33, §3º do ECA prevê os menores sob guarda como dependentes previdenciários dos seus guardiões, em caso de morte destes. Contudo, a Lei nº 8.213/91, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da

Previdência Social e dá outras providências, alterada pela Lei nº 9.528/97, não mais prevê os menores sob guarda como dependentes previdenciários do segurado, situação que gera uma antinomia no ordenamento jurídico pátrio.

Possuindo ambas as leis status de Lei Ordinária, não se pode resolver tal antinomia através do método hierárquico. Portanto, é necessário analisar qual lei deve preponderar, isto é, se deve prevalecer o interesse do coletivo de segurados em detrimento dos menores “guardados” ou se deve prevalecer estes últimos em detrimento da saúde atuarial do sistema previdenciário.

O tema ora proposto é um dos assuntos que ainda resta pouco debatido perante os estudiosos de tal disciplina. As decisões judiciais, por sua vez, também não estão pacificadas, ora pugnando pela preponderância do ECA ora pela Lei nº 8.213/91.

A antinomia aqui tratada parte, em suma, da seguinte questão: no ano de 1997, através da Lei nº 9.528/97, proveniente da Medida Provisória nº 1.523/1996, os menores sob guarda deixaram de auferir o direito à pensão, constante nos Regimes de Previdência, em virtude da morte dos seus guardiões.

Diante do exposto, este trabalho objetiva, em apertada síntese, analisar qual a norma que deve preponderar no quesito Guarda Previdenciária: o Estatuto da Criança e do Adolescente ou a lei previdenciária.

Para que possamos alcançar o objetivo supra, necessário que antes adotemos os seguintes passos: 1) Observar as disposições da seara civilista a respeito do conceito e da finalidade do instituto da Guarda e da tutela, bem como a definição de família; 2) Analisar os fundamentos e princípios do ECA; 3) Analisar os fundamentos e princípios da Seguridade Social, bem como da Previdência Social, abordando a pensão por morte e o conceito da dependência econômica; 4) observar os posicionamentos doutrinários a favor e contra à exclusão dos menores do rol de dependentes previdenciários dos Regimes de Previdência e, por fim, 5) Utilizar a visão constitucionalista dos direitos infraconstitucionais, fazendo uma leitura da lei previdenciária e do ECA à luz da Constituição Federal.

Tais objetivos serão concretizados através de uma pesquisa teórica e documental dos principais doutrinadores do Direito Previdenciário e do Direito Civil no tocante aos menores sob guarda e à pensão por morte, além das jurisprudências

dos tribunais estaduais bem como do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema ora proposto.

Para tanto, necessário que seja feita de forma qualitativa e com objetivo explicativo, tendo em vista a análise que será feita dos fatos reais que motivaram a exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes previdenciários, mas que, frequentemente, tem feito prevalecer o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Além disso, propõe-se um método dialético, pelo qual é possível analisar todo o contexto social que envolve determinada questão, ou seja, nos permite adentrarmos no campo da dependência econômica através da interpretação das várias situações que podem ser vislumbradas nas hipóteses de casos concretos, a fim de que se chegue ao objetivo geral proposto.

Por fim, também utilizaremos o método comparativo, que possibilitará a descoberta de qual lei mais se adequa ao propósito constitucional.

2 CONCEPÇÃO MODERNA DE FAMÍLIA

O Direito, em sua essência, deve ser sempre guiado pelos costumes e pela cultura de cada época e de cada localidade. Assim não é diferente no âmbito civilista do Direito de Família que, por sua vez, utiliza-se do conceito do instituto Família para elaborar as normas pátrias de regulamentação das relações familiares e de pacificação dos possíveis conflitos que aí possam surgir.

A Família é um instituto primordial para o ser humano em si, por ser o lugar onde este desenvolve suas faculdades morais e, principalmente, recebe todas as condições materiais para a sua subsistência, que proporcionará a sua relação com os outros institutos da vida civil. Dito isto, vislumbramos, em linhas gerais, a suma importância de uma manutenção digna do ser humano do seio da sua família.

Esta manutenção digna se caracteriza pela educação, saúde, alimentação, vestuário, lazer, moradia, entre outras coisas, propiciadas pelos genitores, dentro das suas possibilidades econômicas e sociais, ou de quem os substituam legalmente.

Neste sentido, assevera Stolze (2017, p. 41): “é na formação desse núcleo social que se originam as primeiras manifestações de afeto, bem como se consolidam relevantes relações jurídicas de conteúdo material e extrapatrimonial”.

Sua essência, de igual forma, também é consubstanciada na Carta Magna brasileira, no *caput* do artigo 226, nos seguintes termos: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Além dos estudos produzidos no campo civilista e constitucional, a Família também é tratada na seara dos direitos inerentes à criança e ao adolescente, tema que de igual forma nos importa para as finalidades do presente trabalho, conforme podemos observar com o arrazoado a seguir:

A criança e o adolescente têm direito a ser criado por uma família, pois esta é o pilar de construção de todas as sociedades de que temos notícia na história. É através da família que o indivíduo nasce, cresce e se desenvolve, é a família que lhe presta assistência, que preserva a estrutura social que temos hoje. O direito à família é, pois, um direito natural, inato à própria existência humana. (BARROS, 2014, p. 41).

Ao longo da história, podemos observar diversos tipos de organizações familiares, iniciando na era primitiva, época em que a família servia apenas como

forma de suprir as necessidades individuais básicas, bem como forma de agrupamento para defesa mútua; passando, em seguida, à família patriarcal, formada pelo triângulo: pai, mãe e filhos e de forma que todo o poder familiar se concentrava nas mãos do homem, que provia o sustento do lar enquanto a mulher cuidava da casa e da prole; até se chegar à concepção moderna desde instituto, cujo o liame principal é o vínculo de afetividade inerente aos seus participantes.

Contudo, apesar da suma importância do estudo de todas essas formas antepassadas de organização familiar, necessário focarmos na conceituação e análise da atual forma utilizada para a concepção das famílias, pré-requisito sem o qual não atingiremos o objetivo deste trabalho.

Assim, abordando a sua conceituação moderna, o ilustre professor Stolze (2017, p. 47) assim prescreve: “família é o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes”. Destaque-se que, nesta concepção, não é imprescindível o laço consanguíneo para caracterizá-la.

Pereira (2017, p. 35) também destaca a afetividade como principal característica da família moderna, nos seguintes termos: “Os vínculos de afetividade projetam-se no campo jurídico como a essência das relações familiares. O afeto constitui a diferença específica que define a entidade familiar”.

A partir destas conceituações, observamos também o novo papel que esta desempenha na sociedade:

[...] passaram a ser funcionalizadas em razão da dignidade de cada partícipe. A efetividade das normas constitucionais implica a defesa das instituições sociais que cumprem o seu papel maior. A dignidade da pessoa humana, colocada no ápice do ordenamento jurídico, encontra na família o solo apropriado para o seu enraizamento e desenvolvimento, daí a ordem constitucional dirigida ao Estado no sentido de dar especial e efetiva proteção à família, independentemente da sua espécie. (GAMA, 2003 apud STOLZE, 2017, p. 67-68).

Em outras palavras, podemos considerar a família como o local onde os indivíduos, ligados pelo afeto ou amor, desenvolvem a sua personalidade e, através de um auxílio mútuo, aperfeiçoam as suas faculdades e assistem material e psicologicamente uns aos outros. Dar-se então, ainda segundo Stolze (2017, p. 67), “a função social de realização existencial do indivíduo”.

Mais além, deveras lembrar que:

Os novos valores que inspiram a sociedade contemporânea sobrepujam e rompem, definitivamente, com a concepção tradicional de família. A arquitetura da sociedade moderna impõe um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado. O escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo afeto, como mola propulsora. (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 35)

É a partir de tais considerações de ordem constitucional que se admite, hodiernamente, não só a estrutura familiar clássica, qual seja: pai, mãe e filhos, mas diversas outras formas de agrupamento humano, tendo como fundamento, repita-se, a afetividade. Dentre eles, destacamos a família pluriparental e a Família Socioafetiva, a seguir analisadas.

2.1 Família Pluriparental e Família Socioafetiva

Fruto da nova concepção dada ao instituto da família, a família pluriparental, mosaico ou, ainda, chamada de extensa, representa um dos formatos atuais de organização familiar que cada vez mais aumenta no cenário brasileiro e, senão, também no internacional. Segundo Barros (2014, p. 51), “é aquela formada por parentes próximos que compõem o círculo de convivência da criança e do adolescente, cuja afinidade e afetividade são marcantes”.

Desta forma, podemos considerar que a criança e o adolescente podem também conviver com qualquer dos seus parentes que não sejam aqueles que outrora faziam parte da família clássica. Isto é, a partir da impossibilidade fática, por qualquer motivo, dos genitores propiciarem toda a assistência ao menor, corriqueiramente observamos que a responsabilidade da criação deste é assumida pelos avós, tios, primos ou irmãos mais velhos.

Tal ocorre justamente devido à afetividade, conforme dito acima, e que, por sua vez, é assim conceituada:

É o sentimento entre duas ou mais pessoas que se afeiçoam pelo convívio diuturno, em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino comum que conjuga suas vidas tão intimamente (...) até mesmo gerando efeitos patrimoniais. (PEREIRA, 2017, p. 35-36).

Contudo, fazendo uso de tal conceito, é possível ir mais além, ou seja, a família mosaico pode se formar não somente entre pessoas que possuam algum

vínculo biológico, mas inclusive por aquelas que tenham o *animus* da socioafetividade. Assim dispõe Cristiano Cassettari:

[...] entendemos que a parentalidade socioafetiva pode ser definida como o vínculo de parentesco civil entre pessoas que não possuem entre si um vínculo biológico, mas que vivem como se parentes fossem, em decorrência do forte vínculo afetivo existente entre elas. E, caso seja comprovada, entendemos que os filhos socioafetivos deverão ter os mesmos direitos dos biológicos, em razão da igualdade prevista em nossa Constituição. (CASSETTARI, 2015, p. 16).

Deste modo, a Família Socioafetiva deve ser adotada, principalmente, como forma de garantia aos direitos das crianças e dos adolescentes, em virtude da sua possibilidade em proporcionar todo o aparato necessário para o pleno desenvolvimento existencial destes. Nesta linha de raciocínio, assim destaca Cassettari:

[...] com base na noção do melhor interesse da criança, tem-se considerado a prevalência do critério socioafetivo para fins de se assegurar a primazia da tutela à pessoa dos filhos, no resguardo dos seus direitos fundamentais, notadamente, o direito à convivência familiar. (CASSETTARI, 2015, p. 15).

Também importante destacar que o CJF reconhece a família socioafetiva como modalidade de parentesco civil, conforme nos lembra Cassettari:

“Por permitir outra origem de parentesco, o art. 1.593 autoriza que se reconheça a parentalidade socioafetiva como forma de parentesco, consoante o que podemos observar no enunciado 256 do CJF: Enunciado 256 do CJF – Art. 1.593: A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil. (CASSETTARI, 2015, p. 42).

É a partir de então que, além da assistência material e moral, o vínculo que ora é formado com o menor e o seu responsável, no âmbito da família socioparental, nos direciona à seguinte conclusão lógica: o menor também poderá ser sujeito de direitos no *post mortem* deste responsável, vertente que será abordada mais adiante.

