

**ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR E TÉCNICO
CURSO DE DIREITO**

EMERSON CARLOS MATOS MARQUES

**A CRIANÇA E O ADOLESCENTE SOB GUARDA PARA FINS
PREVIDENCIÁRIOS**

CARUARU

2015

EMERSON CARLOS MATOS MARQUES

**A CRIANÇA E O ADOLESCENTE SOB GUARDA PARA FINS
PREVIDENCIÁRIOS**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à Faculdade ASCES, como requisito parcial, para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação da Professora Mestra Marcela Proença Alves Florêncio.

CARUARU

2015

BANCA EXAMINADORA

EMERSON CARLOS MATOS MARQUES

A CRIANÇA E O ADOLESCENTE SOB GUARDA PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS

Trabalho acadêmico: Monografia de Final de Curso

Objetivo: Obtenção do Título de Bacharel em Direito

Data de Aprovação:

Caruaru, ____ de _____ de ____

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: Prof. Msc. Marcela Proença Alves Florêncio

Primeiro Avaliador: Prof.

Segundo Avaliador: Prof.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho de conclusão de curso aos meus pais, José Carlos Gomes Marques e Maria da Silva Matos Marques, aos quais eu devo tudo em minha vida, pois me dedicou amor a cada dia e sempre me incentivou a nunca desistir dos meus objetivos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus que iluminou o meu caminho durante esta caminhada. Sua mão poderosa sobre mim sempre foi o meu sustento e me mostrou um mundo de possibilidades, demonstrou em cada etapa da minha vida que Ele é o Senhor do tempo, me dando sempre o sentimento de que sou filho daquele é Santo e pode todas as coisas.

À minha brilhante orientadora, Marcela Proença, pelo apoio, dedicação e força dada na realização deste importante trabalho para a minha conclusão.

A todos os professores, de forma geral, que fizeram parte da minha história acadêmica, contribuindo com seus ensinamentos para o meu conhecimento.

Aos meus pais, José Carlos Gomes Marques e Maria da Silva Matos Marques e aos familiares que fazem parte do plano de Deus em minha vida.

A minha namorada, Anna Gabriella Pinto, pelo amor demonstrado a cada instante, sempre ao meu lado buscando pela minha felicidade e me apoiando em todas as horas.

Aos meus irmãos do Encontro de Jovens com Cristo, que fizeram minha caminhada cristã ser ainda mais especial, dando conseqüentemente a força necessária para chegar até aqui.

E, por fim, a todos que contribuíram direta ou indiretamente para a realização de mais uma etapa da minha vida.

Ele dá ânimo ao cansado e recupera as forças do enfraquecido. Até os jovens se fatigam e cansam, e os moços tropeçam e caem, mas os que nEle esperam renovam suas forças, criam asas, como águias, correm e não se fatigam, podem andar que não se cansam.

Is 40- 29, 31

RESUMO

No presente trabalho monográfico, a finalidade é analisar juridicamente a figura da criança e do adolescente sob guarda dentro do contexto do direito previdenciário e mais especificamente no que diz respeito à possibilidade de figurar como dependente para efeitos previdenciários. Esse fenômeno do não reconhecimento da figura da criança e do adolescente sob guarda enquanto dependente previdenciário se deu com o advento da Lei 9.528, de 10 de dezembro de 1997, que fez com que deixasse de constar expressamente no rol do art. 16 da Lei 8.213/91 como dependente do segurado. Neste trabalho, além de confrontar essa modificação legislativa com o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) que prevê em seu artigo 33, § 3º a conferência à criança ou adolescente na condição de dependente, todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários, saber se, após essa modificação ainda há proteção ao menor sob guarda pela legislação previdenciária, levando-se em consideração os princípios basilares do ECA, o da Proteção Integral ao Menor.

Palavras-chave: Criança e adolescente sob guarda. Dependentes Previdenciários. Pensão por Morte. Proteção Integral.

ABSTRACT

In the present monograph, the goal is to analyse legally the person of the minor under guardianship in the context of welfare law and more specifically in what is said regarding the possibility of appearing as a dependent for welfare purposes. This phenomenon of not recognizing the person of a minor under guardianship as a welfare beneficiary began with the arrival of Law 9.528, of December 10, 1997, which made that it ceased to appear in the list of art. 16 of Law 8.213/91 as dependent of the insured. In this work, aside from confronting this legislative modification with that exposed in the Statute of the Child and Adolescent (ECA) which foresees in its article 33, p3 the conferral on the child or adolescent in the condition of dependent, all of the rights and privileges of law, including benefits, that is, after this modification there is still protection of the minor under guardianship through the welfare legislation, taking into consideration the fundamental principles of ECA, that of the Integral Protection of the Minor.

Key words: Child and adolescent guardianship. Welfare Dependents. Pension upon death. Integral protection.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
Capítulo 1. A CRIANÇA E O ADOLESCENTE À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO	12
1.1 Breves considerações históricas e normativas.....	12
1.2 Dos direitos fundamentais da criança e do adolescente e a teoria da proteção integral.....	16
1.3 O instituto da guarda judicial.....	19
CAPÍTULO 2. DO DIREITO A PENSÃO POR MORTE A CRIANÇA E AO ADOLESCENTE SOB GUARDA.....	23
2.1 Aspectos gerais concernentes ao direito previdenciário.....	23
2.2 Aplicação da guarda no âmbito previdenciário.....	28
2.3 Uma análise das mudanças implementadas pela Lei 9.528/97 em seus fatos e fundamentos.....	32
CAPÍTULO 3. O RETROCESSO DA LEI 9.528/97 E O POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA.....	35
3.1 A inconstitucionalidade da norma que exclui a criança e adolescente sob guarda do rol de dependentes da previdência social.....	35
3.2 Posicionamento Jurisprudencial acerca do direito a pensão por morte a criança e ao adolescente sob guarda.....	38
3.3 Prevalência do Estatuto da Criança e do Adolescente sobre lei previdenciária de forma a assegurar sua proteção e evitar as fraudes previdenciárias.....	42
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	47
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	49

INTRODUÇÃO

No Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei 8.069, de 1990, considera criança a pessoa até 12 anos de idade incompletos e define a adolescência como a faixa etária de 12 a 18 anos de idade. Portanto o conceito de menor fica subtendido para os menores de 18 anos.

Foi uma convenção internacional de 1924, o primeiro documento relativo à criança e ao adolescente. Antes havia menção na Constituição alemã e na Constituição mexicana. O ECA está conforme a Convenção da ONU. A Doutrina da Proteção Integral, originada através da referida Convenção orienta atendimento à criança e ao adolescente.

A menoridade, além da interdição, inabilitação e incapacidade natural accidental, constitui um “estado” em que a incapacidade de exercício se torna a regra, havendo uma “incapacidade geral de exercício”, portanto somente aos 18 anos é que será adquirida a capacidade plena para o exercício quer dos direitos de natureza pessoal quer patrimonial. Enquanto essa capacidade não é adquirida o menor será representado e em alguns casos assistido na prática dos atos da vida civil.

O Estatuto da Criança e do Adolescente traz no art. 1º a chamada “Proteção Integral ao Menor”. A doutrina da proteção integral é uma das regras basilares do direito da infância e da juventude que devem influenciar todo tipo de interpretação dos casos envolvendo crianças e adolescentes. Assim, todas as espécies normativas que tratarem de assuntos desta natureza deverão estar vinculadas ao Princípio Protetor.

Nesse sentido dispõem a Constituição Federal brasileira de 1988 no art. 227, parágrafo 3º, a garantia total da proteção integral ao menor, portanto cumpre observar que o art. 16, parágrafo 2º, da Lei 9.528/97 não obedeceu a essa orientação, excluindo a figura de dependente do INSS a criança ou adolescente submetida ao termo de guarda.

A guarda deve produzir efeitos acerca da garantia à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo ao seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive os pais. No Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 33, parágrafo 3º, identifica-se ainda que a guarda deva conferir à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive, previdenciários.

Não há que se confundir, contudo, a guarda de filho por pai ou mãe biológicos com a guarda de crianças e adolescentes em processo de tutela ou adoção. Na guarda decorrente de separação de fato ou judicial, ou divórcio dos cônjuges, o filho fica com o cônjuge que estiver em condições de assumir os cuidados com os filhos ou em cuja companhia já estavam os filhos, sendo que, no processo de adoção e tutela, a guarda serve para conceder provisoriamente o poder familiar a alguém que não o pai nem a mãe biológicos, até a decisão judicial final. A exclusão em apreço, evidentemente, diz respeito a esta segunda hipótese, já que o filho sob guarda já é dependente na condição de filho, e só perde tal condição aos 21 anos, pela emancipação ou pelo falecimento.

No presente estudo, visa-se a análise pontual de uma prestação previdenciária por excelência, quer seja a Pensão por Morte, mas não em toda a sua extensão e abrangência. De fato, é importante a abordagem da aplicação dos consectários deste benefício, mas sobre um específico destinatário, a da criança e do adolescente sob guarda judicial.

O tema tem sido objeto de discussões em sede doutrinária e jurisprudencial, o que veremos no desenvolvimento do presente trabalho com destaque ao direito da criança e do adolescente sob guarda fazer jus ou não a percepção deste benefício, de modo que as decisões dos Tribunais e até mesmo aquelas em sede administrativa faça prevalecer o que está disposto na Constituição Federal em consonância com o ECA.

Capítulo 1. A CRIANÇA E O ADOLESCENTE À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO

1.1 Breves considerações históricas e normativas

Primordialmente, é necessário entender o conceito de menor e sua evolução histórica, visto que esse instituto vem evoluindo gradativamente, desde a sua forma primitiva até os dias de hoje. Devido às transformações ocorridas, é necessário que o Estado esteja intervindo para solucionar os conflitos que decorrem dessa evolução.

A criança e o adolescente têm seus direitos tutelados na Constituição Federal Brasileira de 1988 e também no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). O artigo 1º do ECA, cita o termo “proteção”, o que leva as correntes majoritárias a perfilhar a “doutrina da proteção integral ao menor”. A doutrina da proteção integral é uma das regras basilares do direito brasileiro que deve permear todo tipo de interpretação dos casos envolvendo o menor. Resta esclarecer que o ECA substituiu o termo “menor” por “criança e adolescente” sob a justificativa que o vocábulo “menor” trazia um significado discriminatório.

