



**PUC** GOIÁS

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, RELAÇÕES  
INTERNACIONAIS E DESENVOLVIMENTO - MESTRADO

GIOVANA GUIMARÃES DE MIRANDA

**PROTEÇÃO E PREVIDÊNCIA SOCIAL DO MENOR SOB GUARDA  
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Goiânia  
2012

GIOVANA GUIMARÃES DE MIRANDA

**PROTEÇÃO E PREVIDÊNCIA SOCIAL DO MENOR SOB GUARDA  
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento da Pontifícia Universidade Católica de Goiás, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação da Professora Doutora Eliane Romeiro Costa.

Goiânia  
2012

MIRANDA, Giovana Guimarães de.  
Proteção e Previdência Social do menor sob guarda no ordenamento jurídico brasileiro – MA [manuscrito] / Giovana Guimarães de Miranda. – 2012.

126 f.: l.

Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Dra. Eliane Romeiro Costa.

Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Faculdade de Direito, 2012.

Bibliografia: f. 118-125.

1. Seguridade Social. 2. Menor sob guarda. 3. Previdência Social. 4. Assistência Social. 5. Direitos sociais fundamentais. I. Romeiro, Eliane Costa. II. Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 34 (342.7)

GIOVANA GUIMARÃES DE MIRANDA

**PROTEÇÃO E PREVIDÊNCIA SOCIAL DO MENOR SOB GUARDA  
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Dissertação defendida no Curso de Mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento da Pontifícia Universidade Católica de Goiás, para a obtenção do grau de Mestre. Aprovada em 15 de agosto de 2012, pela Banca Examinadora constituída pelos seguintes professores:

---

Professora Dra. Eliane Romeiro Costa  
Orientadora e presidente da Banca  
PUC/GO

---

Professor Dr. Germano Campos e Silva  
Membro da Banca  
PUC/GO

---

Professora Dra. Silzia Alves Carvalho Pietrobom  
Membro da Banca  
UFG/GO

À memória de Telma Guimarães de Miranda, minha querida e saudosa mãe, que nos deixou um legado infindável de amor e dedicação. Por iluminar as nossas vidas com a sua luz brilhante. À minha saudosa avó Zulmira Cândida Guimarães e ao meu querido tio Sebastião Guimarães, pelos ensinamentos e exemplos deixados à família.

## AGRADECIMENTOS

Deus - Eterno e sublime criador, por possibilitar-me a dádiva da vida, a saúde, o crescimento como ser humano, a evolução como sua filha, e, neste especial momento, pelo alcance do engrandecimento acadêmico e profissional.

Telma Guimarães de Miranda – Mãe guerreira, pelos exemplos de integridade como ser humano, pelos valores cristãos, pelo amor incondicional e ensinamentos de vida. Agradeço por segurar a minha mão e me guiar para caminhos de luz.

Henrique Guimarães de Miranda - Irmão, amigo, exemplo de homem íntegro e verdadeiro. Agradeço à Deus por ter o privilégio de ter nascido sua irmã. Na linguagem de nossa mãe “carne e unha”, unidos pelo amor de outras estradas. Anjo da guarda que tenho em minha vida.

Elavino Guimarães de Miranda- Irmão. Agradeço pelo crescimento espiritual e como ser humano.

Afonso Henrique Miranda – Pai, pelos bons exemplos de educação, pelo apoio e confiança em meu estudo e trabalho.

Celma Martins Guimarães – Tia, fada madrinha, grande estudiosa, íntegra, reta e acolhedora. Agradeço pela proteção e aconchego de seu imenso amor.

Zilá Guimarães – Tia, exemplo de sabedoria, encantadora, exemplo de ser humano, um verdadeiro anjo, abdição em prol dos que ama e portadora de uma admirável pureza. Agradeço pelo amor e cuidados incondicionais.

Lenice Guimarães e Walta Guimarães – Tias queridas, verdadeiras guerreiras, exemplos de fé. Pelo amor, aconchego, carinho, compreensão e orações. Por me receberem com tanto amor, pela confiança e sensação de estar segura quando estou com vocês.

Eusamar de Sousa – Ingressou em minha vida quando eu tinha apenas 5 (cinco) anos de idade, e permanecerá para sempre. Grande colaboradora de minha criação. Agradeço pela presença em nossas vidas, pelo apoio, auxílio, cuidado e abdição. Indubitavelmente, pessoa enviada por Deus para fazer parte da minha vida.

Rosana Miranda e Gabriel – Tia e primos acolhedores, agradeço pelas inúmeras demonstrações de amor e pelo prazer dos momentos em que vocês estão presentes.

Renato Silva e Fernanda Mendes Morais – Irmão e cunhada, pelo amor, carinho e confiança, bem como pela partilha dos bons momentos da vida.

Eduardo Alves de Faria – Sócio e companheiro. Os momentos da vida se tornam mais especiais quando compartilhados com você. Poderia agradecer por inúmeros fatores. Contudo, o maior agradecimento é por estar ao meu lado sempre.

Eneida Alves Costa, Marcos de Faria, Ilídia e Marcos Henrique – Pelo acolhimento como filha, neta e irmã, assim como pelo amor e aconchego em seus corações.

Divina, Paulo, Laíza, Paula, Thaís e Sandro – Agradeço pelo amparo como integrante da família, por todas as ocasiões de alegria e pelo carinho e prazer de estar em suas companhias.

Mariana Consuelo Cedro e família – Amiga fiel e companheira. Agradeço por poder confiar, sentir a sua confiança e pelo apoio em todos os momentos da vida. Agradeço à sua família pelo acolhimento como filha. Amigos como vocês são verdadeiros tesouros.

Mariana Cristina de Alvarenga Xavier e Luciana Paes – amigas leais e verdadeiras. Agradeço por estarem sempre perto, pelo querer bem, por compartilharem sonhos e pelo grande apoio ao longo dos anos.

Izadora Barbosa Campos – Uma das amigas mais antigas. Agradeço pela dedicação e carinho em todos esses anos. Sentimento imenso de amor por todos os momentos que vivemos e que ainda viveremos. Pela eterna amizade.

Naiana Figueiredo Camargo e sua família – Pelo aconchego de seu lar, pela fidelidade de uma antiga e sólida amizade, por termos crescido juntas e compartilhado fases inesquecíveis.

Lara Daniela – Pela doce companhia da verdadeira amizade.

Ricardo Teixeira e Mariana da Fonseca Guimarães – Por tornarem os momentos da vida mais agradáveis e felizes. Pela amizade carinhosa.

Juliana Magalhães – Amizade antiga e preciosa. Agradeço à Deus pelos anos passarem e os bons sentimentos permanecerem. Exemplo de profissional, filha e amiga. Conviver com você é poder sempre crescer em algum setor da vida.