É necessário, antes disso, analisarmos a concretização formal deste vínculo socioafetivo, o que se pode dar pelos institutos a seguir delineados.

2.2 Guarda x Tutela

Ultrapassadas as primeiras linhas a respeito da Família Socioafetiva, passamos a estudar a sua aplicação prática através dos institutos jurídicos da Guarda e da Tutela.

Inicialmente, podemos inferir que a Guarda está prevista tanto no Código Civil brasileiro como no Estatuto da Criança e do Adolescente. Porém, ambas provêm de fatos constitutivos diferentes, isto é, enquanto a primeira decorre do poder familiar conferido aos pais do menor, a segunda caracteriza-se por ser medida protetiva de colocação do menor em familiar substituta.

Abrindo um parêntese, o poder familiar, que constitui base para as disposições sobre a Guarda no bojo do Código Civil, conforme ensinamentos de Gonçalves (2017, p. 410), é: “o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores”. Ou seja, constitui na obrigação dos pais de garantir aos seus filhos menores os elementos básicos para a sua subsistência digna, quais sejam: alimentação, saúde, educação, vestuário, lazer, entre outros. Nesta senda, vislumbramos, a partir deste vínculo de consanguinidade, a Família Natural.

Ele é exercido em pé de igualdade tanto pelo homem (pai), como pela mulher (mãe), independentemente da existência de união conjugal, segundo o que dispõe o artigo 226, §5º da Constituição Federal, o artigo 21 do ECA e o artigo 1.631 do Código Civil pátrio. Por sua vez, os pais só serão destituídos de tal poder nas hipóteses trazidas pelo artigo 1.635 do Código Civil, que são: morte dos pais ou do filho; emancipação; maioridade; adoção ou por decisão judicial, nos termos do artigo 1.638, também do Código Civil, (em casos de castigo imoderado; abandono; prática de atos contrários à moral e aos bons costumes; ou incidir em abuso de autoridade).

Quanto à Guarda prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, Barros (2014, p. 62) nos relembra: “A guarda a que se refere o Estatuto não é a mesma do direito de família, que surge quando os pais se separam. Aqui a guarda é concedida a terceiro, como uma das hipóteses de colocação em família substituta”.

Na visão de Bertuzzo; Gravinis (2015, p. 9): “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”.

De acordo com o artigo 33, §1º do ECA, o instituto da Guarda, no âmbito dos direitos da criança e do adolescente, objetiva a regularização da posse de fato sobre o menor, com a possibilidade de ser concedida de forma liminar nos processos de Tutela e de Adoção.

Deste modo, a concessão da guarda, conforme lição doutrinária de Felipe apud (BERTUZZO; GRAVINIS, 2015, p. 9): “visa a dar uma família àqueles que não têm condições de serem criados e educados em seu leito natural”. Destaque-se que a Guarda possui as mesmas obrigações inerentes ao Poder Familiar.

Em seguida, o §2º do artigo 33 do ECA dispõe que, exceto a sua concessão em processos de tutela e adoção, a Guarda será também concedida para “atender a situações peculiares ou suprir a falta do artigo 33 do ECA eventual dos pais ou responsável”.

Portanto, não é raro vermos a cena de avós, tios, parentes próximos ou até mesmo pessoas que não possuam qualquer laço consanguíneo, mas ligadas ao menor através do vínculo afetivo, requererem a sua guarda, tendo em vista que já se encontram proporcionando a sua assistência material de fato e, com isso, exercendo o poder familiar sobre o mesmo.

Contudo, deveras lembrarmos que a Guarda, por si só, não destitui totalmente os pais consanguíneos do seu poder familiar, continuando estes a possuírem a obrigação conjunta, neste caso, de assistência material ao menor em questão.

Além disso, a Guarda conferida pelo ECA possui caráter de transitoriedade, ou seja, a qualquer tempo os pais podem voltar a exercer o seu pátrio poder ilimitadamente, ao se verificar que cessaram as razões da sua suspensão ou impossibilidade de exercício de outrora. Assim disciplina Caio Pereira

Traduz, em princípio, uma situação provisória, podendo, excepcionalmente, ter caráter permanente (...) Tendo em vista o caráter provisório da guarda, poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público (art. 35, ECA). (PEREIRA, 2017, p. 585):

A Tutela, por sua vez, é outra modalidade de colocação do menor em família substituta, porém, ao contrário da Guarda, pressupõe que os pais do menor sejam falecidos ou ambos sejam destituídos do seu poder familiar de forma absoluta. Assim, vejamos os seguintes ensinamentos:

Através da tutela, uma pessoa maior assume o dever de prestar assistência material, moral e educacional a criança ou adolescente que não esteja sob o poder familiar de seus pais, bem como de lhe administrar os bens. É cabível quando ambos ou pais falecerem ou são declarados ausentes ou, ainda, se forem destituídos do poder familiar. (BARROS, 2014, p. 69).

Deste modo, a Tutela diferencia-se da Guarda, pois pressupõe a prévia destituição ou suspensão do poder familiar dos pais (família natural) e visa suprir a total ausência de representação legal do menor. Portanto, não há que se falar em confusão ou semelhança entre ambos os institutos.

Por fim, insta destacarmos que, também diferentemente da Guarda, a Tutela está prevista no rol de dependentes previdenciários constantes dos regimes de previdência, talvez por conferir maior responsabilidade, fato que será melhor abordado nos tópicos finais deste estudo.

3. FUNDAMENTOS E PRINCÍPIOS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Os direitos inerentes às crianças e aos adolescentes são relativamente recentes, tanto no cenário internacional, como no Brasil. Nos primórdios da humanidade, mais especificamente na idade antiga, tais crianças e adolescentes sequer existiam direitos, de modo que o pai concentrava todo o poder familiar em suas mãos, conforme já dito.

Assim, à medida em que as civilizações foram se consolidando e as concepções de direito se alargando, à luz dos ideais iluministas, é que surgiram, inicialmente, a diferenciação destes para os adultos, até se chegar no quadro atual, de forma que toda a atenção e proteção é voltada para as crianças e para os adolescentes.

Podemos vislumbrar melhor esta evolução através da exímia síntese do doutrinador Antônio Cezar Lima da Fonseca:

Desta forma, podemos assim resumir a situação histórica de crianças e adolescentes: (1) na antiguidade, nenhum direito ou reconhecimento. Em Roma havia o poder quase ilimitado do *pater familiae*; (2) na Idade Média, uma suavização do poder quase absoluto do pai, sendo que, no fim da Idade Média e no Renascimento aparece uma nova ideia de criança [...] (3) nos séculos XVI, XVII e XVIII começa a despontar o “sentimento de infância”, a consciência das particularidades da criança em relação aos adultos; (4) no século XIX a criança trabalha e é explorada pela Revolução Industrial, o que faz surgir uma consciência das especificidades da criança e da necessidade de reconhecer-lhes direitos; e (5) no século XX surge a proclamação dos direitos da criança. (FONSECA, 2012, p. 5).

No Brasil, as crianças e os adolescentes apenas tinham visibilidade quando se tratava dos aspectos penais das suas condutas, o que foi consolidado através do “Código de Mello Matos” e continuado pelo “Código de Menores”. Somente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, portanto, é que eles passaram a ter direitos de caráter assistencialista e protetivos, visando a dignidade humana e o pleno desenvolvimento em todas as suas nuances.

Fortalece esse entendimento as disposições de Guilherme Barros:

[...] o estudo sobre qualquer tema jurídico deve ter início pela observação de seu regramento a partir da Constituição da República.

Em relação ao direito da criança e do adolescente, não é diferente. O artigo 227 da nossa Lei Maior estabelece como “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” (BARROS, 2014, p. 23).

Contudo, para que fosse possível dar efetividade a todos os direitos previstos na Carta Magna, foi necessário criar uma Lei infraconstitucional, o que ocorreu através da Lei nº 8.069/90, intitulada de Estatuto da Criança e do Adolescente. Conforme as palavras de Fonseca (2012, p.9): “o Estatuto escora um “microssistema aberto de regras e princípios”, pousados nos princípios da Absoluta Prioridade, da Proteção Integral e do Melhor interesse”.

Diante de tamanha (justa) importância conferida aos direitos previstos no ECA, consolidados através das disposições constitucionais, tais normas se prolongam pelos demais ramos do ordenamento jurídico, segundo disciplina de Fonseca (2012, p. 10): “As normas estatutárias podem/devem ser invocadas para a proteção de qualquer criança ou adolescente, mesmo que seja em discussões no âmbito de outras áreas do direito”.

Portanto, para que possamos melhor estudar os principais pontos deste Estatuto que possuam correlação com o tema proposto por este trabalho, passaremos a analisar os princípios a seguir delineados.

3.1 Da Proteção Integral ao Menor

Os direitos das crianças e dos adolescentes reconhecidos pela Constituição Federal, e disciplinados pelo ECA, encontram fundamento no princípio da Proteção Integral ao menor. Isto é, tais sujeitos devem ter resguardados amplamente seus direitos por todos da sociedade, do Estado e principalmente pela sua família, não só na hipótese de cometimento de atos infracionais, mas sobretudo na sua sobrevivência digna em seus aspectos materiais e morais, possuindo como norte o princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da proteção integral é observado no artigo 100, parágrafo único, inciso II, do ECA, *in verbis*:

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

II - proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares. (BRASIL, 1990)

Em suma, os direitos outrora assegurados pela Constituição Federal, além da disciplina pelo ECA, ganham mais força através do Princípio da Proteção integral, que confere prioridade e máxima proteção a tais direitos, e que a doutrina assim conceitua:

A proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado. Rompe com a ideia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento. (CURY, GARRIDO & MARÇURA, 2002 apud MENDES, 2007, p. 3).

Deste modo, os dispositivos normativos do ECA visam a reconhecer, definitivamente, a criança e o adolescente como seres humanos que possuem condições especiais, por ainda estarem em desenvolvimento material, intelectual e moral. Assim assevera Barros (2014, p. 26): “O Estatuto deve ser interpretado e aplicado com os olhos voltados para os fins sociais a que se dirige, com observância de que crianças e adolescentes são pessoas em desenvolvimento, a quem deve ser dado tratamento especial (art. 6º).

Portanto, nada mais salutar que observar a vulnerabilidade a eles inerentes e, a partir daí, conferir-lhes a proteção necessária ao desenvolvimento digno, como forma, inclusive, de manutenção da espécie humana e de um determinado povo.

3.2 Do Melhor Interesse das Crianças e dos Adolescentes

Atrelado ao princípio da proteção integral está o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, também chamado de interesse superior, que, segundo Barros (2014, p. 26): “traduz a ideia de que, em análise ao caso concreto,

os aplicadores do direito [...] devem buscar a solução que proporcione o maior benefício possível para a criança ou adolescente”.

De igual forma, para Andrea Rodrigues Amim:

Trata-se de princípio orientador tanto para o legislador como para o aplicador, determinando a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para elaboração de futuras regras. (AMIM, 2017, p. 75)

Tal princípio, por sua vez, encontra-se positivado no inciso IV do parágrafo único do artigo 100 do ECA, nos seguintes termos:

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

IV - interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto. (BRASIL, 1990)

Contudo, não obstante ser incorporado ao ECA apenas no ano de 2009 através da Lei nº 12.010/09, o princípio do melhor interesse foi consagrado no âmbito internacional desde a Declaração dos Direitos da criança, no ano de 1959, e está previsto em demais tratados e convenções internacionais, ministrando-lhe, desta forma, suma importância dentro do ordenamento jurídico pátrio.