O ECA menciona no artigo 2º a diferença técnica entre criança e adolescente, disciplina que criança é a pessoa entre 0 e 12 anos e adolescente, a pessoa entre 12 e 18 anos. A distinção das idades é importante para que se possa atender as peculiaridades de cada fase da vida.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 consagrou que as crianças e adolescentes necessitam de cuidados especiais em razão de sua substituição peculiar de desenvolvimento, por isso, delegou a responsabilidade pelo bem estar dos menores aos pais, à sociedade e inclusive ao Estado. E por meio do princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, devem-se assegurar ao indivíduo em desenvolvimento os mesmos direitos dos adultos, acrescidos de outros que venham a garantir a possibilidade de se integrar a sociedade e se desenvolver com qualidade de vida e educação¹.

¹ SAUT, Roberto Diniz. **O novo direito da criança e adolescente: uma abordagem possível**. Blumenau: Edifurb, 2008. p. 46.

A inserção dessa proteção a criança e ao adolescente se deu primeiramente numa convenção internacional de 1924, com o primeiro documento relativo à criança e ao adolescente, conhecido como a Declaração de Genebra, elaborado e redigido por membros da Organização Não Governamental (ONG) “*SavetheChildren*” considerado documento que deu origem à Convenção dos Direitos da Criança. Antes havia menção apenas na Constituição alemã e na Constituição mexicana. Aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 20 de Novembro de 1989, assinada pelo Brasil em 26 de Janeiro de 1990 e aprovada pelo Decreto Legislativo nº 28 em 14 de Setembro de 1990 o ECA está conforme a Convenção da ONU².

A Doutrina da Proteção Integral, originada através da referida Convenção orienta atendimento à criança e ao adolescente. Dessa forma, há necessidade de um conjunto articulado de ações por parte do Estado e da sociedade que vão desde a concepção de políticas públicas até a realização de programas locais de atendimento implementados por entidades governamentais ou não governamentais. Nesse contexto crianças e adolescentes são sujeitos de direito.

Na visão de Ishida³ no que diz respeito à Natureza Jurídica do direito da criança e do adolescente, este instituto pertence ao ramo do direito público. Explica, utilizando-se dos ensinamentos de Munir Cury, quando a criança ainda era denominada por menor:

Pela natureza de suas normas, o Direito do Menor é *iuscogens*, onde o Estado surge para fazer valer a sua vontade, diante de sua função protetional e ordenadora. Segundo a distinção romana *iusdispositivum*, e *iuscogens*, o Direito do Menor está situado na esfera do Direito Público, em razão do interesse do Estado na proteção e reeducação dos futuros cidadãos que se encontram em situação irregular.

A Natureza Jurídica do direito da criança e do adolescente, relaciona-se diretamente aos princípios norteadores do direito como instrumentalização da criação de normas. Ao analisar tal instituto, informa que as normas estão dispostas de forma hierárquica, de maneira que as regras constitucionais, por força do princípio da supremacia constitucional, encontram-se no ápice da pirâmide

² ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente Doutrina e Jurisprudência**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 04.

³ ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente Doutrina e Jurisprudência**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 07.

normativa, no mesmo patamar da cadeia normativa. Os princípios orientam a atuação das normas. Portanto, todo e qualquer princípio não pode ser visto como uma mera norma programática, destituída de imperatividade e aplicabilidade, uma vez que os princípios são normas jurídicas primárias e de eficácia imediata.

Ainda na perspectiva da criação dos direitos relativos ao menor cumpre ressaltar que antes do advento do ECA, houve uma luta de vários grupos para inserção desses direitos no texto constitucional. Já em 1986, a Unicef patrocinou uma reunião com diversas pessoas ligadas ao tema. Havia uma intenção após a colocação do artigo 227 na CF de se reformar a legislação menorista. Essa nova visão era baseada nos direitos próprios e especiais das crianças e adolescentes, que, na condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, necessitam de proteção diferenciada, especializada e integral. Liberati⁴ defende ser integral essa proteção primeiro porque diz a CF em seu artigo 227, quando determina e assegura os direitos fundamentais de todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de qualquer tipo; segundo porque se contrapõe à teoria do “Direito tutelar do menor”, adotada pelo Código de Menores revogado, que considerava as crianças e adolescentes como objetos de medidas judiciais, quando evidenciada a situação irregular.

É a Doutrina da Proteção Integral, que fundamenta o ECA e quebra os estigmas da legislação anterior. Nas palavras de Liberati⁵:

As leis brasileiras anteriores à Constituição Federal de 1988 emprestavam ao menor uma assistência jurídica que não passava de verdadeiras sanções, ou seja, disfarçadas em medidas de proteção; não relacionavam nenhum direito, a não ser sobre a assistência religiosa; não traziam nenhuma medida de apoio a família; cuidavam da situação irregular da criança e do jovem, que, na verdade, eram seres privados de seus direitos. Na verdade, em situação estão à família, que não tem estrutura e que abandona a criança, o pai, que descumpra os deveres do pátrio poder; o Estado, que não cumpre as suas políticas sociais básicas; nunca a criança ou jovem.

Ao ver a criança e o adolescente como sujeitos de direitos e respeitando sua condição especial de pessoas em desenvolvimento o que o ECA traz são mais do que mudanças de conceitos, são ferramentas de mudanças de realidades. Mas para

⁴LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p.13.

⁵ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 11 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 14.

que o ECA pudesse ser sancionado houve muita resistência, porém após tal procedimento, passou a ser um dos diplomas legais mais modernos. Com isso a edição do ECA deve representar o estabelecimento de garantias, de instituição do contraditório, deve em regra tratar-se de uma superação das desigualdades.

Por absoluta prioridade devemos entender que a criança e o adolescente deverão estar em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes, devemos entender que, primeiro, devem ser atendidas todas as necessidades das crianças e adolescentes, pois o maior patrimônio de uma nação é o povo, corroborando nessa mesma linha de pensamento está Cury⁶ quando comenta o artigo 1º do ECA perfilhando a doutrina da proteção integral.

Além de escrever e enumerar os direitos da criança e do adolescente, o Estatuto passou a indicar o mecanismo de sua exigibilidade. Assim está a garantia de prioridade compreendida no parágrafo único do artigo 4º:

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

O artigo supramencionado transcreve o artigo 227 da CF, determinando que, primeiro a família e, supletivamente, o Estado e a Sociedade têm o dever de assegurar, por todos os meios, de todas as formas e com absoluta prioridade, todos os direitos inerentes à constituição de um homem civilizado.

Nos Tribunais têm reiteradamente, e com acerto, firmado entendimento reconhecendo que o interesse da criança e do adolescente deve prevalecer sobre qualquer outro interesse, quando seu destino estiver em discussão⁷.

O jurista Paulo Afonso Garrido de Paula menciona em sua obra que somente com a Constituição Federal de 1988 e com Estatuto da Criança e do Adolescente é que se concebe crianças e adolescentes como partícipes da de relações jurídicas, conceito que baliza a definição de regras específicas de proteção à infância e juventude, representando o início de uma mudança cujo resultado final somente

⁶ CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 12 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 18.

⁷ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 14.

poderá ser verificado no futuro⁸. Isso não significa, contudo, que todas as necessidades protetivas relativas a criança ao adolescente sejam disciplinadas por um único diploma legal. Na verdade é preciso que esses outros diplomas tratem dessa proteção sem deixar de observar o que traz a Carta Magna e o ECA.

Portanto, com o avanço dos direitos da criança e do adolescente, o sistema protetivo que era resguardado de forma vaga pelo Código do Menor já sancionado no Brasil passa a ser apenas codificações que cumpriram seu papel histórico. Podemos dizer que o ECA não apaga o brilho dos códigos anteriores, tendo em vista que um preparou o caminho para o outro. Assim sendo, todos esses diplomas estão absolutamente vinculados aos avanços possíveis em seus respectivos períodos históricos.

1.2 Dos direitos fundamentais da criança e do adolescente e a teoria da proteção integral

Com a criação do novo diploma legal que passou a garantir direitos relativos a proteção da criança e do adolescente a lei passou a assegurar uma série de direitos fundamentais que visassem assegurar essa proteção. Junto à Constituição Federal de 1988 o ECA encontrou força com a criação desses direitos fundamentais que norteiam todo estudo relativo a criança e ao adolescente. O ECA sendo regido por uma série de princípios que representam a nova política estatutária desses direitos tenciona à proteção de direitos fundamentais, adotando-se a doutrina da proteção integral, conforme indicado no item anterior.

A doutrina da proteção integral instaurou um sistema especial de proteção, delineando direitos nos artigos 227 e 228 da CF, tornando as crianças e os adolescentes sujeitos de direitos fundamentais atribuídos a todos os cidadãos e ainda titulares de direitos especiais, com base na sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento. Machado⁹ afirma que os direitos elencados no *caput* desses dispositivos são também direitos fundamentais da pessoa humana, pois o direito à

⁸ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p.22.

⁹ MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. São Paulo: Manole, 2003. p. 27.

vida, à liberdade, à igualdade mencionados no *caput* do artigo 5º da CF referem-se a mesma vida, liberdade, igualdade descritas no artigo 227 e § 3º do artigo 228, ou seja, tratam-se de direitos da mesma natureza, sendo todos direitos fundamentais.

Porém, os direitos fundamentais de que trata o artigo 227 são direitos fundamentais de uma pessoa humana de condições especiais, qual seja pessoa humana em fase de desenvolvimento. Neste sentido, Bobbio¹⁰ aponta como sendo singular a proteção destinada às crianças e adolescentes:

Se se diz que “criança, por causa de sua imaturidade física e intelectual, necessita de uma proteção *particular* e de cuidados *especiais*”, deixa-se assim claro que os direitos da criança são considerados como *unius singulare* com relação a um *ius commune*; o destaque que se dá a essa especificidade do genérico, no qual se realiza o respeito à máxima *suum cuique tribuere*.

As garantias trazidas no ECA e as que foram elencadas na CF dão força para que haja a eficácia desses direitos. O surgimento da garantia e efetivação desses direitos surge com a criação de mecanismos estabelecidos no texto legislativo, o artigo 70 do ECA, por exemplo, dispõe que:

É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente.

São, portanto, os mecanismos executados pelo poder público com a intenção de aniquilar ou reduzir drasticamente o espectro da fome, da pobreza e da injustiça social que irão dar respaldo a criação de políticas públicas que visem assegurar e criar novos direitos que atendam as necessidades atuais.

Buscando elementos na linha de pensamento que possam salvaguardar a ideia de proteção integral como algo necessariamente da responsabilidade de todos é de obviedade manifesta que as crianças e adolescente reclamam proteção jurídica frente à família, à sociedade e ao Estado, entidades que não raras vezes, a pré-texto de protegê-los, negam seus interesses, entre os quais os mais básicos. Integral, portanto, no sentido da totalidade de suas relações interpessoais, sem qualquer tipo de exclusão.

¹⁰BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2002. p. 35.