Leonardo Dreher Ramalho Glórias e Mariele Fernandes – Pela alegria de reencontrá-los todos os anos e perceber que a essência da nossa amizade do ensino médio continua intacta.

Luiz Antônio Miranda, Nildete Miranda, Luiz Filho Miranda e Alyni Sanche – Pelo acolhimento, confiança e amizade, bem como pelo prazer das companhias.

Tancredo Elvis Santos Silva – Pelo aprendizado com a convivência diária no trabalho, pelo respeito e confiança, pela luta profissional e por compartilharmos de um mesmo sonho.

Ivani Silvestre – Pelo suporte e apoio. Muito grata pelo conforto e encorajamento dedicados à mim e ao Eduardo.

Tienny Teodoro e Maria Isabel – Amigas do pilates. Pela amizade, confiança, carinho e alegria em estar com vocês. Por fazer das aulas de pilates, momentos de desligamento de qualquer preocupação e ansiedade. Muito mais do que professora e colega, construímos uma linda amizade.

Cada nome citado neste instrumento de agradecimento apresenta especial relevância em minha vida. Cada momento especial guardado em minha lembrança carrega um gosto de amor que até aperta o peito. É por essa razão que agradeço a todos vocês que contribuíram para a minha formação como ser humano, e que continuam a fazer dos meus momentos mais alegres e felizes.

Um agradecimento conjunto aos especiais amigos Leonardo Vieira Barbosa, Priscila Mello, Mariana Oliveira, Alyne Neves Cintra, Priscilla Fraga, Livia Piccolo, Leilane Rocha Vieira, Fernanda Nogueira e Fabrício Nascimento.

À Vera Mônica – Amiga querida do Mestrado, pelos trabalhos elaborados juntas, pela confiança, estímulo e convivência adorável. Nunca esquecerei dos gestos de carinho.

Ao formidável colega José César Naves de Lima Júnior, brilhante como profissional e ser humano iluminado. Sou grata pelos gestos de amizade e auxílio tanto no aspecto pessoal, quanto no acadêmico. Obrigada por agendar um encontro com a procuradora de justiça Dra. Laura Rezende, e pelo suporte fornecido para o enfrentamento dos desafios da vida.

Ao admirável colega João Corrêa de Azevedo Neto, pela cumplicidade, momentos alegres durante as aulas e pelas trocas de experiências durante toda a elaboração da dissertação. Inevitável lembrar os 2 (dois) anos e meio de Mestrado sem associar ao estimado João.

Aos colegas Rony César Camilo Mota e Priscila Madruga Ribeiro, pessoas incríveis do Mestrado, que fizeram dos dias de aulas mais prazerosos e enriquecedores.

À professora Doutora Eliane Romeiro Costa, por todo acompanhamento há 8 (oito) anos, desde a iniciação científica, pelas orientações e paciência. Por colocar-me sempre próxima ao meu objetivo, confiar em meu potencial, proferir dicas e conselhos de aprimoramentos, e valorizar o trabalho gradualmente desenvolvido. Ao sairmos juntas da última Semana da Cidadania deparei-me com lágrimas de orgulho por constatar o crescimento de suas ex-alunas. Professora, as suas lágrimas são honradas. Indubitavelmente, todas as suas alunas guardam o exemplo de uma mulher íntegra, forte e de ensinamentos brilhantes. Muito obrigada.

Ao professor Germano Campos Silva, pelo carinho e incentivo, pelas aulas ministradas na graduação e no Mestrado, pelo exemplo de competência profissional. Agradeço à Deus por ter concedido célebres acompanhamentos em minha vida acadêmica.

À todos os professores do Mestrado, pelas aulas ministradas com responsabilidade, pelos conhecimentos transmitidos, contribuindo com a minha formação acadêmica e profissional.

À procuradora de justiça Laura Maria Ferreira Bueno pelo carinho, atenção, disposição para didaticamente ensinar-me um pouco de sua bagagem e experiência na área da Infância e da Juventude. Agradeço também pelo empréstimo e indicação de obras que tanto me ajudaram na concretização deste sonho.



“A Previdência é a mais importante de todas as causas que tornam a vida humana diferente da dos animais”.

Bertrand Russel apud BALERA,  
Wagner. Curso de Direito Previdenciário.  
5ª ed., São Paulo: LTr, 2002.

## RESUMO

A Seguridade Social apresenta como finalidade suprema a promoção do bem-estar e o alcance da justiça social. Os elementos da Seguridade – Previdência, Assistência e Saúde - são assegurados pelas ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da Sociedade. As medidas protetoras estatais ganham a denominação de políticas públicas, implicando uma obrigação de fazer do Estado, a depender de gastos financeiros, para promover a realização dos direitos securitários. Abordaremos neste estudo a guarda estatutária, ou seja, aquela prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente que obriga o guardião à prestação de assistência material, moral e educacional ao menor. O problema que motivou esta pesquisa teve origem na Lei 9528/97, que excluiu o menor sob guarda do rol de dependentes econômicos da Lei 8.213/91, esta última que regulamenta os benefícios previdenciários. Tais benefícios são constitucionalmente considerados como direitos fundamentais aos dependentes, logo, uma vez não concedidos aos menores sob guarda provocam indagações sobre a exclusão legislativa mencionada. O presente trabalho tem como eixo investigativo a análise da Previdência Social e seus requisitos, bem como o estudo das doutrinas protetivas constitucionais de inclusão, estabelecendo os pressupostos de concessão dos benefícios previdenciários e das políticas públicas, relacionando todas as temáticas com o menor sob guarda. O foco envolverá também a investigação das Doutrinas de Seguridade Social e da Teoria Constitucional dos Direitos Sociais fundamentais, aplicados à infância e à juventude. Outrossim, examinaremos a noção de família protegida e as modalidades familiares admitidas no ordenamento jurídico brasileiro.

**Palavras-chave:** Seguridade Social, Menor sob guarda, Previdência Social, Assistência Social, Direitos sociais fundamentais.

## ABSTRACT

The Social Welfare introduces like supreme finality the promotion of welfare and the reach of social justice. The elements of Social Welfare – Social Welfare, Social Welfare Work and Health – are assured by public and society actions. The State protectors measures win the public politics denomination, resulting in obligation to do of the State, to depend on expenses, for promote the materialization of social welfare rights. The present study will broach the statute guard, it means, that preview in Statute of the Adolescent and the Child Statute, which forces the guardian to gives moral, educational and material assistance to the child. The problem which caused this search begin with the 9528/97 law, which excluded the child on guard of the 8.213/91 law in the list of economic dependents. That law regulates the social welfare benefits. Those benefits are counted fundamental rights to dependents by the supreme law of State, therefore, refusal to child on guard, results in indagation about the legislative exclusion mention above. The present work have the analyses of Social Welfare and those requisites like investigate axle, as same as studies of protective's and constitutionals doctrines of inclusion, establishing the presupposes of social welfare benefits concessions and public politics, connecting all the themes with child on guard. The focus will involve also the investigation of Social Welfare doctrines and The Constitutional Theory of Fundamental Social Rights, apply to infancy and youthfulness. Then, we will examine the family protect notion and the families modalities admitted in the Brazilian law ordainment.