Destaque-se no aludido inciso acima transcrito, que os direitos da criança e do adolescente devem ser colocados em patamar prioritário com relação aos demais direitos que possam existir em determinada lide com interesses jurídicos divergentes. Assim, ainda ressalta Amim (2017, p. 75): “Na análise do caso concreto, acima de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas, deve pairar o princípio do interesse superior, como garantidor do respeito aos direitos fundamentais titularizados por crianças e jovens”.

Por fim, a correlação do instituto da Guarda com o princípio do melhor interesse é assim exposta por Bertuzzo; Gravinis (2015, p. 14): “a guarda unilateral poderá ser atribuída a alguém que substitua o genitor. De tal modo, o legislador visa o melhor interesse do menor”.

4 FUNDAMENTOS E PRINCÍPIOS DA SEGURIDADE SOCIAL

Inicialmente, preexistia nos Estados a política Liberal, de forma que as intervenções na vida privada dos indivíduos eram mínimas, sendo garantidos apenas os direitos de caráter civis e políticos dos cidadãos. Entretanto, essa situação passou a ser inconcebível a partir das grandes guerras mundiais, bem como da crise de 1929 que assolou os Estados Unidos da América, precursor deste modelo de intervenção estatal. Vejamos o que disciplina Castro e Lazzari:

O intervencionismo estatal toma as feições definitivas no período que vai da quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque, em 1929, ao período imediatamente posterior à Segunda Guerra Mundial. Nesse período, surgem teorias econômicas aliadas a políticas estatais (como o New Deal norte-americano) que servirão de norte a profundas mudanças no molde estatal contemporâneo. É nesse interregno que se irá cunhar, de forma indelével, a expressão Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*). (CASTRO; LAZZARI, p. 11).

Segundo leciona Amado (2014, p. 34), em razão da sua desobrigação de prestar assistência aos seus cidadãos, até aquele presente momento, os Estados sequer sabiam como suprir as necessidades básicas dos indivíduos, tais como: saúde, moradia, emprego, entre outros, que surgiram após tais eventos históricos e mudaram de vez a concepção da intervenção estatal até então existente.

Desta forma, surge o Estado do bem-estar social, momento a partir do qual os Estados deram início às políticas de assistências sociais e econômicas, nascendo, assim, a seguridade social, que, conforme ensinamentos de Amado (2014, p. 35): “consiste no conjunto integrado de ações que visam a assegurar os direitos fundamentais à saúde, à assistência e à previdência social, de iniciativa do Poder Público e de toda a sociedade”.

Portanto, a seguridade social visa nada mais que garantir os direitos fundamentais dos seres humanos, com vistas à dignidade da pessoa humana em todos os seus aspectos. No Brasil, tais direitos estão inscritos na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º e seguintes. Para Horvath Júnior (2014, p. 121), a seguridade social possui como finalidade “a defesa e a constante busca da paz e do progresso da sociedade através do bem-estar individual dos seus membros”.

Já a previdência social, tema mais específico ao presente estudo, é parte integrante da seguridade social ao lado da assistência social e da saúde, todas

previstas no art. 194 da CF/88. Diferencia-se destas últimas por possuir o caráter contributivo, isto é, para que os indivíduos tenham direitos aos benefícios por ela concedidos, necessário que antes contribuam, com parte de seus recursos.

Para o Professor Frederico Amado:

A previdência social pode ser definida como um seguro com regime jurídico especial, pois regida por normas de Direito Público, sendo necessariamente contributiva, que disponibiliza benefícios e serviços aos segurados e seus dependentes, que variarão a depender do plano de cobertura. (AMADO, 2014, p. 97).

Conforme a própria acepção do termo, previdência social significa, em breve definição, prever a possibilidade de ocorrência de um evento futuro que cause situação de contingência social, de forma que acautelar-se é a melhor medida para evitar ou minimizar os danos que porventura venha a sofrer. Assim disciplina Miguel Horvath Júnior:

A previdência social é forma de proteção social que tem por finalidade assegurar a manutenção dos beneficiários (segurados e dependentes) quando os riscos e contingências sociais cobertas ocorrerem. Previdência vem do latim *pre videre*, que significa ver com antecipação as contingências sociais e preparar-se para enfrenta-las [...] A previdência social pressupõe o pagamento de contribuições e riscos predeterminados (com determinada previsão financeira para cobri-los). (HORVATH JÚNIOR, 2014, p. 124).

Ainda segundo Horvath Júnior (2014, p. 102), “contingência social vem a ser evento capaz de produzir a perda ou redução dos recursos necessários para a manutenção do beneficiário ou o aumento dos gastos”. No Brasil, tais hipóteses de contingências estão previstas no art. 201 da Constituição Federal, de forma que podemos citar a morte, a invalidez, a doença, idade avançada, entre outras.

A previdência social, assim como outros institutos do direito, é também norteadada por princípios e, considerando o objetivo do presente estudo, passamos a analisar os princípios da solidariedade, universalidade, seletividade e distributividade e, por fim, o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial.

Intimamente ligada ao objetivo que a seguridade social carrega desde o seu surgimento até os dias presentes, a solidariedade funda-se no princípio básico de que todos aqueles que contribuem para a previdência social assim fazem para amparar aqueles que ora necessitam, tendo em vista o seu estado de contingência, de modo que a qualquer momento também poderão encontrarem-se neste mesmo

estado e, assim, serão de igual forma assistidos pelos contribuintes aptos para tanto. Assim se manifesta Horvath Júnior:

No momento da contribuição, é a sociedade quem contribui; no momento da percepção da prestação, é o indivíduo quem usufrui. Daí vem o pacto de gerações ou princípio da solidariedade entre gerações. Os não necessitados de hoje, contribuintes, serão os necessitados de amanhã, custeados por novos não necessitados que surgem. (HORVATH JÚNIOR, 2014, p. 93)

Já a universalidade, a seu turno, nada mais é que o compromisso de se buscar, cada vez mais, a inclusão de segurados ao sistema de previdência social, conforme assim dispõe Amado (2014, p. 166): “deverá o RGPS buscar sempre a sua expansão a fim de filiar cada vez mais segurados, inclusive facultando a adesão ao plano de pessoas que não exercem atividade laboral remunerada”. Lembre-se, inclusive, da obrigatoriedade de contribuição por parte de todos os trabalhadores registrados a fim de que sejam caracterizados como segurados.

No tocante à seletividade e a distributividade, Hovath Júnior (2014, p. 104-105) didaticamente assim as conceituam: “A seletividade consiste na eleição dos riscos e contingências sociais a serem cobertos [...] já a distributividade implica a criação dos critérios/requisitos para acesso aos riscos objeto de proteção”. Importante também destacar a lição de Amado (2014, p. 168): “entre o universo de segurados e de dependentes, serão selecionados pelo legislador os que apresentem maior necessidade social da prestação previdenciária, de acordo com o interesse público”.

Consagrado no artigo 201 da Carta Magna, o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial reveste-se de suma relevância para a efetivação do princípio da seletividade e da distributividade acima expostos, tendo em vista que a saúde financeira da previdência social é o aspecto mais importante para a sua manutenção, de modo que é necessário “filtrar” quais riscos e quais pessoas estarão previstos na lei previdenciária, sempre observando, inclusive, o bem comum e o interesse público.

Assim como os atuais beneficiários da previdência social recebem os seus benefícios devidos com o dinheiro proveniente das contribuições de outrora, é igual dever dos Regimes de Previdência garantir que, no futuro, haja os recursos necessários para o pagamento dos benefícios previdenciários. Isto ocorre, inclusive,

através dos investimentos financeiros que são obrigados a fazer, bem como os estudos atuariais. Assim observa Frederico Amado:

Ante a dinâmica social, não basta a existência de boas reservas no presente para a garantia de uma previdência solvente no futuro, devendo ser monitoradas as novas tendências que possam afetar as contas da previdência [...] logo, uma previdência pode estar equilibrada financeiramente no presente, mas com perspectivas de não estar no amanhã, sendo também imprescindível o seu equilíbrio atuarial. (AMADO, 2014, p. 165).

Para fins didáticos, destaque-se, por fim, conforme dispõe José Bonifácio Andrade (apud HORVATH JÚNIOR, 2014, p. 158): “em previdência social, critérios atuariais significam estabelecer o equilíbrio entre o valor presente esperado de contribuições e o valor presente esperado de benefícios”.

4.1 Da Pensão por Morte e da Dependência Econômica

A pensão por morte é um tipo de benefício previdenciário disposto em lei e devido aos dependentes do segurado, ou seja, àqueles a quem a lei previdenciária prevê, conforme o requisito presumido ou não da dependência econômica. Assim bem define a Desembargadora Renata Machado Cotta, no julgamento da Apelação nº 00171110-74.2009.8.19.0007, proveniente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

A pensão por morte é benefício direcionado aos dependentes do segurado, visando à manutenção da família, no caso da morte do responsável pelo seu sustento. É benefício elevado ao status de garantia constitucional, cuja finalidade precípua é prover o sustento e sobrevivência dos dependentes do segurado, relegados ao desamparo diante do evento morte daquele que era o principal provedor da família, possibilitando que a família, em razão da contribuição econômica recebida da previdência social, permaneça estruturada. (BRASIL, 2012a, p. 1).

Neste sentido, destaca Bertuzzo; Gravinis (2015, p. 31):

“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” (BERTUZZO; GRAVINIS, 2015, p. 31):

Portanto, o óbito do segurado causa estado de contingência social àqueles da sua família, quer seja o cônjuge ou companheiro(a), os filhos menores de 21

anos e os inválidos ou qualquer outro que dependa economicamente do falecido. Desta forma, a pensão por morte objetiva suprir tal estado a fim manter o bem-estar social daquela família.

Já em relação à dependência econômica, podemos assim defini-la, nas palavras de Diniz (1998, p. 65 apud Simonatto 2012, p. 69): “condição de quem vive às expensas ou às custas de outrem, dele dependendo para sobreviver e atender às suas necessidades de alimentação, habitação, vestuário, educação etc”.

A Desembargadora Renata Machado Cotta, ainda no julgamento da Apelação nº 00171110-74.2009.8.19.0007, assim também disciplina:

A dependência econômica não exige comprovação de miserabilidade do dependente. A dependência se faz entendida pelo auxílio substancial prestado pelo segurado, cuja falta, decorrente da morte do mantenedor, acarreta desequilíbrio nos meios de subsistência do assistido [...] acresça-se, que, para a caracterização da dependência econômica não se faz necessário que o postulante do benefício dependa exclusivamente do segurado. (BRASIL, 2012a, p. 8).

Deste modo, a dependência econômica além de se referir à subsistência do dependente, pode ser também visualizada como o suporte às condições dignas de subsistência, podendo reservar-se até somente ao lazer ou pequenos supérfluos, não necessitando, portanto, que o amparo do beneficiário com o seu dependente seja em sua totalidade.

Destaque-se que, em relação a dependência econômica, a leitura do parágrafo 4º da Lei nº 8.213/91 indica que o cônjuge/companheiro, os filhos não emancipados menores de 21 anos ou inválidos, ou ainda os filhos com deficiência intelectual ou mental ou com deficiência grave possuem presunção de dependência econômica.