Para Paulo Afonso Garrido de Paula¹¹ a proteção integral representa a evolução axiológica pelo fato de impor regras definidoras de direitos e garantias que protejam o mundo da criança e do adolescente dos desmandos do mundo adulto. Ainda na visão do jurista, a família, a sociedade e o Estado como garantidores da integridade física e moral desses indivíduos não devem conceber a proteção integral como recurso utilitário do mundo adulto, nem como mero expediente garantidor de maturidade, mas como um dever de todos, uma obrigação correlata ao magno direito de viver como criança e como adolescente, expresso em interesses juridicamente protegidos que permitam existir em condições de dignidade e respeito.

A proteção integral portanto rompe definitivamente com a doutrina da situação irregular admitida pelo Código de Menores que limitava-se basicamente a três matérias, o menor carente, menor abandonado e as diversões públicas. O legislador pátrio agiu de forma coerente com o texto constitucional de 1988 e documentos internacionais aprovados com amplo consenso da comunidade das nações.

Se é certo que a própria CF proclamou a doutrina da proteção integral, revogando implicitamente a legislação em vigor à época, a Nação clama por um texto infraconstitucional consoante com as conquistas da Carta Magna.

As descendências protecionistas e garantidoras da proteção integral que estão dispostas na doutrina decorrem do artigo 1º do ECA, que traz em seu texto: “Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”.

Cury¹² ressalva que o dispositivo ora em exame é a síntese do pensamento do legislador constituinte, expresso na consagração do preceito de que os direitos de todas crianças e adolescentes devem ser universalmente reconhecidos. São direitos especiais e específicos, pela condição de pessoas em desenvolvimento. Assim, as leis internas e o direito de cada sistema nacional devem garantir a satisfação de todas as necessidades das pessoas de até 18 anos, não incluindo apenas o aspecto penal do ato praticado pela ou contra criança, mas o seu direito à vida, saúde, educação, convivência, lazer, profissionalização, liberdade e outros.

¹¹ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p.24.

¹² CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 12 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.p. 19.

1.3 O instituto da guarda judicial

Para que haja uma discussão fundada nos preceitos jurídicos consagrados, quando tratamos da guarda judicial é primordial que façamos uma comparação com os demais institutos que visam a garantia da proteção integral ao menor e em seguida correlação ao instituto da Família Substituta. Todos esses institutos estão consagrados no ECA mas encontram força constitucional.

São três os modos de colocação em família substituta: a guarda, podendo ser conferida até os 18 anos, a tutela conferida à pessoa até os 18 anos e a adoção não existindo limite de idade quanto à pessoa adotada.

Mas a inserção da criança e/ou adolescente no seio familiar passa vários critérios, independente de qual seja a modalidade de inserção, seja por guarda, tutela ou adoção, o legislador se preocupou em estabelecer critérios mínimos para que esses eventos ocorressem da melhor forma. É recomendado a oitiva da criança e do adolescente no setor técnico, sendo no caso do adolescente sua oitiva obrigatoriamente junto ao magistrado, com a presença do Promotor de Justiça. É medida obrigatória prevista no artigo 28 § 5º o dever de a criança ser preparada, ou seja, gradativamente cientificada de que será inserida em família substituta e após a sua colocação deve também haver acompanhamento da situação.

Alguns autores abordam na doutrina da criança e do adolescente alguns critérios para colocação em famílias substitutas, vejamos pois os critérios estabelecidos em sede de doutrina por Ishida¹³:

Como é sabido, tais medidas de se faz quase sempre de modo traumatizante, haja vista a ausência da família natural, o que quase sempre traz revolta à criança e ao adolescente. Nesse sentido dois critérios devem ser mencionado, sendo o primeiro o grau de parentesco, onde os parentes mais próximos do menor devem, de certo modo, possuir prioridade como no caso de irmãos, tios, avós. Nesse ponto de acordo com o artigo 25, parágrafo único, a preferência recai sobre os componentes da família extensa, segundo, verificada a impossibilidade destes (por exemplo, em decorrência de comportamento inadequado, como o alcoolismo etc.) devem-se buscar pessoas com afinidade ou afetividade. Por afinidade, deve-se entender, por exemplo, as pessoas que possuem bom relacionamento e facilidade com a criança e o adolescente. Por afetividade,

¹³ ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente Doutrina e Jurisprudência**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 81.

entende-se o comportamento sentimental e amoroso das pessoas com a criança e o adolescente e na hipótese de incompatibilidade dessas pessoas, é necessário então buscar outras pessoas aptas à responsabilidade legal.

Estabelecido os modos e os critérios de inserção da criança e do adolescente no seio da família substitua, cumpre-nos observar, o artigo 28 do ECA que aduz todo procedimento que concretiza o que foi apresentado, vejamos:

Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

§ 1º Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada.

§ 2º Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência.

§ 3º Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida.

§ 4º Os grupos de irmãos serão colocados sob adoção, tutela ou guarda da mesma família substituta, ressalvada a comprovada existência de risco de abuso ou outra situação que justifique plenamente a excepcionalidade de solução diversa, procurando-se, em qualquer caso, evitar o rompimento definitivo dos vínculos fraternais.

§ 5º A colocação da criança ou adolescente em família substituta será precedida de sua preparação gradativa e acompanhamento posterior, realizados pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com o apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.

§ 6º Em se tratando de criança ou adolescente indígena ou proveniente de comunidade remanescente de quilombo, é ainda obrigatório:

I - que sejam consideradas e respeitadas sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, bem como suas instituições, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos por esta Lei e pela Constituição Federal;

II - que a colocação familiar ocorra prioritariamente no seio de sua comunidade ou junto a membros da mesma etnia;

III - a intervenção e oitiva de representantes do órgão federal responsável pela política indigenista, no caso de crianças e adolescentes indígenas, e de antropólogos, perante a equipe interprofissional ou multidisciplinar que irá acompanhar o caso.

A história da família substituta é quase tão antiga quanto a humanidade, pois certamente brotou do próprio espírito de solidariedade existente nos seres humanos,

de molde a suprir incontáveis ausências da família natural. O conceito de família é geralmente tido em sentido estrito, como a sociedade matrimonial, do qual o chefe é o marido, sendo a mulher e filhos associados dela. Mas em sentido lato, destaca Gonçalves¹⁴ o sentido de família:

Família abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção.

Com a promulgação da CF, observa-se a ampliação desse conceito jurídico de família, em seu artigo 226 §§ 3º e 4º, além de estabelecer constitucionalmente a igualdade dos direitos e deveres dentro da sociedade conjugal, afastando a ideia de chefia única. Preleciona os dispositivos mencionados que:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§3º. Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade familiar formada por qualquer dos pais e seus descendentes

A partir daí, amplia-se o horizonte do jurista. E mais ainda estabeleceu a CF, no que inclusive se repete no ECA em seu artigo 4º, o qual estabelece direitos e deveres de responsabilidade conjunta, onde o Estado e a sociedade devem garantir, com absoluta prioridade os direitos relativos a criança e ao adolescente. Portanto a família substituta também está submetida a estes deveres e também aos direitos decorrentes do seu estado de família.

Feito este breve intróito, que cuida da forma como se coloca a criança ou adolescente em uma família substituta, sabemos portanto que o constituinte se preocupou não somente como se daria essa inserção, mas também quais seriam as garantias dadas à criança e ao adolescente após esse evento. De igual modo, a CF em seu artigo 227 e o ECA no artigo 19 garantem a toda criança e adolescente o direito à convivência familiar, sendo criado e educado por sua família natural.

A guarda como um conjunto de relações jurídicas que existem entre uma pessoa e a criança ou adolescente, emanadas do fato de estar sob o poder ou

¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de Família**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p 17.

companhia daquela, e da responsabilidade daquela em relação a este, quanto a vigilância, direção e educação. Ainda nesse sentido, Cury¹⁵ destaca a importância da guarda como medida de proteção à criança e ao adolescente, vejamos:

A medida de colocação em família substituta sob a forma de guarda é bastante flexível e oferece alternativas de proteção à criança e ao adolescente em diversas circunstâncias. Não é demais acrescentar que a guarda é uma prática altamente difundida entre as famílias das classes populares, fruto da solidariedade humana existente no seio desses segmentos sociais.

O ECA arrola a guarda como uma das formas de colocação da criança ou adolescente em família substituta, sendo assim uma maneira de regularizar determinada situação fática e isso está previsto no artigo 33. Muito embora, não esteja nesse dispositivo o conceito de guarda, por isso o conceito trazido tenha sido da sede drutinária.

É imprescindível salientar que “as medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente forem ameaçados ou violados, conforme encontramos disposto no artigo 98 do ECA.

A forma como a guarda está disciplinada no ECA passa a ideia que a guarda será sempre precária e provisória. Porém, o Estatuto estimula a guarda de crianças órfãs ou abandonadas:

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

Entretanto, essas situações podem ter uma tendência a se perpetuar no tempo, ou seja, o que tinha por finalidade atender uma situação emergencial, em caráter temporário, tanto a falta de estipulação de termo da vigência da guarda como a inexistência de procedimento para a sua regularização revelam que a guarda pode ser predominantemente definitiva e com isso urge a necessidade da implantação de decisões no sentido de que prevalece o que está inicialmente disposto no ECA em seu artigo 33 e na Carta Magna de 1988.

¹⁵ CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 12 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 148.

Capítulo 2. DO DIREITO A PENSÃO A CRIANÇA E AO ADOLESCENTE SOB GUARDA

2.1 Aspectos gerais concernentes ao direito previdenciário

Ao analisarmos o instituto da pensão por morte a criança e ao adolescente sob guarda judicial, primordialmente é necessário tratarmos do histórico das alterações legislativas ocorridas. No artigo 16 da Lei 8.213/91, em sua redação original constava no rol de dependentes previdenciário a criança e adolescente sob guarda, que por sua vez, era equiparado ao filho juntamente com o enteado e a criança ou adolescente sob tutela do segurado.

Porém, com a edição da Medida Provisória nº 1.523/96, essa equiparação antes existente foi restrita, no que cabia a criança e ao adolescente sob guarda, retirando-lhe portanto dessa condição de dependência antes reconhecida. O enteado e o menor tutelado equiparados mediante declaração do segurado permanecem equiparados na condição de filho, mantendo entretanto a condição de dependente do segurado. Posteriormente a Medida Provisória nº 1.523/96 foi convertida na Lei 9.528/97, alterando a redação original do artigo 16 da Lei de Benefícios da Previdência Social, ratificando a exclusão dos menores sob guarda do rol de dependentes previdenciários.

A justificativa do legislador que embasaram tal inovação legislativa se deu em decorrência do grande número de fraudes na Previdência Social, onde sem exercer de fato a posse da criança, os requerimentos junto a Previdência Social causavam lesão ao patrimônio do Instituto de Seguridade Social, que, considerando a criança e adolescente sob guarda como dependente previdenciário, passaria a arcar com uma despesa a qual não estaria vinculada.

