

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES SOB
GUARDA**

MARIANA MAGALHÃES DE MESQUITA

**Rio de Janeiro
2017 / 1º SEMESTRE**

MARIANA MAGALHÃES DE MESQUITA

**PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES SOB
GUARDA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Fábio de Souza Silva**.

Rio de Janeiro

2017 / 1º SEMESTRE

M578p Mesquita, Mariana Magalhães de
Proteção previdenciária de crianças e adolescentes
sob guarda / Mariana Magalhães de Mesquita. -- Rio
de Janeiro, 2017.
68 f.

Orientador: Fábio de Souza Silva.

Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Proteção previdenciária. 2. Pensão por morte.
3. Alteração normativa promovida pela Lei nº
9.528/97. 4. Crianças e adolescentes sob guarda. I.
Silva, Fábio de Souza, orient. II. Título.

342.17

MARIANA MAGALHÃES DE MESQUITA

**PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES SOB
GUARDA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Fábio de Souza Silva.**

Data da Aprovação: ____ / ____ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2017 / 1º SEMESTRE

RESUMO

O advento da Lei nº 9.528/97 promoveu a exclusão de crianças e adolescentes sob guarda do rol de dependentes do segurado do Regime Geral da Previdência Social. Entretanto, essa mudança normativa viola o arcabouço protetivo consagrado no ordenamento jurídico e conflita diretamente com o artigo 33, §3º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, o vertente trabalho imbuí-se do objetivo de analisar a proteção previdenciária conferida às crianças e aos adolescentes sob guarda, especialmente em relação à concessão do benefício de pensão por morte, após a mencionada exclusão. O tema possui grande relevância à ordem prática, tendo vista o contexto de desamparo no qual crianças e adolescentes estão inseridos, em nítido desrespeito à Doutrina da Proteção Integral. Com o escopo de enfrentar os problemas oriundos dessa antinomia jurídica, buscar-se-á na presente pesquisa examinar as modalidades de colocação em família substituta, sobretudo a guarda, e os princípios basilares que norteiam o estudo das crianças e adolescentes. Procurar-se-á, do mesmo modo, explorar os principais aspectos do benefício previdenciário de pensão por morte, além dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, isonomia e vedação ao retrocesso social. Ao final, sugere-se a inconstitucionalidade da supracitada alteração perpetrada no rol de dependentes previdenciários.

Palavras-chave: crianças e adolescentes; guarda; proteção integral; dependentes previdenciários; pensão por morte.

ABSTRACT

The advent of Law n°. 9.528/97 promoted the exclusion of children and adolescents under guard of the insured dependents of the General Social Security System. However, this normative change violates the protective framework enshrined in the legal system and conflicts directly with article 33, §3 of the Statute of the Child and Adolescent. Thus, this current work imbue itself with the purpose of analyzing the social security protection afforded to children and adolescents under guard, especially in relation to the granting of the social security death benefit, after the mentioned exclusion. The subject has great relevance to the practical order, considering the context of helplessness in which children and adolescents are inserted, in clear disrespect to the Doctrine of Integral Protection. With the scope of facing the problems arising from this legal antinomy, the present research will examine the modalities of placement in a surrogate family, especially the guard, and the basic principles that guide the study of children and adolescents. It will also explore the main aspects of the social security death benefit, in addition to the constitutional principles of the dignity of the human person, isonomy and prohibition of social retrogression. In the end, it is suggested the unconstitutionality of the aforementioned change in the list of social security dependents.

Keywords: children and adolescents; guard; integral protection; social security dependents; death benefit.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. ASPECTOS GERAIS CONCERNENTES AO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	10
1.1. Evolução histórica do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil	10
1.2. Princípios norteadores	12
1.2.1. <i>Doutrina da proteção integral</i>	13
1.2.2. <i>Princípio da prioridade absoluta</i>	15
1.2.3. <i>Princípio do melhor interesse</i>	17
1.3. Convivência familiar	18
1.4. Família substituta	20
1.4.1. <i>Guarda</i>	22
1.4.2. <i>Tutela</i>	25
1.4.3. <i>Adoção</i>	27
2. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL E O BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DE PENSÃO POR MORTE	30
2.1. Beneficiários do Regime Geral da Previdência Social	30
2.2. Considerações gerais acerca do benefício previdenciário de pensão por morte	32
2.2.1. <i>Requisitos para a concessão</i>	34
2.2.2. <i>Renda mensal</i>	35
2.2.3. <i>Data de início</i>	37
2.2.4. <i>Cessação</i>	40
3. A ANTINOMIA JURÍDICA	42
3.1. Alterações legislativas e o advento do conflito normativo entre a Lei nº 8.213/91 e o Estatuto da Criança e do Adolescente	42
3.2. Solução apresentada pelos critérios tradicionais de resolução de conflitos aparentes de normas	47
3.3. Solução apresentada pelo controle de constitucionalidade da atual redação do artigo 16, §2º da Lei nº 8.213/91	51
CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS	66

INTRODUÇÃO

A Convenção sobre os Direitos da Criança, promulgada no Brasil através do Decreto nº 99.710/90, não faz distinção entre crianças e adolescentes, concebendo como criança todo ser humano menor de dezoito anos de idade, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, a maioridade seja alcançada em momento anterior. No entanto, utilizando-se de um critério estritamente biológico, o ordenamento jurídico brasileiro os diferenciam, definindo como criança toda pessoa que tenha até doze anos de idade incompletos e considerando adolescente aquele que estiver inserido na faixa etária de doze a dezoito anos de idade incompletos.

A infância e a adolescência são, indiscutivelmente, momentos decisivos na vida de qualquer ser humano, representando etapas cruciais para o pleno desenvolvimento psicofísico de cada um. É inegável que, por serem pessoas ainda em processo de formação, crianças e adolescentes se diferenciam substancialmente dos adultos. Durante muito tempo, em virtude dessa sua condição peculiar, eles foram constantemente inferiorizados e não tinham um arcabouço protetivo, sendo considerados meros objetos de direitos.

Hodiernamente, após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, o ordenamento jurídico brasileiro adota uma nova postura em relação às crianças e aos adolescentes, reconhecendo a necessidade de assegurar-lhes uma proteção integral e especial. Desde então, o Direito da Criança e do Adolescente é orientado pela Doutrina da Proteção Integral.

Diante desse cenário, o estabelecimento de uma legislação que zelasse pelas crianças e adolescentes como sujeitos de direitos foi de suma importância para regulamentar esse novo sistema protetivo, cujo respaldo constitucional encontra-se disposto no artigo 227 da Carta Magna. Assim, em 13 de julho de 1990, a Lei nº 8.069 instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente, proporcionando um enorme avanço social na esfera infanto-juvenil.

Dentre as garantias salvaguardadas por esse alicerce protetivo, previu-se a proteção do direito fundamental à convivência familiar e dos direitos previdenciários. Nesse diapasão, o artigo 33, §3º do Estatuto da Criança e do Adolescente e a redação originária do artigo 16, §2º da Lei nº 8.213/91 resguardaram direitos previdenciários às crianças e aos adolescentes

acolhidos em família substituta pelo instituto da guarda. Em respeito a essa sistemática protetiva, é evidente que isso possibilitou o amparo de crianças e adolescentes em nítido estado de vulnerabilidade.

O supracitado avanço na seara infanto-juvenil, todavia, logo foi frustrado pelo advento da Lei nº 9.528, sancionada em 10 de dezembro de 1997. Essa lei, ao excluir crianças e adolescentes sob guarda da relação de dependentes do segurado do Regime Geral da Previdência Social, promoveu alteração na redação originária do artigo 16, §2º da Lei nº 8.213/91, sem, contudo, revogar expressamente o §3º do artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente. A partir de então, suscitou-se uma forte controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca dos direitos previdenciários atribuídos às crianças e aos adolescentes sob guarda.

Sob esse novo prisma, o Instituto Nacional do Seguro Social passou a considerar que as crianças e os adolescentes sob guarda perderam sua condição de dependente do guardião, para fins previdenciários. Observa-se, com isso, que o progresso conquistado através de muito esforço pela sociedade cedeu lugar a uma enorme desproteção e insegurança.

Diante dessa conjuntura, o vertente trabalho examinará a proteção previdenciária conferida às crianças e aos adolescentes sob guarda, restringindo-se a analisar os reflexos deste tema após a já citada alteração legislativa, em especial no que tange à concessão do benefício previdenciário de pensão por morte. Cumpre ressaltar, todavia, que a análise perfilhada ao longo dos capítulos e a conclusão alcançada ao final da presente pesquisa também contribuem para os debates que envolvem os benefícios do auxílio-reclusão e do salário-maternidade.

O tema sob enfoque revela-se de suma importância por estar em voga o sistema protetivo especial atribuído às crianças e aos adolescentes, dada sua condição peculiar de pessoas em formação. Oportuniza, desse modo, uma reflexão sobre a possibilidade de o sistema normativo estar violando as garantias protetivas previstas na Constituição Federal e em tratados internacionais, desamparando, por conseguinte, aqueles a quem teria o dever de resguardar.

Após esse breve introito, o primeiro capítulo incumbir-se-á de explorar a construção normativa do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil, sendo indispensável abordar a transição da Doutrina da Situação Irregular para a Doutrina da Proteção Integral, além da

consolidação dos princípios da prioridade absoluta e do superior interesse das crianças e adolescentes no ordenamento jurídico.

Outrossim, ainda na abordagem do capítulo inicial, verificar-se-á o reconhecimento da importância da família como sustentáculo da organização social, motivo pelo qual merece especial proteção do Estado. Também será demonstrado que, coadunando-se com os mandamentos constitucionais, o Estatuto da Criança e do Adolescente previu a colocação em família substituta como forma de garantir a convivência familiar às crianças e aos adolescentes que, por qualquer motivo, não possam viver na companhia de seus pais biológicos. Por fim, mas não menos importante, imperioso se faz estudar as três modalidades de colocação em família substituta (guarda, tutela e adoção) e algumas de suas peculiaridades.

Em seguida, o segundo capítulo discorrerá brevemente sobre o Regime Geral da Previdência Social, atendo-se à análise da relação de dependentes do segurado (beneficiários indiretos) e ao exame pontual dos aspectos gerais concernentes ao benefício previdenciário de pensão por morte. Ressalva-se, contudo, que o presente trabalho não tem o escopo de exaurir todas as peculiaridades e divergências sobre o benefício em pauta, servindo apenas para contextualizar a importância do mesmo para os dependentes do segurado, haja vista sua finalidade de substituir a remuneração do segurado instituidor do benefício.

O terceiro e último capítulo cuida de esmiuçar o fenômeno da antinomia jurídica. De início, será abordado o contexto social fraudulento vivenciado à época da edição da Lei nº 9.528/97, responsável por promover a exclusão das crianças e dos adolescentes sob guarda da relação de dependentes do segurado do Regime Geral da Previdência Social. Posteriormente, através da análise dos critérios tradicionais de resolução de conflitos aparentes de normas (hierárquico, especialidade e cronológico), buscar-se-á solucionar o conflito entre o artigo 16, §2º da Lei nº 8.213/91 e o artigo 33, §3º da Lei nº 8.069/90.

No entanto, a solução para a aludida questão não é tão simples e existem diferentes interpretações, sobretudo no tocante ao critério da especialidade, culminando em resultados diversos. Sendo assim, na medida em que se passa a estudar a questão no âmbito constitucional, será fundamental observar a controvérsia para além dos supramencionados critérios tradicionais de resolução de antinomias jurídicas. Nessa direção, será essencial discutir o assunto à luz dos

princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, isonomia e vedação ao retrocesso social.

A alteração legislativa em comento não foi bem recepcionada por parcelas da sociedade. Em resposta a esse descontentamento, encontram-se tramitando, atualmente, projetos de lei que objetivam inserir, de maneira expressa, as crianças e os adolescente sob guarda no rol de dependentes previdenciários. Além disso, foram propostas perante o Supremo Tribunal Federal ações diretas de inconstitucionalidade com a finalidade de reconhecer, de forma inquestionável, a inconstitucionalidade da alteração.

1. ASPECTOS GERAIS CONCERNENTES AO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

À título elucidativo, sob a ótica do direito internacional, o Direito da Criança e do Adolescente está amparado, sobretudo, na Declaração dos Direitos da Criança de 1959¹ e na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989², ambas adotadas pela Organização das Nações Unidas. Já com relação ao plano interno, a temática em debate retira seu fundamento jurídico, principalmente, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), além das Resoluções do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente³ e do Conselho Nacional de Justiça.

1.1. Evolução histórica do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil

Durante os períodos históricos referentes ao Brasil Colônia e ao Brasil Imperial, não existiam normas que conferissem proteção às crianças e aos adolescentes. Sob a égide das Ordenações Filipinas e do Código Criminal do Império de 1830, a única preocupação existente era no sentido de coibir a prática de ilícitos que viessem a ser praticados por eles. Adotando o mesmo posicionamento de mera imputação criminal, adveio o Código Penal de 1890.

O início do século XX, no Brasil, foi um período conturbado e marcado por transformações. No contexto da chamada República Velha, através do Decreto nº 5.083 de 1926, foi estabelecido o primeiro Código de Menores do país, o qual fora substituído, em 1927, pelo Decreto nº 17.943-A⁴.

¹ Com a Declaração de Genebra de 1924, também conhecida como Carta da Liga sobre a Criança, já era possível verificar uma preocupação internacional em garantir a proteção das crianças. No entanto, elas só foram contempladas como sujeitos de direitos a partir da Declaração dos Direitos da Criança de 1959 que, por sua vez, sofreu influência da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

² A Convenção sobre os Direitos da Criança foi aprovada por unanimidade, em 20 de novembro de 1989, na sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, tendo sido internalizada no ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.

³ A Lei nº 8.242, de 12 de outubro de 1991, dentre outras providências, foi responsável pela criação do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente.

⁴ José Cândido de Albuquerque Mello Mattos foi o primeiro juiz de menores do Brasil e responsável por elaborar o Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927. Em homenagem ao autor do projeto, o referido decreto ficou conhecido como Código Mello Mattos.

O Código Mello Mattos estava inserido em um cenário conservador onde crianças e adolescente eram enxergados como casos de segurança pública, e não como pessoas dignas de uma proteção especial. Sob a ótica do Estado, o abandono seria a causa da delinquência. Desse modo, com o fito de manter a ordem social, o Código era direcionado para tutelar apenas os menores que estivessem em situações tidas como irregulares. Pela redação de seus dispositivos, o menor se encontraria em situação irregular quando estivesse exposto, abandonado ou fosse apontado como delinquente (menor infrator). No tocante aos menores considerados em situação regular, diferentemente, aplicar-se-iam as regras do direito de família.

Em que pese as crianças já fossem reconhecidas como sujeitos de direito desde a Declaração dos Direitos da Criança de 1959, o novo Código de Menores, aprovado pela Lei nº 6.697/79, mantivera a essência da legislação anterior, proporcionando poucas alterações para a temática em voga. Esse novo diploma legislativo consolidou a Doutrina da Situação Irregular no ordenamento jurídico brasileiro, aumentando o rol de menores que seriam objeto de tutela da lei⁵. Nota-se que essa doutrina, de forma equivocada, não distinguia os casos decorrentes da conduta do menor daqueles ocasionados pelo comportamento dos que o cercavam, atribuindo o mesmo tratamento jurídico.

Com muita maestria, Andréa Rodrigues Amin⁶ sintetiza a tutela dispensada às crianças e adolescentes nessa conjuntura:

A tutela da infância, nesse momento histórico, caracterizava-se pelo regime de internações com quebra de vínculos familiares, substituídos por vínculos

⁵ Art. 2º. Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;

b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III - em perigo moral, devido a:

a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;

b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;

VI - autor de infração penal.

Parágrafo único. Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial.

⁶ AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**. 4.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 7.

institucionais. O objetivo era recuperar o menor, adequando-o ao comportamento ditado pelo Estado, mesmo que o afastasse por completo da família. A preocupação era correccional e não afetiva.

O aludido panorama, contudo, passou a ser duramente criticado pelos movimentos sociais que vinham ganhando força no cenário brasileiro. Assim, em 05 de outubro de 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada, enfatizando em seu arcabouço normativo um sistema de proteção especial para crianças e adolescentes. Nesse diapasão, com o propósito de regulamentar e implementar esse novo sistema, em 13 de julho de 1990, foi sancionado o Estatuto da Criança e do Adolescente, fomentando a ruptura dos paradigmas até então vigentes⁷.

Com grande acuidade, Maria Celina Bodin de Moraes e Ana Carolina Brochado Teixeira⁸ expõem:

O art. 227 da Constituição Federal de 1988 é fruto de uma “virada hermenêutica” sobre a concepção da relevância dos direitos da criança e do adolescente. Tanto que é inovador quanto ao tratamento da população infantojuvenil por uma Constituição, pois dedica à criança e ao adolescente um dos mais expressivos textos consagradores de direitos fundamentais da pessoa humana, cujo conteúdo foi, posteriormente, explicitado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/1990 (v. art. 3º). Ele é fruto das conquistas infanto juvenis do século XX, pois foi nesse período que ocorreu “a descoberta, valorização, defesa e proteção da criança”, além de terem sido formulados “os seus direitos básicos, reconhecendo-se, com eles, que a criança é um ser humano especial, com características específicas, e que têm direitos próprios

O Estatuto da Criança e do Adolescente possibilitou mais do que simples mudanças conceituais. Em verdade, ele representa uma importante ferramenta de transformação da própria sociedade. Até então, crianças e adolescentes estavam inseridos em uma realidade muito aquém de suas necessidades.