Já os pais e o irmão de qualquer condição menor de 21 anos ou inválido ou com deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave, precisam comprovar que dependiam do falecido para obter o direito ao benefício da pensão por morte. Da mesma forma, os enteados e tutelados, atualmente os únicos previstos no parágrafo 2º após a exclusão dos menores sob guarda, também precisam comprovar tal estado.

Quanto ao menor sob guarda, assim dispõe Bertuzzo; Gravinis (2015, p. 36): “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”

4.2 Da Exclusão do Menor sob Guarda do Rol de Dependentes

Impactante mudança no cenário previdenciário ocorreu com a Lei nº 9.528/97, através da qual os menores “guardados” passaram a não ter mais direito a perceber o benefício da pensão por morte proveniente do passamento do seu guardião.

Determinada medida se deu, principalmente, em razão das diversas fraudes ao sistema previdenciário outrora constatadas. Na maioria das vezes, os avós em tenra idade requeriam a guarda dos seus netos com o intuito de que estes adquirissem o benefício de pensão por morte após o falecimento daqueles, sendo que sequer houvesse a dependência econômica. Para Bertuzzo; Gravinis (2015, p. 37): “Tais práticas acabaram por determinar a promulgação da Medida Provisória nº 1.523, 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”.

A partir de tal momento, iniciou-se grande debate jurídico acerca da constitucionalidade desta exclusão, dividindo doutrinadores e até mesmo tribunais, de forma que até o presente momento ainda não há posicionamento consolidado sobre este tema, ora concedendo, ora não, a pensão por morte aos menores sob guarda. Dito isto, passamos a analisar os entendimentos existentes.

Iniciando com o posicionamento favorável, assim dispõe Mauro Campbell Marques:

Comprovadas a guarda e a dependência econômica do menor em relação ao segurado, deve ser garantido o benefício pensão por morte, nesse contexto devendo prevalecer o Estatuto da Criança e do Adolescente, em observância ao princípio da proteção integral do menor (MARQUES, 2014, p.17).

Ou seja, para o referido autor, a exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes previdenciários do RGPS é injusta e fere o princípio da proteção integral ao menor, trazido no ECA, e os princípios da igualdade e isonomia constantes na CF/88. Continuando o seu entendimento:

A guarda teve seu conceito ampliado e aperfeiçoado com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente e, ainda que não importe na destituição do pátrio poder, obriga o guardião à prestação de

assistência material, moral e educacional ao menor, conferindo ao seu detentor o direito de opor-se a terceiros inclusive aos pais (MARQUES, 2014, p. 15).

Nesta mesma linha de pensamento:

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 (BERTUZZO; GRAVINIS, 2015, p. 53).

Outra linha de entendimento sobre a concessão do benefício sustenta a impossibilidade, já que se exige uma boa gestão dos recursos públicos, que se apresentam finitos. Vejamos o entendimento de Henrique Cruz:

É certo que a nossa Constituição garante direitos previdenciários à criança e ao adolescente, mas não é menos correto afirmar que esses direitos não são absolutos e devam ser aplicados em conformidade com o interesse público, a pacífica e harmoniosa vida em sociedade e a boa gestão dos finitos recursos públicos à disposição da população (CRUZ, 2013, p. 218).

Este autor, continuando em sua obra, ressalta ainda:

a Guarda não é instituto capaz de conferir ao menor guardião o status de dependente previdenciário, tendo em vista ser uma medida de proteção de caráter provisório, que não destitui o poder familiar dos pais, sendo destes, portanto, o dever de assistência ao menor, mesmo que a sua guarda esteja com um terceiro (CRUZ, 2013, p. 223).

Quanto à divergência doutrinária, uma parte utiliza-se da estrita legalidade, isto é, da preponderância da lei previdenciária, ao passo que a outra parte já possui uma visão constitucionalista, prevalecendo o ECA. Desta forma:

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

Diante de tal antinomia jurídica apresentada, passamos a analisar qual a melhor forma de saná-la, para que haja uma prestação jurídica eficiente neste caso.

5 VISÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS

Antes de entrarmos no assunto correlato ao presente tópico, necessário analisarmos as bases da hermenêutica jurídica e, conseqüentemente, da hermenêutica constitucional, através de disciplina dada pela doutrina hodierna, em especial os ensinamentos de Luis Roberto Barroso em sua obra *Direito Constitucional Contemporâneo*.

É sabido que o método tradicional de interpretação das normas jurídicas contempla o seu caráter gramatical, histórico, sistemático e teleológico, conforme salienta o seguinte ensino:

A interpretação, portanto, deve levar em conta o texto da norma (interpretação gramatical), sua conexão com outras normas (interpretação sistemática), sua finalidade (interpretação teleológica) e aspectos do seu processo de criação (interpretação histórica). (BARROSO, 2015, p. 326)

Aprofundando no estudo de tais aspectos, no tocante ao caráter teleológico da norma, isto é, para qual finalidade ela foi criada, temos que a Carta Magna brasileira visa o bem comum ao dispor sobre os direitos fundamentais e sociais do homem, criando, assim, parâmetro para a interpretação das demais disposições normativas, conforme podemos verificar nas lições do professor Barroso:

(...) o Direito existe para realizar determinados fins sociais, certos objetivos ligados à justiça, à segurança jurídica, à dignidade da pessoa humana e ao bem-estar social. No direito constitucional positivo brasileiro existe norma expressa indicando as finalidades do Estado, cuja consecução deve figurar como vetor interpretativo de todo o sistema jurídico. (BARROSO, 2015, p. 331)

Já em relação ao caráter sistemático, ou seja, a relação que a Constituição Federal possui com as demais normas do ordenamento jurídico, temos que as normas jurídicas devem ser harmônicas entre si, desta forma, Barroso (2015, p. 330) explica: “No tocante à harmonia, é certo que o Direito não tolera antinomias (...) Os conflitos entre normas infraconstitucionais são resolvidos por três critérios tradicionais: hierárquico, cronológico e da especialização”.

As antinomias, ou conflito entre normas, portanto, surgem quando duas ou mais normas ou princípios válidos e pertencentes a um mesmo ordenamento jurídico são contrários entre si, ou seja, um contém um dispositivo permissivo para tal

conduta, enquanto outro possui um dispositivo negativo, situação que nos impõe uma resolução prática e eficaz.

Sobre as antinomias, Soares (2017, p. 114-115), as classificam como: 1) Própria, quando “uma norma jurídica proíbe uma conduta enquanto outra faculta a mesma conduta”; 2) Impropria teleológica, “quando uma norma jurídica estabelece os meios para a aplicabilidade de outra norma jurídica, mas os meios oferecidos se revelam incompatíveis com a norma originária”; 3) Imprópria valorativa, quando “ocorre uma discrepância entre os valores cristalizados por duas ou mais normas jurídicas”; 4) Imprópria principiológica, quando “princípios jurídicos entram em colisão, sinalizando soluções diversas para o intérprete” e, 4) Impropria semântica, quando “uma mesma palavra comporta diferentes sentidos”.

Quanto aos critérios tradicionais de resolução de conflito entre normas jurídicas, quais sejam: hierárquico, cronológico e especialização, pertencentes ao método da subsunção e também tratados por Soares (2017, p. 115), podemos assim conceituá-los: 1) Hierarquia: uma norma hierarquicamente superior prevalece sobre uma inferior; 2) Cronologia: uma norma mais recente prevalece sobre outra anterior, na hipótese de ambas tratarem sobre uma mesma matéria e de possuírem mesma hierarquia; 3) Especialização: uma norma de disciplina determinada matéria de forma específica prevalece sobre outra que disciplina de forma genérica, sendo ambas também de mesma hierarquia.

Contudo, aos tratarmos dos princípios correlatos às normas e aos ramos do saber jurídico, tais métodos não são suficientes para o deslinde eficaz de determinada antinomia, tendo em vista que, por vezes, os preceitos envolvidos não podem se excluírem, devendo, portanto, haver uma ponderação no caso concreto.

Já é sabido também que atualmente os princípios estão elevados/equiparados ao mesmo nível das normas jurídicas, possuindo inclusive eficácia normativa, de modo que são orientações direcionadas ao intérprete na análise do caso concreto com vistas principalmente à efetividade dos preceitos constitucionais, senão vejamos:

(...) a eficácia dos princípios constitucionais, nessa acepção, consiste em orientar a interpretação das regras em geral (constitucionais e infraconstitucionais), para que o intérprete faça a opção, dentre as possíveis exegeses para o caso, por aquela que realiza melhor o

efeito pretendido pelo princípio constitucional pertinente. (BARROSO, 2015, p. 359).

Resta claro, portanto, que a aplicação de um princípio, perante o caso concreto, não pode excluir a aplicação de outro, quando muito poderá apenas minorar o seu grau de importância em tal situação. Desta forma, devem ser ponderados, ou seja, posto um em situação mais relevante que o outro em determinado momento e conforme a situação fática concreta, a fim de atender um objetivo maior da Constituição Federal, e de forma que ainda o intérprete consiga preservar ao máximo a manutenção dos valores e interesses jurídicos conflitantes.

A técnica da ponderação, portanto, consiste em solucionar eventuais conflitos entre princípios que se enquadram em determinado caso concreto, iniciando com a verificação dos princípios aplicáveis ao caso, seguindo com observação das possíveis antinomias existentes, findando com a atribuição geral dos pesos, de modo que a decisão tenha a argumentação jurídica que justifique o sopesamento.

Em apertada síntese, Barroso (2015, p. 373) conceitua a ponderação como “técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente. A insuficiência se deve ao fato de existirem normas de mesma hierarquia indicando soluções diferenciadas”.

Quanto as etapas necessárias para alcançar uma possível interpretação através desta técnica, vejamos o que disciplina Barroso:

Na primeira etapa, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas (...) na segunda etapa, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos (...) É na terceira etapa que a ponderação irá singularizar-se, em oposição à subsunção (...) nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, será preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas - e a solução por ele indicada - deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade (BARROSO, 2015, p. 374-375).

Nesse toar, a proporcionalidade e a razoabilidade se configuram como caminho a ser trilhado a fim de se obter uma ponderação satisfatória. Segundo disciplina Bernardo Gonçalves Fernandes, a proporcionalidade consiste em:

(...) um raciocínio de sopesamento (balanceamento) que se dá entre a intensidade da restrição que o direito fundamental irá sofrer e a importância da realização do outro direito fundamental que lhe é colidente e que, por isso, parece fundamentar a adoção da medida restritiva. (FERNANDES, 2013, p. 234).

Portanto, quis ele dizer que, no caso concreto, o princípio (representante de certo preceito constitucional/fundamental) que merece preponderar é aquele que se configure mais importante para o cumprimento do bem-estar social de determinada sociedade, de forma que o outro princípio colidente fique parcialmente afastado perante à hipótese fática vislumbrada, mas que não sofra total exclusão.

Quem melhor estuda também o método da ponderação de princípios é o doutrinador Robert Alexy, que, citado por Natália Braga Ferreira, expõe:

Dessa forma, as condições sob as quais um princípio precede o outro são determinadas levando-se em conta o peso dos princípios postos em questão. De acordo com Alexy, o peso dos princípios é determinado da seguinte forma: “O princípio P1 tem, em um caso concreto, um peso maior que o princípio oposto P2, quando existem razões suficientes para que P1 preceda a P2, sob as condições C dadas em um caso concreto. (ALEXY, 1999 apud FERREIRA. 2010, p. 10).