O direito previdenciário não é diferente de outras disciplinas, assim como todos os ramos das ciências jurídicas ele também é alicerçado por princípios. No direito os princípios são a linha reguladora, norte, atuando como condutor no que diz respeito a interpretação das normas jurídicas. Acerca dos princípios Reale¹⁶ trabalha

¹⁶REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p 303 apud obra de CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 11 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p 99.

essa categoria sob o ponto de vista lógico, como enunciados admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber, “verdades fundantes” de um sistema de conhecimento.

Em relação aos princípios previdenciários Martins¹⁷, no seu trabalho de sistematização e abordagem dos princípios previdenciários preleciona que:

As vigas que dão sustentação ao sistema são abaladas pela violação dos princípios. Têm os princípios grau de abstração relativamente elevado. Podem ser vagos, indeterminados, amplos. São *standards* juridicamente vinculantes, fundados na exigência de justiça ou na ideia de direito. Fundamentam regras e permitem verificar *aratio legis*. As regras podem ser normas vinculadas, com conteúdo meramente funcional, prescrevendo imperativamente uma exigência (de imposição, permissão ou proibição).

Está previsto no artigo 194 da CF os princípios aplicáveis à Seguridade Social, os quais são repetidos no art. 2º da Lei nº 8.213/91, que trata da Previdência Social, são eles: universalidade de participação nos planos previdenciários; uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; seletividade e distributividade na prestação dos benefícios; cálculo dos benefícios considerando-se os salários-de-contribuição corrigidos monetariamente; irredutibilidade do valor dos benefícios de forma a preservar-lhes o poder aquisitivo; valor da renda mensal dos benefícios substitutos do salário-de-contribuição ou do rendimento do trabalho do segurado não inferior ao do salário mínimo; previdência complementar facultativa, custeada por contribuição adicional; caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação do governo e da comunidade, em especial de trabalhadores em atividade, empregadores e aposentados.

Ainda nesse sentido a Previdência Social traz também fundamentos inerentes à proteção social, a saber: a dignidade da pessoa humana; a solidariedade social; a compulsoriedade da filiação; a proteção aos previdentes; a redistribuição de renda e o risco social. É preciso realizarmos alguns comentários acerca da Dignidade da Pessoa Humana bem como acerca da Solidariedade Social, princípios esses que estão expressos na nossa Constituição Federal, sendo respectivamente fundamento e objetivo da República Federativa do Brasil.

¹⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 34 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p 46.

Dentre os princípios trazidos pela CF no artigo 3º a dignidade da pessoa humana tem caráter supremo em relação aos demais, assim esse princípio correlaciona-se com os elencados pela seguridade social. Sarlet¹⁸ dissertando acerca dos direitos fundamentais como exigência e concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana verifica:

Ser de tal forma indissociável a relação entre a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais que mesmo nas ordens normativas onde a dignidade ainda não mereceu referência expressa, não se poderá - apenas a partir deste dado - concluir que não se faça presente, na condição de valor informador de toda a ordem jurídica, desde que nesta estejam reconhecidos e assegurados os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.

Com a correlação desse princípio, para que a criança e adolescente sob guarda possa viver dignamente é fundamental que o Estado lhe forneça meios necessários para lhe dar tranquilidade e segurança contra os eventos incertos que porventura vierem a atingir a sua renda, garantindo-lhe o mínimo necessário à sua sobrevivência. Acreditamos que o Instituto Nacional do Seguro Social é um meio essencial para a preservação da dignidade da pessoa humana, uma vez que ampara os segurados e dependentes quando da ocorrência do risco social.

A respeito dos princípios gerais que regem a seguridade social destaca-se também a Solidariedade Social. Portanto percebemos que o constituinte preocupou-se com o tipo da sociedade que estaria construindo, estabelecendo e por fim fazendo consonância com os dispositivos que regrassem a seguridade social, se fez estabelecer ser objetivo fundamental a criação de uma sociedade justa e solidária, manifestando preocupação com os desafortunados. Este princípio é indispensável para a manutenção do sistema de proteção social, pois toda a sociedade é responsável pelo financiamento do sistema, para que, quando da ocorrência do fato gerador da contraprestação os indivíduos acometidos pelo evento possam ter a cobertura de atendimento.

Certamente a incumbência de colaborar para a construção de uma sociedade justa e solidária é um dever de todos os indivíduos, e tem por objetivo promover uma vida digna, sem a preocupação de ocorrência de possíveis contingentes que podem abalar prejudicar a vida do indivíduo e da sua família.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.p. 93.

Na linha de pensamento de Ferreira¹⁹ “a solidariedade é uma forma de suprimir a carência social e econômica dos menos afortunados por meio da contribuição dos mais abastados ao sistema de proteção social.”

Com isso podemos perceber a importância da solidariedade nas diretrizes do Direito Previdenciário, já que permite que toda a sociedade financie o sistema de proteção social, com a finalidade de amparar o indivíduo que seja atingido pelos riscos sociais. Portanto, a solidariedade revela o caráter de proteção, uma vez que o indivíduo que tenha diminuição de sua renda, de modo que não seja possível suprir as suas necessidades básicas, seja amparado pelo sistema, por meio da prestação devida, assegurando-lhe uma vida digna, mesmo no período de duração do fato gravoso.

Na concepção de Ferreira²⁰ “todos os membros da sociedade devem contribuir para o sistema de seguridade social, em prol de um objetivo: que alguns membros da sociedade consigam ter um mínimo vital para viver com saúde e expectativa de vida, fortalecendo, por conseguinte, o grupo como um todo.”

A Seguridade Social está prevista na CF de 1988 e compreende Saúde, Assistência e Previdência. Martinez²¹ a respeito da conceituação da previdência social, quanto a sua finalidade disserta:

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

Como destaca Tavares em sua revista ampliada ao tratar do Regime Geral de Previdência Social os beneficiário das prestações de previdência social são os beneficiários, gêneros das espécies segurados (os que mantêm vínculo em nome

¹⁹FERREIRA, Lauro Cesar Mazetto. **Seguridade Social e Direitos Humanos**. São Paulo: LTr, 2007. p. 163.

²⁰FERREIRA, Lauro Cesar Mazetto. **Seguridade Social e Direitos Humanos**. São Paulo: LTr, 2007. p. 163.

²¹MARTINEZ, Wladimir Novaes. **A Seguridade Social na Constituição Federal**. São Paulo: LTr, 1992. p 12.

próprio) e dependentes (aqueles que dependem economicamente dos segurados, nos termos da lei).

Das espécies de beneficiários previstas no direito previdenciário os dependentes é a que mais nos interessa no presente estudo. Previstos no rol do artigo 16 da Lei 8.213/91 os dependentes são pessoas ligadas aos segurados por laços de parentesco ou afinidade tendo também direito a determinadas prestações da previdência social. Quando se trata desse assunto se tem em mente a ideia de que dependente é aquele que não pode prover o seu próprio sustento, ou seja, aquele que depende de outro. Atualmente a lei previdenciária elenca de forma taxativa como beneficiários, na condição de dependentes do segurado, conforme previsão:

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

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;

§ 1º A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.

§ 2º .O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.

§ 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

§ 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

Como foi demonstrado, a lei arrola os dependentes previdenciários no art. 16 da Lei nº 8.213/91, dividindo-os em três classes, a primeira abrange o cônjuge, o companheiro (a), o filho (a) menor de 21 anos, ou inválido; a segunda, diz respeito aos pais e a terceira refere-se aos irmãos, menores de 21 anos ou inválidos.

Para Martins²² esse rol da lei é taxativo, de forma que não são admitidos outros dependentes, por falta de previsão legal. Dessa forma, mesmo que a pessoa necessite do benefício para sobreviver não será considerada como dependente para efeitos previdenciários. Quando existir vários dependentes da mesma classe importará em concorrência bem como em rateio da prestação previdenciária.

Agora, depois de ter sido demonstrada toda essa aparente estabilidade do artigo 16 da Lei 8.213/9, que prevê o rol de dependentes da Previdência Social, é importante destacar que foi após o advento da Medida Provisória nº 1.523/96 inicialmente mencionada neste capítulo que foi posteriormente convertida na Lei 9.528/97 que houve a exclusão da criança e do adolescente sob guarda judicial do rol de dependentes, antes prevista nesse mesmo artigo.

2.2 Aplicação da guarda no âmbito previdenciário

Inicialmente, a Lei nº 8.213/91, de 24/07/91, consagrava que a criança e/ou adolescente sob guarda era equiparado a filho, mediante declaração do segurado. Entretanto, as crianças e adolescentes sob guarda foram excluídos do rol de dependentes, conforme alteração dada pela Lei nº 9.528/97.

Nesse sentido, como o advento da Medida Provisória nº 1.523, de 14/10/96, reeditada e convertida na Lei nº 9.528/98, Bragança²³ informa que “o menor sob guarda deixou de integrar a relação de dependentes para os fins previstos no RGPS, inclusive aquele já inscrito, salvo se o óbito do segurado ocorreu em data anterior”.

Até onde foi pesquisado, verificou-se que são poucas as produções científicas ou obras, na doutrina pátria, acerca da manutenção da criança e do adolescente no rol de dependente para efeitos previdenciários após a modificação legislativa.

²²MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 299.

²³BRAGANÇA, KerllyHuback. **Direito Previdenciário**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.p. 15.

Em comentário sobre a exclusão da criança e do adolescente sob guarda do rol de dependentes do artigo 16 da Lei nº 8.213/91 Castro e Lazzari²⁴ expressam que:

Essa restrição representa uma vulneração aos arts. 6º e 227 da Constituição Federal e às disposições protetivas inseridas no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.060, de 13.7.90). Especialmente porque a guarda, segundo dispõe o art. 33 do Estatuto, obriga à prestação de assistência global e, sobretudo, assegura à criança ou ao adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos, inclusive previdenciários.

O art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente trata da guarda e da prestação assistencial de modo geral, assegurando a criança e ao adolescente a condição de dependente para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários. E com isso é importante frisar a intenção do legislador ao instituir a guarda, sendo a dependência meramente consequência dessa relação jurídica, uma vez que tal instituto tem por finalidade a proteção da criança e do adolescente.

A guarda, como forma de colocação em família substituta que é, pressupõe a orfandade ou a perda do poder familiar pelos pais, não podendo ser entendida como tal somente a situação de dependência econômica de terceiro, como os avós, quando a criança vive com os pais.

A simples dependência econômica da criança em relação a terceiros, comumente os avós, não é hipótese autorizadora da transferência de guarda. Uma vez que se a situação econômica dos pais não seja suficiente para suprir as necessidades básicas dos filhos, a obrigação de assistência aos menores pode ser suprida pelos ascendentes de maneira a complementar a renda familiar, por meio da ação de alimentos.