**Key-words:** Social Welfare, Child on guard, Social Welfare<sup>1</sup>, Social Welfare Work, fundamental social laws.

---

<sup>1</sup> Seguridade Social e Previdência Social apresentam a mesma redação linguística inglesa.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO.....</b>	<b>9</b>
<b>ABSTRACT.....</b>	<b>10</b>
<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>13</b>
<b>CAPÍTULO 1- POLÍTICA SOCIAL NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS: A PROTEÇÃO SOCIAL À INFÂNCIA.....</b>	<b>23</b>
1.1 - A Origem.....	23
1.2 - A Infância no Século XVII.....	25
1.3 - A Infância no Século XVIII.....	27
1.3.1 – O Brasil império.....	28
1.4 - A Infância no Século XIX.....	29
1.4.1 – O Estado novo.....	34
1.4.2 – O código de menores – o surgimento.....	35
1.4.3 – O estatuto da criança e do adolescente .....	38
1.5 - A Infância no Século XX.....	41
1.6 - A Evolução Constitucional da Proteção Social à Infância .....	42
1.6.1 – A seguridade social na constituição de 1988 .....	47
1.7 - Os princípios previstos no art. 227 da Constituição Federal .....	48
1.7.1 – A proteção integral da criança e do adolescente.....	48
1.7.2 – O princípio da “ <i>prioridade absoluta</i> ”.....	52
<b>CAPÍTULO 2 - O ESTADO DO BEM ESTAR SOCIAL: DIREITOS DA INFÂNCIA E DA ADOLESCÊNCIA COMO DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>57</b>
2.1 - O Estado do Bem Estar Social no Estado Democrático de Direito .....	58
2.2 - A Cidadania Social.....	60
2.3 - O Direito ao Mínimo Existencial e a Reserva do Possível.....	61
2.4 - O Princípio da Proibição do Retrocesso Social e a Previdência .....	64
2.5 - A Seguridade Social e a Proteção à Criança e ao Adolescente.....	65
2.5.1 – Políticas públicas de inclusão social à infância e à adolescência .....	66
2.5.3 – A previdência social e o “ <i>menor sob guarda</i> ”.....	72

<b>CAPÍTULO 3 - O MENOR SOB GUARDA E AS RELAÇÕES JURÍDICAS DE SEGURO SOCIAL – DEPENDENTES ECONÔMICOS, BENEFÍCIOS E ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS .....</b>	<b>76</b>
3.1 - Os novos conceitos familiares e a proteção à família – art. 226 da Constituição Federal .....	76
3.1.1 – Família matrimonial .....	80
3.1.2 – Família extramatrimonial .....	82
3.1.3 – A família informal.....	83
3.1.4 – A família parental/monoparental.....	84
3.1.5 – A família substituta .....	86
3.1.5.1 A guarda e a tutela estatutária: Formas de colocação em família substituta.....	87
3.2 - Proteção Social à Família .....	92
3.3 - As Relações Jurídicas Securitárias de Proteção Social ao Menor Sob Guarda.....	94
3.3.1 – Os beneficiários do seguro social – segurados e dependentes econômicos .....	95
3.3.2 – Os benefícios devidos aos dependentes econômicos.....	99
3.3.2.1 Os benefícios devidos ao menor sob guarda após a Lei 9528/97.....	100
3.3.2.1.1 A pensão por morte .....	100
3.3.2.1.2 O auxílio reclusão.....	101
3.4 - O “Direito Adquirido”, “A Lei Vigente à Época” e a “Segurança Jurídica” na Previdência Social.....	102
3.5 - Os Menores Sob Guarda Inscritos como Dependentes Econômicos do Guardião no Regime Geral de Previdência Social .....	104
3.6 - “O Menor Sob Guarda” e o Sistema de Assistência Social.....	107
3.7 - Os Fundamentos do Princípio do Equilíbrio Financeiro e Atuarial e os Crimes Contra a Previdência Social: O Desvirtuamento do Instituto Guarda na Realidade Fática – Entendimentos Jurisprudenciais.....	109
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>113</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>119</b>

## INTRODUÇÃO

O tema de pesquisa elegido nesta dissertação tem despertado o interesse de diversos estudiosos e profissionais que atuam na área jurídica, reunindo posições divergentes sobre a aplicação dos direitos previdenciários ao menor sob guarda.

O interesse por este tema surgiu por entendermos que há a necessidade de reflexão sobre a aplicação de um modelo de proteção aos direitos do menor sob guarda, analisando em quais situações a proteção previdenciária será devida, bem como em que momento a atuação de políticas públicas e de ações afirmativas serão essenciais para a garantia de uma vida digna, ampliando o conceito de cidadania social.

Trataremos no presente trabalho sobre a guarda estatutária, tratando-se daquela prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente. A guarda estatutária visa atender a criança em visível estado de abandono ou que tenha sofrido falta, omissão ou abuso dos pais.

O problema que motivou esta pesquisa teve origem na Lei 9528/97, que excluiu o menor sob guarda do rol de dependentes econômicos da Lei 8.213/91, esta última que regulamenta os benefícios previdenciários. Tais benefícios são constitucionalmente considerados como direitos fundamentais aos dependentes, logo, uma vez não concedidos aos menores sob guarda provocaram indagações sobre a exclusão legislativa mencionada, contextualizando o problema da presente dissertação.

Trata-se de um tema de grande relevância social, já que a consequência prática dessa exclusão normativa envolve a privação do menor sob guarda aos benefícios previdenciários. A consequência mencionada é de cunho securitário e protetivo, pois o menor sob guarda não abrangido pela Previdência Social poderá enquadrar-se na assistência social, nas ações afirmativas ou, situar-se na “penumbra” dos desprotegidos.

O art. 227 da Constituição Federal (CF) enuncia a doutrina da proteção integral, conferindo às crianças e aos adolescentes os direitos sociais fundamentais à vida, alimentação, educação, saúde, esporte, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade, e à convivência familiar e comunitária, devendo esses ser assegurados, como prioridade absoluta, pela família, sociedade e pelo poder público.

Todavia, as regras protetivas não se resumem ao artigo 227 da Constituição Federal. Os direitos sociais fundamentais estão espalhados por todo o texto constitucional. Doutrinariamente, criou-se uma teoria com força principiológica que garante a aplicação de direitos fundamentais mínimos à uma existência digna.

Logo, explorar academicamente o assunto é aproximar-se das doutrinas constitucionais e securitárias, sedimentando conhecimento a favor ou contra o cabimento protetivo ao menor sob guarda.