Ainda segundo Natália Braga Ferreira, há que se levar em consideração a concordância prática como finalidade da ponderação que, nestes termos, significa:

(...) a concordância prática atua como parâmetro para que o intérprete analise o caso concreto e opte por uma solução mais harmônica e que imponha o menor sacrifício possível no que tange aos princípios conflitantes. (FERREIRA. 2010, p. 14)

Na hipótese que ora tratamos neste estudo, qual seja: antinomia existente entre o ECA e a lei previdenciária, importante frisar que, apesar de visualmente se tratar de duas normas jurídicas (possíveis de se enquadrar no método da subsunção), por traz estão os respectivos princípios correlatos, já analisados nos capítulos 3 e 4 deste trabalho, requerendo, portanto, a aplicação do método da ponderação.

Ato contínuo, ultrapassando as disposições iniciais sobre as técnicas e resoluções de antinomias jurídicas, seja entre normas ou entre princípios, necessário também adentrarmos no âmbito da interpretação constitucional, mais especificamente dos seus princípios norteadores, destacando os seguintes: supremacia da constituição, interpretação conforme a constituição e unicidade da constituição.

Em linhas gerais, quanto ao primeiro princípio, também lecionado por Barroso (2015, 334-339), temos que a Constituição Federal é soberana sobre toda e qualquer lei ou ato normativo que a contrarie. Em relação ao princípio da interpretação conforme a constituição, resta claro que as normas infraconstitucionais sempre devem ser interpretadas levando em consideração as finalidades previstas na Constituição Federal.

Por fim, a unicidade da constituição diz respeito à harmonia que teve existir entre os preceitos constitucionais, o que por vezes nem sempre é possível, fato que Fernandes (2013, p. 188) nos faz recordar a técnica da ponderação ao dispor: “havendo uma colisão (à luz de um caso concreto) o interprete deve ponderar os bens jurídicos em tensão, realizando uma redução proporcional de modo que a aplicação de uma norma não implique a sacrifício ou extirpação total de outra”.

Diante de todos os métodos atuais de interpretação bastante arrazoados nas linhas anteriores, fica evidente que, além da tamanha importância que é dada aos princípios para a resoluções das lides cotidianas, a Constituição Federal figura-se como a norte primordial a ser seguido e, conseqüentemente, guiar os demais ramos do ordenamento jurídico pátrio. Desta forma, passamos ao estudo da crescente constitucionalização dos direitos infraconstitucionais.

Assim, conforme Barroso (2015, p. 390-391), os valores, as finalidades e os princípios empossados na Constituição Federal possuem influência direta sobre os demais direitos hierarquicamente dispostos abaixo, de forma a influenciar a validade de tais direitos, isto é, a interpretação dos direitos infraconstitucionais deve ser pautada nas normas explícitas e princípios implícitos inerentes à Carta Magna.

O objetivo da interpretação conforme a constituição, portanto, é a realização dos preceitos e finalidades constitucionais nas mais diversas situações jurídicas, principalmente na aplicação das normas infraconstitucionais perante os conflitos.

Todavia, não sendo aplicada tal interpretação constitucional de pronto, é tarefa dos juízes e, em última instância, do STF, garanti-la, declarando determinado preceito infraconstitucional como inconstitucional, afastando a sua aplicabilidade perante o caso concreto ou, ainda, dando um sentido correlato ao fim constitucional.

No caso específico do Brasil, a nossa Constituição Federal abarca em seu domínio grande parte dos demais ramos do direito infraconstitucional, inclusive o Direito Previdenciário e o Direito da Criança e do Adolescente, conforme já abordado em linhas anteriores, ramos estes que participam da controvérsia analisada no presente estudo. Embora tal característica esteja em sentido contrário da constitucionalização dos direitos infraconstitucionais, Barroso (2015, p. 400) enfatiza que “à medida que princípios e regras específicos de uma disciplina ascendem à Constituição, sua interação com as demais normas daquele subsistema muda de qualidade e passa a ter um caráter subordinante”.

Ante todo o exposto e considerando a antinomia apresentada neste estudo - qual seja: a exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes previdenciários constante na Lei nº 8.213/91 ao passo que o ECA prevê a possibilidade deste menor ser dependente do seu guardião inclusive para fins previdenciários - evidenciamos que qualquer conclusão dada perante o caso concreto deve levar em conta, para a sua confecção, não somente o método tradicional interpretativo, mas principalmente o método da ponderação dos princípios ora envolvidos (já analisados anteriormente), bem como a interpretação constitucional, a fim de se chegar a uma solução justa e eficaz.

6. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

A fim de nos situarmos a nível jurisprudencial sobre a exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes previdenciários, passamos a analisar os diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça, órgão competente para julgar determinada matéria em última instância (tendo em vista tratarmos de leis infraconstitucionais) ao longo dos recentes anos.

Inicialmente, o STJ possuía conduta mais conservadora, ao concordar com a referida exclusão, não conferindo, assim, o direito à pensão por morte aos menores sob guarda, conforme podemos visualizar nos julgados a seguir dispostos:

ADMINISTRATIVO. MENOR SOB GUARDA. INCLUSÃO COMO DEPENDENTE DE SEGURADO DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL, APÓS A LEI N. 9.528/1997. INVIABILIDADE. PREVALÊNCIA DA LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. **1. A jurisprudência deste Tribunal consolidou-se no sentido de que, após a Lei n. 9.528/97, o menor sob guarda não pode mais ser incluso como dependente de segurado do Regime Geral de previdência social. 2. Assim, não se aplica o art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que deve prevalecer a Lei Previdenciária, por ser específica.** Agravo regimental improvido. (BRASIL, 2012b, p. 1, grifo nosso)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE GUARDA DE MENOR. RESIDÊNCIA REGULAR COM GENITOR E AVÓS PATERNOS. MEDIDA PARA FINS MATERIAIS E PREVIDENCIÁRIOS. DESVIRTUAMENTO DO INSTITUTO DA GUARDA. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. REVISÃO DE PROVAS. MATÉRIA NOVA. IMPOSSIBILIDADE. **1. Residindo a criança com um dos genitores, eventual guarda formulada pelos avós com fins meramente previdenciários representa desvirtuamento do instituto da guarda objeto do art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente.** Aplicação da Súmula n. 83/STJ. 2. Incide a Súmula n. 7 do STJ se o acolhimento da tese versada no recurso especial reclamar a análise dos elementos probatórios produzidos ao longo da demanda. 3. Não cabe a arguição de matéria nova em agravo regimental. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1531830/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 20/05/2016). (BRASIL, 2016a, p. 1, grifo nosso)

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). (BRASIL, 2015, p. 1, grifo nosso)

Até então, podemos observar que um dos maiores motivos para esta determinada conduta é a destinação para fins meramente previdenciários que por vezes é dada ao instituto da guarda, como no exemplo, já citado em linhas anteriores, dos avós que requerem a guarda dos seus netos. Com isso, vejamos o julgado do Ministro do STJ Paulo de Tarso Sanseverino, transcrito a seguir:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA DE MENOR. PRETENSÃO FORMULADA PELOS AVÓS PATERNOS. RECONHECIMENTO PELA CORTE DE ORIGEM DO EXERCÍCIO REGULAR DA GUARDA PELO PAI, QUE RESIDE COM O SEU FILHO. ATRAÇÃO DO ENUNCIADO 7/STJ. FINALIDADE MERAMENTE PREVIDENCIÁRIA. INADMISSIBILIDADE. 1 - Pedido de guarda formulado pelos avós paternos com fins meramente previdenciários. 2 - Reconhecimento pelas instâncias de origem da regularidade da situação da criança, que reside normalmente com seu pai. 3 - Tentativa de desvirtuamento do instituto da guarda regulado pelo art. 33, e seus parágrafos, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). 4 - Doutrina e jurisprudência acerca do tema. 5 - RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (REsp 1297881/MG, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/05/2014, DJe 19/05/2014). (BRASIL, 2014, p. 1).

Imperioso transcrever, em sua integralidade, os trechos que nos interessa do voto do Ministro Relator deste julgado, tendo em vista a sua importância ao oferecer um contraponto ao tema ora tratado:

(...) A questão que se devolve ao conhecimento desta Corte limita-se ao direito à concessão da guarda de menor aos seus avós.

Não merece acolhida a irresignação recursal.

(...)

Por uma pretensa inconstância financeira do pai, que é profissional autônomo (corretor de imóveis), postulou-se que aos avós fosse concedida a guarda do neto.

A pretensão, entendo, fora corretamente afastada.

Não há extrair-se do exercício de atividade autônoma pelo pai do menor a presunção de que a assistência material do infante não seja por ele garantida, especialmente quando o genitor com ele vive, exercendo plenamente o seu poder familiar e, inclusive, atendendo aos deveres próprios do encargo de guardião, como reconheceu a Corte de origem.

A pretensão que se formula junto ao Poder Judiciário tem, em seu âmago, como concluiu o Tribunal mineiro, verdadeiro fundamento previdenciário, já que o avô, aposentado pelo Banco do Brasil, encontra-se com idade avançada, caso em que, concedida a guarda e sobrevivendo o seu falecimento, o pensionamento em favor do menor seria automático.

Mesmo que assim não fosse, com a devida vênia, não há necessidade de se reconhecer a guarda a parentes que, por força da própria lei civil, na eventual dificuldade econômico-financeira dos pais, poderão vir a ser chamados a prover as essenciais necessidades daquele com quem mantém vínculo parental, para que se supram as necessidades do menor e a impossibilidade eventual do titular do poder familiar.

A obrigação da qual sequer poderia escusar-se o ascendente que tem condições de contribuir, uma vez presente a necessidade do menor – coadjuvada à impossibilidade dos parentes mais próximos (pai e mãe) -, prevista no art. 1696 do CCB/02, é, no mais das vezes, assumida por afeto ou mesmo dever moral.

Para alcançar-se o seu cumprimento, com efeito, não há necessidade de proceder-se à alteração da guarda, o que apenas vem a exame do Judiciário, diante do quadro fático traçado pela origem, por questões que não aquelas voltadas à regularização de uma situação de fato.

E nessa perspectiva, é reiterado o entendimento por esta Corte Superior de que a pretensão de alteração de guarda com fundo meramente financeiro-previdenciário não pode ser endossada pelo Poder Judiciário quando ao menos um dos pais pelo menor se responsabiliza financeira e moralmente e com ele mantém salutar relação parental.

(...)

A relação entre avós e netos, por si só, sempre se revelará especial.

Decorre mesmo do natural auxílio aos filhos (agora pais), do aproveitamento da experiência com a qual já contam os avós, de sua maior disponibilidade, muitas vezes, diante dos maiores períodos de tempo livre alcançado com a aposentadoria, com a natural dedicação de certos avós aos afazeres familiares, contribuindo decisivamente no cuidado, na formação e no auxílio do desenvolvimento dos netos.