1.2. Princípios norteadores

⁷ Imperioso registrar que o vocábulo “menor” passou a ser inapropriado para designar crianças e adolescentes, pois é considerado um conceito estigmatizante que remete a ultrapassada doutrina da situação irregular.

⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de; TEXEIRA, Ana Carolina Brochado. Comentários ao artigo 227. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 2.126.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo preleciona Andréa Rodrigues Amin⁹, “é um sistema aberto de regras e princípios”. Ao distingui-los, ela sustenta que as regras fornecem a segurança necessária para que a conduta seja delimitada, enquanto os princípios, além de fundamentá-las, expressam valores relevantes e exercem uma função de integração sistêmica.

É importante intercalar, nessa perspectiva, a imprescindível aplicação dos princípios norteadores do Direito da Criança e do Adolescente para que seja viável sua efetiva concretização.

1.2.1. Doutrina da proteção integral

Para a melhor compreensão dessa concepção basilar que orienta o Direito da Criança e do Adolescente, é crucial estabelecer o significado da palavra doutrina. Assim, de acordo com Aurélio Buarque de Holanda Ferreira¹⁰, doutrina “é o conjunto de princípios que servem de base a um sistema religioso, político, filosófico, científico, etc.”.

Dessa conceituação infere-se que a Doutrina da Proteção Integral nada mais é do que um conjunto de princípios e regras que serve de alicerce para garantir às crianças e aos adolescentes o resguardo de suas necessidades afetivas e de seus direitos fundamentais.

Acentua-se, por oportuno, que as crianças e os adolescentes merecem uma proteção especial no que tange aos seus direitos porque são pessoas que ainda estão em processo de formação e, por isso, não são capazes de prover – por si só – suas necessidades mais básicas. Ademais, por eles não terem o devido conhecimento acerca dos seus direitos, não possuem os meios necessários para reivindicá-los de forma justa.

⁹ AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**. 4.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 19.

¹⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda (Novo dicionário aurélio de língua portuguesa) *apud* MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**. 4.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 11.

A Doutrina da Proteção Integral, na verdade, representou o início de uma nova perspectiva. No dizer de Andréa Rodrigues Amin¹¹:

Com ela [Doutrina da Proteção Integral], constrói-se um novo paradigma para o direito infanto-juvenil. Formalmente, sai de cena a Doutrina da Situação Irregular, de caráter filantrópico e assistencial, com gestão centralizadora do Poder Judiciário, a quem cabia a execução de qualquer medida referente aos menores que integravam o binômio abandono-delinquência.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Resolução nº 44 de 1989, foi o primeiro documento no âmbito internacional que adotou a referida doutrina como pilar do Direito da Criança e do Adolescente. Interessante trazer a lume as ponderações do seu artigo 19:

Artigo 19.

1. Os Estados Partes adotarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela.

2. Essas medidas de proteção deveriam incluir, conforme apropriado, procedimentos eficazes para a elaboração de programas sociais capazes de proporcionar uma assistência adequada à criança e às pessoas encarregadas de seu cuidado, bem como para outras formas de prevenção, para a identificação, notificação, transferência a uma instituição, investigação, tratamento e acompanhamento posterior dos casos acima mencionados de maus tratos à criança e, conforme o caso, para a intervenção judiciária.

A atual Constituição Federal, em vigor desde 1988, acompanhando os mesmos preceitos dispostos na supracitada Convenção, reconhece que crianças e adolescentes inspiram cuidados especiais e busca conferir uma proteção plena a eles. Esse sistema de proteção especial encontra-se disposto no artigo 227 da Carta Constitucional¹², porém não se restringe apenas às garantias ali previstas¹³. Diante desse novo panorama, regulamentando o mencionado

¹¹ AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**. 4.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 9.

¹² A Constituição da República Federativa do Brasil, ao conferir uma sistemática protetiva às crianças e adolescentes, baseou-se no texto do projeto da Convenção sobre os Direitos da Criança. Consequentemente, tendo em vista a data da promulgação da Carta Constitucional, tais conquistas foram incorporadas ao ordenamento jurídico nacional antes mesmo de a citada Convenção ser aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, o que somente ocorreu em 1989.

¹³ Os direitos conferidos às crianças e aos adolescentes encontram-se dispersos por todo o ordenamento jurídico brasileiro. Em especial, o Estatuto da Criança e do Adolescente versa sobre os direitos fundamentais dessas pessoas em processo de formação no seu Título II (artigos 7º ao 69). Indiscutivelmente, todos esses direitos são de extrema importância para o pleno desenvolvimento dessas pessoas.

dispositivo constitucional e contemplando a Doutrina da Proteção Integral já em seu primeiro artigo, adveio o Estatuto da Criança e do Adolescente.

A partir desses dois marcos, finalmente, o ordenamento jurídico brasileiro deixou de conceber crianças e adolescentes como meros objetos de direitos, passando a contemplá-los como sujeitos de direitos. Isto é, crianças e adolescentes deixaram de ser vistos como um problema de segurança pública e passaram a ser encarados como titulares de direitos fundamentais.¹⁴

Endossando essa ideia, convém franquear-se espaço às bem traçadas linhas lavradas por Munir Cury, Jurandir Norberto Marçura e Paulo Afonso Garrido de Paula¹⁵:

A proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado. Rompe com a idéia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento.

Assim, por meio dessa doutrina basilar, asseguram-se à pessoa em formação os mesmos direitos fundamentais salvaguardados aos adultos, além de direitos específicos que possibilitam o seu desenvolvimento com qualidade de vida e educação. Sublinha-se que a responsabilidade de resguardar esses direitos é fragmentada, de maneira solidária, entre a família, a sociedade e o Estado.

1.2.2. Princípio da prioridade absoluta

O princípio da prioridade absoluta, insculpido no artigo 227 da Constituição Federal e no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁶, tem o condão de auxiliar a efetivação da

¹⁴ Antigamente, durante a vigência dos antigos Códigos de Menores, crianças e adolescentes (conhecidos como “menores”) eram considerados meros destinatários de proteção estatal. O que existia, à época, era uma política de proteção à sociedade. Constata-se, todavia, que aqueles “menores” tutelados pelos antigos diplomas legislativos eram, na verdade, vítimas da falta de uma real proteção.

¹⁵ CURY, Munir; MARÇURA, Jurandir Norberto; PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Estatuto da criança e do adolescente anotado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 21.

¹⁶ O Estatuto da Criança e do Adolescente enumera no *caput* do seu artigo 4º os mesmos direitos fundamentais assegurados pelo *caput* do artigo 227 da Carta Constitucional.

Doutrina da Proteção Integral¹⁷. Wilson Donizete Liberati¹⁸, ao tratar sobre a temática, esboça a seguinte observação:

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 [...]. Por absoluta prioridade, entende-se que, na área administrativa, enquanto não existem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes, dignas moradias e trabalho, não se deveria asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos artísticos, etc., porque a vida, a saúde, o lar, a prevenção de doenças são mais importantes que as obras de concreto que ficam para demonstrar o poder do governante.

Consiste, portanto, em um princípio que defende a primazia incondicional da satisfação dos direitos da criança e do adolescente, em respeito à condição peculiar de pessoa em formação e sua conseqüente fragilidade físico-psíquica.

Almejando salvaguardar a garantia de prioridade exigida pela Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente elenca quatro preceitos indispensáveis¹⁹, quais sejam: (i) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; (ii) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; (iii) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; e (iv) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Impende, por derradeiro, esclarecer que essa diretriz não ofende o princípio constitucional da isonomia, visto que trata crianças e adolescentes como iguais às demais pessoas na exata medida de suas diferenças. Sendo assim, o princípio da prioridade absoluta tem o simples intuito de promover o equilíbrio das necessidades, contribuindo para o pleno desenvolvimento dessas pessoas em formação.

¹⁷ “Devido à sua posição axiológica (valorativa), e à densidade de conteúdo, essas orientações de proteção e prioridade ocupam uma posição de destaque dentro dos princípios do direito da criança e do adolescente, denominando-se *metaprincípios*”. (CUNHA, Rogério Sanches; LÉPORE, Paulo Eduardo; ROSSATO, Luciano Alves. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 79).

¹⁸ LIBERATI, Wilson Donizete, 1991, p. 45 *apud* SILVEIRA, Mayra; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 34.

¹⁹ O aludido rol de preceitos, apresentado pelo parágrafo único do artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, não tem caráter exaustivo e permite uma interpretação mais ampla. Ressalva-se, todavia, que essa norma, assim como as demais, deve ser aplicada respeitando os limites da razoabilidade.

1.2.3. Princípio do melhor interesse

Historicamente, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente teve origem no instituto do *parens patriae*. Por meio desse instituto, utilizado na Inglaterra durante o século XIV, outorgava-se ao Estado a prerrogativa de proteção das pessoas tidas, juridicamente, como incapazes. Posteriormente, no século XVIII, houve uma cisão do instituto, distinguindo-se as atribuições conferidas à proteção da infância daquelas que se referiam à proteção dos loucos. Somente no século XIX, mais especificamente em 1836, é que esse princípio foi reconhecido pelo sistema jurídico inglês.

A comunidade internacional recepcionou o princípio do melhor interesse através da Declaração dos Direitos da Criança de 1959²⁰ e, por essa razão, já era adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro durante a vigência do Código de Menores de 1979²¹. Considerando o panorama da época, sob a égide da Doutrina da Situação Irregular, esse princípio só era aplicado aos “menores” que estivessem em situação irregular. Hodiernamente, entretanto, a aplicação do referido princípio foi ampliada e passou a englobar todas as crianças e adolescentes.

Sob a tônica do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, também conhecido como princípio do superior interesse, busca-se encontrar a alternativa mais apta a satisfazer os direitos da pessoa em desenvolvimento. Representa, com isso, um princípio que orienta, tanto o legislador como o aplicador da norma, a escolher a opção que melhor atenda aos interesses da criança e do adolescente. Logo, a primazia dos interesses e necessidades da criança e do adolescente é utilizada “como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para elaboração de futuras regras”²².

²⁰ Nos termos do segundo princípio inserido na Declaração dos Direitos da Criança de 1959, “a criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança”.

²¹ Art. 5º. Na aplicação desta Lei, a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado.

²² AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**. 4.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 28.

Oportuno ressaltar que a aplicação desse princípio deverá ser pautada na análise de um caso concreto, observando-se as determinações previstas na Constituição Federal, nos tratados internacionais e nos demais diplomas infraconstitucionais que resguardam as crianças e os adolescentes.

1.3. Convivência familiar

A concepção de família é variável no tempo e no espaço, posto que cada sociedade adota uma definição de família a depender do contexto histórico no qual esteja inserida. Nas civilizações antigas, por exemplo, sob o aspecto jurídico, a sociedade familiar era uma associação religiosa, e não uma associação natural²³, visto que a religião era a responsável por estabelecer as regras daquele período.

No Brasil, o conceito de família foi fortemente influenciado pelos modelos romano-germânico e canônico, tendo sofrido significativas transformações ao longo de sua história. Observa-se que a antiga visão patriarcal e hierarquizada da família, constituída apenas pelo casamento entre homem e mulher, cedeu espaço à uma conceituação mais abrangente e plural.

De modo geral, a família passou a ser considerada um grupo social amparado essencialmente nos vínculos de afetividade. Nessa perspectiva, Maria Helena Diniz²⁴ esclarece que se deve “vislumbrar na *família* uma possibilidade de convivência, marcada pelo afeto e pelo amor, fundada não apenas no casamento, mas também no companheirismo, na adoção e na monoparentalidade”. Ressalta, ainda, que a família “é o instrumento para a realização integral do ser humano”.

No ensejo de tais considerações, vale trazer à baila os ensinamentos de Maria Berenice Dias²⁵:

²³ AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**. 4.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 3

²⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 27. v. 5

²⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 42-43 (grifos da autora).

Nos dias de hoje, o que **identifica** a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um **vínculo afetivo** a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo. A família de hoje já não se condiciona aos paradigmas originários: **casamento, sexo e procriação**. [...]

O novo modelo da família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do **eudemonismo**, impingindo nova roupagem axiológica ao direito de família. [...] A família-instituição foi substituída pela **família-instrumento**, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, assim como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, reconhece a família como elemento natural e fundamental da sociedade, assegurando-lhe ampla proteção. Semelhante respaldo normativo é conferido à família pelo artigo 226, *caput* da Constituição Federal.

Ante a importância da família como sustentáculo da organização social, o ordenamento jurídico brasileiro salvaguarda às crianças e aos adolescentes o direito fundamental à convivência familiar²⁶. Em outras palavras, crianças e adolescentes têm direito a serem criados em um ambiente de respeito e afeto, no convívio de sua família natural²⁷, extensa²⁸ ou, excepcionalmente, substituta²⁹. Nessa linha de pensamento, o sexto princípio da Declaração dos Direitos da Criança assevera:

Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material, salvo circunstâncias excepcionais, a criança da tenra idade não será apartada da mãe. À sociedade e às autoridades públicas caberá a obrigação de propiciar cuidados especiais às crianças sem família e àquelas que carecem de meios adequados de subsistência. É desejável a prestação de ajuda oficial e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de famílias numerosas.

²⁶ O direito fundamental à convivência familiar é assegurado pelo artigo 227 da Constituição Federal e pelo artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

²⁷ Nos termos do artigo 25, *caput* do Estatuto da Criança e do Adolescente, “entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes”. Verifica-se, portanto, um enfoque consanguíneo nesse grupo familiar. Importante destacar que a expressão “natural” tem apenas o condão de diferenciar esse vínculo familiar da família substituta.

²⁸ O parágrafo único do artigo 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente, incluído pela Lei nº 12.010/09, conceitua família extensa (família ampliada) como sendo “aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade”.

²⁹ É constituída em razão do deferimento da guarda, tutela ou adoção de crianças e adolescentes.

Diante das considerações até aqui assentadas, infere-se que a convivência familiar é condição relevante para a proteção e o desenvolvimento de crianças e adolescentes, configurando-se, segundo as sábias palavras de Kátia Regina Maciel³⁰, “um porto seguro para a integridade física e emocional de toda criança e todo adolescente”.

1.4. Família substituta

Inicialmente, há de se sublinhar que a inserção de crianças e adolescentes em uma família substituta configura medida excepcional para garantir o direito à convivência familiar. Como regra, estipula-se que crianças e adolescentes cresçam e se desenvolvam no convívio de sua família natural. Contudo, existem situações nas quais a melhor solução para o bem-estar físico e psíquico da criança ou do adolescente é o afastamento desse núcleo familiar. A colocação em família substituta, portanto, possui natureza jurídica de medida de proteção (artigo 101, *inciso* IX do Estatuto da Criança e do Adolescente).

A legislação brasileira outorga aos pais o exercício exclusivo do chamado poder familiar³¹. Apesar de receber essa denominação, trata-se de um conjunto de direitos e deveres relacionados à pessoa e aos bens dos filhos, menores de dezoito anos e não emancipados, que deverá ser exercido respeitando o melhor interesse destes últimos e visando sua proteção. O exercício do poder familiar é extinto, por seu turno, em razão da morte dos pais ou quando o filho falece, emancipa-se, atinge a maioridade civil ou é adotado.

³⁰ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Direito fundamental à convivência familiar. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**. 4.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 76.

³¹ As Ordenações Filipinas e o Código Civil brasileiro de 1916 concebiam a figura paterna como chefe da família, cuja autoridade se sobrepunha a da figura materna. Seguindo a tradição patriarcal e de dominação do *patria potestas* (direito absoluto e ilimitado conferido ao *pater familias* sobre os filhos) do Direito Romano, o pátrio poder era um instituto exercido exclusivamente pelo pai. Posteriormente, com o advento da Lei nº 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada), concedeu-se à figura materna o direito de exercê-lo na qualidade de mera colaborada. Essa situação só foi totalmente modificada com a promulgação da Constituição Federal de 1988, segundo a qual pai e mãe devem exercê-lo em conjunto e de maneira equânime. A partir de então, o instituto deixou de ser regulamentado como um poder exercido pelos pais e passou a ser contemplado como um poder-dever em relação aos filhos. Em razão dessa mudança substancial, o Código Civil de 2002 suprimiu a expressão pátrio poder e a substituiu por poder familiar. Entretanto, essa alteração de nomenclatura somente foi promovida no Estatuto da Criança e do Adolescente com a edição da Lei nº 12.010/09.

Coadunando-se com os princípios basilares que norteiam o estudo das crianças e dos adolescentes, os pais poderão ser suspensos ou destituídos do poder familiar quando, por ação ou omissão, deixarem de cumprir com seus deveres e, por conseguinte, prejudicarem o desenvolvimento dos filhos. É errôneo defender o caráter punitivo dessas medidas excepcionais, cujo real objetivo é a preservação do interesse das crianças e dos adolescentes, protegendo-os de forma integral. Tendo em vista a gravidade da situação e suas consequências, a suspensão³² e a perda³³ do exercício do poder familiar somente ocorrerão mediante processo judicial.