Assim, o presente trabalho dissertativo desenvolveu as problemáticas voltadas à infância, reunindo razões históricas, científicas e sociais, buscando oferecer uma proposta séria e viável quanto à inclusão dos menores sob guarda no sistema de proteção social.

Orientamos a presente dissertação pelo conceito de Almansa Pastor sobre a “*eficaz proteção*”, (1991, p. 50, tradução nossa) como aquela que requer mecanismos próprios capazes de produzir uma transformação gradual dos princípios individualistas sustentadores de um Estado Liberal em fundamentos baseados na solidariedade de um Estado Social intervencionista.

A evolução de um Estado Liberal para um Estado Social faz surgir no âmbito governamental e coletivo a preocupação em intervir em diversos setores da sociedade, para propiciar o bem-estar aos cidadãos.

Assim, o Estado de Bem-Estar é caracterizado pelas criações de políticas públicas protetivas dos cidadãos, em principal dos grupos vulneráveis.

O sistema de proteção social integra o Estado de Bem Estar-Social, fundado pelas atuações públicas e sociais, buscando o bem-estar de todos, através da concretização dos direitos sociais fundamentais.

Marco temporal relevante para o amadurecimento da noção de proteção no Brasil, nos moldes de medidas públicas redutoras de desigualdades, tratou-se do momento pós Segunda Guerra, em que surgia a ideologia do Welfare State, visando extirpar as deformidades sociais causadas pela Guerra.

Utilizamos neste trabalho, o relatório de 1942 de William Beveridge, reformador social e economista, que trata dos problemas sociais como os cinco gigantes, quais sejam, a miséria, a doença, a ignorância, a insalubridade e a ociosidade, a serem excluídos naquele período histórico através das políticas sociais (BEVERIDGE, 1942).

Sobre a Seguridade Social, Otto Von Bismark, primeiro ministro da Prússia em 1862, contribuiu para o surgimento do Sistema securitário no Brasil e no mundo, através da implantação de medidas obrigatórias de proteção social, dentre elas: o seguro doença em 1883; o seguro acidente de trabalho em 1884; o seguro invalidez e velhice; e o seguro específico de condições de trabalho em 1889 (CASADEI; GOÍS, 2007).

Indubitavelmente, Otto Von Bismark e Willian Beveridge contribuíram para o surgimento do Sistema de Seguridade Social no Brasil, mesmo tendo sido juridicamente previsto apenas na Constituição Federal de 1988.

A Seguridade Social visa a garantia do bem-estar material, moral e espiritual de todos os indivíduos da população, bem como minimizar as diferenças sociais e promover a proteção dos socialmente mais necessitados, para garantir a igualdade, a segurança e a paz social.

Debruçamos na concepção teórica de Almansa Pastor (1991, p. 64 e 65 tradução nossa) quanto à definição da Seguridade Social, como um conjunto de medidas protetoras que o Estado coloca à disposição dos indivíduos, para garantir o bem estar moral, material e espiritual de toda a população, com a finalidade de cumprir a função estatal de liberar os indivíduos de toda situação de necessidade social.

Outrossim, adotamos o conceito de Seguridade Social do jurista e professor Feijó Coimbra (2001, p. 44) em que ele considera Seguridade como a “segurança contra o infortúnio”.

Ainda na bagagem conceitual do jurista Feijó Coimbra (2001), nos pautamos da Teoria do Seguro Social, formada pela filiação compulsória de parte da população ao Estado, que recebe a função de conceder o amparo, através das prestações devidas àqueles que legalmente apresentarem o status de segurados ou dependentes.

Cabe destacar que o direito à seguridade social abrange um conjunto de normas jurídicas concernentes à Saúde, à Assistência e à Previdência Social. Trata-se de uma visão ampla que visa assegurar de forma efetiva e plena a promoção do bem-estar social.

Como elementos da Seguridade, os direitos acima mencionados, relativos à saúde, à previdência e à assistência social são assegurados pelas ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da Sociedade através de medidas constitucionais.



A previdência tem como objetivo a proteção dos eventos previstos no art. 201 da Constituição Federal. Esta se exterioriza como uma forma obrigatória, diferenciada, contributiva de seguro social contra os riscos dos trabalhadores, garantindo-lhes o sustento quando não mais for possível participarem do mercado de trabalho, por motivos de incapacidade, idade avançada, tempo de serviço, desemprego involuntário, encargos familiares, reclusão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.

Elegemos o conceito de Previdência Social de Wladimir Novaes Martinez (1992, p. 99) como a técnica de proteção social que visa propiciar os meios indispensáveis à subsistência da pessoa humana, quando esta não puder obtê-los através do trabalho, por motivo de maternidade, nascimento, idade avançada, prisão, desemprego, tempo de serviço ou morte, mediante contribuição compulsória distinta, proveniente da sociedade e cada um dos participantes.

A assistência social visa à proteção do indivíduo que sozinho ou com a ajuda de seus familiares não tenha meios suficientes para obter seu sustento.

Utilizamos o ensinamento de Feijó Coimbra (2001, p. 58) que retrata que a Assistência Social amplia a faixa protetora da Seguridade, abrangendo aqueles que não fazem parte do Sistema Previdenciário.

A saúde é direito de todos e dever do Estado. Objetiva a redução do risco de doenças, bem como a facilitação do acesso aos serviços de recuperação da higidez física e mental. Atua de forma preventiva e curativa.

Contudo, tem-se que o direito à Seguridade Social é público subjetivo, irrenunciável, inalienável e intransmissível, de tal modo que assegurando a satisfação das necessidades essenciais do indivíduo seja capaz de conduzi-lo à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, a Seguridade Social apresenta como propósito fundamental proporcionar aos indivíduos e às famílias a tranquilidade de saber que seus níveis de vida não serão significativamente reduzidos por nenhum risco social.

Sobre a noção de família, o eminente jurista Wagner Balera, na obra “Da proteção social à família” (2002) considera que os dependentes econômicos representam a família do segurado, sendo estes, portanto, titulares do direito ao benefício. Se à família não for cabível proteção previdenciária, deve ser oferecida alguma espécie de cobertura assistencial. Logo, o que deve-se garantir é a proteção à família, seja via previdência, seja via assistência.

Para formar e enriquecer o conteúdo da dissertação, tomamos como referência, ainda as definições de Wagner Balera (1989), sobre Seguridade, solidariedade e relações jurídicas de Seguro Social.

Wagner Balera (1989) nos ensina que Seguridade é segurança, é a tranquilidade, sobretudo no futuro, que a sociedade deve garantir aos seus membros.

O reconhecimento do conceito de Seguridade significa que a sociedade apoiada na solidariedade, protege o indivíduo quando acometido de algum dos riscos sociais, ou seja, o cidadão em estado de necessidade é coberto por medidas securitárias que atenuam o quadro de risco, para que a existência digna seja garantida.