Felizes as palavras de Edgard de Moura Bittencourt, lembradas por Marilza Fernandes Barreto e registradas por Arnaldo Rizzardo ao tratar, na obra já citada (p. 241), da relação entre avós e netos:

"A afeição dos avós pelos netos é a última etapa das paixões puras do homem. É a maior delícia de viver a velhice. A jurisprudência que assegura essa afeição sanciona na frase de Gaston Lagarde 'os direitos morais dos avós'."

(...) "A solidariedade familiar, o vínculo da filiação, o elo de amor e carinho que aproximam as gerações são as causas verdadeiras que levam muitas vezes os avós aos tribunais para lutar pelo direito de ver e visitar seus netos, pela oportunidade de preservar a unidade e manter viva a convivência familiar, base moral da sociedade..."

Essa convivência natural e espontânea, pois, é da própria essência humana, atuando os avós como que um porto seguro aos netos, sem que se necessite do reconhecimento de quaisquer outras situações jurídicas para que tal se verifique.

Na presença ativa e protetora dos pais, ou apenas de um deles, desimportante se mostra a concessão da guarda do infante para uma melhor definição do liame marcadamente amoroso vivido entre avós e netos.

Por outro lado, e agora tangenciando a necessidade de proteção à criança e ao adolescente e a interpretação favorável que se deve garantir ao instituto, tendo-se por norte os interesses do menor, mostra-se necessário manter em foco que na espécie a não concessão da guarda aos avós não desprotege o "guardado", que se encontra a contento amparado pelo pai, seu efetivo e natural guardião, proteção esta que remanescerá coadjuvada pelo auxílio dos avós.

O que não se pode é, no afã de resguardar esta categoria vulnerável de indivíduos, que merece e merecerá, sempre, o máximo de proteção, dentre duas escolhas híbridas (manter-se sob a guarda do pai ou concedê-la aos avós) optar-se por aquela que, por pretensa maior proteção financeira ao infante, possa revelar o exercício abusivo do direito.

O instituto da guarda não pode ser encarado como um bem que ora está sob a titularidade de A e ora de B, ao mero alvedrio daqueles que a titularizam.

Será abusivo, no entender, deste relator, alterar-se a guarda de menor que não está desprotegido, nem moral, nem materialmente, para que, na busca de uma situação mais vantajosa, se lhe estendam benefícios que ordinariamente a ele não seriam estendidos, senão mediante a entabulação de obrigações contratuais ou mediante previsão legal expressa, aqui me refiro ao plano de saúde e à condição de beneficiário em regime de previdência.

Há de se premir pela omissão voluntária e reprovável dos pais no atendimento das necessidades do menor, quicá o não oferecimento pelos pais.

Por derradeiro, como já adverti, na eventualidade de o sustento do menor restar comprometido, estando presente, mas

impossibilitado o pai de prover-lhe materialmente as necessidades, não será mediante ação de regulamentação de guarda que obterá o menor o suporte de que necessita.

Os avós, enquanto vivos, remanescerão atendendo às necessidades do, agora, adolescente.

Acaso deixem de fazê-lo, sempre terá o interessado, na impossibilidade dos pais, enquanto a lei assim o permitir a possibilidade de pedir alimentos aos seus ascendentes, prestação esta que englobará, certamente, plano de saúde e as demais necessidades básicas, necessidades que, no momento, já estão sendo atendidas mediante o pagamento conjunto pelo pai e avós de alimentos, escola, plano de saúde etc.

Assim, sem que se evidenciem razões suficientes a fazer alterada a guarda do menor, resumindo-se, ao fim e ao cabo, a pretensão a razões meramente previdenciárias, estou em manter o acórdão recorrido, mantendo a improcedência do pedido.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o voto. (BRASIL, 2014, p. 4-14, grifo nosso)

Entretanto, em posicionamento atual do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento já se encontra diverso, ou seja, o STJ analisa a concessão de pensão por morte aos menores guardados sob o prisma da Constituição Federal e dos princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção integral ao menor, inseridos no Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme os julgados enfrentados a seguir:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS. ART. 16 DA LEI N. 8.213/90. MODIFICAÇÃO PELA MP N. 1.523/96, CONVERTIDA NA LEI N. 9.528/97. CONFRONTO COM O ART. 33, § 3º, DO ECA. ART. 227 DA CONSTITUIÇÃO. INTERPRETAÇÃO CONFORME. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL E PREFERENCIAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. 1. Ao menor sob guarda deve ser assegurado o direito ao benefício da pensão por morte mesmo se o falecimento se deu após a modificação legislativa promovida pela Lei n. 9.528/97 na Lei n. 8.213/90. 2. O art. 33, § 3º da Lei n. 8.069/90 deve prevalecer sobre a modificação legislativa promovida na lei geral da previdência social porquanto, nos termos do art. 227 da Constituição, é norma fundamental o princípio da proteção integral e preferência da criança e do adolescente. 3. Embargos de divergência acolhidos. (EREsp 1141788/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 07/12/2016, DJe 16/12/2016). (BRASIL, 2016b, p. 1, grifo nosso)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. MENOR SOB GUARDA. INCLUSÃO COMO DEPENDENTE PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VÍCIOS DO ART. 1.022 DO CÓDIGO FUX

(CPC/2015). EMBARGOS DECLARATÓRIOS DO IAPEP REJEITADOS. 1. Os Embargos de Declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado, o que não se verifica na espécie. **2. No caso em apreço, o aresto embargado resolveu fundamentadamente toda a controvérsia posta, tendo manifestado o entendimento de que o art. 33 do ECA deve prevalecer sobre a norma previdenciária, em razão do princípio constitucional da prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente, nos termos da jurisprudência do STJ.** Precedentes: AgInt. no REsp. 1.312.012/PI, Rel. Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 10.4.2017; AgRg no AREsp. 59.461/MG, Rel. Min. OLINDO MENEZES, DJe 20.11.2015; AgRg no REsp. 1.548.012/PE, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 20.11.2015; RMS 36.034/MT, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 15.4.2014 e REsp.1.339.645/MT, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 4.5.2015. **3. A interpretação da Constituição Federal e dos seus princípios e valores deve, sempre, se sobrepor às prescrições das leis escritas, não sendo lícito ao intérprete interpretar os preceitos superiores a partir das criações sub-constitucionais, mas deve proceder de forma exatamente inversa.** 4. Não se constatando a presença de quaisquer dos vícios elencados no art. 1.022 do Código Fux (CPC/2015), a discordância da parte quanto ao conteúdo da decisão não autoriza o pedido de declaração, que tem pressupostos específicos, os quais não podem ser ampliados. 5. Embargos de Declaração do IAPEP rejeitados. (EDcl no AgInt no REsp 1316633/PI, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/05/2017, DJe 25/05/2017). (BRASIL, 2017a, p. 1, grifo nosso)

Diante de tais divergências jurisprudenciais, determinada matéria se encontrava, até o dia 10 de outubro de 2017 (data em que a elaboração escrita do presente estudo estava exatamente nas suas últimas linhas) pendente de julgamento no STJ, afetada através da sistemática da repercussão geral, possuindo como paradigma o Recurso Especial 1.411.258/RS, com o tema 732, de modo que na data subsequente, qual seja: 11 de outubro de 2017, o mérito da lide foi julgado pelos Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça.

Não obstante ainda não haver trânsito em julgado da decisão até a data do depósito da presente monografia, ou seja, a referida decisão ainda se encontra passível de reforma, ousamos trazer, nas linhas em que se segue, o conteúdo do voto do Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, bem como a ementa do acórdão.

Tal recurso foi interposto pelo Instituto Nacional de Previdência Social contra a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que reconheceu o direito ao menor sob guarda de auferir o benefício previdenciário de pensão por

morte sob o fundamento da sua proteção integral, insculpido no art. 227 da Carta Magna.

Faz-se mister transcrever, em sua fiel integralidade, os trechos que nos interessa do voto do douto Ministro Relator, tendo em vista tamanha grandiosidade em reconhecer o direito dos menores sob guarda ao benefício da pensão por morte:

Cinge-se a discussão jurídica posta no presente estudo à possibilidade (ou não) do pagamento de pensão por morte ao menor sob guarda, quando o óbito do segurado tenha ocorrido após a vigência da MP 1.523/96, que alterou o art. 16, § 2o. da Lei de Benefícios da Previdência Social (Lei 8.213/96), excluindo-o (o menor sob guarda) da fruição do referido benefício previdenciário; **a questão em análise perpassa pelo menos três problemas jurídicos de igual importância teórica e prática: (i) o da proibição de retrocesso de direitos sociais, (ii) o da especialidade e generalidade das leis e (iii) o da interpretação das regras subconstitucionais escritas, segundo as superiores diretrizes constitucionais.**

(...) **Diante da alteração normativa, a egrégia 3a. Seção deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp. 844.598/PI, realizado em 26.3.2008, DJe 17.2.2009, de relatoria do ilustre Ministro HAMILTON CARVALHIDO, achou de manifestar o entendimento de que, quando o óbito do segurado ocorre em data posterior à citada MP 1.523/96, não faz jus o menor sob guarda à concessão do benefício de pensão por morte;** essa orientação passou a ser seguida por esta Corte Superior, sem maiores questionamentos, pelo que se pode ter essa questão como pacificada nesse sentido, até o momento.

(...) **Entretanto, em que pese o virtuosismo dessa orientação jurisprudencial, reverenciada por todos os títulos, reputa-se não ser esta a solução de melhor justiça a ser dada à questão, conforme se passa a demonstrar,** levando em consideração, sobretudo, as mais recentes e universalizadas percepções do elenco dos direitos fundamentais, com destaque para aqueles que se destinam à proteção das crianças e dos adolescentes, inclusive os listados em tratados e convenções internacionais de que o Brasil é signatário.

(...) Não se deve perder de vista que a condição de dependência do menor resulta de situação essencialmente fática, cabendo-lhe o direito à pensão previdenciária sempre que o mantenedor (segurado do INSS) faleça, a fim de não se deixar o hipossuficiente ao desabrigo de qualquer proteção, máxime quando se achava sob guarda, forma de tutela que merece estímulos, incentivos e subsídios do Poder Público, conforme compromisso constitucional assegurado pelo art. 227, § 3o., VI da Carta Magna, além de atentar contra a proteção da confiança com aquele já devidamente cadastrado como dependente do segurado, mediante a prática de ato jurídico administrativo perfeito, pelos agentes do INSS.

(...) assim, **a alteração do art. 16, § 2o. da Lei 8.213/91, pela Lei 9.528/97, não elimina o substrato fático da dependência**

econômica do menor e representa, do ponto de vista ideológico, um retrocesso normativo nas diretrizes constitucionais de isonomia e proteção à criança e ao adolescente.

(...) além disso, **os direitos fundamentais possuem inquestionável preeminência dentro do sistema jurídico, motivo pelo qual os dispositivos constitucionais definidores de um direito fundamental devem ser interpretados de forma a garantir a plena eficácia desses direitos. No caso dos direitos sociais, que exigem um dever correlato do Estado, torna-se indispensável ao aplicador da norma uma especial atenção visando à conformação ao caso concreto, a fim de concretizar a pretensão de eficácia ínsita à Carta Maior, de forma a garantir a maior efetividade possível.**

A alteração de uma norma concessiva ou ampliativa de direito fundamental previsto na CF atentam contra a proibição de retrocesso, princípio constitucional implícito que se destina justamente para os casos em que o direito fundamental exija a edição de normas para a consecução do seu fim, visando evitar que o legislador ordinário suprima arbitrariamente a disciplina infraconstitucional concretizadora de um direito fundamental social, sem criar alternativas que conduzam ao objetivo social.