A família, em conjunto com o Estado e a sociedade, tem o dever de zelar pelas crianças e adolescentes, protegendo-os de qualquer negligência, exploração, violência e discriminação. A partir do momento em que os direitos de uma criança ou de um adolescente passam a ser ameaçados ou violados no próprio seio familiar, essa família se torna inadequada para desempenhar sua função.

Ante a inviabilidade da permanência da criança ou do adolescente em sua família natural, faz-se necessário observar o procedimento legal³⁴ cabível para sua colocação em outra entidade familiar. Nessas circunstâncias, não sendo possível a reintegração da criança ou do adolescente no seio de sua família natural, o legislador dá preferência à sua inclusão na família extensa, privilegiando, com isso, o vínculo de afinidade e afetividade.

³² A suspensão do exercício do poder familiar encontra respaldo normativo no artigo 1.637 do Código Civil e possui natureza provisória, sendo restaurado o poder familiar assim que cessados os motivos que originaram a suspensão. Distingue-se da perda “pela graduação da gravidade das causas que as motivam e pela duração de seus efeitos. Se, por um lado, a suspensão é provisória e fixada ao critério arbitrio do Juiz, dependendo do caso concreto e no interesse do menor, a perda do poder familiar pode revestir-se de caráter irrevogável”. (MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Poder familiar. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**. 4.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 130).

³³ Em consonância com a regra insculpida no artigo 1.638 do Código Civil, a destituição do poder familiar será determinada pela autoridade judicial, de maneira imperativa, nas seguintes hipóteses: (i) imposição de castigo imoderado ao filho; (ii) abandono; (iii) prática de atos contrários à moral e aos bons costumes; (iv) reiteração nas faltas ensejadoras de suspensão.

³⁴ De modo geral, o procedimento para a inserção de crianças e adolescentes em um lar substituto está previsto desde o artigo 165 até o artigo 170 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Em suma, independentemente da espécie de colocação em família substituta, o legislador fixou os seguintes critérios mínimos: (i) oitiva da criança ou do adolescente, sempre que possível, levando em consideração sua opinião; (ii) consentimento do adolescente em audiência; (iii) observação do grau de parentesco e da relação de afinidade ou afetividade entre a criança ou o adolescente e os requerentes do pedido; (iv) colocação do grupo de irmãos, se possível, em uma mesma família substituta; (v) preparação gradativa prévia e o acompanhamento posterior da criança ou do adolescente, realizados por equipe interprofissional; (vi) observação das peculiaridades das crianças ou adolescentes indígenas; e (vii) oferecimento de ambiente familiar adequado, devendo o interessado não apresentar qualquer incompatibilidade com a medida.

Essencial sobrelevar que, em harmonia com o artigo 31 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a colocação de crianças e adolescentes em família substituta estrangeira somente é admissível na modalidade de adoção e quando esgotadas todas as possibilidades de inclui-los em família substitua no Brasil.

Guarda, tutela e adoção são institutos por meio dos quais crianças e adolescentes podem ser inseridos em um lar substituto. Maria Berenice Dias³⁵, sabiamente, chama atenção para a prudência que deve existir nesses procedimentos, pois, caso contrário, podem levar a um estado de insegurança e, conseqüentemente, gerar um sentimento de medo na criança ou no adolescente.

1.4.1. Guarda

A concepção de guarda como um direito-dever decorrente do exercício do poder familiar encontra-se disciplinada no Código Civil brasileiro³⁶. Trata-se de uma perspectiva diversa da que é perfilhada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (artigos 33 ao 35), nos termos do qual a guarda representa um instituto utilizado para promover a inserção de crianças e adolescentes em família substituta. O fato é que ambas as compreensões têm o escopo de garantir a proteção integral da pessoa em desenvolvimento.

Importante salientar que a concessão da guarda de crianças e adolescentes a terceiro não pressupõe a destituição ou a suspensão do poder familiar, diferenciando-se, nesse ponto, das demais modalidades de colocação em família substituta. Uma vez que a guarda pode perfeitamente coexistir com o exercício do poder familiar, o direito de visita dos pais e o seu dever de prestação de alimentos deverão ser preservados sempre que possível³⁷.

³⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 452.

³⁶ Malgrado a guarda seja exercida, via de regra, pelos pais, é primordial enfatizar que o instituto em debate não pode ser confundido com o do poder familiar. Apesar de ser um atributo do poder familiar, a guarda não se exaure nele. À vista disso, é perfeitamente possível existir situações nas quais ela seja exercida por pessoas que não detenham o poder familiar.

³⁷ O §4º, do artigo 33, do Estatuto da Criança e do Adolescente, com redação incluída pela Lei nº 12.010/09, preconiza que “salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público”.

O guardião, ao assumir a responsabilidade sobre uma criança ou um adolescente, compromete-se a prestar assistência moral, educacional e material, tendo legitimidade para opor-se a terceiros, inclusive aos pais. Além do mais, consoante se depreende da leitura do §3º, do artigo 33, do Estatuto da Criança e do Adolescente, o deferimento da guarda confere às crianças e aos adolescentes a condição de dependente do seu guardião, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

A seguir, centrar-se-ão luzes nas modalidades de guarda previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, discorrendo acerca dos motivos que podem dar ensejo à expedição do termo de guarda pela autoridade judiciária³⁸.

Nos moldes do que proclama o artigo 33, §1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, o instituto da guarda se destina a regularizar a posse de fato de crianças e adolescentes. Isto porque, comumente, o que se observa na sociedade são crianças e adolescentes sob os cuidados de pessoas que não detêm autorização judicial, tão pouco atribuição legal, para tanto. Enquanto essa situação não for regularizada perante o Poder Judiciário, não são produzidos efeitos no mundo jurídico.

O supracitado dispositivo legal versa, também, sobre a guarda provisória. Essa modalidade de guarda é deferida aos interessados por meio de medida liminar judicial ou incidentalmente no curso dos processos de tutela ou de adoção. Tal medida é de extrema importância para as crianças e os adolescentes envolvidos, pois eles precisam se integrar ao novo seio familiar, adaptando-se ao lar que os acolheram³⁹. No entanto, a guarda provisória jamais poderá ser concedida em processos de adoção cujos interessados sejam estrangeiros⁴⁰.

³⁸ A autoridade judiciária é a única competente para expedição do termo de guarda.

³⁹ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Guarda como colocação em família substituta. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**. 4.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 157.

⁴⁰ “Note-se que há clara preocupação com a retirada precoce da criança e do adolescente do país, haja vista a guarda representar a regularização da posse da criança ou do adolescente, situação bastante para que estrangeiros conseguissem retirar do país a pessoa em desenvolvimento antes mesmo do final do processo de adoção.”. (CUNHA, Rogério Sanches; LÉPORE, Paulo Eduardo; ROSSATO, Luciano Alves. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 180).

A guarda ainda poderá ser deferida, conforme expõe o §2º, do artigo 33, do Estatuto da Criança e do Adolescente, como medida excepcional para atender a situações peculiares e para suprir eventual ausência dos pais ou responsável⁴¹, conferindo ao guardião o direito de representação da criança ou do adolescente na prática dos atos da vida civil.

No que diz respeito aos programas de acolhimento de crianças e adolescentes afastados do convívio familiar, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a concessão da guarda como alternativa ao acolhimento institucional. Nesses casos, uma família previamente cadastrada no programa de acolhimento familiar recebe a criança ou o adolescente sob a forma de guarda, responsabilizando-se temporariamente por essa pessoa em desenvolvimento. Em consonância com o artigo 227, §3º, *inciso* VI da Carta Constitucional e o artigo 34 do Estatuto da Criança e do Adolescente, esse acolhimento sob a forma de guarda deverá ser estimulado pelo Poder Público por meio de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios.

Por ser um instituto que não se propõe a ser definitivo, possuindo um caráter precário, a guarda pode ser modificada ou revogada a qualquer tempo, buscando atender ao melhor interesse da criança ou do adolescente. Contudo, para que isso seja possível, é imprescindível que haja a fundamentação judicial e a manifestação do Ministério Público, na qualidade de órgão fiscalizador da lei.

Impende realçar, por último, a impossibilidade de se conceder a guarda nos casos em que for requerida para fins exclusivamente econômicos. A título exemplificativo, pode-se mencionar as hipóteses em que a guarda é pleiteada com o único fito de transformar a criança ou o adolescente em dependente do requerente junto à Previdência Social ou a convênios médicos. A dependência das crianças e dos adolescentes é uma consequência do deferimento do instituto em debate, mas jamais deve ser a razão determinante para sua origem⁴². O ordenamento jurídico não compactua com essas deturpações do instituto da guarda.

⁴¹ À guisa de ilustração, pode-se citar o caso hipotético no qual os pais precisam se ausentar temporariamente do local de seu domicílio, tendo em vista uma oportunidade de trabalho, porém, em razão do calendário escolar, decidem deixar seu filho sob a guarda de um terceiro.

⁴² GUARDA DE MENOR PELA AVÓ. FINS PREVIDENCIÁRIOS. PRECEDENTES DA CORTE.

1. São inúmeros os precedentes da Corte no sentido de que a “conveniência de garantir benefício previdenciário ao neto não caracteriza a situação excepcional que justifica nos termos do ECA (art. 33, parágrafo 2º), o deferimento de guarda à avó” (REsp nº 82.474/RJ, de minha relatoria, DJ de 29/9/97). 2. Recurso especial não conhecido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Recurso Especial nº 696.204/RJ. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. **Pesquisa de jurisprudência**, Brasília, 21 de junho de 2005.

1.4.2. Tutela

O Estatuto da Criança e do Adolescente, ao prever a tutela como instituto voltado a colocação de crianças e adolescentes em família substituta, remete a matéria para o Código Civil brasileiro (artigos 1.728 ao 1.766), restringindo-se a uma breve exposição (artigos 36 ao 38).

Atentando-se para a condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, crianças e adolescentes precisam de alguém que os protejam e administre seus bens, uma vez que não possuem plena capacidade para praticarem sozinho atos da vida civil. Via de regra, por meio do poder familiar outorgado pelo Estado, são os pais que assumem tais encargos. Entretanto, quando crianças e adolescentes não estão amparados pelo poder familiar, faz-se necessário que um terceiro se responsabilize por eles.

Nesse diapasão, o instituto da tutela tem o propósito de resguardar crianças e adolescentes nas circunstâncias em que não há o exercício do poder familiar, conferindo ao tutor o dever de guarda e o direito de representação da criança ou do adolescente não emancipado⁴³. À vista disso, essa medida de proteção cessará, dentre outras possibilidades, quando o tutelado se tornar civilmente capaz de manter-se sozinho e administrar seu patrimônio – ao completar dezoito anos de idade ou se emancipar – ou nos casos em que esteja novamente sob o exercício do poder familiar. Ademais, o tutor deverá ser destituído sempre que descumprir injustificadamente seus deveres.

Diferenciando-se pela forma empregada para nomeação do tutor, são admitidas três espécies de tutela no ordenamento jurídico brasileiro: (i) tutela testamentária; (ii) tutela legítima; e (iii) tutela dativa.

Consoante regra contemplada no artigo 1.729 do Código Civil, por meio de testamento

Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=696204&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 20 abr. 2017).

⁴³ O instituto da tutela é mais abrangente do que o da guarda. Em síntese, a tutela possibilita que um terceiro administre não só os interesses da criança ou do adolescente, mas também seus bens. Na guarda, diferentemente, o direito de representação só é permitido em algumas hipóteses estabelecidas na lei. Ademais, fundamental destacar que a tutela não pode coexistir com o exercício do poder familiar e, por isso, para que seja deferida, pressupõe-se que os pais faleceram, foram declarados ausentes ou tiveram o poder familiar destituído (ou, ao menos, suspenso).

ou outro documento autêntico, os pais podem indicar uma pessoa para exercer a tutela de seus filhos e, caso não haja um consenso entre eles, caberá a autoridade judicial decidir esse impasse. Esclarece-se que a nomeação não produzirá efeitos enquanto houver o exercício do poder familiar. De modo diverso, na tutela legítima, a nomeação do tutor observa a ordem de preferência definida pela lei (artigo 1.731 do Código Civil)⁴⁴. Ainda assim, em ambas as hipóteses, o exercício da tutela dependerá de chancela judicial, fazendo-se necessário verificar se o indicado a tutor preencheu os requisitos necessários a proporcionar um ambiente familiar adequado.

Subsidiariamente, não sendo possível verificar no caso concreto a tutela testamentária ou a tutela legítima, a autoridade judicial será competente para nomear uma pessoa idônea e residente no domicílio da criança ou do adolescente para assumir o encargo de sua tutela. Chama-se de tutela dativa, portanto, aquela que decorre de designação judicial.

Por se tratar de um *mínus público*, a tutela somente pode ser recusada pelo indivíduo nomeado quando houver respaldo legal⁴⁵. Acentua-se, todavia, não ser muito adequado conceder a tutela de uma criança ou um adolescente a alguém que não esteja realmente interessado em assumir tal responsabilidade. Alinhando-se a esse posicionamento, Josiane Veronese e Mayra Silveira⁴⁶ frisam:

Ademais, apesar das restrições serem expressas, não é conveniente destinar a tutela de uma criança ou um adolescente a pessoa não interessada. Os deveres de guarda e educação inerentes da tutela não seriam bem exercidos por quem não nutrisse qualquer sentimento de carinho pelo tutelado; ao contrário, uma vez que lhe foi imposto contra

⁴⁴ Art. 1.731. Em falta de tutor nomeado pelos pais incumbe a tutela aos parentes consanguíneos do menor, por esta ordem:

I - aos ascendentes, preferindo o de grau mais próximo ao mais remoto;

II - aos colaterais até o terceiro grau, preferindo os mais próximos aos mais remotos, e, no mesmo grau, os mais velhos aos mais moços; em qualquer dos casos, o juiz escolherá entre eles o mais apto a exercer a tutela em benefício do menor.

⁴⁵ Art. 1.736. Podem escusar-se da tutela:

I - mulheres casadas;

II - maiores de sessenta anos;

III - aqueles que tiverem sob sua autoridade mais de três filhos;

IV - os impossibilitados por enfermidade;

V - aqueles que habitarem longe do lugar onde se haja de exercer a tutela;

VI - aqueles que já exercerem tutela ou curatela;

VII - militares em serviço.

Art. 1.737. Quem não for parente do menor não poderá ser obrigado a aceitar a tutela, se houver no lugar parente idôneo, consanguíneo ou afim, em condições de exercê-la.

⁴⁶ SILVEIRA, Mayra; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 102.

sua vontade, haveria sim um sentimento de repulsa. O instituto da tutela, de acordo com o espírito do Estatuto da Criança e do Adolescente, tem como fim maior garantir o direito à convivência familiar a meninos e meninas. Assim, preservando o maior interesse do tutelado, não é apropriado que lhe submete à tutela de alguém que não demonstre interesse.

Cumpra registrar, por fim, que o legislador, com vistas a assegurar o melhor interesse das crianças e adolescentes, elenca no artigo 1.735 do Código Civil algumas pessoas que não possuem legitimidade para exercer a tutela.

1.4.3. Adoção

O instituto da adoção, diferentemente das demais modalidades de colocação de crianças e adolescentes em família substituta, atribui a uma pessoa a condição de filho para todos os efeitos. Em suma, como bem ressalta Maria Berenice Dias⁴⁷, “a adoção constitui um parentesco eletivo, pois decorre exclusivamente de um ato de vontade” e “consagra a paternidade socioafetiva, baseando-se não em fator biológico, mas em fator sociológico”.

Uma vez mais, convém ponderar que o ordenamento jurídico brasileiro prioriza a manutenção de crianças e adolescentes no convívio de sua família natural ou extensa, motivo pelo qual só devem ser encaminhados à adoção em caráter excepcional.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a consagração da doutrina da proteção integral das crianças e adolescentes, estabeleceu-se a isonomia entre os filhos independentemente da origem da filiação. Nesse sentido, em conformidade com o artigo 227, §6º da Carta Magna e o artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente, proíbem-se quaisquer designações discriminatórias em relação à filiação, assegurando-se ao filho adotivo⁴⁸ os mesmos direitos e deveres destinados ao filho biológico.

Nessa linha de argumentação, a consequência advinda da criação de um novo vínculo jurídico de filiação entre o adotante e o adotando é a ruptura de todos os laços existentes com a família natural, salvo no tocante aos impedimentos matrimoniais. O falecimento dos adotantes

⁴⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 483.

⁴⁸ Maria Berenice Dias, citando Paulo Lôbo, destaca que o termo “filho adotivo” deve ser trocado pela expressão “filho por adoção”, haja vista a nova visão estabelecida. (Ibid., p. 484).

não é capaz de restabelecer o poder familiar dos pais naturais, porquanto o instituto da adoção é irrevogável⁴⁹. Ressalta-se, ainda, que devido à extinção do poder familiar, o adotado não possui direitos sucessórios em relação aos bens deixados pelos pais biológicos.

Além de ser excepcional e irrevogável, a adoção é um ato personalíssimo. Por essa razão, o Estatuto da Criança e do Adolescente veda a adoção por procuração (artigo 39, §2º). O adotante não pode ser representado por outrem ao longo do processo judicial, uma vez que se faz imprescindível a existência de um contato pessoal com a criança ou o adolescente. Galdino Bordallo⁵⁰ acrescenta:

A importância da adoção é tanta para as pessoas envolvidas, por tratar-se, acima de tudo, de um ato de amor, que deve ser demonstrado para o Poder Público, a fim de obter sua chancela, sendo imprescindível que os adotantes se façam presentes no ato. É preciso que o Estado se convença da presença do sentimento justificativo de tão importante passo, a assunção de um filho.