Partimos do conceito de solidariedade social do jurista Wagner Balera (2005, p. 9), significando a integração dos homens de compromisso com os interesses do coletivo, podendo também ser representada pela definição contínua de causas comuns, sem as quais a comunidade não pode se desenvolver.

Quanto à relação jurídica de seguridade social, Wagner Balera (2002, p. 14), a define como o instrumento de ação do Direito para intervir na vida da comunidade e, por conseguinte proporcionar a seguridade social. A estrutura básica da relação jurídica protetiva abrange os sujeitos e os objetos, sendo os sujeitos classificados como ativo, aquele que é atingido pela contingência da necessidade e, passivo, aquele que recebe competência para conceder proteção social. Já os objetos, são as prestações, consideradas benefícios ou serviços.

As necessidades individuais surgem das grandes desigualdades sociais existentes nos países em desenvolvimento. Assim, é fundamental a adoção de medidas por parte do governo no sentido de tentar suprimir os graves problemas enfrentados pela maioria da população. Surgem, portanto, as políticas públicas de ações afirmativas.

As políticas públicas de ações afirmativas são iniciativas promovidas pelo Poder Público com o objetivo de reduzir desigualdades existentes. Essas desigualdades podem advir de uma hipossuficiência econômica, física, ou até mesmo de uma discriminação de determinado grupo.

Embasaremos na definição de Daniel Sarmiento (Leituras Complementares de Constitucional, 2007, p. 187) sobre ações afirmativas, indicando-as como medidas públicas ou privadas, de caráter coercitivo ou não, que visam promover a igualdade

substancial, através da discriminação positiva de pessoas integrantes de grupos que estejam em situação desfavorável, e que sejam vítimas de discriminação e estigma social.

Através da concessão de determinadas vantagens, essas ações afirmativas compensam a hipossuficiência ou a discriminação sofrida pelo indivíduo. Os menores sob guarda no Brasil representam parte do público alvo que necessitam da implantação de políticas públicas de ações afirmativas.

Ademais, seguimos alguns conceitos fundamentais para o desenvolvimento do presente trabalho fornecidos por autores pós-positivistas, quais sejam: Ricardo Lôbo Torres, Daniel Sarmiento, Robert Alexy e Ingo Sarlet.

Consideram-se pós-positivistas aqueles estudiosos que defendem a superação da dicotomia entre Direito Natural e Direito Positivo, através do posicionamento dos princípios do Direito Natural no ápice do ordenamento jurídico. Logo, os pós-positivistas defendem os valores do Direito Natural como diretrizes primárias a serem seguidas por todos os ramos do Direito, uma vez que encontram-se positivados na Constituição Federal.

O jurista e professor Ricardo Lobo Torres (TORRES, 2009, apud NOVELINO, 2010) utilizou no Brasil pela primeira vez a expressão “mínimo existencial”, considerando-a um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas.

Complementando o conceito acima apresentado, Robert Alexy (ALEXY, 1993 apud SARMENTO, 2008) defende que a liberdade material está estritamente relacionada ao atendimento das condições mínimas para o alcance de uma vida digna.

Segundo Daniel Sarmiento (2008), o “mínimo existencial” apresenta maior peso no juízo de ponderação de interesses, tanto é que sempre exigirá um maior ônus argumentativo para o Estado que se negar a efetivá-lo.

Em contraposição ao “mínimo existencial”, Ingo Sarlet (2007) define a “Reserva do Possível” a correspondência razoável à prestação que o indivíduo pretende obter da sociedade.

Corroborando com a manutenção de um Estado de Bem-Estar Social temos ainda o princípio da proibição do retrocesso, em que veda-se a mera restrição injustificada de direitos sociais outrora conquistados.

Seguimos o conceito de Felipe Derbli (DERBLI, apud SARMENTO, 2008), que defende que haverá retrocesso social quando o legislador, por meio de conduta comissiva, retornar ao estado de omissão legislativa ou reduzir o grau de concretização de um direito social.

O que pretendemos é analisar a temática da presente dissertação, sob o embasamento dos conceitos, teorias e autores empregados ao longo da pesquisa, para tanto, o desenvolvimento de cada capítulo representa uma relevante fase investigativa.

Para adentrar a realidade dos direitos dos menores sob guarda no Brasil faz-se importante explorar a história da legislação direcionada à infância. O estudo histórico será explorado no capítulo 1, possibilitando entendermos como as crianças e os adolescentes viviam e eram consideradas no passado, e ainda quais as soluções que eram apontadas para exclusão social da infância pela Constituição de determinadas épocas.

Relevante obra explorada pelo presente trabalho, por retratar a evolução da proteção social da infância e juventude trata-se da “Arte de governar crianças no Brasil” dos autores Irene Rizzini e Francisco Pilotti.

No segundo capítulo discutiremos sobre os direitos fundamentais sociais de crianças e adolescentes, percorrendo pelo Estado de Bem-Estar Social, pelos conceitos de cidadania social e políticas públicas prioritárias à infância, bem como pelos requisitos da Previdência Social. A missão do mencionado Capítulo é a de conhecer os direitos sociais fundamentais do menor sob guarda e as hipóteses de enquadramento na Assistência e na Previdência Social.

Partimos do conceito de cidadania social de Luigi Bordin (BORDIN, 2001, 38) que a define como um conjunto de expectativas econômico-sociais que cada cidadão, enquanto tal, expressa em relação ao Estado para obter as garantias de segurança necessárias à vida e ao trabalho, para dar conteúdo de dignidade à existência individual.

Logo, a política do bem-estar abraça o conceito de cidadania social, bem como as principais políticas assistenciais voltadas ao menor, como uma forma de concretização dos direitos fundamentais e sociais, buscando garantias mínimas de uma vida universalmente digna.

Para o fechamento do capítulo 2 abordaremos sobre a Previdência Social, ressaltando as suas características-requisitos: contributividade, filiação obrigatória e equilíbrio financeiro atuarial.

O estudo do capítulo 2, portanto, permitirá verificarmos se a exclusão do menor sob guarda como dependente econômico é compatível ou não com os direitos sociais fundamentais protetivos, haja vista com as regras securitárias e previdenciárias voltadas ao menor.

Definidos os direitos sociais fundamentais, o capítulo 3 se destina a apresentar as modalidades de família admitidas pelo nosso ordenamento jurídico constitucional, bem como traçar as características fundamentais das relações jurídicas securitárias que envolvem o menor sob guarda.

Diante da realidade social, a noção de família para o Direito da Seguridade, deve ser aquela que proporcione a valorização da solidariedade, no âmbito das relações humanas. A base do conceito ainda é a solidariedade, porém, o conceito propriamente dito, foi ampliado ao longo do tempo, com a inserção de novos modelos familiares, merecedores de proteção pelo ordenamento jurídico. Tais mudanças refletem o espírito da Constituição na esfera social, baseando-se em fenômenos que se verificam no campo familiar. O que ocorre na sociedade é uma modificação significativa dos valores e dos interesses familiares tutelados, em que cada um dos integrantes da família passa a ser titular de direitos fundamentais, indisponíveis e intangíveis.