Deve-se considerar, ainda, as peculiaridades do Estado Democrático de Direito, que visa a consecução da segurança nas relações sociais, garantida por meio de ações estatais, e, por consequência, a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Apresso-me em ressaltar que os autores mais consagrados teorizam a respeito da proibição de retrocesso enfatizando a sua incidência no trato normativo da seguridade social, da assistência e da prevenção contra infortúnios; contudo, deve-se anotar que a visão restritiva da proibição de retrocesso não é compatível com a largueza do instituto, que deve ser estendido à proteção das garantias individuais e, portanto, aplicável, por extensão principiológica, a quaisquer relações jurídicas que provoquem a redução de direitos subjetivos.

(...) É correto assegurar, no desenvolvimento das ideias garantísticas, que uma das mais firmes pilastras do Estado de Direito Democrático é a que sustenta que o poder estatal não pode surpreender o indivíduo, tese que já fora exposta pelo reverenciado Professor GERALDO ATALIBA, que expressa em palavras de imperecível atualidade a necessidade de serem as ações estatais previsíveis, isto é, moldadas em formas pré-sabidas que as estruturam e conformam, representando, sobretudo, um antídoto contra as surpresas desagradáveis.

(...) Tratando-se de questão ligada à Previdência Social (acesso a prestações sociais) que deve, portanto, ater-se ao sentido finalístico desse ramo jurídico, cuja teleologia se traduz no esforço de integração dos excluídos nos benefícios da civilização e da cidadania, de forma a proteger as pessoas necessitadas e que se encontram em situações sociais adversas.

Nessa linha de orientação, deve-se prevenir, com absoluta prioridade, que os destinatários da pensão por morte, no momento do infortúnio da morte do seu guardião em que justamente se encontram desamparados, se exponham a riscos que façam periclitar

a sua vida, a sua saúde, a sua alimentação, a sua educação, o seu lazer, a sua profissionalização, a sua cultura, a sua dignidade, o seu respeito individual, a sua liberdade e a sua convivência familiar e comunitária, combatendo-se, com pertinácia, qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, caput da Carta Magna).

Assim, considerando que os direitos fundamentais devem ter, na medida do possível, eficácia direta e imediata, deve-se priorizar a solução ao caso concreto que mas dê concretude ao direito. In casu, diante da Lei Geral da Previdência Social que apenas é silente (ou se tornou silente) ao tratar do menor sob guarda e diante de norma específica que estende a pensão por morte aos menores nessa situação (sob guarda), **deve ser reconhecida a eficácia desta última, por estar em perfeita consonância com os preceitos constitucionais e sobretudo com a ideologia do sistema jurídico que prioriza a proteção ao menor e ao adolescente.** (BRASIL, 2017b, p. 6-25, grifo nosso)

Desta forma, o acórdão restou assim ementado:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO E HUMANITÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. PROCESSAMENTO NOS TERMOS DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO 08/STJ. DIREITO DO MENOR SOB GUARDA À PENSÃO POR MORTE DO SEU MANTENEDOR. EMBORA A LEI 9.528/97 O TENHA EXCLUÍDO DO ROL DOS DEPENDENTES PREVIDENCIÁRIOS NATURAIS OU LEGAIS DOS SEGURADOS DO INSS. PROIBIÇÃO DE RETROCESSO. DIRETRIZES CONSTITUCIONAIS DE ISONOMIA, PRIORIDADE ABSOLUTA E PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE (ART. 227 DA CF). APLICAÇÃO PRIORITÁRIA OU PREFERENCIAL DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI 8.069/90), POR SER ESPECÍFICA, PARA ASSEGURAR A MÁXIMA EFETIVIDADE DO PRECEITO CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO. PARECER DO MPF PELO NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO, A TEOR DA SÚMULA 126/STJ. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO, PORÉM DESPROVIDO.

1. A não interposição de Recurso Extraordinário somente tem a força de impedir o conhecimento de Recurso Especial quando (e se) a matéria decidida no acórdão recorrido apresenta dupla fundamentação, devendo a de nível constitucional referir imediata e diretamente infringência à preceito constitucional explícito; em tema de concessão de pensão por morte a menor sob guarda, tal infringência não se verifica, tanto que o colendo STF já decidiu que, nestas hipóteses, a violação à Constituição Federal, nesses casos, é meramente reflexa. A propósito, os seguintes julgados, dentre outros: ARE 804.434/PI, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe 19.3.2015; ARE 718.191/BA, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 17.9.2014; RE 634.487/MG, Rel. Min. ROSA WEBER, DJe 1.8.2014; ARE 763.778/RS, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, DJe 24.10.2013; não se apresenta razoável afrontar essa orientação do STF, porquanto se trata, neste caso, de questão claramente infraconstitucional.

2. Dessa forma, apesar da manifestação ministerial em sentido contrário, entende-se possível, em princípio, conhecer-se do mérito do pedido recursal do INSS, afastando-se a incidência da Súmula 126/STJ, porquanto, no presente caso, o recurso deve ser analisado e julgado, uma vez que se trata de matéria de inquestionável relevância jurídica, capaz de produzir precedente da mais destacada importância, apesar de não interposto o Recurso Extraordinário.

3. Quanto ao mérito, verifica-se que, nos termos do art. 227 da CF, foi imposto não só à família, mas também à sociedade e ao Estado o dever de, solidariamente, assegurar à criança e ao adolescente os direitos fundamentais com absoluta prioridade. Além disso, foi imposto ao legislador ordinário a obrigação de garantir ao menor os direitos previdenciários e trabalhistas, bem como o estímulo do Poder Público ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado.

4. A alteração do art. 16, § 2o. da Lei 8.213/91, pela Lei 9.528/97, ao retirar o menor sob guarda da condição de dependente previdenciário natural ou legal do Segurado do INSS, não elimina o substrato fático da dependência econômica do menor e representa, do ponto de vista ideológico, um retrocesso normativo incompatível com as diretrizes constitucionais de isonomia e de ampla e prioritária proteção à criança e ao adolescente.

5. Nesse cenário, a jurisprudência desta Corte Superior tem avançado na matéria, passando a reconhecer ao menor sob guarda a condição de dependente do seu mantenedor, para fins previdenciários. Precedentes: MS 20.589/DF, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, Corte Especial, DJe 2.2.2016; AgRg no AREsp. 59.461/MG, Rel. Min. OLINDO MENEZES, DJe 20.11.2015; AgRg no REsp. 1.548.012/PE, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 20.11.2015; AgRg no REsp. 1.550.168/SE, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 22.10.2015; REsp. 1.339.645/MT, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 4.5.2015.

6. Não se deve perder de vista o sentido finalístico do Direito Previdenciário e Social, cuja teleologia se traduz no esforço de integração dos excluídos nos benefícios da civilização e da cidadania, de forma a proteger as pessoas necessitadas e hipossuficientes, que se encontram em situações sociais adversas; se assim não for, a promessa constitucional de proteção a tais pessoas se esvai em palavras sonoras que não chegam a produzir qualquer alteração no panorama jurídico.

7. Deve-se proteger, com absoluta prioridade, os destinatários da pensão por morte de Segurado do INSS, no momento do infortúnio decorrente do seu falecimento, justamente quando se vêem desamparados, expostos a riscos que fazem periclitar a sua vida, a sua saúde, a sua alimentação, a sua educação, o seu lazer, a sua profissionalização, a sua cultura, a sua dignidade, o seu respeito individual, a sua liberdade e a sua convivência familiar e comunitária, combatendo-se, com pertinácia, qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, caput da Carta Magna).

8. Considerando que os direitos fundamentais devem ter, na máxima medida possível, eficácia direta e imediata, impõe-se priorizar a

solução ao caso concreto de forma que se dê a maior concretude ao direito. In casu, diante da Lei Geral da Previdência Social que apenas se tornou silente ao tratar do menor sob guarda e diante de norma específica que lhe estende a pensão por morte (Lei 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 33, § 3o.), cumpre reconhecer a eficácia protetiva desta última lei, inclusive por estar em perfeita consonância com os preceitos constitucionais e a sua interpretação inclusiva.

9. Em consequência, fixa-se a seguinte tese, nos termos do art. 543-C do CPC/1973: **O MENOR SOB GUARDA TEM DIREITO À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE DO SEU MANTENEDOR, COMPROVADA A SUA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA, NOS TERMOS DO ART. 33, § 3o. DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, AINDA QUE O ÓBITO DO INSTITUIDOR DA PENSÃO SEJA POSTERIOR À VIGÊNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA 1.523/96, REEDITADA E CONVERTIDA NA LEI 9.528/97. FUNDA-SE ESSA CONCLUSÃO NA QUALIDADE DE LEI ESPECIAL DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (9.069/90), FRENTE À LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA.**

10. Recurso Especial do INSS desprovido. (BRASIL, 2017b, p. 4-6, grifo nosso).

Nesta senda, encerrado o presente estudo em consonância com a mais nova tese empossada pelo STJ.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fazendo um escorço sobre os pontos discutidos, estudamos, em síntese, a natureza jurídica do instituto da Guarda, previsto tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente como no Código Civil brasileiro, utilizando-se, para tanto, do conceito de família, que, por sua vez, nos esclareceu sobre a existência ou não da correlação entre a consanguinidade e parentesco, no âmbito da Guarda, além da existência das famílias pluriparentais e socioafetivas. Ao fim do primeiro capítulo, tratamos ainda da diferenciação entre a Guarda e a Tutela.

Em seguida, vislumbramos tanto os princípios basilares do Direito da Criança e do Adolescente, previstos no ECA, dentre eles: O princípio do melhor interesse e o princípio da proteção integral, bem como os princípios do Direito Previdenciário, abordando a função da Previdência Social e as atribuições e responsabilidades dos Regimes de Previdência para a garantia da manutenção atuarial e da saúde financeira a fim de resguardar a assistência aos segurados nos momentos de necessidade.

Ato contínuo, também conceituamos o benefício da pensão por morte, analisamos a caracterização da dependência econômica e destacamos os argumentos doutrinários contrários e a favor da exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes previdenciários.

Em arremate, analisamos o moderno estudo a respeito da visão constitucional dos direitos infraconstitucionais, que se coloca como forma, ultimamente utilizada, de ponderação e de resolução de antinomias que surgem no cenário jurídico.

Com o acervo teórico necessário ao deslinde da questão já consolidado e, diante dos aprendizados obtidos com a técnica da ponderação e da hermenêutica constitucional, podemos concluir a seguinte situação:

1 - Por um lado, as finalidades e os princípios da seguridade social (e consequentemente da previdência social), que inclusive estão previsto da Constituição Federal, nos requer perspicácia para a manutenção da saúde financeira dos seus respectivos regimes, através de uma boa gerência dos recursos financeiros obtidos pelas contribuições previdenciárias, atrelada igualmente a um eficiente e rigoroso controle na concessão dos benefícios previdenciários, a fim de

se evitar fraudes, bem como garantir aos futuros beneficiários (hoje contribuintes) o amparo às contingências sociais que possam surgir;

2 - Por outro, as finalidades e os princípios esposados pelo ECA nos convidam a prestigiar os direitos e garantias fundamentais inerentes às crianças e aos adolescentes, frutos de incontáveis lutas ao longo dos anos pelo reconhecimento destes. De igual forma, tais direitos e garantias são expressamente previstos na Constituição Federal, quando esta preceitua em seu art. 227, que é dever da família, da sociedade e do Estado, garantir-lhes tais direitos e garantias.