O estágio de convivência, cujo intuito é proporcionar a adaptação recíproca entre adotante e adotando, deverá ser fixado a critério do juiz, levando-se em consideração as singularidades do caso concreto, e será acompanhado por equipe interprofissional. Tal exigência somente poderá ser dispensada nos casos em que a criança ou o adolescente já se encontre sob a guarda⁵¹ ou a tutela do adotante, por período suficiente para averiguar a conveniência da constituição do vínculo de filiação.

Para que a adoção seja concedida, além da precedência de estágio de convivência e comprovação de estabilidade familiar, exigem-se o prévio cadastramento⁵² das pessoas interessadas na adoção e o consentimento dos pais do adotando, salvo quando forem

⁴⁹ De fato, o vínculo não poder ser dissolvido após o trânsito em julgado da sentença que deferiu a adoção. No entanto, isso não significa afirmar que os adotantes não estejam sujeitos à perda ou suspensão do poder familiar. Oportuno destacar que o artigo 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente também é aplicável aos “pais adotivos”.

⁵⁰ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**. 4.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 204.

⁵¹ Pela redação do §2º, do artigo 46, do Estatuto da Criança e do Adolescente, a simples guarda de fato – aquela que não foi deferida pela autoridade judicial – não autoriza, por si só, a dispensa do estágio de convivência.

⁵² De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, em cada comarca ou foro regional deverá existir um cadastro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas que desejam adotar. O objetivo desses cadastros é justamente organizar a apuração dos requisitos e tornar o processo mais célere. A dispensa da prévia inscrição nesses cadastros, portanto, somente é admitida nas hipóteses elencadas no §13 do artigo 50 do referido diploma normativo.

desconhecidos ou destituídos do poder familiar. Vale ressaltar que a diferença de idade entre o adotante e o adotando não pode ser inferior a dezesseis anos.

Segundo a concepção perfilhada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, pretendendo evitar uma confusão nas relações de parentesco, veda-se a adoção por ascendentes e irmãos. Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça⁵³ admitiu, excepcionalmente, a adoção de neto pelos avós, tendo em vista as particularidades do caso concreto. Outrossim, os tutores também não poderão pleitear a adoção de seus pupilos enquanto não tiverem prestado contas de sua administração.

No que se refere ao estado civil do candidato à adoção, o Estatuto da Criança e do Adolescente não proíbe a adoção por pessoas solteiras. Porém, para que seja viável a adoção conjunta, os adotantes precisam ser casados ou conviver em união estável. Excepcionalmente, respeitadas as condições do artigo 42, §4º do aludido diploma legal e demonstrado o efetivo benefício aos interesses do adotando, os divorciados, os separados judicialmente e os ex-companheiros poderão adotar conjuntamente.

Não se pode esquecer que o ordenamento jurídico brasileiro admite, também, outras três modalidades de adoção, quais sejam: (i) adoção unilateral; (ii) adoção póstuma; e (iii) adoção internacional⁵⁴. A primeira ocorre quando o vínculo de filiação é mantido com um dos pais biológicos, sendo a hipótese mais comum aquela na qual o cônjuge ou companheiro adota o filho do outro. Já a segunda, como o próprio nome alude, dá-se quando o adotante falece no curso do processo judicial, após ter manifestado de maneira inequívoca sua vontade de adotar. A última, por seu turno, acontece nas hipóteses em que o adotante, ainda que brasileiro, seja residente ou domiciliado em país estrangeiro.

Depreende-se dos argumentos até aqui expostos que a adoção é, indiscutivelmente, a forma mais abrangente dentre as modalidades de colocação de crianças e adolescentes em família substituta.

⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo nº 551. **Informativo de jurisprudência**. Disponível em < <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em 05 mai. 2017.

⁵⁴ A modalidade internacional de adoção encontra-se disciplinada do artigo 51 ao artigo 52-D do Estatuto da Criança e do Adolescente, possuindo inúmeras peculiaridades que não são objeto de exame do presente trabalho. A Lei nº 12.010/09 é de suma importância nesse aspecto porque adequou os termos das normas estatutárias à Convenção de Haia, relativa à proteção das crianças e à cooperação em matéria de adoção internacional.

2. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL E O BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DE PENSÃO POR MORTE

A Seguridade Social, conceituada pelo artigo 194, *caput* da Constituição Federal⁵⁵, pretende assegurar os direitos sociais relativos à saúde, assistência social e previdência social. Nessa perspectiva, Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari⁵⁶ esclarecem:

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu o sistema de Seguridade Social, como objetivo a ser alcançado pelo Estado brasileiro, atuando simultaneamente nas áreas da saúde, assistência social e previdência social, de modo que as contribuições sociais passaram a custear as ações do Estado nestas três áreas, e não mais somente no campo da Previdência Social.

À vista disso, a previdência social nada mais é do que um seguimento da Seguridade Social – o único com caráter contributivo – cujo objetivo consiste em oferecer cobertura aos seus beneficiários, acometidos por alguma contingência da vida, subdividindo-se em previdência básica e previdência complementar⁵⁷.

Insta salientar que o estudo do presente trabalho se aterá, doravante, à previdência básica, mais especificamente ao Regime Geral da Previdência Social, cujo respaldo constitucional encontra-se previsto no artigo 201 da Carta Magna. Em síntese, este regime é direcionado às pessoas que não possuem um regime próprio de previdência social, sendo composto por prestações pecuniárias (benefícios) e não pecuniárias (serviços). A partir de 1990, o aludido regime passou a ser administrado por uma autarquia federal, denominada Instituto Nacional do Seguro Social.

2.1. Beneficiários do Regime Geral da Previdência Social

⁵⁵ Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

⁵⁶ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 18.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 45.

⁵⁷ Cumpre frisar que a previdência social básica é obrigatória, pública e limitada a um teto, enquanto a previdência complementar tem caráter facultativo, é privada e não possui qualquer limitação a um teto máximo.

Como é cediço, os beneficiários do Regime Geral da Previdência Social são classificados em segurados e dependentes. À medida que os segurados são conhecidos como beneficiários diretos por se vincularem à previdência por direito próprio, os dependentes são considerados beneficiários indiretos, tendo em vista que sua relação com a autarquia previdenciária é estabelecida por intermédio do segurado do qual possua dependência econômica.

No presente estudo, a espécie de beneficiários sobre a qual recai maiores atenções é a dos dependentes. Imperioso, por oportuno, sobrelevar que os dependentes só têm direito à obtenção dos serviços social e de reabilitação profissional, além dos benefícios previdenciários de auxílio-reclusão e de pensão por morte. A Lei nº 8.213/91 trata sobre a relação de dependentes do segurado do Regime Geral da Previdência Social em seu artigo 16, classificando-os em três categorias.

A primeira classe de dependentes é formada pelo cônjuge, companheiro(a) e filhos não emancipados, menores de vinte e um anos de idade ou que possuam alguma invalidez⁵⁸, deficiência intelectual, mental ou grave. Pela atual redação do §2º do supracitado artigo, para fins previdenciários, crianças e adolescentes sob tutela e enteados são equiparados aos filhos do segurado. Os pais do segurado, por seu turno, participam da segunda classe de dependentes. A terceira e última classe é composta pelos irmãos do segurado, os quais necessitam ostentar as mesmas condições exigidas para que um filho seja considerado dependente.

Com o escopo de regulamentar a divisão do benefício de titularidade dos dependentes, a legislação previdenciária designou uma hierarquia entre as categorias. Nesse sentido, previu-se que a existência de dependentes integrantes de uma classe exclui da partilha os que pertencem à classe subsequente. Os dependentes de mesma categoria, por sua vez, concorrem em condições de igualdade, devendo o benefício ser dividido em cotas iguais. Ressalva-se, contudo, ser impossível a transferência do benefício para aqueles que foram preteridos pela ordem legal, em razão de estarem inseridos em classe posterior, após cessadas as cotas individuais dos dependentes da mesma classe.

⁵⁸ Importa destacar que a referida invalidez não tem qualquer relação com a capacidade civil do indivíduo, indicando, apenas, a impossibilidade de a pessoa trabalhar para prover seu próprio sustento.

Opondo-se a essas regras, posiciona-se Fábio Zambitte Ibrahim⁵⁹:

Em um ordenamento jurídico que é centrado na dignidade da pessoa humana, a existência de dependentes de segunda e terceira classes é absurda e anacrônica. Entendo que melhor seria a extinção das classes, com os mesmos dependentes em pé de igualdade, todos com direito à uma fração idêntica, desde que comprovada, em qualquer hipótese, a dependência econômica.

Conforme preconiza o §4º, do artigo 16, da Lei nº 8.213/91, somente os dependentes inseridos na primeira categoria possuem dependência econômica presumida em relação ao segurando falecido ou recolhido à prisão. Em que pese equiparados a filhos concorram entre os dependentes da primeira categoria, a legislação impõe a comprovação de sua dependência econômica para que, dessa forma, obtenham o benefício previdenciário pretendido.

2.2. Considerações gerais acerca do benefício previdenciário de pensão por morte

Trata-se de um benefício previdenciário de prestação continuada concedido ao conjunto de dependentes do segurado do Regime Geral da Previdência Social, cuja finalidade é substituir a remuneração do segurado instituidor do benefício. A pensão por morte extrai seu fundamento constitucional de validade do artigo 201, *inciso V*, da Constituição Federal⁶⁰, além de ser regulada pela Lei nº 8.213/91 (artigos 74 ao 79) e pelo Decreto nº 3.048/99 (artigos 105 ao 115).

O benefício em questão tem como fato gerador a morte do segurado, seja ela real ou presumida. No que concerne à morte real, o óbito da pessoa natural é comprovado pela existência de seu cadáver, sendo atestado por um médico especialista ou, em sua ausência, por duas testemunhas que levarão o fato a registro. Tendo em vista que o Código Civil não estipula um critério para aferir o momento exato da morte e levando em consideração o advento da Lei

⁵⁹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 20.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 525.

⁶⁰ Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

[...]

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

nº 9.434/97 (Lei dos Transplantes de Órgãos), segundo a concepção atual brasileira, utiliza-se a morte encefálica como marco do óbito.

A legislação previdenciária, com o intuito de respaldar os dependentes nas hipóteses de ausência⁶¹ ou desaparecimento⁶² do segurado, reconhece a morte presumida. Esta, por sua vez, recebe tal denominação por não se ter certeza sobre o falecimento da pessoa natural, posto que não foi possível encontrar ou identificar seu cadáver.

A ausência do segurado para efeitos previdenciários, de acordo com o disposto no *caput* do artigo 78 da Lei nº 8.213/91, poderá ser declarada judicialmente⁶³ após transcorridos seis meses sem que haja qualquer notícia sobre o mesmo. A morte presumida do segurado, nesta circunstância, resta configurada com a decisão judicial que declara sua ausência.

Em sentido contrário, nos casos de desaparecimento do segurado devido à ocorrência de acidente, desastre ou catástrofe, o §1º do mencionado dispositivo legal dispensa as exigências de declaração judicial e decurso do prazo de seis meses. Torna-se suficiente, portanto, a apresentação de prova documental, testemunhal e/ou pericial acerca do desaparecimento do segurado perante o próprio Instituto Nacional do Seguro Social. Considera-se a data da ocorrência do evento como sendo a data do óbito do segurado.

Diante das considerações assentadas, é notório que o Direito Previdenciário confere ao instituto da morte presumida tratamento diverso daquele despendido no Direito Civil, possuindo, inclusive, um procedimento mais célere.

À guisa de compreensão, no âmbito do Direito Previdenciário, o estatuto jurídico do benefício é formado pela lei vigente à época em que forem preenchidas as condições necessárias

⁶¹ A legislação civil concebe o instituto da ausência como sendo um estado de fato, no qual a pessoa desaparece de seu domicílio sem deixar notícias de seu paradeiro e sem constituir um representante ou procurador.

⁶² O instituto do desaparecimento, por seu turno, é caracterizado nos casos em que a pessoa esteja envolvida em situações que representem enorme perigo para sua vida.

⁶³ À luz do posicionamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no exame do Conflito de Competência nº 130.296, o reconhecimento da morte presumida para fins previdenciários é de competência da Justiça Federal. A doutrina e a jurisprudência evidenciam que essa declaração de ausência com escopo de obtenção de benefício previdenciário não pode ser confundida com a que é regida pela legislação cível, cuja competência pertence a Justiça Comum Estadual.

para sua concessão, em observância ao princípio do *tempus regit actum*⁶⁴. Desse modo, considerando o fato gerador da pensão por morte, o regime jurídico que rege o aludido benefício previdenciário é aquele vigente na data do óbito do segurado instituidor. Seguindo essa linha de pensamento, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 340.

2.2.1. Requisitos para a concessão

A concessão do benefício previdenciário de pensão por morte está condicionada à comprovação da qualidade de segurado do instituidor da pensão no momento de seu falecimento. De acordo com a legislação previdenciária, mantém-se a qualidade de segurado enquanto o indivíduo estiver exercendo sua atividade laborativa ou, em casos de segurados facultativos, recolhendo contribuições para a previdência social. O artigo 15 da Lei nº 8.213/91⁶⁵, todavia, elenca circunstâncias nas quais a qualidade de segurado é mantida em caráter extraordinário, o chamado período de graça⁶⁶.

Ainda que o óbito do indivíduo ocorra após a perda de sua qualidade de segurado, excepcionando a supracitada regra, a legislação previdenciária resguarda o direito dos dependentes ao recebimento do benefício em comento, desde que o *de cuius* tivesse direito

⁶⁴ De acordo com o princípio do *tempus regit actum*, os atos jurídicos são regidos pela lei vigente à época em que ocorreram.

⁶⁵ Art. 15. Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:

I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício;

II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;

III - até 12 (doze) meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória;

IV - até 12 (doze) meses após o livramento, o segurado retido ou recluso;

V - até 3 (três) meses após o licenciamento, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar;

VI - até 6 (seis) meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo.

§ 1º O prazo do inciso II será prorrogado para até 24 (vinte e quatro) meses se o segurado já tiver pago mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado.

§ 2º Os prazos do inciso II ou do § 1º serão acrescidos de 12 (doze) meses para o segurado desempregado, desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

§ 3º Durante os prazos deste artigo, o segurado conserva todos os seus direitos perante a Previdência Social.

§ 4º A perda da qualidade de segurado ocorrerá no dia seguinte ao do término do prazo fixado no Plano de Custeio da Seguridade Social para recolhimento da contribuição referente ao mês imediatamente posterior ao do final dos prazos fixados neste artigo e seus parágrafos.

⁶⁶ “[...]. Nesse período, continua amparado pelo Regime – bem como seus dependentes – em caso de infortúnios, mesmo não estando a exercer atividade que o enquadre como segurado obrigatório, nem contribuir mensalmente, como facultativo; [...]”. (CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 18.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 195).

adquirido a outro benefício previdenciário. Adotando essa posição, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 416⁶⁷.

Para que a pensão por morte seja concedida, além de ser necessário implantar seu fato gerador, deve-se constatar a qualidade de dependente daqueles que se habilitaram perante a Previdência Social. Frisa-se que a qualidade de dependente também é aferida na data do óbito do instituidor da pensão por morte, devendo ser observado o rol previsto no artigo 16 da Lei nº 8.213/91.

Oportuno enfatizar que a atual legislação previdenciária não exige período de carência⁶⁸ para o deferimento de pensão por morte, diferentemente do que ocorria na vigência da antiga Lei Orgânica da Previdência Social. A Medida Provisória nº 664/14 tentou restabelecer um período de carência como requisito para concessão desse benefício previdenciário, exigindo um recolhimento de vinte e quatro contribuições, mas tal proposta não foi aprovada pelo Congresso Nacional.

2.2.2. Renda mensal

Sob a égide da antiga Lei Orgânica da Previdência Social, estipulava-se que o valor mensal da pensão por morte seria proporcional a 50% (cinquenta por cento) da aposentadoria percebida pelo segurado instituidor do benefício ou, não sendo aposentado na data do seu falecimento, daquela a que faria jus, acrescidos de 10% (dez por cento) por dependente, até o máximo de cinco⁶⁹.

Com a promulgação da Lei nº 8.213, em 1991, o artigo 75 estabeleceu como renda mensal do benefício o valor correspondente a 80% (oitenta por cento) da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela a que teria direito, acrescendo 10% (dez por cento) a cada dependente do *de cujus*, desde que respeitado o acréscimo máximo de 20% (vinte por cento). Ressalvou-se,

⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 416. É devida a pensão por morte aos dependentes do segurado que, apesar de ter perdido essa qualidade, preencheu os requisitos legais para a obtenção de aposentadoria até a data do seu óbito. *In: Vade Mecum*. 21. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 2062.

⁶⁸ Depreende-se da leitura do artigo 24 da Lei nº 8.213/91 que a carência nada mais é do que o número mínimo de contribuições mensais necessárias à concessão de um benefício previdenciário.

⁶⁹ O valor mensal da pensão por morte encontrava previsão normativa no artigo 37 da Lei nº 3.807/60.

porém, que o valor da pensão por morte seria igual a 100% (cem por cento) do salário de benefício ou do salário de contribuição do segurado, a depender do que fosse mais vantajoso, caso seu óbito decorresse de acidente de trabalho.