Observa-se que as crianças e os adolescentes inseridos em famílias substitutas pela modalidade “guarda”, atualmente enfrentam um problema de exclusão jurídica, constituindo uma parcela da população potencialmente vulnerável a estar em estado de risco social, dado que a Lei previdenciária 9528/97 ao tratar do rol de dependentes econômicos na Lei de Benefícios silenciou-se quanto à situação das crianças e adolescentes sob guarda.

Por outro lado, os menores tutelados foram mantidos como dependentes econômicos na Lei de Benefícios. Logo, o capítulo 3 também traçará as semelhanças e diferenças entre Guarda e Tutela estatutárias, e apresentará os fatores e posicionamentos que levaram à mencionada exclusão legislativa.

Dessa forma, após uma análise cuidadosa da evolução histórica e constitucional da criança e do adolescente, dos direitos sociais fundamentais, das modalidades de família, da relação jurídica de Seguro Social e seus componentes, e ainda dos fatores que favoreceram a exclusão dada pela Lei 9528/97, poderemos constatar se o menor sob guarda poderá ser ou não considerado dependente econômico, bem como em quais situações ele estaria protegido pela Previdência, Assistência e políticas de ações afirmativas.

Os desafios a serem levantados na presente dissertação, abordará sobre a dependência econômica como um elemento obrigatório em toda relação jurídica entre menor sob guarda e guardião, assim como a afetividade, requisito da guarda estatutária.

Os desafios abrangerão as situações fáticas e jurídicas em que o menor sob guarda merecerá proteção pela Previdência, Assistência e Ações Afirmativas.

Outrossim, a dependência econômica como fator substancial para gerar os benefícios previdenciários é atributo de todo e qualquer menor sob guarda. Todavia, a existência deste elemento de forma isolada não é suficiente para gerar os benefícios previdenciários. Indubitavelmente, o menor sob guarda não protegido pela Previdência, o será pela Assistência Social ou pelas ações afirmativas, a depender da situação fática e jurídica em que se encontrarem.

Essas discussões são essenciais, para definirmos qual é a orientação do nosso ordenamento jurídico, considerando o Direito à Seguridade que garante a redução dos riscos sociais em face da omissão legislativa atual.

Para tanto, será analisada a evolução da realidade social dos menores conjuntamente com as normas constitucionais e previdenciárias que lhes garantem os benefícios.

Ademais, visando a concretude do trabalho estudar-se-á a inserção do menor sob guarda na família discutindo a relação entre os conceitos: dependência econômica, direitos sociais fundamentais, políticas públicas, seguridade, previdência social e assistência social.

Vale frisar, que durante o desenvolvimento da presente dissertação foram realizadas investigações sobre os pressupostos de concessão dos benefícios previdenciários e assistenciais ao menor sob guarda, com o escopo de concluir em qual desses setores da Seguridade o público alvo apontado nesta dissertação se enquadra.

Quanto ao método, foi utilizado o hipotético-dedutivo, partindo de hipóteses capazes de deduzirem a solução de um problema; logo, a teoria existente relacionada ao problema é criticada, uma vez considerada insuficiente. Assim, são apresentadas novas hipóteses cujas consequências serão consideradas falsas ou verdadeiras. Tal método, busca solucionar o problema apresentado através da demonstração de novas hipóteses.

Relaciona-se o método hipotético-dedutivo ao filósofo Karl Popper, pelo aperfeiçoamento do conteúdo metodológico. Todavia, a origem do método vincula-

se ao pensamento de Descartes, que baseou-se na razão e na matemática.

Popper, foi influenciado pelo Círculo de Viena, grupo de estudiosos que reuniu-se no século XX, na tentativa de formarem uma concepção científica de mundo. (LIMA, 2008)

Karl Popper não acreditava em verdades absolutas, pautava-se no racionalismo crítico, e através de uma análise observadora, traçava hipóteses para solucionar um determinado problema. Tais hipóteses, segundo o filósofo, devem ser testadas, para que possam ser aperfeiçoadas através da eliminação dos erros. (LIMA, 2011).

O enfoque hipotético-dedutivo foi elegido, pois o presente estudo criticará a nova redação do art. 16, parágrafo segundo da Lei 8.213/91, dada pela Lei 9.528/97, que retirou o menor sob guarda da lista de dependentes econômicos, uma vez que o silêncio do legislador não solucionou o problema fático e jurídico, pelo contrário, fez emergir novas indagações em torno da possibilidade de se proferir ou não benefícios previdenciários aos menores sob guarda.

Dessa forma, novas hipóteses serão apresentadas e testadas nesta dissertação, sendo posteriormente afastadas ou afirmadas, com o intuito de conceder respostas ao problema.

Para o desenvolvimento do estudo proposto utilizaremos doutrinas de Seguridade Social e os conceitos-chaves de inclusão social, de relação jurídica previdenciária, criança e adolescente, menor sob guarda, guarda previdenciária, família, desigualdade social, bem como a teoria constitucional dos direitos fundamentais, os Direitos Sociais (artigo 6º, Constituição Federal), a Ordem Social (artigo 193, Constituição Federal), a Seguridade Social (artigo 194, Constituição Federal), a Previdência (artigo 201 da Constituição Federal), a Família (art. 226, Constituição Federal) e a proteção à criança e ao adolescente (art. 227, Constituição Federal).

Através da abordagem hipotética-dedutiva consideraremos as particularidades das teorias, direitos e princípios que revestem a problemática da exclusão legislativa, visando uma efetiva solução envolvendo o menor sob guarda, a Previdência e o Sistema de Proteção Social.

Portanto, o objetivo principal do presente estudo é definir o modelo de proteção aos menores sob o instituto guarda, demonstrando a existência ou não da relação de dependência econômica para os fins de concessão de benefícios

previdenciários, assim como as circunstâncias em que as políticas públicas e as ações afirmativas serão adotadas como medidas de proteção social.

## **CAPÍTULO 1**

### **POLÍTICA SOCIAL NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS: A PROTEÇÃO SOCIAL À INFÂNCIA**

A realidade social do menor no Brasil é uma questão sócio-política que reflete em nosso ordenamento jurídico. Consiste em uma sociedade desigual, em que o Poder Público não consegue de forma eficiente incluir os menores através de políticas sociais integrativas. A consequência desse desequilíbrio social é representada por famílias excluídas com os seus filhos menores desamparados, que vivenciam a concretude da fome e da miséria. Assim, as Constituições Brasileiras acompanham a realidade social, no intuito de garantir direitos às famílias e inclusão social aos menores desprotegidos.