Com a exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes previdenciários, criou-se, como já bastante discutido, determinada antinomia jurídica que nos impulsiona a pelo menos tentar solucioná-la, através dos conhecimentos ora adquiridos, qual seja: a técnica da ponderação.

No presente caso, temos que os direitos e garantias aos menores sob guarda envolvem questões imediatas relacionadas ao direito à vida em sua plena dignidade, tendo em vista a pensão por morte tratar-se de auxílio destinado à suprir a manutenção da alimentação, saúde, educação, vestuário, lazer, entre tantos direitos básicos a qualquer ser humano, ao passo que a importância da garantia às futuras gerações aos benefícios previdenciários, embora envolva também a manutenção ao direito à vida digna, prescinde ainda de uma boa gestão integral pelos responsáveis dos regimes de previdência para o respectivo êxito futuro.

Desta forma, diante tudo o que foi aqui esposado, podemos considerar que não há mais espaço no ordenamento jurídico pátrio, regido pela Constituição Republicana Federal de 1988, para adoção de decisões legislativas e/ou judiciais desprovidas do principal fundamento do Estado Democrático de Direito, qual seja: o bem-estar social.

Ora, não é possível uma pessoa inserida na sociedade estar imbuída do sentimento de segurança jurídica pautada neste bem-estar sabendo que, ao acontecer um dos maiores desastres que um dia possa experimentar nesta existência terrena - refiro-me a morte de um ente querido que, além de proporcionar o acalento moral, ainda lhe assegurava o mínimo material para a subsistência digna, tendo em vista a condição de dependência econômica – estaria totalmente desamparada por aquele garantidor deste bem-estar: o Estado.

Assim ocorria até meses atrás com os menores sob guarda, que se viram excluídos do rol de dependentes previdenciários do Regime Geral e dos Regimes Próprios de Previdência Social em razão de práticas imorais empregadas por algumas pessoas focadas em fraudar o sistema previdenciário, atreladas à ineficiência do Estado em fiscalizar ou tornar mais sensatos os requisitos para a concessão da pensão por morte aos menores sob guarda. Dentre tais práticas, conforme vimos em linhas anteriores, a principal correspondia ao requerimento dos avós à guarda dos seus netos, com fins meramente previdenciários.

É certo que a soma de todas estas fraudes gera prejuízos enormes para o sistema previdenciário, fato que afeta diretamente os futuros beneficiários, considerando o equilíbrio financeiro atuarial. É certo também que, muitas vezes, a dependência econômica que demanda a dependência previdenciária dos menores sob guarda em relação aos seus guardiões é gerada a partir da negligência dos próprios pais do menor, que se aproveitam dos seus respectivos genitores para a manutenção quase que total das despesas depreendidas por tais menores, eximindo-se das suas obrigações paternas.

Contudo, a Lei nº 9.528/97, responsável por tal exclusão, mesmo sendo editada sob égide Constitucional, sequer considerou as garantias sublimes conquistadas pelas crianças e adolescentes através do seu respectivo estatuto, que, inclusive, possui sua base e correspondência na letra expressa da Constituição Federal de 1988.

Sequer também considerou a plêiade dos demais “guardados” que realmente precisam do auxílio prestado pelo Estado (que, por sua vez, possui igualmente responsabilidade pela formação das crianças e adolescentes), através de determinado benefício, em razão da total impossibilidade ou até mesmo a ausência dos seus pais biológicos para prover as suas necessidades, que por sua vez eram providas por membro de sua família socioafetiva, sejam os avós ou qualquer outra pessoa legalmente autorizada, e que em determinado momento já não mais possuía vida terrena.

A interpretação das leis infraconstitucionais conforme a Constituição Federal, portanto, é medida que se impõe e que deveria à muito estar intrínseca na cultura jurídica do nosso país, em substituição à prática impensada de aplicar o direito apenas com base na letra fria da lei, dispostas sobre folhas de papel que não

perpassam qualquer tipo de sentimento ou mesmo da realidade fática de cada menor sob guarda que pleiteia a pensão por morte em momento da sua maior contingência social.

Em suma, após 29 anos da promulgação da nossa Carta Magna, sequer discussão deveria ainda existir, considerando que o Estatuto de Criança e do Adolescente traz em seus fundamentos os mesmos direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal, ao passo, que a lei previdenciária, no ponto aqui debatido, desconsidera-os quase em sua integralidade.

Desta forma, torna-se lógico que o art. 33, §3º do ECA deve sobrepor-se ao contido na lei previdenciária, no tocante à caracterização dos menores sob guarda como dependentes previdenciários dos seus guardiões, ao passo que tal lei previdenciária deve ser totalmente interpretada conforme os preceitos constitucionais.

É necessário, portanto, analisar cada caso concreto que bate à porta dos Regimes de Previdência Social, o que, em um país por nós ainda idealizado, seria feito por uma quantidade razoável de aplicadores do direito dispostos em cada órgão, além de uma equipe multiprofissional para aferir a realidade sócio econômica de cada menor e, sobretudo, a dependência econômica alegada, a fim de se evitar as fraudes outrora responsáveis pela exclusão aqui debatida e garantir o equilíbrio financeiro e atuarial dos regimes de previdência. E, sendo deferida o benefício da pensão por morte, também seria necessário o acompanhamento periódico para analisar a manutenção de realidade sócio econômica que demandou tal pensão.

Será a partir de debates e conclusões como estas, enfim, que os operadores do Direito - sejam magistrados, promotores, advogados, procuradores, defensores públicos, entre outros – conseguirão tornar o nosso amado país em detentor e praticante do real senso ético e de justiça.

REFERÊNCIAS

- AMADO, Frederico. **Curso de Direito e Processo previdenciário**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014.
- AMIM. Andréa Rodrigues. **Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente** in MACIEL. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Aspectos Teóricos e Práticos. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Direito da Criança e do Adolescente**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014.
- BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- 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. Acesso em 31 de agosto de 2017.
- BRASIL. **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 31 de agosto de 2017.
- BRASIL. **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 31 de agosto de 2017.
- BRASIL. **Lei nº 10.046/2002**. Brasília. Publicada no DOU de 11/01/2002. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 31 de agosto de 2017.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Previdenciário. Pensão Por Morte. Requisitos. Dependência Econômica Demonstrada. Apelação Civil nº 0017110-74.2009.8.19.0007. Relator: Desembargadora Renata Machado Cotta. Rio de Janeiro, 05 de fevereiro de 2012. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003037B8B5B6CA2863FD7EE71B5802D87D28CC4031C2146&USER=>. Acesso em 21 de setembro de 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Menor sob guarda. Inclusão como Dependente de Segurado do Regime Geral de Previdência Social, após a lei n. 9.528/1997. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.316.464/MS, Relator: Ministro Humberto Martins, Brasília/DF, 09 de junho de 2012, publicado no Diário Oficial de Justiça em 22 de junho de 2012. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seque> ncial=1157283&num_registro=201200622923&data=20120622&formato=PDF. Acesso em 17 de outubro de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Direito de família. Guarda de menor. Pretensão formulada pelos avós paternos. Recurso Especial n. 1297881/MG, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Brasília/DF, 13 de maio de 2014, publicado em 19 de maio de 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1320314&num_registro=201102973087&data=20140519&formato=PDF. Acesso em 17 de outubro de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação de guarda de menor. Residência regular com genitor e avós paternos. Medida para fins materiais e previdenciários. Desvirtuamento do instituto da guarda. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1482391/PR, Relator: Ministro Humberto Martins, Brasília/DF, 14 de abril de 2015, publicado em 20 de abril de 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1397699&num_registro=201402386283&data=20150420&formato=PDF. Acesso em 17 de outubro de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação de guarda de menor. 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. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1531830/MG, Relator: Ministro João Otávio De Noronha, Brasília/DF, 17 de maio de 2016, publicado em 20 de maio de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1512183&num_registro=201501127424&data=20160520&formato=PDF. Acesso em 17 de outubro de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Pensão por morte. Menor sob guarda. Alterações legislativas. art. 16 da lei n. 8.213/90. Modificação pela mp n. 1.523/96, convertida na lei n. 9.528/97. Confronto com o art. 33, § 3º, do eca. art. 227 da constituição. Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1141788/RS, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Brasília/DF, 07 de dezembro de 2016, publicado em 16 de dezembro de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1478004&num_registro=200900989105&data=20161216&formato=PDF. Acesso em 17 de outubro de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Menor sob guarda. Inclusão como dependente para fins previdenciários. Embargos de Declaração no Agravo Interno no Recurso Especial n.1316633/PI, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Brasília/DF, 18 de maio de 2017, publicado em 25 de maio de 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1565841&num_registro=201200696155&data=20170525&formato=PDF. Acesso em 17 de outubro de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Direito do menor sob guarda à pensão por morte do seu mantenedor. Recurso Especial n. 1.411.258/RS, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 11 de outubro de 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=COL&sequencial=1411258&num_registro=201401234567&data=20171011&formato=PDF

encial=53725109&formato=PDF&formato=undefined. Acesso em 19 de outubro de 2017.

BERTUZZO, Bregolin; GRAVINIS, Claudete Rodrigues Teixeira. **A perspectiva da concessão do benefício de pensão por morte para o menor sob guarda.** JURIS - Revista da Faculdade de Direito. Rio Grande, v. 24: p. 131-187, 2015. Disponível em: <https://www.seer.furg.br/juris/article/view/6336>, acesso em 26 de março de 2017.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário.** 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CASSETTARI, Cristiano. **Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva: Efeitos Jurídicos.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CRUZ, Henrique Jorge Dantas. **Do menor sob Guarda e o Sistema da Previdência Social.** Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária. São Paulo, v. 24, n. 292, p. 215 – 224, Outubro, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias, Volume 6.** 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

FERREIRA, Natália Braga. **Notas sobre a teoria dos princípios de Robert Alexy.** Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSero/article/viewArticle/1290>. Acesso em 13 de outubro de 2017.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da Criança e do Adolescente.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GANGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, volume 6: Direito de Família.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, Volume: 6: direito de família.** 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário.** 10ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

LEITÃO, André Stuart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna. **Manual de Direito Previdenciário.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARQUES, Mauro Campbell. **O direito do menor sob guarda à pensão por morte, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.** In: Superior Tribunal de Justiça: doutrina: edição comemorativa, 25 anos. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2014. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/75584>, Acesso em 21 de março de 2017.

MENDES., Moacyr Pereira. **A proteção integral da criança e do adolescente: novidade utópica ou realidade esquecida?.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n. 46, out 2007. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?artigo_id=2257&n_link=revista_artigos_leitura. Acesso em 05 de setembro de 2017.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil, volume 5: Direito de Família**, atualizada por Tânia da Silva Pereira. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SIMONATO, Priscilla Milena. **O conceito constitucional de dependência econômica na pensão por morte**. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/5847/1/Priscilla%20Milena%20Simonato.pdf>. Acesso em 31 de agosto de 2017.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2017.