O assessor da Presidência do Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais Peterson Barbosa de Oliveira²⁵, dissertando acerca da

²⁴CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 11 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 215.

²⁵OLIVEIRA, Peterson Barbosa de. Comentário à Jurisprudência: **A concessão do benefício previdenciário de pensão ao menor sob guarda**: conflito aparente de normas, aspectos processuais e administrativos. De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 8 jan/jun.2007.p. 660.

ausência de previsão na nova legislação previdenciária da concessão do benefício de pensão a criança e ao adolescente sob guarda, ressalta que:

Embora não se possam precisar todas as razões da exclusão do menor sob guarda na nova legislação previdenciária, um fator relevante justifica não a exclusão, mas a necessidade de restrição da prestação de benefícios previdenciários ao menor sob guarda, preponderantemente o benefício de pensão. Este fator é o da fraude ao sistema previdenciário. Na verdade, as previsões anteriores possuíam uma falha que possibilitava uma prática inteiramente legal, embora totalmente repreensível e imoral qual seja: a transferência da guarda de menor a segurado do sistema previdenciário com vínculo de parentesco. Através de Ação de Guarda, os genitores do menor transferem a guarda deste a um parente segurado, que bem pode ser um dos avós ou um dos tios do menor. Na eventualidade do segurado falecer, o menor passa a ter direito ao benefício de pensão que o Estado deve prestar. Na vida familiar nada se alterou, pois o menor não deixou o convívio e a proteção de seus genitores. Essa prática configura uma transferência ao Estado do dever dos pais prover os filhos.

Com isso, surgiu um conflito de lei ordinária com norma constitucional, parecendo-nos que tal exclusão é inconstitucional, uma vez que a comprovação de dependência econômica tem por finalidade evitar uma situação mais gravosa, sempre atento ao fato de que, instituto jurídico da guarda é utilizado com desvio de finalidade, com o intuito de tão-somente, assegurar a percepção de direitos previdenciários, quando na verdade não haveria direito algum.

Segundo Rocha e Baltazar Júnior, embora a lei nº 9.528/97 tenha excluído a criança e adolescente sob guarda da condição de dependente não revogou expressamente o parágrafo 3º do art. 33 do ECA, que confere a condição de dependente para todos os efeitos, inclusive previdenciários, concretizando a proteção especial prevista pelo legislador constituinte no *caput* do art. 227 e ao inciso II do parágrafo 3º do mesmo artigo, ambos da CF.

Apresentando uma alternativa para a solução desse impasse Oliveira²⁶ destaca:

Melhor sorte teria o legislador se ao invés de excluir o menor sob guarda do rol dos beneficiários previdenciários, tivesse aumentado a restrição de sua concessão. Dessa forma não se estaria a discutir simplesmente o valor, mas principalmente o cumprimento das exigências legais por parte dos

²⁶OLIVEIRA, Peterson Barbosa de. Comentário à Jurisprudência: **A concessão do benefício previdenciário de pensão ao menor sob guarda**: conflito aparente de normas, aspectos processuais e administrativos. De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 8 jan/jun.2007.p. 662.

interessados. Se o Legislador tivesse elegido essa via, teria que estabelecer quais as condições exigíveis para a concessão do benefício ao menor sob guarda. A condição de pobreza dos genitores do menor cuja guarda foi transferida a segurado do sistema previdenciário, não poderia ser causa para fazer nascer a obrigação de prestar o benefício de pensão, entretanto, o estado de miserabilidade, ou a própria ausência de um ou ambos os genitores, sim. Os pais têm a obrigação de prover os filhos, não sendo aceitável a transferência desse ônus ao Estado.

Nessa linha de pensamento a solução apresentada implicando aumento de restrição para fins de concessão de benefícios a criança e ao adolescente sob guarda “seria tratada como questão meramente processual, administrativa ou judicial, o que afastaria o debate sobre o valor constitucional de proteção a criança e ao adolescente”.

Ainda sabendo que existam opiniões divergentes tanto na doutrina como na jurisprudência pátria, é possível dizer que a criança e adolescente sob guarda embora não mais conste expressamente no rol do artigo 16 da Lei 8.213/91, pode ser considerado dependente para efeitos previdenciários pelos motivos de que com a exclusão da criança e do adolescente sob guarda é clara a violação ao princípio da igualdade, pois não há motivo algum para diferenciar os que se encontre em uma ou outra situação.

Nesse sentido, a CF no seu artigo 227, que contempla os direitos e garantias às crianças e adolescentes e, entre eles, figura expressamente o reconhecimento dos direitos previdenciários e trabalhistas. E não podemos deixar de destacar o que está previsto na Lei 8.069/90, o ECA traz expressamente que:

Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§ 1º (...)

§ 2º (...)

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários. (grifo nosso)

Pela simples leitura do dispositivo acima transcrito, podemos concluir a primeira vista que toda criança e/ou adolescente que esteja sob guarda judicial de

um segurado da previdência social, tenha direito líquido e certo a ser incluído no rol de beneficiários do Regime Geral de Previdência Social.

2.3 Uma análise das mudanças implementadas pela Lei 9.528/97 em seus fatos e fundamentos

O § 3º, do art. 33 do ECA estabelece, expressamente, que “a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários”. A redação original do § 2º, do art. 16 da Lei 8.213/91 fez previsão semelhante, equiparando a criança e adolescente sob guarda ao filho. Entretanto, a Lei 9.528/97 deu nova redação ao dispositivo e limitou a sua abrangência ao enteado e a criança e o adolescente tutelado, excluindo esse os que estão sob guarda da lista de dependentes.

A Lei 9.528/97, originada da Medida Provisória 1.523, de 11 de outubro de 1996, revogou expressamente a redação original do § 2º, do art. 16 da Lei 8.213/91, bem como derogou, tacitamente, o § 3º, do art. 33 do ECA, no que se refere ao Regime Geral de Previdência Social.

Dessa forma, para os autores que comentam a exclusão da proteção previdenciária da criança e do adolescente sob guarda, que comprovadamente depende economicamente do segurado, significa negar a uma criança ou a um adolescente o acesso a uma prestação alimentar, necessária à preservação de sua vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito e liberdade, além de lançá-los em situação de grave risco social, facilitando sua exposição a diversas formas de discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, o que caracterizaria uma enorme negligência estatal.

O simples argumento de que a criança e adolescente sob guarda foram excluídos do rol de dependentes previdenciários do artigo 16 da Lei 8.213/91 com o advento da Lei 9.528/97 não é suficiente para reprimir o texto constitucional. Ishida²⁷ traz em sua obra bases que consolidaram decisões que já foram proferidas pelo Supremo Tribunal de Justiça (STJ) e argumenta que:

²⁷ ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente Doutrina e Jurisprudência**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 90.

O STJ, todavia, entende que “a questão merece ser analisada à luz da legislação de proteção ao menor”, de acordo com o artigo 33, §3º, do ECA, que prevê que “a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direitos, inclusive previdenciário”. Assim o menor sob guarda deve ser equiparado ao filho, mesmo com a exclusão trazida pela Lei 9.528/97.

A discussão se resume na legitimidade constitucional do § 2º do art. 16 da Lei n. 8.213/1991 na redação dada pela Medida Provisória n. 1.523/1996, convertida na Lei n. 9.528/1997, que acabou por retirar a condição de dependente da criança e do adolescente sob guarda, antes equiparado a filho, do rol de dependentes de segurado do Regime Geral de Previdência Social, de modo que a nova redação da lei discriminou o que é igual, afrontando, o princípio da isonomia.

Acerca dessa violação é interessante destacar que existia uma norma assegurando o direito a criança e ao adolescente sob guarda, o amparo quando da ocorrência do infortuno, posteriormente, com a revogação da norma essa previsão não foi reproduzida, a respeito dessa omissão Zavascki²⁸ destaca:

A lei superveniente não negou o direito a equiparação. Apenas omitiu-se em prevê-lo. Ora, se a Constituição assegura, como se alega, a mencionada equiparação, o eventual vazio normativo da lei ordinária é suscetível de ser colmatado, se for o caso, pela aplicação direta do próprio preceito constitucional.

É de suma importância atentar para a regra contida no art. 5º, da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Por isso somente a justificativa de que a criança e o adolescente sob guarda judicial não faz jus a pensão por morte porque existe fraude nos requerimentos e conseqüentemente o desvio de responsabilidade passando dos pais para o Estado a manutenção dos filhos, por exemplo, não justifica negarmos a Constituição Federal de 1988.

Nessa linha de pensamento Ibrahim²⁹ aponta em sua obra que não é correto e não há justificativa para que haja a exclusão da criança e do adolescente sob guarda da linha de dependentes na previdência social, vejamos:

Não obstante, acredito que o enquadramento do menor sob guarda, como dependente do RGPS, seja correto, pois, o princípio da preexistência do custeio em relação ao benefício não seria aplicável ao caso, já que o menor

²⁸ Agravo de Instrumento nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 727.716-CE (2005/0098940-3)

²⁹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 19 ed. Rio de Janeiro:Impetus, 2014. p 542.

sob guarda já constava do rol de dependentes, sendo a exclusão inconstitucional. Como se sabe, a Constituição assegura a proteção especial da criança e do adolescente, incluindo prerrogativas previdenciárias.

Destaca-se portanto, que o autor mencionado corrobora com a linha de pensamento de que a aplicação da legislação infraconstitucional deve, necessariamente, ser cotejada com o texto constitucional, de modo que seus dispositivos sejam interpretados em perfeita compatibilidade com as normas cogentes na Carta Magna de 1988. Ademais, não haveria motivo razoável que autorizasse a distinção entre a criança e adolescente sob guarda e o tutelado, de modo a incluir este no rol de beneficiário se excluir aquele.

CAPÍTULO 3. O RETROCESSO DA LEI 9.528/97 E O POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA

3.1 A inconstitucionalidade da norma que exclui a criança e adolescente sob guarda do rol de dependentes da previdência social

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizou no Supremo Tribunal Federal (STF) a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5083, com pedido de liminar, contra o artigo 2º da Lei 9.528/1997, que alterou o artigo 16, parágrafo 2º, da Lei 8.213/1991. Segundo a OAB, o dispositivo é inconstitucional, porque suprimiu as crianças e os adolescentes sob guarda do pensionamento por morte de segurado do INSS³⁰.

Para a entidade, a alteração violou os seguintes princípios da Constituição Federal: Estado Democrático de Direito; dignidade da pessoa humana; máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais; segurança jurídica; proteção integral da criança e do adolescente como medida protetiva de direitos previdenciários; e proteção da confiança, como elemento nuclear do Estado de Direito.