O supramencionado dispositivo legal teve sua redação modificada pelo advento da Lei nº 9.032/95, por meio da qual passou-se a prever que o valor mensal da pensão por morte seria equivalente a 100% (cem por cento) do salário de benefício em qualquer hipótese. Posteriormente, no contexto das mudanças promovidas pela Lei nº 9.528/97, sofreu nova alteração.

Destarte, segundo a atual redação do artigo 75 do Plano de Benefícios da Previdência Social, fixou-se a renda mensal do benefício em 100% (cem por cento) do valor da aposentadoria que o instituidor da pensão auferia. Entretanto, caso ele ainda não fosse aposentado, os dependentes passam a ter direito à obtenção de uma pensão por morte no valor da aposentadoria por invalidez⁷⁰ a que ele faria jus na data de seu óbito. Considerando que a pensão por morte é um benefício previdenciário de caráter substitutivo, seu valor mensal deve observar os limites definidos no artigo 33 da Lei nº 8.213/91 e, portanto, não pode ser inferior ao salário mínimo e nem superior ao teto da previdência social.

Diante dessas alterações legislativas, muitos beneficiários demandaram judicialmente a revisão das pensões concedidas com coeficientes inferiores. A princípio, o Superior Tribunal de Justiça posicionou-se no sentido de que deveria haver aplicação imediata da lei previdenciária mais benéfica em relação às pensões antigas como se observa no seguinte julgado⁷¹:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. COTA FAMILIAR. MAJORAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DA QUINTA E SEXTA TURMAS. 1. Consoante recente entendimento esposado pelas Turmas que compõem a Egrégia Terceira Seção, as majorações das cotas familiares introduzidas pelas Leis n.os 8.213/91 e 9.032/95 aplicam-se aos benefícios concedidos sob a égide da

⁷⁰ A aposentadoria por invalidez, nos termos do artigo 44 da Lei nº 8.213/91, possui renda mensal correspondente a 100% (cem por cento) do salário de benefício do segurado, sendo este calculado, de acordo com o artigo 29, inciso II do referido diploma legal, pela média aritmética simples dos maiores salários de contribuição correspondentes a 80% (oitenta por cento) do período contributivo.

⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Recurso Especial nº 413.331/RS. Relatora: Ministra Laurita Vaz. **Pesquisa de jurisprudência**, Brasília, 24 de junho de 2003. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/234202/recurso-especial-esp-413331-rs-2002-0018843-9>>. Acesso em 07 mai. 2017.

- legislação pretérita. 2. Não há falar em retroação da lei, mas de aplicação imediata, uma vez que os efeitos financeiros projetam tão-somente para o futuro.
3. Recurso conhecido e provido.

Em sentido contrário, ao julgar os Recursos Extraordinários nºs 416.827 e 415.454, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela impossibilidade do aumento dos coeficientes para benefícios concedidos em momento anterior às alterações legislativas, haja vista o princípio do *tempus regit actum*. Assim, entendeu-se que a pensão por morte é regida pela lei vigente na data da morte do segurado, ainda que não seja a mais benéfica. Tempos depois, o Superior Tribunal de Justiça modificou seu posicionamento inicial e editou a já citada Súmula nº 340.

Em 2014, por meio da Medida Provisória nº 664, tentou-se reduzir o coeficiente para 50% (cinquenta por cento) e retomar a variação da renda mensal do benefício de acordo com o número de dependentes do segurado instituidor da pensão, todavia essa regra foi rejeitada pelo Congresso Nacional. O Instituto Nacional do Seguro Social promoveu, de ofício, a revisão das pensões por morte concedidas durante a vigência dessa medida provisória, efetuando o pagamento das parcelas vencidas.

2.2.3. Data de início

A data de início do benefício previdenciário de pensão por morte é estabelecida pelo artigo 74 da Lei nº 8.213/91, cuja redação original determinava a data do óbito do instituidor da pensão como sendo o termo inicial do benefício, independentemente do momento de seu requerimento.

Com o advento da Lei nº 9.528/97, no entanto, passou a ser fundamental conhecer a data do requerimento administrativo do benefício. A regra permaneceu sendo no sentido de que o termo inicial para a concessão da pensão é a data do falecimento do segurado, porém destacou que se o dependente a requerer após o prazo de trinta dias, a contar do óbito do segurado, as parcelas do benefício somente serão devidas a partir da data do seu requerimento. Frisa-se que pela atual redação do *inciso* I do aludido dispositivo legal, conferida pela Lei nº 13.183/15, o prazo de trinta dias foi triplicado.

Nos termos do artigo 79 da Lei nº 8.213/91, os prazos decadencial e prescricional estipulados no artigo 103, do mesmo diploma legal, não são aplicados aos beneficiários

menores de idade, incapazes ou ausentes. Por meio de uma interpretação conjunta com o Código Civil brasileiro, entende-se que a referida norma também impede o curso do prazo de noventa dias⁷² para aqueles pensionistas. Desse modo, o próprio Instituto Nacional do Seguro Social admite que eles fazem jus ao recebimento do benefício desde o óbito do segurado instituidor da pensão, ainda que o requeiram administrativamente após o prazo.

Oportuno asseverar, todavia, que se eles se habilitarem tardiamente⁷³ e o benefício já viesse sendo pago de forma integral a outro dependente integrante do mesmo núcleo familiar, o termo inicial do benefício deverá ser a data do requerimento administrativo. Seguindo essa linha de argumentação, vale a pena trazer à baila o Informativo nº 566 da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça⁷⁴:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. HABILITAÇÃO TARDIA DE PENSIONISTA MENOR. Ainda que o beneficiário seja "pensionista menor", a pensão por morte terá como termo inicial a data do requerimento administrativo - e não a do óbito - na hipótese em que, postulado após trinta dias do óbito do segurado, o benefício já vinha sendo pago integralmente a outro dependente previamente habilitado. A jurisprudência prevalente do STJ é no sentido de que, comprovada a absoluta incapacidade do requerente, faz ele jus ao pagamento das parcelas de pensão por morte desde a data do óbito do segurado, ainda que não haja postulação administrativa no prazo de trinta dias (REsp 1.405.909-AL, Primeira Turma, DJe 9/9/2014; REsp 1.354.689-PB, Segunda Turma, DJe 11/3/2014). Isso porque, nos termos do art. 79 da Lei 8.213/1991, está claro que tanto o prazo de decadência quanto o prazo de prescrição previstos no art. 103 da referida Lei são inaplicáveis ao pensionista menor, situação esta que só desaparece com a maioridade, nos termos do art. 5º do Código Civil. Contudo, o dependente menor que não pleiteia a pensão por morte no prazo de trinta dias a contar da data do óbito do segurado (art. 74 da Lei 8.213/1991) não tem direito ao recebimento do referido benefício a partir da data do falecimento do instituidor, na hipótese em que a pensão houver sido integralmente paga a outros dependentes que já estavam previamente habilitados perante o INSS. Com efeito, a habilitação posterior do dependente menor somente deverá produzir efeitos a contar desse episódio, de modo que não há que falar em efeitos financeiros para momento anterior à sua inclusão (art. 76 da Lei 8.213/1991). Ressalta-se, inclusive, que admitir o contrário implicaria em inevitável prejuízo à autarquia previdenciária, que seria condenada a pagar duplamente o valor da pensão. Precedente citado: REsp 1.377.720-SC, Segunda Turma, DJe 5/8/2013. REsp 1.513.977-CE, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 23/6/2015, DJe 5/8/2015.

⁷² Conforme posição majoritária, o prazo de noventa dias para requerimento do benefício de pensão por morte, contado a partir do falecimento do segurado, possui natureza prescricional.

⁷³ Não se pode deixar de registrar que a falta de habilitação de um possível beneficiário não protelarà a concessão do benefício para aqueles que o postularem, segundo a regra insculpida no artigo 76 da Lei nº 8.23/91. Assim sendo, havendo habilitação tardia de um dependente, o novo requerimento somente produzirá efeito *ex nunc*.

⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo nº 566. **Informativo de jurisprudência**. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270566%27>>. Acesso em 07 mai. 2017.

Em relação aos pensionistas menores de idade, conforme previsto no artigo 364, §4º da Instrução Normativa nº 77/15⁷⁵, o Instituto Nacional do Seguro Social se posiciona afirmando que para o termo inicial do benefício ser a data do falecimento do segurado, faz-se necessário que o requeram até noventa dias após completarem dezesseis anos de idade. Isto porque, como se sabe, ao alcançarem essa idade passam a ser considerados relativamente incapazes e, contra esses, corre prazo prescricional. Apesar disso, o Superior Tribunal de Justiça vem utilizando como critério de menoridade os dezoito anos, conforme pode ser observado no Informativo nº 546, da Primeira Turma⁷⁶:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. TERMO INICIAL DE PENSÃO POR MORTE REQUERIDA POR PENSIONISTA MENOR DE DEZOITO ANOS.

A pensão por morte será devida ao dependente menor de dezoito anos desde a data do óbito, ainda que tenha requerido o benefício passados mais de trinta dias após completar dezesseis anos. De acordo com o inciso II do art. 74 da Lei 8.213/1991, a pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data do requerimento, caso requerida após trinta dias do óbito. Entretanto, o art. 79 da referida lei dispõe que tanto o prazo de decadência quanto o prazo de prescrição são inaplicáveis ao "pensionista menor". A menoridade de que trata esse dispositivo só desaparece com a maioridade, nos termos do art. 5º do CC - segundo o qual "A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil" -, e não aos dezesseis anos de idade. REsp 1.405.909-AL, Rel. Min. Sérgio Kukina, Rel. para acórdão Min. Ari Pargendler, julgado em 22/5/2014.

Convém relembrar que nos casos de morte presumida em decorrência da ausência do segurado, considera-se a data da decisão judicial que declarou sua ausência como sendo a data do seu óbito e, por conseguinte, é o termo inicial da pensão⁷⁷. Se a morte presumida for em decorrência do desaparecimento do segurado, contudo, o benefício será devido desde a data do acidente, desastre ou catástrofe.

⁷⁵ Art. 364. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, observando que:

[...]

§ 4º. Independentemente da data do óbito do instituidor, tendo em vista o disposto no art. 79 e parágrafo único do art. 103 da Lei nº 8.213, de 1991, combinado com o inciso I do art. 198 do Código Civil Brasileiro, para o menor absolutamente incapaz, o termo inicial da prescrição, previsto nos incisos I e II do art. 74 da Lei nº 8.213, de 1991, é o dia seguinte àquele em que tenha alcançado dezesseis anos de idade ou àquele em que tenha se emancipado, o que ocorrer primeiro, somente se consumando a prescrição após o transcurso do prazo legalmente previsto.

⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo nº 546. **Informativo de jurisprudência**. Disponível em < <http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270546%27>>. Acesso em 07 mai. 2017.

⁷⁷ Em posição contrária, Frederico Amado pontua que “a previsão legal de que o INSS irá pagar as parcelas da pensão por morte presumida somente a contar da prolação da sentença judicial pode se afigurar injusta e irrazoável em processos judiciais que demorem muitos anos”, defendendo ser mais adequado a fixação da data do ajuizamento da ação judicial como sendo o termo inicial do benefício. (AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 8.ed. aum. e atual. Bahia: Juspodivm, 2016. p. 855).

2.2.4. Cessação

Ao perder a qualidade de dependente, devido à ocorrência das situações arroladas no artigo 77,  2  da Lei n  8.213/91⁷⁸, verifica-se a cessa o do direito à cota-parte do benefício. Em conformidade com o que fora abordado no item 2.1 do presente trabalho, assegura-se aos demais beneficiários o direito   reversão das cotas individuais que forem extintas do benefício concedido, desde que integrantes da mesma classe de dependentes. Nesse espeque, opera-se a extin o da pensão por morte no momento em que cessa a cota-parte do último pensionista.

Impende aclarar que o supracitado dispositivo legal sofreu, ao longo do tempo, importantes alterações. A mais recente hipótese, incluída pela Lei n  13.135/15, versa sobre o decurso do prazo legal para percep o da pensão por morte pelos cônjuges e companheiros(as), o qual é estabelecido a depender da expectativa de sobrevida do dependente no momento do falecimento do segurado. No entanto, tais circunstâncias e suas implicações na ordem prática não são objeto de análise mais detida na presente monografia.

Após as modificações promovidas pela Medida Provisória n  664/14, convertida na Lei n  13.135/15, o artigo 74 da Lei n  8.213/91 passou a prever três situações nas quais o dependente perde seu direito ao benefício da pensão por morte. São elas: (i) a condena o do

⁷⁸ Art. 77. A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em parte iguais.

[...]

  2 . O direito   percep o de cada cota individual cessará:

I - pela morte do pensionista;

II - para o filho, a pessoa a ele equiparada ou o irmão, de ambos os sexos, ao completar vinte e um anos de idade, salvo se for inválido ou tiver deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave;

III - para filho ou irmão inválido, pela cessa o da invalidez;

IV - pelo decurso do prazo de recebimento de pensão pelo cônjuge, companheiro ou companheira, nos termos do   5 .

V - para cônjuge ou companheiro:

a) se inválido ou com deficiência, pela cessa o da invalidez ou pelo afastamento da deficiência, respeitados os períodos mínimos decorrentes da aplica o das alíneas "b" e "c";

b) em 4 (quatro) meses, se o óbito ocorrer sem que o segurado tenha vertido 18 (dezoito) contribuições mensais ou se o casamento ou a união estável tiverem sido iniciados em menos de 2 (dois) anos antes do óbito do segurado;

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

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

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

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

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

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

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

beneficiário, devidamente transitada em julgado⁷⁹, pela prática de crime doloso que tenha resultado a morte do segurado instituidor da pensão; (ii) a constatação da existência de fraude ou simulação no casamento ou união estável; e (iii) a formalização do casamento ou união estável para fins exclusivamente previdenciários.

Interessante destacar que o benefício de pensão por morte é concedido em caráter provisório nos casos em que a morte do segurado é considerada presumida. Sendo assim, havendo o reaparecimento do instituidor da pensão, esta deverá ser imediatamente cessada. Destaca-se, porém, que o conjunto de dependentes só será compelido a restituir os valores percebidos se comprovada a má-fé.

⁷⁹ Em posição contrária, Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior defendem que “a mera suspeita de participação do dependente, através do indiciamento, ou mesmo a instauração da ação penal não poderia obstar o recebimento da pensão, dotada de caráter alimentar. Contudo, após a prolação da sentença condenatória, eventual benefício concedido deveria ser cessado, o qual poderia ser restabelecido na hipótese de a sentença condenatória ser reformada pela via de recurso”. (BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; ROCHA, Daniel Machado da. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**. 14.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 460).

3. A ANTINOMIA JURÍDICA

A antinomia jurídica, segundo os ensinamentos de Norberto Bobbio⁸⁰, nada mais é do que a existência de duas normas incompatíveis entre si, pertencentes ao mesmo ordenamento jurídico e que possuem o mesmo âmbito de validade. A antinomia será denominada aparente nas hipóteses em que o critério para solucioná-la estiver inserido no próprio ordenamento jurídico. Entretanto, em sentido contrário, caso seja impossível solucionar o conflito entre as normas por meio de um critério existente no ordenamento jurídico, sendo imprescindível a edição de uma nova norma, ocorrerá a chamada antinomia real.

Ao conceber o ordenamento jurídico como um sistema coerente, com normas harmônicas entre si, as antinomias jurídicas não são admitidas. Nesse espeque, Norberto Bobbio⁸¹ disciplina:

A coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a justiça do ordenamento. É evidente que quando duas normas contraditórias são ambas válidas, e pode haver indiferentemente a aplicação de uma ou de outra, conforme o livre-arbítrio daqueles que são chamados a aplicá-las, são violadas duas exigências fundamentais em que se inspiram ou tendem a inspirar-se os ordenamentos jurídicos: a exigência da certeza (que corresponde ao valor da paz ou da ordem), e a exigência da justiça (que corresponde ao valor da igualdade). Onde existem duas normas antinômicas, ambas válidas, e portanto ambas aplicáveis, o ordenamento jurídico não consegue garantir nem a certeza, entendida como possibilidade, por parte do cidadão, de prever com exatidão as consequências jurídicas da própria conduta, nem a justiça, entendida como o igual tratamento das pessoas que pertencem à mesma categoria.

A existência de antinomias jurídicas ocasiona, necessariamente, a inconsistência do ordenamento jurídico e, conseqüentemente, provoca uma desordem social. Conforme realçado acima, a coerência do sistema jurídico não constitui condição de validade, mas de efetividade.

3.1. Alterações legislativas e o advento do conflito normativo entre a Lei nº 8.213/91 e o Estatuto da Criança e do Adolescente

⁸⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 88.

⁸¹ *Ibid.*, p. 113.

A antiga Lei Orgânica da Previdência Social dispunha sobre a relação de dependentes do segurado em seu artigo 11. Em 1966, com a inclusão do §2º pelo Decreto-Lei nº 66, enteados, menores⁸² sob guarda e menores sob tutela passaram a ser equiparados aos filhos do segurado, mediante sua declaração escrita, para fins previdenciários. Posteriormente, com o advento da Lei nº 8.213/91, esse preceito equiparativo foi mantido pela redação originária do §2º, do artigo 16⁸³.