Será demonstrada neste capítulo a evolução dos direitos da infância, ressaltando dentro de uma análise histórica, acontecimentos seculares de maior exclusão jurídica, esboçando a normatização constitucional brasileira caracterizada pela conquista dos direitos da criança e do adolescente.

#### **1.1 - A Origem**

O “problema infância”, desvendado há pelo menos 100 (cem) anos sempre esteve associado à pobreza. (RIZZINI; PILOTTI, 2009, p. 16).



A avaliação histórica dos direitos direcionados às crianças e aos adolescentes impõe um retorno ao surgimento das ideologias, institutos, “praxes” e leis anteriormente aplicáveis. Tal análise mostra-se indispensável à compreensão das normas atuais.

No período colonial (1530-1822) a ideologia predominante era a de evangelizar. A burocracia e os representantes da Igreja Católica seguiam determinações de Portugal, eram os “soldados de cristo” trabalhando na conversão das crianças indígenas em obedientes cristãos portugueses. (RIZZINI; PILOTTI, 2009, p. 17).

Ideologia que sempre esteve relacionada à infância no Brasil trata-se da consolidação do trabalho como um instrumento disciplinador da criança pobre, capaz de afastá-la do caminho do crime.

Mesmo após a expulsão dos jesuítas e o impedimento de escravização dos índios pelo Marques de Pombal em 1755, a exploração teve continuidade.

Na obra “A arte de governar crianças” há trechos que retratam a precariedade de vida das crianças nesse período:

O escravo era importante para a economia. As crianças escravas morriam com facilidade, devido às condições precárias em que viviam seus pais, e sobretudo, porque suas mães eram alugadas como amas-de-leite e amamentavam várias outras crianças. (RIZZINI; PILOTTI, 2009, p. 18).

Durante o período escravagista, as crianças escravas trabalhavam para seus donos. No início da industrialização, constituíam-se em mão de obra barata para as fábricas; nos feudos rurais, como bóias-frias ou complementos das quotas de seus pais; nas unidades domésticas e nas ruas, desde sempre o trabalho infantil foi considerado mão de obra dócil e barata. Não era incomum a apropriação e o uso desse trabalho ser justificado na filantropia, caridade e compaixão a essas crianças e suas famílias.

Cabe ilustrar, que os filhos dos escravos eram mantidos, com alimentação, dormitórios e vestimentas, pela sua participação nas tarefas domésticas. Tinham como função brincar com os filhos dos senhores, sempre acatando a vontade deles, exercendo papel de “bonecos”, sem personalidade e sem vontade. Auxiliavam também os pais em suas tarefas, acumulando desde cedo, um vasto campo de deveres.

Como início de uma demonstração mínima de consciência social protetiva,

importante destacar, que em 1521, por ordem de D. Manuel, as Câmaras Municipais passaram a receber e cuidar das crianças órfãs e abandonadas, podendo, para tanto, criar impostos. Nesse período, as Câmaras Municipais e as Casas de Misericórdia remetiam as crianças de até 3 (três) anos para casas particulares.

Assim, temos como origem na história brasileira uma infância marcada pela pobreza, exploração de mão de obra, e pela ausência de direitos. As crianças, originariamente, eram tratadas como objetos de manipulação para a sociedade explorar suas forças de trabalho, sendo portanto, excluídas do acesso aos direitos mínimos para uma existência digna.

Verificaremos nos próximos tópicos, as características e acontecimentos principais que determinaram a infância e a sua evolução jurídica a partir do século XVII até o XX.

## **1.2 - A Infância no Século XVII**

O século XVII foi marcado pelo aumento do número de crianças abandonadas, já que segundo a moral cristã os filhos nascidos fora do casamento não eram aceitos.

Logo, não era anormal abandonarem recém-nascidos em lugares públicos para serem encontrados; eram os chamados “expostos”. No entanto, trata-se de uma época de intensa reivindicação social por medidas do Império.

Em resposta às reivindicações, no ano de 1726, o Vice-rei Vasco Meneses determinou que todas as crianças “expostas” fossem abrigadas em asilos. A Santa Casa da Misericórdia adotou, então, o sistema da “Roda”, utilizado na Europa desde a Idade Média, e que, aqui, atravessou a Colônia, o Império e chegou à República.

Consistia em uma caixa cilíndrica de madeira, colocada no muro do hospital, sendo que uma parte dava para a rua e outra para dentro da instituição. A criança era colocada e a caixa girada de forma a conduzir a criança para o interior. Havia uma corda de uma sineta para avisar que uma criança havia sido entregue. A identidade de quem a colocasse ficava desconhecida. O objetivo era esconder a origem da criança e preservar a honra das famílias.

A respeito do surgimento das primeiras Rodas, cabe ilustrar:

A primeira Roda foi criada na Bahia, em 1726, com recursos provenientes de doações de alguns nobres, por autorização do Rei e consentimento dos dirigentes da Santa Casa. No ano de 1738, foi criada a Roda do Rio de Janeiro, e em seguida, em diversas localidades...

Em geral, a assistência prestada pela Casa dos Expostos perdurava em torno de sete anos. A partir daí, a criança ficava, como qualquer órfão, à mercê da determinação do Juiz, que decidia sobre seu destino de acordo com os interesses de quem o quisesse manter. Era comum que fossem utilizadas para o trabalho desde pequenas. (RIZZINI, PILOTTI, 2009, p. 19).

O dispositivo usado pela Santa Casa da Misericórdia do Rio de Janeiro encontra-se, hoje, no museu do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro.

Transcreve o estudioso Carlos Henrique Brack:

A roda do Rio de Janeiro, porta de admissão à Casa dos Expostos, só viria a acabar em 1948, salvando milhares de crianças em mais de 200 anos de atividade. O dispositivo não mais existe no Brasil, mas, infelizmente, o problema do abandono, que é uma questão mundial, continua presente. (Jornal do Brasil Online, 2009 apud BRACK, 2009)

Por outro lado muitos autores criticam as “Rodas dos Expostos”, método que se estendeu até o século XVIII, como alternativa de rejeição aos infantes:

O nome roda provém do dispositivo onde se colocavam os bebês que se queriam abandonar. Sua forma cilíndrica, dividida ao meio por uma divisória era fixada no muro ou janela da instituição. No tabuleiro inferior e em sua abertura externa, o expositor depositava a criancinha e a enjeitava. A seguir, ele girava a roda e a criança já estava do outro lado do muro. Puxava-se uma cordinha com uma sineta, para avisar a vigilante ou rodeira que um bebê acabava de ser abandonado e o expositor furtivamente retirava-se do local, sem ser identificado. (MARCÍLIO, 1997, p. 55).

O século XVII representou um período de poucos avanços ao reconhecimento dos direitos das crianças.