Nesse sentido dispôs a OAB³¹ que:

De fato, a norma legal objeto da presente Ação Direta (artigo 2º da Lei Federal 9.528/1997), que instituiu indevido retrocesso no plano dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, viola os princípios constitucionais elencados porque a norma revogada bem atendia ao plexo de direitos fundamentais da criança e do adolescente, especialmente em seu garantismo de direitos previdenciários.

Segundo a entidade, a norma revogada colocava a criança e adolescente sob guarda na qualidade de dependente do segurado do INSS, isto é, apto a receber, no caso de morte do instituidor do benefício, pensão por morte. E ainda nesse sentido:

A pensão por morte de segurado, garantida originariamente pela redação anterior da Lei Federal 8.213/1991, ao menor sob guarda, era direito previdenciário conquistado e garantido em face do inciso II do parágrafo 3º do 227 da Carta Maior, não podendo sofrer retrocessão na forma insculpida pela Lei Federal 9.528/1997.

³⁰ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=257504>. Acesso em: 15 out. 2014

³¹ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=257504>. Acesso em: 15 out. 2014

As alegações da OAB se dão citando o dispositivo que garante à criança, ao adolescente e ao jovem os direitos previdenciários e trabalhistas. A OAB argumenta que a mudança na legislação excluiu as crianças e os adolescentes sob guarda da proteção do seguro social no que toca a pensão por morte de segurado, mas manteve no sistema previdenciário os enteados e menores sob tutela na qualidade de possíveis pensionistas no caso de morte de segurado do INSS desde que comprovada a dependência econômica, o que, na sua avaliação, viola o princípio constitucional da isonomia. E sobre esse princípio, a OAB destacou que:

A criança sob guarda está na mesma posição jurídica que o filho, enteado, ou menor sob tutela e dependência econômica, não havendo razão legítima para a discriminação introduzida pela Lei Federal 9.528/1997, que fora desigualitária e anti-isonômica.

Não somente a OAB se importou com a questão, os doutrinadores ainda trazem as discussões pertinentes ao tema, elaboram inclusive posicionamentos que corroboram com a ideia de ser constitucional a exclusão da criança e do adolescente sob guarda judicial do rol de dependentes, mas há também, o que há de ser destacados posteriormente, entendimentos de que há inconstitucionalidade acerca do tema tratado.

Com a exclusão da criança e do adolescente sob guarda do rol de dependentes previdenciários e a manutenção do tutelado e do enteado, foram levados aos Tribunais Regionais Federais demandas que implicam a análise da legalidade e constitucionalidade dessa modificação trazida pela Lei nº 9.528/97, desse modo alguns julgados versam sobre a constitucionalidade do tema em debate:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA JUDICIAL. ART. 33, §3º, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PREVALÊNCIA SOBRE A LEI 8.213/91. TERMO INICIAL. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.

1. A nova redação dada ao art. 16, I, § 2º, da Lei 8.213/91, pela Lei n. 9.528/97, suprimindo a equiparação do menor sob guarda a filho, não teve o condão de excluí-lo do rol de beneficiários do Regime Geral da Previdência Social, em face do disposto no parágrafo 3º do art. 33 do ECA, ainda vigente, que lhe confere a condição de dependente para todos os fins, inclusive previdenciários.

2. A exclusão de menor sob guarda do rol de dependentes do segurado, além de violar comando legal, encontra óbice na própria Constituição

Federal, que determina, inclusive ao Poder Público, sejam colocados a salvo de qualquer tipo de discriminação a criança e o adolescente (art. 227, caput, CF; art. 33, § 3º, ECA).

3. Não procede o pleito de ver deferido tal benefício desde a data do óbito, eis que o requerimento administrativo data de 06/02/04(fl. 22), mais de 2 meses após o falecimento, fora, portanto, do prazo estipulado em lei (art. 74, inciso I da Lei 8.213/91).

4. Recurso a que se dá parcial provimento. (TRF - 1ª Região, Recurso contra sentença cível nº 2005.33.00.765888-2, Turma Recursal, Rel. Juiz Federal Pompeu de Sousa Brasil).

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA, DE FATO DO AVÔ. DIREITO À PENSÃO.

1. A nova redação dada pela Lei nº 9.528/97 ao parágrafo 2º do art. 16 da Lei nº 8.213/91 não teve o efeito de extinguir o menor sob guarda do rol de dependentes previdenciários, pois a GUARDA, nos termos do artigo 33 do ECA, ainda, vigente, confere à criança e ao adolescente a condição de dependente para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

2. *Omissis* (TRF - 4ª Região, AC 367804, 5ª Turma, DJ data 06/08/2003, Rel. Juiz Alexandre Rossato da Silva Ávila - grifo nosso).

Mas o entendimento não é pacífico, no que diz respeito a criança e ao adolescente sob guarda, algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça não estão de acordo com a hegemonia do valor constitucional de proteção ampla e irrestrita da criança e do adolescente sob guarda, quando torna obrigatória a aplicação do disposto na norma previdenciária, levando ao entendimento de que tal posicionamento corrobora com a ideia de ser constitucional aos olhos do Supremo Tribunal de Justiça assim como também é para alguns doutrinadores.

Nessa linha registra-se uma parte da decisão da Quinta Turma que trata sobre o entendimento da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça³²:

A Terceira Seção deste Tribunal pacificou o entendimento no sentido de que, em se tratando de menor sob guarda designado como dependente de segurado abrangido pelo Regime Geral da Previdência Social, a ele não se aplicam as disposições previdenciárias do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Reafirmando esse entendimento pacífico da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça trazemos à baila o trecho do julgado da Quinta Turma³³ no sentido de que:

³² Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1020832- SP (2008/0042295-5). Acesso em: 04 nov. 2014

Não é possível a concessão da pensão por morte quando o óbito do guardião ocorreu sob o império da Lei nº 9.528/97, uma vez que o menor sob guarda não mais detinha a condição de dependente, conforme a lei previdenciária vigente. Precedentes da 3ª Seção.

Nessa sintonia a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça³⁴ tratando acerca do assunto destacou que:

A Terceira Seção desta Corte tem entendimento pacificado no sentido de que, no caso de menor sob guarda, norma previdenciária de natureza específica deve prevalecer sobre o disposto no art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Naturalmente, assim como os enteados e tutelados, a criança e o adolescente sob guarda somente poderia obter prestações previdenciárias se comprovada rigorosamente a dependência econômica, de modo a excluir as guardas obtidas com o único propósito de fraudar o sistema previdenciário.

Essa atitude de excluir a criança e o adolescente sob guarda, ao que parece, representa uma medida anti-isonômica, pois se antes havia três hipóteses de equiparação ao filho como dependente, não parece razoável que os que estão sob guarda seja excluída dessa garantia e permaneça apenas o enteado e a criança e o adolescente tutelado.

Como já fora mencionado, os Tribunais Superiores não andam em consonância a cerca da matéria tratada.

3.2 Posicionamento Jurisprudencial acerca do direito a pensão por morte a criança e ao adolescente sob guarda

Uma primeira corrente jurisprudencial entende que após o advento da Lei 9.528/97, a criança e adolescente sob guarda não teria a condição de dependente para efeitos previdenciários. Segundo esta linha de entendimento, a condição de dependência para a percepção de pensão deve ser verificada quando do evento morte do segurado, que constitui o fato gerador do benefício previdenciário,

³³Agravo Regimental no Recurso Especial nº 938203- RS (2007/0071553-0). Acesso em: 09 nov. 2014

³⁴Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 22704- PE (2006/0201017-6). Acesso em: 12 nov. 2014

inexistindo direito à pensão por morte se o instituidor do benefício faleceu em data posterior à lei que exclui a figura da criança e do adolescente sob guarda do rol de dependentes do segurado da Previdência Social. Nesse sentido, a norma previdenciária de natureza específica com alteração trazida pela Lei nº 9.528/97, deve prevalecer sobre o disposto no artigo 33, § 3º, do ECA. Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça³⁵. Nesse sentido, já houve algumas decisões com o seguinte teor:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. ECA. ROL DE DEPENDENTES. EXCLUSÃO. PREVALÊNCIA DA NORMA PREVIDENCIÁRIA. 1. Em consonância com julgados prolatados pela Terceira Seção deste Tribunal, a alteração trazida pela Lei 9.528/97, norma previdenciária de natureza específica, deve prevalecer sobre o disposto no art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e Adolescente. 2. Embargos de divergência acolhidos

(STJ - EREsp: 869635 RN 2007/0044591-3, Relator: Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), Data de Julgamento: 16/02/2009, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 06/04/2009)

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. INCABIMENTO. 1. "Esta Corte já decidiu que, tratando-se de ação para fins de inclusão de menor sob guarda como dependente de segurado abrangido pelo Regime Geral da Previdência Social - RGPS, não prevalece o disposto no art. 33, § 3º do Estatuto da Criança e Adolescente em face da alteração introduzida pela Lei nº 9.528/97." (REsp nº 503.019/RS, Relator Ministro Paulo Gallotti, in DJ 30/10/2006). 2. Embargos de divergência acolhidos.

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. PENSÃO POR MORTE. MENOR DESIGNADO. LEI 8.069/90 (ECA). NÃO-APLICAÇÃO. ENTENDIMENTO DA TERCEIRA SEÇÃO. LEI 9.528/97. INCIDÊNCIA. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO TEMPUS REGIT ACTUM. RESSALVA PESSOAL DO RELATOR. RECURSO PROVIDO. 1. A Terceira Seção deste Tribunal pacificou o entendimento no sentido de que, em se tratando de menor sob guarda designado como dependente de segurado abrangido pelo Regime Geral da Previdência Social, a ele não se aplicam as disposições previdenciárias do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ressalva de ponto de vista pessoal do relator. 2. Recurso especial provido.

(STJ - REsp: 894258 RN 2006/0222511-6, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 05/02/2009, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/03/2009)
PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA JUDICIAL. BENEFICIÁRIO. ÓBITO POSTERIOR AO ADVENTO DA MP

³⁵ BERNARDO, Leandro Bezerra. **Direito Previdenciário na visão dos Tribunais**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2012. p 41

1.523/96. ART 16, § 2º DA LEI Nº 8.213/91, COM REDAÇÃO DA LEI Nº 9.528/97. I - Em regra, os benefícios previdenciários são regidos pelo princípio tempus regit actum. II - O menor sob guarda judicial, nos moldes do art. 16, § 2º da Lei 8.213/91, não tem direito a perceber pensão por morte se a condição fática necessária à concessão do benefício, qual seja, o óbito do segurado, sobreveio à vigência da Medida Provisória nº 1.523/96, posteriormente convertida na Lei 9.528/97, que alterando o disposto no art. 16, § 2º da Lei 8.213/91, acabou por afastar do rol dos dependentes da Previdência Social a figura do menor sob guarda judicial (A.M.S. 1999.40.00.006687-2/PI. Rel; Des. Antônio Sávio de Oliveira Chaves. DJ de 13.10.2003. P. 32; RESp 436375/RS. Rel. Min. Paulo Galloti. DJ de 19.12.2003, p. 00631). III - Hipótese em que o falecimento do segurado ocorreu na data de 13 de setembro de 1.997, quando não mais era contemplado como dependente para fins previdenciários, o menor sob guarda. III - Remessa oficial e apelação providos, com condenação ao pagamento de honorários de sucumbência arbitrados em R\$ 300,00.