Conferindo idêntica proteção e em perfeita harmonia com as regras constitucionais, o artigo 33, §3º do Estatuto da Criança e do Adolescente atribui à criança e ao adolescente a condição de dependente do seu guardião para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários, *in verbis*:

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

[...]

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

Tendo em vista que o instituto jurídico da guarda consiste na modalidade mais simples e usual de colocação de crianças e adolescentes em família substituta, possuindo um atributo de complexidade menor que o das demais para o seu deferimento, sua finalidade passou a ser constantemente distorcida pela sociedade. À época, verificou-se que muitos segurados se tornavam guardiões apenas com o escopo de assegurar futura concessão de benefícios previdenciários à crianças e adolescentes. Contudo, não existe respaldo legal para que haja transferência de guarda com esse único intuito. Por meio dessa conduta, o ônus do sustento daquela criança ou adolescente acabava sendo transferido para o Estado, ocasionando, por conseguinte, prejuízos ao patrimônio público.

⁸² Vocabulário utilizado à época, conforme fora discutido no primeiro capítulo do vertente trabalho.

⁸³ 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;

[...]

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

Ao apreciar o Recurso Especial nº 86.442/RJ⁸⁴, publicado em 03 de março de 1997 no Diário de Justiça da União, o Ministro Ruy Rosado Aguiar reconheceu o contexto fraudulento vivenciado naquele período. Em suas palavras:

No Estado do Rio de Janeiro, pelo que posso depreender da quantidade de processos que tenho recebido, versando sobre a mesma matéria, e só nesta sessão tenho três para julgamento, está se tornando hábito requerer a concessão da guarda para os avós, com o declarado objetivo de alcançar efeito previdenciário.

[...]

O expediente da guarda, em tais circunstâncias e com tal objetivo, passa a ser mero instrumento para garantir uma pensão aos filhos, em caso de falecimento da avó, quando a pensão dos filhos deveria decorrer do falecimento dos seus pais. Se estes estão vivos, saudáveis e em condições de trabalho, conforme ordinariamente acentuado nos autos, não há razão jurídica para deferimento da guarda. Esta, como diz a lei, serve para regularizar a posse de fato, nos procedimentos de tutela e adoção, ou para ser deferida em casos excepcionais: na espécie, a conveniência de atribuir ao neto uma vantagem previdenciária, que não teria se continuasse na guarda dos pais, não caracteriza aquela excepcionalidade exigida pela lei, antes parecendo ser uma saída cômoda para onerar previdência social.

[...]

Ante o caráter fraudulento de inúmeros requerimentos de guarda, a Medida Provisória nº 1.523/96, reeditada e convertida na Lei nº 9.528/97, retirou das crianças e adolescentes sob guarda a condição de dependente do segurado do Regime Geral da Previdência Social, excluindo-os expressamente do supracitado rol de dependência. Ao tentar elucidar a vontade do legislador, o procurador federal Hermes Arrais Alencar⁸⁵ explica que a alteração legislativa em comento “buscou reverter o quadro crescente de avós que postulavam a guarda judicial dos netos, com o fim único de garantir a estes o direito a pensão por morte junto à previdência”.

Assim sendo, o §2º do artigo 16 da Lei nº 8.213/91 passou a vigorar com a seguinte redação:

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

[...]

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

⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial nº 86.442/RJ. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. **Pesquisa de jurisprudência**, Brasília, 10 de dezembro de 1996. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199600043892&dt_publicacao=03-03-1997&cod_tipo_documento=>>. Acesso em 10 abr. 2017.

⁸⁵ ALENCAR, Hermes Arrais. **Benefícios previdenciários**. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: LEUD, 2009. p. 227.

A partir desse cenário, sobreveio uma forte controvérsia acerca dos direitos previdenciários das crianças e dos adolescentes sob guarda. Isto porque, embora tenham sido excluídos da redação do artigo 16, §2º da Lei nº 8.213/91, o §3º do artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente não foi revogado expressamente pela Lei nº 9.528/97. Além da tensão entre essas duas normas, a mencionada alteração legislativa acarreta potencial ofensa a preceitos constitucionais, sobretudo o da dignidade da pessoa humana e o da vedação ao retrocesso social. Instaurou-se, dessa forma, uma verdadeira antinomia jurídica.

Devido a esse conflito normativo, inúmeras ações judiciais foram propostas objetivando a manutenção desse direito. Inclusive, nesse sentido, foram ajuizadas algumas ações civis públicas pelo Ministério Público. A respeito dessa discussão, todavia, a jurisprudência dos Tribunais não se mostra pacífica, verificando-se diversas decisões contraditórias entre si.

Uma primeira corrente jurisprudencial, em síntese, não aborda a questão sob o prisma constitucional e defende que o caso concreto seja resolvido em conformidade com a norma vigente na data do óbito do segurado, haja vista o princípio do *tempus regit actum*. Esse posicionamento pode ser ilustrado com os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. ÓBITO DO SEGURADO OCORRIDO APÓS A LEI 9.528/97. NÃO-CABIMENTO. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 340/STJ. ENTENDIMENTO PACÍFICO NO ÂMBITO DA TERCEIRA SEÇÃO DO STJ.

1. Com o advento da Medida Provisória nº 1.523/96, reeditada até sua conversão na Lei nº 9.528, em 10 de dezembro de 1997, retirou-se o menor sob guarda do rol de dependentes previsto no art. 16, § 2º, da Lei nº 8.213/91. 2. Assentou-se na jurisprudência desta Corte que a concessão da pensão por morte rege-se pela norma vigente ao tempo da implementação da condição fática necessária à concessão do benefício, qual seja, a data do óbito do segurado (Súmula 340/STJ). 3. Tendo o óbito ocorrido na vigência da Medida Provisória nº 1.523/96, inviável a concessão da pensão por morte ao menor sob guarda. Precedentes da Terceira Seção. 4. Inexiste direito adquirido do menor sob guarda designado antes da Medida Provisória nº 1.523/96, pois as condições para a percepção do benefício são aferidas ao tempo do óbito do segurado instituidor, fato gerador da pensão. 5. Agravo regimental improvido.⁸⁶

DIREITO PROCESSUAL CIVIL - ART. 535 DO CPC - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO - DIREITO PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - MENOR

⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção. Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 961.230/SC. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assim Moura. **Pesquisa de jurisprudência**, Brasília, 11 de fevereiro de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200802144430&dt_publicacao=20/02/2009> Acesso em 24 mai. 2017.

SOB GUARDA JUDICIAL - ÓBITO POSTERIOR À MP 1.523/96 - IMPOSSIBILIDADE. 1. Não ocorre ofensa ao art. 535 do CPC se o Tribunal de origem decide, de forma suficientemente fundamentada, as questões essenciais ao julgamento da lide. 2. É firme o entendimento neste Superior Tribunal de Justiça de que é indevida a concessão de pensão por morte a menor sob guarda nas hipóteses em que o óbito do segurado ocorreu na vigência da Medida Provisória nº 1.523, de 11/10/1996, posteriormente convertida na Lei nº 9.528/97. Precedentes. 3. Hipótese em que o óbito do segurado ocorreu em 19/04/2003 (certidão de fl. 21, e-STJ), em momento posterior, portanto, à alteração da legislação. 4. Recurso especial provido.⁸⁷

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. ANÁLISE DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE.

1. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de ser indevida pensão por morte a menor sob guarda se o óbito do segurado tiver ocorrido sob a vigência da MP n. 1.523/96, posteriormente convertida na Lei n. 9.528/97. Precedentes. 2. Não compete ao STJ analisar suposta ofensa a dispositivos constitucionais, mesmo com a finalidade de prequestionamento, a teor do art. 102, III, da Constituição Federal. 3. Agravo regimental não provido.⁸⁸

Em sentido contrário, prestigiando as diretrizes constitucionais, uma segunda corrente jurisprudencial – a qual, linhas adiante, será objeto de pormenorizada abordagem – tem se mostrado favorável à aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente em detrimento da lei previdenciária. A título exemplificativo, colaciona-se o recente julgado do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO. MENOR SOB GUARDA. PENSÃO POR MORTE. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL E PREFERENCIAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

1. O menor sob guarda figura no rol dos dependentes ao benefício de pensão por morte, ainda que o óbito tenha ocorrido após a modificação legislativa na Lei n. 8.213/90, promovida pela Lei n. 9.528/97. Precedente: EREsp 1.141.788/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe 16/12/2016. 2. O art. 33, § 3º, da Lei n. 8.069/90 deve prevalecer sobre a modificação legislativa promovida na Lei Geral da Previdência Social, uma vez que é norma que respalda o princípio da proteção integral e preferencial da criança e do adolescente. 3. Agravo interno a que se nega provimento.⁸⁹

⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial nº 1.328.300/RS. Relatora: Ministra Eliana Calmon. **Pesquisa de jurisprudência**, Brasília, 18 de abril de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201206286&dt_publicacao=25/04/2013>. Acesso em 24 mai. 2017.

⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.141.788/RS. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. **Pesquisa de jurisprudência**, Brasília, 6 de novembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900989105&dt_publicacao=24/11/2014>. Acesso em 24 mai. 2017.

⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.540.576/PR. Relator Ministro Og Nicéas Marques Fernandes. **Pesquisa de jurisprudência**, Brasília, 4 de maio de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201501551584&dt_publicacao=10/05/2017>. Acesso em 24 mai. 2017.

Convém averbar que o vertente trabalho não pretende questionar o cenário fraudulento no qual se inseriu a edição da Lei nº 9.528/97. É inegável que, muitas vezes, segurados postulavam a guarda de crianças e adolescentes com o único objetivo de garantir-lhes a concessão de direitos previdenciários, inclusive em casos nos quais sequer havia dependência econômica. No entanto, conforme será demonstrado doravante, isso não configura argumento razoável para tal restrição, posto que desprotege um elevado número de crianças e adolescentes que se encontram, de fato, em situação de extrema vulnerabilidade.

3.2. Solução apresentada pelos critérios tradicionais de resolução de conflitos aparentes de normas

O estabelecimento de critérios para solucionar conflitos aparentes de normas – que eventualmente venham a surgir – é essencial para manter a coerência e a consistência do ordenamento jurídico. Nessa perspectiva, ao prelecionar sobre o assunto em questão, Maria Helena Diniz⁹⁰ esclarece:

A antinomia é um fenômeno muito comum entre nós ante a incrível multiplicação de leis. É um problema que se situa ao nível da estrutura do sistema jurídico (criado pelo jurista), que, submetido ao princípio da não-contradição, deverá ser coerente. A coerência lógica do sistema é exigência fundamental, como já dissemos, do princípio da unidade do sistema jurídico. Por conseguinte, a ciência do direito deve procurar purgar o sistema de qualquer contradição, indicando os critérios para solução dos conflitos normativos e tentando harmonizar os textos legais. [...]. A solução de antinomias é imprescindível para manter a coerência do sistema jurídico [...].

Adotando a teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico, proposta por Hans Kelsen e defendida por inúmeros doutrinadores, pressupõe-se que as normas jurídicas estão dispostas em ordem hierárquica. Em outras palavras, o ordenamento jurídico possui uma estrutura hierárquica, segundo a qual as normas inferiores dependem das normas superiores. Conforme assevera Norberto Bobbio⁹¹:

A inferioridade de uma norma em relação a outra consiste na menor força de seu poder normativo; essa menor força se manifesta justamente na incapacidade de estabelecer uma regulamentação que esteja em oposição à regulamentação de uma norma hierarquicamente superior.

⁹⁰ DINIZ, Maria Helena. **Conflito de normas**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 15-16.

⁹¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 93.

Em casos de incompatibilidade entre normas de diferentes níveis hierárquicos, nos termos desse critério, prevalecer-se-á a norma que for hierarquicamente superior (*lex superior derogat legi inferior*), independentemente da ordem cronológica. Assim, uma norma inferior jamais poderá revogar uma norma hierarquicamente superior. Esse critério, porém, não pode ser empregado para solucionar o conflito entre o artigo 16, §2º da Lei nº 8.213/91 e o artigo 33, §3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que essas normas possuem mesmo nível hierárquico.

Utilizando-se do critério da especialidade para solucionar a referida antinomia jurídica, alguns doutrinadores argumentam que a lei previdenciária, no tocante à temática ora em debate, possui natureza específica em relação ao Estatuto da Criança e do Adolescente, razão pela qual deve prevalecer sobre este. Acompanhando essa linha de exposição, após um período de controvérsia entre a 5ª e a 6ª Turmas, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça proferiu entendimento similar no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 844.598/PI⁹².

Nos termos dessa concepção, crianças e adolescentes sob guarda não fazem jus à percepção de benefícios previdenciários após a modificação legislativa operada pela Lei nº 9.528/97, visto que não possuem condição de dependente do segurado do Regime Geral da Previdência Social. Reafirmando essa posição, vale trazer à baila os arestos abaixo:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PREVIDENCIÁRIO. MENOR SOB GUARDA. LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA E ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE. APLICAÇÃO.

1. A redação original do § 2º do artigo 16 da Lei de Benefícios equiparava a filho o menor que, por determinação judicial, estivesse sob a guarda do segurado. Ocorre que, por força da Medida Provisória nº 1.523, de 14/10/1996, posteriormente convertida na Lei nº 9.528, de 10/12/1997, foi o menor sob guarda excluído da relação de dependentes. 2. De outra parte, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.060/1990), reza, no art. 33, § 3º, que "a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários". 3. Diante desse conflito aparente de normas, o critério que melhor soluciona a controvérsia em exame é o da especialidade, ou seja, o diploma de regência do sistema de benefícios previdenciários, de caráter especial, deve prevalecer sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, este de caráter geral no confronto com aquele sobre o tema controvertido. 4. Assim, uma vez que o óbito do segurado

⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 844.598/PI. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. **Pesquisa de jurisprudência**, Brasília, 26 de março de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700014195&dt_publicacao=17/02/2009> Acesso em 24 mai. 2017.

instituidor, fato gerador do benefício, ocorreu em 4/5/1999 (fl. 90), vale dizer, após a modificação legislativa que excluiu o menor sob guarda do rol de dependentes de segurado da Previdência Social, incabível a concessão da pensão. 5. Entendimento firmado por este Colegiado, na sessão de 26/3/2008, no julgamento do EREsp nº 844.598/PI, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido. 6. Embargos de divergência acolhidos.⁹³

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.523/96 (LEI Nº 9.528/97). EXCLUSÃO DO MENOR SOB GUARDA DO ROL DOS DEPENDENTES DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PREVALÊNCIA DA NORMA PREVIDENCIÁRIA.

1. Com a edição da Lei nº 9.528/97, o menor sob guarda deixou de ter direito ao benefício de pensão por morte do segurado, não lhe socorrendo, tampouco, a incidência do disposto no art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, ante a natureza específica da norma previdenciária. Precedentes da e. Terceira Seção. 2. *In casu*, tendo ocorrido o óbito da segurada/guardiã em 8 de março de 2001, já na vigência, portanto, da Lei nº 9.528/97, a embargada não tem direito à pensão por morte de sua avó. 3. Embargos de divergência providos.⁹⁴

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

1. O art. 557 do CPC autoriza ao relator decidir o recurso, com fundamento na jurisprudência dominante, de forma monocrática, não ofendendo, assim, o princípio da colegialidade. 2. O tema controvertido diz respeito à possibilidade de concessão, ao menor sob guarda, de pensão por morte. O entendimento desta Corte encontra-se uniformizado no sentido de que a Lei 9.528/97, norma previdenciária específica, prevalece em relação ao art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo aplicável às hipóteses em que o óbito ocorreu a partir de sua vigência. 3. Precedentes: AgRg no REsp 1.141.788/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/11/2014, DJe 24/11/2014; EREsp 859.277/PE, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA - DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE, TERCEIRA SEÇÃO, DJe de 27/02/2013; REsp 1.328.300/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/04/2013. Agravo regimental improvido.⁹⁵

⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 696.299/PE. Relator: Ministro Paulo Gallotti. **Pesquisa de jurisprudência**, Brasília, 23 de abril de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3883163&num_registro=200500821356&data=20090804&tipo=5&formato=PDF> Acesso em 24 mai. 2017.

⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 859.277/PE. Relatora: Ministra Alderita Ramos de Oliveira. **Pesquisa de jurisprudência**, Brasília, 12 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700189346&dt_publicacao=27/02/2013> Acesso em 24 mai. 2017.

⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.482.391/PR. Relator: Ministro Humberto Martins. **Pesquisa de jurisprudência**, Brasília, 14 de abril de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=46257849&num_registro=201402386283&data=20150420&tipo=91&formato=PDF> Acesso em 24 mai. 2017.

Após a alteração regimental que designou a competência da matéria à Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, houve decisões em sentido oposto ao supracitado⁹⁶. Ao apreciar o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 36.034/MT, a mencionada Corte reconheceu o caráter especial⁹⁷ da Lei nº 8.069/90 ao defini-la como norma específica da criança e do adolescente. Desta feita, em respeito ao sistema protetivo especial atribuído às crianças e aos adolescentes, decidiu-se pela prevalência do Estatuto da Criança e do Adolescente sobre a norma previdenciária.