(TRF-1 - AC: 7408 PI 2000.40.00.007408-6, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ GONZAGA BARBOSA MOREIRA, Data de Julgamento: 17/08/2004, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: 06/09/2004 DJ p.09)

Outra corrente, por outro lado, entende que a questão referente a criança e ao adolescente sob guarda deve ser enfocada segundo as regras da legislação de proteção ao menor, onde segundo a Constituição Federal brasileira é dever do poder público e da sociedade a proteção da criança e do adolescente, conforme artigo 227, caput, e § 3º, inciso II, e o ECA que confere ao menor sob guarda a condição de dependente para todos os efeitos, inclusive previdenciários., assim como está disposto no artigo 33, § 3º da Lei 8.069/90.

Com isso o conhecimento de posicionamentos dessa Corte, contrários a aplicação da norma previdenciária sobre o assunto:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. 1 - A nova redação dada pela Lei nº 9.528/97 ao § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213/91, não teve o efeito de excluir o menor sob guarda do rol de dependentes do segurado da Previdência Social e, como a guarda confere à criança e ao adolescente a condição de dependente para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários, de acordo com o ECA, faz jus a Autora à concessão da pensão por morte de seu guardião legal. 2 - A apelante faz jus à pensão por morte do avô, desde a data do óbito da avó (06-02-1998), nos termos da redação original do art. 74, da LBPS/91, até 07-08-2000 (data da implementação dos 21 anos de idade - fl. 14), a teor do artigo 77, II, da Lei 8.213/91.

(TRF-4 - AC: 22583 RS 2002.04.01.022583-0, Relator: CELSO KIPPER, Data de Julgamento: 20/06/2006, QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 26/07/2006 PÁGINA: 896)

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. 1. A concessão do benefício de pensão por morte depende da ocorrência do evento morte, da demonstração da qualidade de segurado do de cujus e da condição de dependente de quem

objetiva a pensão. 2. A nova redação dada pela Lei nº 9.528/97 ao § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213/91 não teve o condão de derrogar o art. 33 da Lei nº 8.069/90 (ECA), sob pena de ferir a ampla garantia de proteção ao menor disposta no art. 227 do texto constitucional, que não faz distinção entre o tutelado e o menor sob guarda. Permanece, pois, como dependente o menor sob guarda judicial, inclusive para fins previdenciários. 3. A atualização monetária, a partir de maio de 1996, deve-se dar pelo IGP-DI, de acordo com o art. 10 da Lei nº 9.711/98, combinado com o art. 20, §§ 5º e 6º, da Lei nº 8.880/94. 4. Os honorários advocatícios devem ser fixados em 10% sobre o valor da condenação, excluídas as parcelas vincendas, considerando como tais as vencidas após a data da sentença, face ao que dispõe o art. 20, § 3º, do CPC e a Súmula 111 do STJ. 5. Os juros de mora devem ser fixados à taxa de 1% ao mês, com base no art. 3º do Decreto-Lei nº 2.322/87, aplicável analogicamente aos benefícios pagos com atraso, tendo em vista o seu caráter eminentemente alimentar. Precedentes do STJ. 6. O INSS é isento do pagamento de custas processuais no Foro Federal (art. 4º, I, da Lei nº 9.289/96).

(TRF-4 - AC: 8353 RS 2004.71.04.008353-4, Relator: RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA, Data de Julgamento: 14/12/2006, TURMA SUPLEMENTAR, Data de Publicação: D.E. 17/01/2007)

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE DE AVÓS. MENOR SOB GUARDA. IMPLEMENTO DOS 21 ANOS DE IDADE. BENEFÍCIO CESSADO ADMINISTRATIVAMENTE. 1. Esta Corte Regional, no âmbito de sua 3ª Seção, vem manifestando o entendimento de que, a despeito de excluído do rol apresentado no supra transcrito art. 16 da Lei de Benefícios, manteve o menor sob guarda sua condição de dependente previdenciário, em face do que dispõe o art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90. 2. É lícito transmitir à neta o benefício percebido pelo avô em razão da morte de sua esposa, conforme o § 1º do art. 77 da Lei n.º 8.213/91. 3. Apelo improvido.

(TRF-4 - AC: 7393 RS 2007.71.99.007393-1, Relator: RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA, Data de Julgamento: 29/08/2007, TURMA SUPLEMENTAR, Data de Publicação: D.E. 13/09/2007)

CONSTITUCIONAL - PREVIDENCIÁRIO – CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE – MENOR SOB GUARDA JUDICIAL DO SEGURADO – GUARDA OBTIDA PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS - DEPENDÊNCIA ECONÔMICA AFASTADA. I – A Lei nº 8.213/91, após ser alterada pela Lei nº 9.528/97, suprimiu o menor sob guarda do rol dos dependentes do segurado do INSS. II – O art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), no entanto, não foi revogado, e mantém a qualidade de dependente das crianças sob guarda para todos os efeitos, inclusive previdenciários. III – Embora o ECA não condicione a dependência do menor sob guarda à comprovação da dependência econômica, a Lei 8.213/91 estabelece que a referida dependência é necessária para a concessão do benefício previdenciário de pensão por morte. IV – Assim, em que pese a presunção de dependência do menor sob guarda, fato é que, na presente hipótese, tal presunção é afastada mediante declaração da própria mãe do autor, que sugere ter sido requerida a guarda pelo avô com a finalidade precípua de obter benefício previdenciário futuro. V – Como as partes e o MP dispensaram a produção de provas, não ficou comprovada a dependência econômica necessária para que o benefício de pensão por morte fosse concedido. VI – Apelação do autor improvida.

(TRF-2 - AC: 341783 RJ 2004.02.01.003403-2, Relator: Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO, Data de Julgamento: 10/10/2005, SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: DJU - Data::20/10/2005 - Página::102)

Segundo esses entendimentos, a nova redação dada pela Lei 9.528/97 ao § 2º do artigo 16 da Lei 8.213/91 não teve o condão de derogar o artigo 33 da Lei 8.069/90 (ECA), sob pena de ferir a ampla garantia de proteção ao menor disposta no artigo 227 da Constituição Federal. Esta é a posição agasalhada pela Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência³⁶.

3.3 Prevalência do Estatuto da Criança e do Adolescente sobre lei previdenciária de forma a assegurar sua proteção e evitar as fraudes previdenciárias

Buscando reverter de forma definitiva os resultados desta alteração do rol de dependentes no Plano de Benefícios da Previdência Social, no âmbito do Poder Judiciário já existe Ação Direta de Inconstitucionalidade pela Procuradoria- Geral da República e outra pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, como foi demonstrado no capítulo anterior. Já no âmbito do Poder Legislativo, tramitam projetos de lei, originados nas duas casas legislativas, que buscam dirimir novamente, de maneira expressa, aqueles que estão sob a guarda judicial entre os dependentes dos segurados.

Nesse sentido, corroborando de maneira incontroversa ao que dispõe o ECA e também ao que fora discutido com argumentos no que pesa no sentido de declarar-se a inconstitucionalidade da exclusão da criança e do adolescente sob guarda, o Professor Wagner Balera³⁷, uma das vozes doutrinárias mais respeitadas no âmbito previdenciário, se manifestou a respeito:

É estranhíssima a exclusão de menor sob guarda do rol de dependente, consoante dispunha a primitiva redação do § 2º do art.16. O pretexto utilizado pelo Poder Executivo para propor a exclusão foi o comum em todas as distintas fórmulas de redução de direitos sociais: a existência de fraudes. Contra essa cabal afronta aos direitos da criança e do adolescente

³⁶³⁶ BERNARDO, Leandro Bezerra. **Direito Previdenciário na visão dos Tribunais**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2012. p 41

³⁷ http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11156. Acesso em: 16 jan. 2015

carentes insurgiu-se o Ministério Público que aforou diversas ações civis públicas propugnando pelo retorno à proteção social do menor sob guarda.

Sob esse aspecto, observando as decisões dos tribunais, podemos destacar que não há uma posição pacífica, os tribunais muitas vezes vêm decidindo conforme as peculiaridades dos casos apresentados, ou seja, se houver indicação no processo de que a criança e o adolescente efetivamente encontravam-se sob os cuidados e sob a dependência do segurado, as chances que o benefício seja concedido são maiores. Ao contrário se for verificada que a guarda teria sido transferida ao segurado, geralmente avó ou outro parente da criança e/ou adolescente, com a finalidade exclusiva do recebimento de pensão por morte, o tato dos julgadores indicam que deverá haver indeferimento.

Ainda, a exclusão da criança e do adolescente sob guarda do rol de dependentes da lei de benefícios impôs uma distinção injustificável entre a criança e o adolescente sob guarda e aquelas sob tutela, ao prever que este mantenha a condição de dependente. Onde é preciso destacar que ambos os institutos são formas de colocação temporária de crianças e adolescentes em famílias substitutas, ferindo diretamente o princípio da isonomia, tendo em vista a discrepância de tratamento. O texto da CF/88 que guarda preocupação em concretizar o direito a igualdade de tratamento entre os iguais está correlacionado com a presente questão, o que é traçado pela doutrina³⁸:

[...] no texto da nossa Constituição, esse princípio é enunciado com referência à Lei- todos são iguais perante a Lei-, alguns juristas construíram uma diferença, porque consideram importante, entre a igualdade na Lei e igualdade diante da Lei, a primeira tendo por destinatário precípua o legislador, a quem seria vedado valer-se da Lei para fazer discriminações entre pessoas que mereçam idêntico tratamento; a segunda dirigida principalmente aos intérpretes/aplicadores da Lei, impedir-lhes-ia de concretizar enunciados jurídicos dando tratamento distinto a quem a Lei encarou como iguais.

Tanto a guarda como tutela encontram-se disciplinadas no ECA, na seção que trata da família substituta. A doutrina conceitua a tutela como um instituto de nítido caráter assistencial e que visa substituir o pátrio poder em face das pessoas cujos pais faleceram ou foram destituídos do poder paternal.

³⁸MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p 157.

A guarda, por conseguinte, teve seu conceito ampliado e aperfeiçoado com o advento do ECA e, ainda que não importe na destituição do pátrio poder, obriga à prestação de assistência material, moral e educacional a criança e ao adolescente, conferindo ao seu detentor de opor-se a terceiros inclusive aos pais. Os benefícios de pensão por morte quando são requeridos e conseqüentemente negados, sob a égide da Lei Previdenciária que exclui a figura da criança e do adolescente sob guarda, nos leva claramente a uma figura de disfunção do Estado que é também responsável por essa assistência material, moral e educacional, cabendo ainda destacar que isso acontece no momento mais difícil.

O INSS tem recorrido às instâncias superiores nos casos em que os juízes de primeiro grau tem ordenado o pagamento de pensão por morte a crianças e adolescentes sob guarda, cujo argumento é a falta de previsão legal para o pagamento e ocorrência de prejuízos atuariais, porém não podemos deixar de lado os princípios constitucionais expressos que, sem dúvidas, devem servir de norte a qualquer decisão judicial ou mesmo administrativa. Ocorre que, não maioria dos casos, os operadores do direito não se atentam para a existência desses princípios, os quais não podem ser tratados como mera utopia, pelo contrário, devem ser efetivamente observados e aplicados aos casos concretos.

Sob a fundamentação de que a guarda era transferida com o intuito de haver a concessão de pensão por morte para esse dependente, a Lei Previdenciária achou prático excluir a criança e o adolescente ao invés de criar mecanismos que viessem a dar segurança jurídica ao referido instituto.

No Mandado de Segurança (MS) nº 25.409 de 15/03/2007 a criança sob guarda do avô impetrou em face de ato do Tribunal de Contas da União (TCU) que determinou a suspensão do pagamento do benefício. O TCU utilizou como argumento o fato de a criança possuir pais presentes e com capacidade econômica para prover as suas necessidades. O Relator argumentou: “O fato de dar a guarda da criança a outrem não exime os pais do dever de atender às necessidades sentimentais, educacionais e econômicas dos filhos”³⁹.

³⁹ <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=456064>. Acesso em: 21 jan. 2015

Dispõe o Mandado de Segurança nº 25.409, o seguinte teor⁴⁰:

EMENTA: I. Mandado de segurança. Tribunal de Contas da União. Pensão temporária (L. 8.112/90, art. 217, inciso II, alínea 'b'): suspensão liminar: presença dos seus pressupostos. 1. Ato do Tribunal de Contas da União que, liminarmente, **determinou a suspensão de quaisquer pagamentos decorrentes de pensão temporária instituída em favor de menor cuja guarda fora confiada ao servidor falecido, seu avô.** 2. Caracterização do *periculum in mora*, dada a **necessidade de prevenir lesão ao Erário** e garantir a eficácia de eventual decisão futura, diante de **grave suspeita de vícios na sua concessão e, principalmente, quando a sua retirada não significa o desamparo de pretense titular.** 3. Plausibilidade da tese que **exige a comprovação da dependência econômica** para recebimento da pensão temporária prevista na letra b do inciso II do art. 217 da L. 8.112/90, tendo em vista que, no caso, à **vista da capacidade econômica dos pais do beneficiário, apurada** pela equipe de auditoria, não se pode inferir que a dependência econômica tenha sido a única causa para a concessão da guarda do requerente aos avós. II. [...]

Com isso podemos destacar que a questão não seria condenar o INSS e extensivamente os outros Regimes de Previdência ao pagamento de toda e qualquer tipo de guarda, mas analisar o caso concreto em suas peculiaridades e não deixar de amparar aqueles que realmente fazem jus à concessão do referido benefício.

As decisões dos Tribunais revelam que é necessária a apreciação da dependência econômica da criança e do adolescente em relação ao segurado, e que, estando provada a referida dependência é necessário que haja valoração ao princípio da proteção integral da criança e do adolescente, de modo a não deixar que estes menores padeçam em suas necessidades básicas. Vê-se que a intenção do constituinte e do legislador é conferir uma política de Estado objetivando uma ampla e irrestrita proteção à criança e ao adolescente. Alias, verifica-se que o texto constitucional não traz qualquer tipo de distinção referente à condição dessas pessoas, mas dispõe apenas em criança e adolescente.

Assim, as questões referentes às crianças e adolescentes devem ser tratadas segundo os princípios constitucionais de proteção integral. E dando cumprimento ao preceito constitucional, o ECA é expresso ao mencionar que a criança e adolescente sob guarda tem direitos previdenciários.

Portanto, a negativa da concessão do benefício de pensão a uma criança ou adolescente sob guarda que fique em situação de risco na eminência de faltar lhe o

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno. Mandado de Segurança n.º 25.409-2 < <http://www.stf.jus.br/>> Acesso em: 26 jan. 2015

necessário básico para a própria subsistência, em face do óbito do segurado/guardião constitui negligência do Estado. Quando a escusa acontece, resta evidente que o próprio Poder Público não se submete aos ditames constitucionais, permanecendo inerte às suas obrigações sociais, e omissos em relação ao menor-cidadão.

E nesse sentido, considerando os preceitos contidos na Constituição Federal, art. 227, e ainda as determinações previstas no ECA, não há dúvida que a referida norma deve prevalecer sobre a lei previdenciária, até porque esta prejudica a criança e adolescente sob guarda, não atendendo as necessidades básicas de sobrevivência, que o Estado deve assegurar. Ora, os Institutos de Previdência devem cumprir o seu papel social de amparar os necessitados, inclusive as crianças e adolescentes que estiveram sob guarda. Sendo assim, concedida a guarda, e uma vez comprovada a dependência econômica em relação ao guardião, mediante a comprovação de proteção, acesso a educação, saúde e lazer, os Institutos de Previdência devem conceder o benefício de pensão quando se der o evento morte que é o fato gerador da pensão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Levando em consideração todo conjunto de normas jurídicas que foram elaboradas com o passar dos anos até a promulgação da Constituição de 1988, que assegurou o princípio da proteção integral, e logo em seguida com a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, ficou claro que as crianças e adolescentes independente de classe social têm seus direitos e garantias legais que devem ser respeitados e assegurados por sua família, pela sociedade ou pelo Estado.

Entende-se que, a Lei Previdenciária deve ser adaptada à Constituição e ao ordenamento jurídico, de modo a não deixar de fora a criança e o adolescente sob guarda como dependentes, ou seja, nos mesmos termos daqueles sob tutela, porém, desde que sejam obedecidos os requisitos da efetiva convivência, dependência econômica em relação ao segurado e a real carência da criança e do adolescente à sua família, objetivando necessariamente a prestação de assistência material, moral e educacional.

Os argumentos da “especialidade”, de que “lei posterior revoga anterior”, de ou do intuito de “combate à fraude” são pequenos quando os colocamos em cotejo com todos os demais abordados em linhas passadas.

Porém, enquanto a lei não sofre os ajustes, a questão mereceria ser decidida de modo que atendesse o que é correto e justo, ou seja, se houvesse a comprovação que a criança e o adolescente conviviam de fato com o segurado/guardião e que dependia economicamente dele, além de demonstrar que a família natural destes não possui condições de promover o sustento digno, a pensão por morte deve ser paga como meio de subsidiar as necessidades básicas.

Assim o presente estudo foi desenvolvido, sob a ótica da prevalência da proteção integral a criança e ao adolescente, evitando conseqüentemente que essas pessoas fiquem desamparadas pelo nosso ordenamento jurídico. No tocante ao mérito do estudo, as divergências da doutrina e da jurisprudência acabam por corroborar a importância do Direito Previdenciário no trato diário, adequando os fatos, ao máximo possível do que almejou o legislador.

Em linhas gerais, sabe-se que os direitos previdenciários da criança e do adolescente sob guarda, que já estão sendo protegidos pela atual jurisprudência do STJ e do STF (embora o tema ainda penda de uma análise mais ampla pela Corte Suprema, o que só ocorrerá por meio do controle concentrado), estão sedimentados nos seguintes fundamentos:

a) a fraude deve ser combatida pelos órgãos estatais criados para essa finalidade, e não mediante edição de lei que, no seu conjunto, aniquile direitos fundamentais legítimos de uma maioria honesta;

b) não há violação à regra, pois a criança e adolescente sob guarda já estava no rol dos dependentes e foi retirado;

c) aplicação da doutrina da Proteção Integral da criança e do adolescente;

d) incidência do “superprincípio” da dignidade da pessoa humana;

e) o caráter vinculante da norma jurídica contida no art. 227 da CF (proteção especial, inclusive no campo do direito previdenciário);

f) pela perspectiva da criança e do adolescente sob guarda (decorrente da doutrina da Proteção Integral), o ECA (art. 33, § 3º) é especial em relação à Lei 9.528/97 (Regime Geral) e leis estaduais/municipais igualmente restritivas (Regime Próprio).

Para que os direitos previdenciários do menor sob guarda sejam resguardados, e de modo permanente, é fundamental que o STF julgue, com a brevidade que o tema merece. Antes disso, o que continuaremos a presenciar é a oscilação dos julgados, ou seja, a insegurança jurídica eleita pelo constituinte originário como de “prioridade absoluta” à “garantia de direitos previdenciários” da criança e do adolescente .

REFERÊNCIAS

- BERNARDO, Leandro Bezerra. **Direito Previdenciário na visão dos Tribunais.** 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2012.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2002.
- BRAGANÇA, KerllyHuback. **Direito Previdenciário.** 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário.** 11 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.
- CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado.** 12 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- FERREIRA, Lauro Cesar Mazetto. **Seguridade Social e Direitos Humanos.** São Paulo: LTr, 2007.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de Família.** 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário.** 19 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.
- ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente Doutrina e Jurisprudência.** 15 ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente.** 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos.** São Paulo: Manole, 2003.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. **A Seguridade Social na Constituição Federal.** São Paulo: LTr, 1992.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social.** 27. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social.** 34 ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

OLIVEIRA, Peterson Barbosa de. Comentário à Jurisprudência: **A concessão do benefício previdenciário de pensão ao menor sob guarda**: conflito aparente de normas, aspectos processuais e administrativos. De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 8 jan/jun.2007.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p 303 apud obra de CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 11 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SAUT, Roberto Diniz. **O novo direito da criança e adolescente: uma abordagem possível**. Blumenau: Edifurb, 2008.

Agravo de Instrumento nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 727.716-CE (2005/0098940-3)

Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1020832- SP (2008/0042295-5)

Agravo Regimental no Recurso Especial nº 938203- RS (2007/0071553-0)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno. Mandado de Segurança n.º 25.409-2

Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 22704- PE (2006/0201017-6).

http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=_leitura&artigo_id=11156

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=257504>.

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=257504>