Sob uma outra perspectiva, entretanto, o critério da especialidade não seria o mais adequado para solucionar a questão da dependência previdenciária de crianças e adolescentes sob guarda, haja vista a dificuldade para definir qual das duas normas seria especial. Nessa seara, o melhor critério a ser utilizado para resolver o aludido conflito seria o cronológico.

O ordenamento jurídico brasileiro reconhece o critério cronológico para solução de antinomias jurídicas no §1º, do artigo 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁹⁸. Em consonância com esse critério, caso haja conflito entre normas emanadas de fontes de mesmo nível hierárquico, preponderar-se-á aquela que for posterior (*lex posterior derogat legi priori*)⁹⁹. Sendo assim, no caso em discussão, o artigo 16, §2º da Lei nº 8.213/91, com redação alterada pela Lei nº 9.528/97, deve prevalecer sobre o artigo 33, §3º da Lei nº 8.069/90.

Adotando esse posicionamento, o juiz federal Fábio Soares Pereira¹⁰⁰ esclarece:

⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo nº 595. **Informativo de jurisprudência**. Disponível em <http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0595.pdf>. Acesso em 24 mai. 2017.

⁹⁷ Ressalta-se, contudo, que há quem defenda que o Superior Tribunal de Justiça, na verdade, não se valeu do critério da especialidade nesse caso pontual. A expressão teria sido utilizada para frisar a importância do Estatuto da Criança e do Adolescente. Salienta-se, inclusive, que nesse mesmo acórdão foi reconhecido que o critério da especialidade não é o mais adequado para solucionar o conflito normativo em debate.

⁹⁸ Art. 2º. [...]

§ 1º. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

⁹⁹ De acordo com os ensinamentos de Norberto Bobbio, se fosse adotada regra em sentido contrário, prevalecendo a norma precedente diante de uma antinomia jurídica, a norma posterior seria um ato sem finalidade, motivo pelo qual não se justificaria sua edição. Bobbio acrescenta que isso “obstaria o progresso jurídico, a adaptação gradual do Direito às exigências sociais”. (BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 93).

¹⁰⁰ PEREIRA, Fábio Soares. Da orientação jurisprudencial sobre o direito à pensão do menor sob guarda. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, nº 55, ago. 2013. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao055/Fabio_Pereira.html> Acesso em 24 mai. 2017.

Ambas se apresentam, sob certo ângulo, gerais (uma trata, de forma **geral**, da previdência social; a outra, igualmente de forma **geral**, trata da proteção à criança e ao adolescente), mas abordam um ponto específico (ou especial): o menor sob guarda como dependente previdenciário. Daí por que tais normas **gerais** (art. 16, § 2º, da Lei de Benefícios e art. 33, § 2º, do ECA) também podem ser consideradas, ao menos sob esse aspecto, **especiais**.

[...]

De fato, em se tratando de normas hierarquicamente idênticas, e não havendo **especialidade** de uma em relação à outra, é a **ordem** de vigência que define a norma prevalente

Comungando dessa opinião, o doutrinador Sérgio Pinto Martins¹⁰¹ sustenta que o §3º do artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente foi derogado pela nova disciplina conferida pela lei previdenciária aos equiparados a filho, posto que “cabe à norma legal incluir ou excluir pessoas na condição de dependente da Previdência Social”.

3.3. Solução apresentada pelo controle de constitucionalidade da atual redação do artigo 16, §2º da Lei nº 8.213/91

A controvérsia acerca dos direitos previdenciários de crianças e adolescentes sob guarda precisa ser analisada para além da utilização dos critérios tradicionais de resolução de antinomias jurídicas, porquanto não se mostram suficientemente adequados a indicar a melhor solução para o conflito em debate. Em verdade, o que está em voga é o sistema protetivo especial atribuído às crianças e aos adolescentes, dada sua condição peculiar de pessoas em formação. Torna-se fundamental, portanto, observar os fins sociais a que as normas se dirigem, interpretando-as em conformidade com os preceitos constitucionais.

No ensejo de tal assertiva, o Ministro Benedito Gonçalves, ao proferir seu voto no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 36.034/MT¹⁰², enfatiza:

Diversamente ao entendimento que vinha sendo adotado por esta Corte, o critério da especialidade, a meu ver, não se mostra como o mais adequado à solução da controvérsia, mormente considerando que os direitos fundamentais da criança e do

¹⁰¹ MARTINS, Sérgio Pinto (Menor sob guarda e sua condição de dependente para a previdência social) *apud* BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; ROCHA, Daniel Machado da. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**. 14.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 127.

¹⁰² BRSIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 36.034/MT. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. **Pesquisa de jurisprudência**, Brasília, 26 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201102278349&dt_publicacao=15/04/2014> Acesso em 24 mai. 2017.

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

O juiz, como cediço, tem a função social de pacificar os conflitos sociais intersubjetivos que lhe são apresentados, resultantes, quase sempre, da polissemia dos termos que compõem a norma jurídica, passível, portanto, de múltiplas interpretações, cabendo-lhe, por conseguinte, adotar a exegese da norma que melhor atende aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem coletivo, tal como previsto na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB.

Ademais, os princípios constitucionais pertinentes não podem ser ignorados nessas questões que envolvem a interpretação de normas jurídicas, sendo indispensável sua observância e aplicação nos casos concretos. Com efeito, eles atuam como verdadeiros vetores do ordenamento jurídico. Interessante pontuar que, assim como as regras, os princípios são normas jurídicas.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consolidou, conforme já se teve oportunidade de alinhar, em seu artigo 227, a Doutrina da Proteção Integral das crianças e adolescentes. Nesse diapasão, o ordenamento jurídico nacional finalmente os reconheceu como sujeitos de direitos, sendo-lhes assegurados, com absoluta prioridade, todos os direitos fundamentais reservados à pessoa humana, além de direitos específicos que permitam seu pleno desenvolvimento.

A Doutrina da Proteção Integral, em verdade, está intrinsecamente relacionada ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo um corolário deste princípio norteador e indispensável à ordem constitucional. Aliás, Andréa Rodrigues Amin¹⁰³ é enfática ao chamar atenção para essa correlação, sustentando que essa doutrina nada mais é do que o “espelho do princípio da dignidade da pessoa humana para crianças e adolescentes”.

É indiscutível a dificuldade que existe entre os doutrinadores para definir o princípio da dignidade da pessoa humana. Nessa perspectiva, interessante analisar o conceito trabalhado Ingo Wolfgang Sarlet¹⁰⁴ acerca da dignidade:

¹⁰³ AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**. 4.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 19.

¹⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 60.

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

Dessa definição depreende-se que a dignidade da pessoa humana, reconhecida pelo sistema constitucional como princípio fundamental da República Federativa do Brasil¹⁰⁵, é um princípio que objetiva, antes de mais nada, a proteção dos indivíduos. Estes, por sua vez, são titulares de direitos que devem ser respeitados tanto pelo Estado quanto por seus semelhantes.

À vista disso, as ações estatais precisam estar voltadas para salvaguardar e promover esse postulado essencial ao Estado Democrático de Direito, uma vez que sua violação atinge diretamente o cerne da condição humana. Torna-se imperioso observar se o indivíduo tem meios de prover, por si mesmo, suas necessidades existenciais mais básicas. A efetivação da dignidade da pessoa humana, portanto, deve ser constantemente perseguida pelo Estado, em especial no que tange às crianças e aos adolescentes, cuja proteção tem absoluta prioridade.

Sob a tônica desse arcabouço protetivo dedicado à seara infanto-juvenil, o §3º do artigo 227 da Constituição Federal¹⁰⁶ elenca algumas prerrogativas que precisam ser contempladas, dentre as quais merece destaque a garantia de direitos previdenciários e o estímulo ao

¹⁰⁵ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

¹⁰⁶ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

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

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola;

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

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

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins.

acolhimento de crianças e adolescentes sob a forma de guarda. Tendo em vista que a Constituição Federal estabelece um parâmetro a ser observado pelo legislador, nenhuma norma jurídica poderá dispor contrariamente aos seus postulados.

Acompanhando essa evolução protetiva e em consonância com os preceitos constitucionais, o artigo 33, §3º do Estatuto da Criança e do Adolescente e a redação originária do artigo 16, §2º da Lei nº 8.213/91 resguardaram direitos previdenciários às crianças e aos adolescentes acolhidos em família substituta pelo instituto da guarda.

Cumprindo ressaltar que as normas convencionais também integram esse sistema protetivo conferido às crianças e aos adolescentes. No ensejo de tal assertiva, a Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 99.710/90, determina, em seu artigo 26¹⁰⁷, que os Estados Partes garantam a essas pessoas em formação o direito de usufruir da previdência social.

Contudo, na contramão de tudo o que fora exposto, adveio a Lei nº 9.528/97 propugnando pela exclusão de crianças e adolescentes sob guarda do rol de dependência do segurado do Regime Geral da Previdência Social. Isso, por si só, configura gravíssima violação ao arcabouço protetivo conferido constitucionalmente, ofendendo a dignidade dessas pessoas em formação.

Nessa direção, a jurisprudência vem aos poucos mudando seu posicionamento anterior, segundo o qual esse conflito entre normas deveria ser solucionado por meio da simples aplicação dos critérios tradicionais, e caminha no sentido de fomentar o Estado no seu papel constitucional de proteção absoluta à criança e ao adolescente. Apesar de o Recurso em Mandado de Segurança nº 36.034/MT, citado linhas atrás, não versar especificamente sobre o Regime Geral de Previdência Social, sua análise é de suma relevância para reacender esse debate e representa um forte precedente jurisprudencial:

¹⁰⁷ Artigo 26.

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

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

1. Caso em que se discute a possibilidade de assegurar benefício de pensão por morte a menor sob guarda judicial, em face da prevalência do disposto no artigo 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, sobre norma previdenciária de natureza específica. 2. Os direitos fundamentais da criança e do adolescente têm seu campo de incidência amparado pelo status de prioridade absoluta, requerendo, assim, uma hermenêutica própria comprometida com as regras protetivas estabelecidas na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. 3. A Lei 8.069/90 representa política pública de proteção à criança e ao adolescente, verdadeiro cumprimento da ordem constitucional, haja vista o artigo 227 da Constituição Federal de 1988 dispor que é dever do Estado assegurar com absoluta prioridade à criança e ao adolescente o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. 4. Não é dado ao intérprete atribuir à norma jurídica conteúdo que atente contra a dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, contra o princípio de proteção integral e preferencial a crianças e adolescentes, já que esses postulados são a base do Estado Democrático de Direito e devem orientar a interpretação de todo o ordenamento jurídico. 5. Embora a lei complementar estadual previdenciária do Estado de Mato Grosso seja lei específica da previdência social, não menos certo é que a criança e adolescente tem norma específica, o Estatuto da Criança e do Adolescente que confere ao menor sob guarda a condição de dependente para todos os efeitos, inclusive previdenciários (art. 33, § 3º, Lei n.º 8.069/90), norma que representa a política de proteção ao menor, embasada na Constituição Federal que estabelece o dever do poder público e da sociedade na proteção da criança e do adolescente (art. 227, *caput*, e §3º, inciso II). 6. Havendo plano de proteção alocado em arcabouço sistêmico constitucional e, comprovada a guarda, deve ser garantido o benefício para quem dependa economicamente do instituidor. 7. Recurso ordinário provido.

Outrossim, a corroborar o sobredito, vale a pena colacionar os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EX-COMBATENTE. REVERSÃO DA PENSÃO ESPECIAL. PRELIMINAR DE SOBRESTAMENTO REJEITADA. NETO SOB GUARDA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO DA CONDIÇÃO DE DEPENDENTE NO ART. 5º DA LEI 8.059/1990. APLICAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES PROTETIVAS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ART. 33, § 3º, DA LEI 8.069/1990. PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA (ART. 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL) E DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PRECEDENTE DA 1ª TURMA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Preliminar de sobrestamento rejeitada diante do indeferimento liminar do EREsp 1.339.645/MT, rel. Min. Herman Benjamin, por ausência de similitude jurídica (Dje 23/9/2015). 2. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que, a despeito da omissão no art. 5º da Lei 8.059/1990 da condição de dependente do neto/menor sob guarda, dita omissão não tem o condão de afastar o direito à pensão especial de ex-combatente, diante do disposto no art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, pelo qual o vínculo da guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente para todos os efeitos, inclusive previdenciário, bem como tendo em vista o Princípio da Prioridade Absoluta assegurada pela Constituição Federal (art. 227, *caput* e § 3º, II) e à Doutrina da Proteção Integral do menor e do

adolescente, estampada no art. 1º do ECA, dispensando-se o exame de eventual dependência econômica, a qual é presumida por força da guarda do menor pelo instituidor do benefício. 3. Precedentes: REsp 1.339.645/MT, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 03/03/2015, DJe 04/05/2015; AgRg no REsp 1081938/PR, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 11/12/2008, DJe 30/03/2009; AgRg no REsp 785.689/PB, Rel. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), Sexta Turma, julgado em 28/08/2008, DJe 15/09/2008. 4. Agravo regimental não provido.¹⁰⁸

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS. ART. 16 DA LEI N. 8.213/90. MODIFICAÇÃO PELA MP N. 1.523/96, CONVERTIDA NA LEI N. 9.528/97. CONFRONTO COM O ART. 33, §3º, DO ECA. ART. 227 DA CONSTITUIÇÃO. INTERPRETAÇÃO CONFORME. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL E PREFERENCIAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

1. Ao menor sob guarda deve ser assegurado o direito ao benefício da pensão por morte mesmo se o falecimento se deu após a modificação legislativa promovida pela Lei n. 9.528/97 na Lei n. 8.213/90. 2. O art. 33, § 3º da Lei n. 8.069/90 deve prevalecer sobre a modificação legislativa promovida na lei geral da previdência social porquanto, nos termos do art. 227 da Constituição, é norma fundamental o princípio da proteção integral e preferência da criança e do adolescente. 3. Embargos de divergência acolhidos.¹⁰⁹

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA JUDICIAL. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL A CRIANÇAS E ADOLESCENTES (ART. 227 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA). PREVALÊNCIA DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ECA. SÚMULA N. 83/STJ. INCIDÊNCIA. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015. II - É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o menor sob guarda o estado de dependente para todos os efeitos, inclusive previdenciários (art. 33, §3º, da Lei n. 8.069/90). III - Ademais, o art. 5º da Lei n. 9.717/98 deve ser interpretado em conformidade com o princípio constitucional de proteção integral à criança e ao adolescente (art. 227 da Constituição da República), como consectário do princípio da dignidade humana e base do Estado Democrático de Direito, bem assim com o Estatuto da Criança e do Adolescente, nos termos da decisão proferida pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça do Mandado de Segurança n. 20.589/DF. IV - O recurso especial, interposto pelas alíneas a e/ou c do inciso III do art. 105 da Constituição da República, não merece prosperar quando o acórdão recorrido encontra-se em sintonia com a jurisprudência desta Corte, a teor

¹⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1.141.788/RS. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. **Pesquisa de jurisprudência**, Brasília, 15 de outubro de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201501970424&dt_publicacao=22/10/2015> Acesso em 1 jun. 2017.

¹⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1.141.788/RS. Relator Ministro João Otávio de Noronha. **Pesquisa de jurisprudência**, Brasília, 7 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900989105&dt_publicacao=16/12/2016> Acesso em: 1 jun. 2017.

da Súmula n. 83/STJ. V - O Agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida. VI - Agravo Interno improvido.¹¹⁰

Além de consubstanciar flagrante violação ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por desrespeitar a sistemática da proteção integral, a aludida alteração legislativa afronta o princípio constitucional da isonomia. Não há nenhuma justificativa plausível para a lei previdenciária conceder tratamento jurídico diferenciado às crianças e aos adolescentes sob guarda, retirando-lhes da relação de dependência prevista no §2º do artigo 16 da Lei nº 8.213/91, mas mantendo a condição de dependente dos enteados e daqueles que se encontram sob tutela.

A inserção de crianças e adolescentes em família substituta, como já se demonstrou, ocorre por meio dos institutos da guarda, tutela ou adoção e configura medida excepcional para garantir o direito fundamental à convivência familiar, ante a inviabilidade da permanência da criança ou do adolescente no seio de sua família natural. Uma vez mais, insiste-se em registrar que a adoção, diferentemente dos demais institutos, atribui à criança e ao adolescente a condição de filho para todos os efeitos. Quanto a isso, não perdura qualquer dúvida.

Em que pese a guarda e a tutela realmente sejam institutos jurídicos distintos, com suas peculiaridades já devidamente abordadas no primeiro capítulo do presente trabalho, ambas as hipóteses retratam crianças e adolescentes em evidente estado de vulnerabilidade. E, por essa razão, necessitam dos mesmos cuidados e da mesma proteção estatal.

Destarte, é inegável que crianças e adolescentes sob guarda encontram-se na mesma posição jurídica que os acolhidos em família substituta pelo instituto da tutela, motivo pelo qual a alteração legislativa promovida no §2º do artigo 16 da Lei nº 8.213/91 envolve uma discriminação infundada. Nesse tenebroso cenário, passou-se a conferir tratamentos díspares para crianças e adolescentes inseridos em famílias substitutas tão somente em virtude da natureza jurídica do instrumento que os vincula à nova realidade familiar, sem levar em consideração a situação de vulnerabilidade que suscitou a adoção dessa medida excepcional. Através dessa distinção irrazoável, preceitos constitucionais são constantemente violados.

¹¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.312.012/PI. Relatora: Ministra Regina Helena Costa. **Pesquisa de jurisprudência**, Brasília, 4 de abril de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201200612684&dt_publicacao=11/04/2017> Acesso em 1 jun. 2017.

Contribuindo com os argumentos supra-expendidos, preleciona de forma brilhante Fábio Zambitte Ibrahim¹¹¹:

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 da Carta de 1988. Ademais, não haveria motivo razoável que autorizasse a distinção entre o menor sob guarda e o tutelado, de modo a incluir este no rol de beneficiários e excluir aquele. O devido processo legal, na abordagem substantiva, impõe o tratamento equânime a ambas as situações.

Nota-se que a relatada mudança de paradigma no âmbito infanto-juvenil é fruto de intensas manifestações sociais e representa uma enorme conquista. Desse modo, a garantia dos direitos previdenciários das crianças e adolescentes sob guarda, plasmada no texto constitucional e concretizada em norma infraconstitucional, reflete um verdadeiro avanço social, não podendo retroceder nesse aspecto.

O princípio da vedação ao retrocesso social¹¹², consagrado de maneira implícita no ordenamento jurídico brasileiro, tem o condão de proteger direitos fundamentais já efetivados, sobretudo os de natureza social, contra possíveis atos retrocessivos do Estado. E, conforme definição do artigo 6º da Constituição Federal, o direito à previdência social nada mais é do que um direito social de todos os indivíduos. Logo, *in casu*, o legislador infraconstitucional encontra-se vinculado à legislação efetivadora desse direito fundamental que já existe. Seguindo essa linha de argumentação, Ingo Wolfgang Sarlet¹¹³, citando com maestria Jorge Miranda, sustenta:

[...] o legislador não pode simplesmente eliminar as normas (legais) concretizadoras de direitos sociais, pois isto equivaleria a subtrair às normas constitucionais a sua eficácia jurídica, já que o cumprimento de um comando constitucional acaba por converter-se em uma proibição de destruir a situação instaurada pelo legislador. Em outras palavras, mesmo tendo em conta que o “espaço de prognose e decisão” legislativo seja efetivamente sempre variável, ainda mais no marco dos direitos sociais, não se pode admitir que em nome da liberdade de conformação do legislador

¹¹¹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 20. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 531.

¹¹² O princípio da vedação ao retrocesso social nada mais é do que a evolução doutrinária da Teoria da Irreversibilidade (*Nichtumkehrbarkeitstheorie*), desenvolvida por Konrad Hesse, de acordo com a qual haveria irreversibilidade das conquistas sociais alcançadas. Isto é, em matéria de direitos sociais conquistados, uma vez realizada sua conformação legal, quaisquer medidas regressivas seriam inconstitucionais. A vedação ao retrocesso social decorre dos seguintes princípios: Estado Democrático e Social de Direito, dignidade da pessoa humana, proteção da confiança e máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais.

¹¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10.ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 444.

o valor jurídico dos direitos sociais, assim como a sua própria fundamentalidade, acabem sendo esvaziados.

Sobrelevando a importância das conquistas relacionadas aos direitos fundamentais, a Ministra Cármen Lúcia evidencia, com grande acuidade¹¹⁴:

De se atentar que prevalece, hoje, no direito constitucional o princípio do não-retrocesso, segundo o qual as conquistas relativas aos direitos fundamentais não podem ser destruídas, anuladas ou combatidas, por se cuidarem de avanços da humanidade, e não dádivas estatais que pudessem ser retiradas segundo opiniões de momento ou eventuais maiorias parlamentares”.

Impende frisar que o supramencionado princípio, assim como qualquer outro, não possui caráter absoluto, admitindo-se relativização. Contudo, a alteração legislativa não pode alvejar o núcleo essencial do direito social envolvido, em especial quando se refere à garantia do mínimo existencial¹¹⁵. Abordando essa temática, Canotilho¹¹⁶ esclarece que o núcleo essencial do direito social, uma vez concretizado por meio de medidas legislativas, deve ser constitucionalmente garantido, “sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial”.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já consolidou esse posicionamento. A título de demonstrar o sobredito, destaca-se o seguinte trecho da ementa do acórdão proferido no julgamento do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337/SP¹¹⁷:

¹¹⁴ Rocha, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, [S.I], v. 2, n 2, p. 49-67, 2001. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/29>> Acesso em: 3 jun. 2017.

¹¹⁵ Sobre a supressão pura e simples do núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito social, sobretudo no tocante aos direitos sociais vinculados ao mínimo existencial, Ingo Wolfgang Sarlet evidencia que, em muitos casos, a própria dignidade da pessoa estará sendo afetada, o que se revela inadmissível. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10.ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 444).

¹¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 337-338.

¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de jurisprudência**, Brasília, 23 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28639337%2E+OU+639337%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j452eq5>> Acesso em 3 jun. 2017.

[...] A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. – O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados.

Ocorre que a alteração legislativa operada pelo artigo 2º da Lei nº 9.528/97 no rol de dependência dos segurados do Regime Geral da Previdência Social, em verdade, fere o núcleo essencial dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, consagrados pela Constituição Federal em caráter de absoluta prioridade e em regime de proteção especial. Ao deixar de prever crianças e adolescentes acolhidos em família substituta através da guarda como dependentes de seu guardião, para fins previdenciários, retirou-se da norma uma vantagem protetiva conquistada no âmbito infanto-juvenil e, conseqüentemente, promoveu um retrocesso social.

Contra essa cabal afronta aos direitos da criança e do adolescente, o Ministério Público aforou diversas ações civis públicas. Além disso, com o escopo de solucionar definitivamente essa antinomia jurídica instaurada no ordenamento jurídico brasileiro, encontram-se pendentes de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade: ADI nº 4.878¹¹⁸ e ADI nº 5.083¹¹⁹.

¹¹⁸ Ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, em 19 de novembro de 2012, possui como relator o Ministro Gilmar Mendes. A Advocacia-Geral da União, em 30 de junho de 2015, peticionou postulando preferência no julgamento da presente ação, dado o ajuizamento de inúmeras ações na instância ordinária versando sobre essa questão. Desde então, os autos encontram-se conclusos ao relator. (Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4332894>>. Acesso em 6 jun. 2017).

¹¹⁹ Ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em 06 de janeiro de 2013, possui como relator o Ministro Dias Toffoli. De acordo com a última decisão proferida, datada de 21 de fevereiro de 2017, foi deferido o pedido da Defensoria Pública da União para ingressar no feito na qualidade de *amicus curiae*. Desde então, os autos encontram-se conclusos ao relator. (Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4516931>>. Acesso em 6 jun. 2017).

Reconhecendo a ausência de respaldo constitucional e a violação dos preceitos consagrados pelo Direito da Criança e do Adolescente no ordenamento jurídico vigente, tramita-se atualmente na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 6.399/13¹²⁰, cuja finalidade é inserir novamente crianças e adolescentes sob guarda na redação do §2º, do artigo 16, da Lei nº 8.213/91. Por possuírem o mesmo conteúdo e propósito, tramitam-se apensados ao mencionado projeto de lei, os Projetos de Lei nº 3.197/12 e nº 4.763/12.

Embora ainda exista dissenso acerca da temática dos direitos previdenciários conferidos às crianças e aos adolescentes sob guarda, no tocante à dependência de seu guardião, percebe-se que vem se mostrando cada vez mais forte a posição que sustenta a inconstitucionalidade da alteração perpetrada no §2º do artigo 16 da Lei nº 8.213/91.

¹²⁰ Originado do Projeto de Lei do Senado nº 161 de 2011, de autoria do Senador Paulo Paim, foi remetido à Câmara dos Deputados em setembro de 2013. Aprovado pela Comissão de Seguridade Social e Família, em 01 de julho de 2014, atualmente aguarda o parecer da Comissão de Finanças e Tributação e o da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. (Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=592960>>. Acesso em 6 jun. 2017).

CONCLUSÃO

O desenvolvimento do vertente trabalho possibilitou analisar a proteção previdenciária conferida às crianças e aos adolescentes acolhidos em família substituta por meio do instituto jurídico da guarda, em especial no que tange à concessão do benefício previdenciário de pensão por morte, após a alteração legislativa perpetrada pela Lei nº 9.528/97, nos termos da qual foram expressamente excluídos da relação de dependentes do segurado do Regime Geral da Previdência Social.

Ante o panorama delineado ao longo da presente pesquisa, pôde-se perceber a mudança de paradigma promovida no âmbito infanto-juvenil a partir, sobretudo, da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988. Sob essa nova perspectiva, o artigo 227 da Carta Constitucional garantiu às crianças e aos adolescentes uma ampla e irrestrita proteção, instituindo-se no ordenamento jurídico nacional uma gama de direitos, dentre os quais se insere o direito à convivência familiar e a garantia dos direitos previdenciários.

Observou-se, também, que devido a sua condição peculiar de pessoas em formação, crianças e adolescentes são incapazes de prover sozinhos suas necessidades mais básicas, tornando-se imprescindível a conjugação de esforços entre o Estado, a sociedade e a própria família para assegurar-lhes a efetivação de seus direitos. Assim, demonstrou-se de maneira irrefutável a relevância da convivência familiar para a proteção e o desenvolvimento de crianças e adolescentes.

Impende reforçar, no entanto, que existem circunstâncias nas quais o convívio da criança ou do adolescente com sua família natural é prejudicial, sendo imperioso o seu afastamento. Diante de cenários como esse, crianças e adolescentes ficam expostos a uma situação de extrema insegurança e fragilidade, contrariando a sistemática protetiva assegurada constitucionalmente. Por essa razão, nesses contextos, admite-se sua inserção em uma família substituta. A depender da especificidade do caso concreto e respeitando os requisitos previstos na legislação, essa medida excepcional poderá se dar por meio dos institutos da guarda, tutela ou adoção.

À vista disso, apesar de a guarda e a tutela serem institutos jurídicos distintos, cada um apresentando suas próprias particularidades e efeitos, ambas as hipóteses têm o condão de proteger crianças e adolescentes em completo estado de vulnerabilidade, além de buscar a concretização do direito fundamental à convivência familiar. Desse modo, considerando os aspectos essenciais, crianças e adolescentes sob guarda encontram-se na mesma posição jurídica que os acolhidos em família substituta através da tutela.

Verificou-se, portanto, que inexistente qualquer justificativa relevante para a lei previdenciária atribuir tratamento jurídico diferenciado às crianças e aos adolescentes acolhidos em família substituta por meio da guarda, retirando-lhes do rol de dependência previsto no §2º, do artigo 16, da Lei nº 8.213/91, mas mantendo a condição de dependente dos enteados e daqueles que se encontram sob tutela. Oportuno ressaltar, inclusive, que o próprio texto constitucional previu a garantia de direitos previdenciários de modo a abranger todo o público infanto-juvenil, sem estabelecer qualquer tipo de diferenciação referente à condição desses indivíduos.

A legislação previdenciária jamais poderia ter retrocedido quanto a esse aspecto, ainda que sob o pretexto de alcançar um equilíbrio financeiro. Ao deixar de prever crianças e adolescentes sob guarda como dependentes de seu guardião, para fins previdenciários, retirou-se da norma uma vantagem protetiva conquistada no âmbito infanto-juvenil, após intensas manifestações sociais, promovendo um retrocesso social.

A guarda, assim como qualquer outro instituto jurídico, encontra-se passível de ter sua finalidade deturpada. Entretanto, diante de um sistema constitucional protetivo, não parece aceitável e nem razoável defender a supressão de direitos como meio adequado para coibir fraudes. O legislador não pode pressupor que todos aqueles que postulam a guarda de uma criança ou adolescente têm como único escopo garantir-lhe a futura obtenção de um benefício previdenciário. Em verdade, as práticas fraudulentas precisam ser identificadas e combatidas, diante de um caso concreto, por meio de um aparato de fiscalização e controle.

Nesse diapasão, indispensável sublinhar que a guarda de crianças e adolescentes somente é concedida a um terceiro através de decisão judicial. E, sendo assim, tanto o Ministério Público – na qualidade de órgão fiscalizador da lei – como o juiz estão aptos a identificar se há, em determinado caso específico, alguma discrepância da situação fática em relação à situação

jurídica. O processo administrativo instaurado no âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social, imprescindível para concessão de benefícios previdenciários, é outro meio adequado para averiguar se há algum tipo de simulação. Há, portanto, instrumentos capazes de evitar situações de fraude à previdência social, inclusive em mais de uma esfera de poder, não sendo necessário sacrificar direitos fundamentais plasmados constitucionalmente.

Em síntese, o presente trabalho buscou demonstrar que a postura legislativa em debate foi extremamente equivocada. De fato, a competência para estabelecer a relação de beneficiários da previdência social é do legislador ordinário. Contudo, não se pode olvidar que a legislação infraconstitucional precisa estar em perfeita harmonia com os preceitos constitucionais, o que não ocorre na hipótese sob análise. Além de colidir frontalmente com o princípio da isonomia e o da vedação ao retrocesso social, a mencionada alteração normativa não se coaduna com o arcabouço protetivo destinado à infância e à adolescência.

Diante das considerações até aqui assentadas, a melhor solução a ser dada à controvérsia é no sentido de que a ausência de previsão na relação de dependência do artigo 16 da Lei nº 8.213/91 não retira a condição de dependente das crianças e adolescentes sob guarda. No entanto, é de salutar importância observar qual era a modalidade de guarda exercida pelo guardião no momento do seu óbito, tendo em vista que cada espécie produz efeitos distintos no âmbito previdenciário.

Em conformidade com as ponderações já apresentadas no decorrer do estudo do primeiro capítulo, crianças e adolescentes sob guarda estarão abrangidos pela redação do §2º, do artigo 16, da Lei nº 8.213/91 e, portanto, equiparados a filho do segurado, caso o instituto da guarda se destine a regularizar a sua posse de fato. Nesses casos, é razoável exigir que a criança ou o adolescente comprove sua dependência econômica em relação ao guardião e demonstre que seus genitores não têm meios de prover suas necessidades básicas, uma vez que o instituto da guarda não faz cessar o dever dos pais a prestarem alimentos.

Crianças e adolescentes também fazem jus à pensão por morte do guardião segurado nas hipóteses em que a guarda é deferida para fins de adoção, porém o adotante falece no curso do processo judicial. Entretanto, diferentemente do caso anterior, não se exige a comprovação de dependência econômica. Isso se justifica na medida em que a própria legislação autoriza o prosseguimento do processo e permite que os efeitos da adoção retroajam à data do óbito do

adotante, possibilitando que aquela criança ou adolescente sob guarda se transforme em filho. Sendo assim, é inconcebível que a legislação previdenciária não equipare a guarda à filiação em situações como a narrada. Ademais, o texto constitucional aboliu qualquer distinção entre filhos biológicos e adotados, devendo, portanto, ser dispensado o mesmo tratamento jurídico para ambos.

Insta, por derradeiro, esclarecer que nos casos dos programas de acolhimento familiar, alternativa incentivada pelo Estado ao acolhimento institucional, não há como caracterizar uma dependência previdenciária da criança ou do adolescente em relação ao guardião segurado.

Resta demonstrado pelo presente trabalho de conclusão, portanto, que admitir a exclusão de crianças e adolescentes sob guarda da relação de dependentes do segurado do Regime Geral da Previdência Social é reconhecer, antes de mais nada, a desproteção de seres humanos que se encontram em situação de extrema vulnerabilidade social. A concessão do benefício previdenciário de pensão por morte, por seu turno, reputa-se imperiosa, tendo em vista que propicia a essas pessoas em desenvolvimento os recursos indispensáveis a uma sobrevivência digna, já que possui o objetivo de substituir a remuneração do segurado falecido.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Hermes Arrais. **Benefícios previdenciários**. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: LEUD, 2009.

AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 8.ed. aum. e atual. Bahia: Juspodivm, 2016.

AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**. 4.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**. 4.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; ROCHA, Daniel Machado da. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**. 14.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**. 4.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 204.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 18.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches; LÉPORE, Paulo Eduardo; ROSSATO, Luciano Alves. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 337-338.

CURY, Munir; MARÇURA, Jurandir Norberto; PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Estatuto da criança e do adolescente anotado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Conflito de normas**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 15-16.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 20.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência**. 16.ed. atual. São Paulo: Atlas, 2015.

LIBERATI, Wilson Donizete, 1991, p. 45 *apud* SILVEIRA, Mayra; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Direito fundamental à convivência familiar. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**. 4.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Poder familiar. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**. 4.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Guarda como colocação em família substituta. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**. 4.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de; TEXEIRA, Ana Carolina Brochado. Comentários ao artigo 227. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.) **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

PEREIRA, Fábio Soares. Da orientação jurisprudencial sobre o direito à pensão do menor sob guarda. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, nº 55, ago. 2013. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao055/Fabio_Pereira.html> Acesso em: 24 mai. 2017.

Rocha, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, [S.I], v. 2, n 2, p. 49-67, 2001.

Disponível em: < <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/29>> Acesso em: 3 jun. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10.ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOUZA, Fábio. Interseções entre o direito previdenciário e o direito de família: alguns reflexos na análise dos dependentes. *In*: SAADI, Jean; SOUZA, Fábio (Coords.). **Previdência e família: interseções entre o direito previdenciário e o direito de família**. Curitiba: Juruá, 2012.

SILVEIRA, Mayra; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.