Contudo, verificando-se a crescente miséria e pobreza infantil decorrentes do alto índice de abandono, neste período, surge a Roda dos Expostos na tentativa de acolher crianças rejeitadas pelas famílias.

Não obstante nos depararmos com algumas críticas ao tratamento conferido às crianças acolhidas através das “Rodas dos Expostos”, não podemos deixar de reconhecer a aproximação da “Roda” com as medidas de amparo assistencial, mesmo considerando que a Assistência Social apenas surgirá formalmente com a Constituição de 1988.

Conclui-se, portanto, que a “Roda dos Expostos” representa a origem de

políticas assistenciais voltadas à infância.

Conhecemos a seguir, se as mudanças ocorridas durante o século XVIII, causaram ou não um avanço no reconhecimento de direitos à infância.

### **1.3 - A Infância no Século XVIII**

Em 1819, foi criado na Bahia, o “Seminário dos Órfãos”, estabelecimento destinado a recolher crianças órfãs e abandonadas, dando-lhes abrigo e ensinando-lhes ofícios, por meio de seu trabalho. Crianças a partir de cinco anos de idade eram encaminhadas às oficinas, como aprendizes. Em 1840 foram criadas as denominadas “Casas de Educandos e Artífices”, voltadas, prioritariamente, a essa população, tendo como meta a "diminuição da criminalidade e da vagabundagem" (terminologia utilizada nessa época). Em 1854, surgiram os “Asilos da Infância dos Meninos Desvalidos”, criados por Decreto Imperial para encaminhar, através dos Juizados de Órfãos, as crianças e adolescentes às oficinas públicas e particulares.

Não obstante o valor histórico do surgimento de tais instituições no século XVIII, as funções que as crianças eram ensinadas a exercerem não lhes agregavam conhecimento algum capaz de provocar mudança social em suas vidas. Elas estavam fadadas a continuarem servas, ou no máximo saírem da condição de escravas para a de mal remuneradas. O trabalho intelectual ainda era prerrogativa dos filhos dos senhores feudais.

Em 28 de setembro de 1871 foi promulgada a Lei do Ventre Livre, também conhecida como “Lei Rio Branco”. Tal lei abolicionista foi assinada pela Princesa Isabel. Esta lei considerava livre todos os filhos de mulheres escravas nascidos a partir de sua promulgação.

Todavia, como seus pais continuariam escravos, as crianças continuavam sob os cuidados dos senhores feudais, os quais poderiam utilizar da mão- de- obra daquelas até os 21 (vinte e um) anos de idade a título de ressarcimento com a sua manutenção, ou então, entregá-las ao governo, mediante indenização.

Com o advento do período republicano, surge a preocupação com a mão de obra. O crescimento industrial pede cada vez mais trabalhadores. Tal circunstância histórica serviu como impulso para que os antigos “asilos” se transformassem em “escolas preparatórias”.

A idéia de recuperação dos desviantes através de sua correta destinação ao trabalho autorizava o recolhimento das crianças que não tivessem meios de subsistência e "vagavam pela cidade na ociosidade", segundo expressamente previsto no art. 2º do Decreto 145, de 1893.

Nota-se, portanto, que o século XVIII foi marcado pelo surgimento de inúmeras instituições acolhedoras de crianças, bem como pela promulgação da Lei do Ventre Livre, demonstrando o avanço de uma consciência protetiva e assistencial à infância, através de medidas do Estado e da sociedade.

Apesar de uma aparente evolução jurídico-legislativa e do surgimento de políticas públicas, a realidade das crianças continuava baseada na exploração do trabalho e na exclusão social.

Todavia, ainda neste século, tem-se o período imperial, em que puderam ser observadas algumas alterações fáticas e jurídicas na realidade dos menores. Surge, por exemplo, o Código Criminal no Brasil, minimizando as punições bárbaras conferidas às crianças.

### **1.3.1 – O Brasil império**

Anteriormente ao período Imperial, as medidas punitivas eram extraídas das Ordenações do Reino de Portugal, tratavam-se de punições bárbaras que igualavam os infantes e jovens aos adultos no ato da aplicação das sanções.

Após o advento da Independência do Brasil surge o Código Criminal, em 1830, retratando alguns interesses dos menores de idade.

O art. 10, § 1º do Código de 1830 enuncia a responsabilidade penal dos menores:

O Código Imperial rezava, em seu art. 10 que "[...] não se julgarão criminosos [...] os menores de 14 anos". Porém, estabelecia que aqueles garotos que, mesmo não atingindo a idade mínima de 14 anos, tivessem agido de forma consciente, ou seja, tivessem agido com "discernimento", deveriam ser encerrados em uma Casa de correção. (SANTOS, 1999, p. 216).

Todavia, os jovens e infantes que cometessem crimes nesse período apenas podiam permanecer em Casas de Correção até que completassem 17 (dezesete) anos.

A preocupação dessa época era com o recolhimento dos menores infratores, órfãos e expostos em estabelecimentos especiais que visassem o aprimoramento através do trabalho.

Segundo Pilotti/Rizzini (2009) apenas após 20 anos de vigência do Código Criminal é que surge a reflexão sobre um regulamento para as Casas de Correção, com o fim de instalar alas separadas, sendo uma para corrigir os menores delinquentes, vadios e mendigos, outra para os demais presos.

A mudança de concepção a respeito dos infantes caminhou conjuntamente com a necessidade de abolir a escravatura, lembrando nesse período que o país caminhava rumo à industrialização.

Os médicos e os juristas da época defenderam a infância protegida como modelo ideal de nação. Os princípios defendidos foram concretizados, após a independência do país, através das legislações que amparavam as crianças abandonadas, incentivavam o acesso à educação, e reprimiam a delinquência.

Na primeira fase do século XIX, que veremos a seguir, nota-se a continuidade de exploração do trabalho infantil através das instituições de amparo, todavia, no decorrer desse século, após várias reivindicações sociais, observa-se uma efetiva evolução no reconhecimento de direitos à infância, assim como um início de uma fase de inclusão social, através de políticas de educação.

#### **1.4 - A Infância no Século XIX**

Em 1906, o ensino profissional foi elencado como atribuição do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, que inaugurou uma política de incentivo ao desenvolvimento do ensino industrial, comercial e agrícola.

Em 1909, foram criadas as Escolas de Aprendizes Artífices, nas Capitâneas dos Estados, destinadas tanto aos "menores viciosos", em conflito com a lei, quanto aos que fossem encontrados morando em vias públicas, em decorrência da falta ou omissão de seus pais. Essas crianças eram institucionalizadas e encaminhadas ao

trabalho pela própria instituição, que os abrigava e fornecia-lhes o sustento em contrapartida do serviço prestado.

Cabe ilustrar, que nesse período as crianças figuram como mão de obra explorada pelas indústrias, sob a justificativa de filantropia, ou seja, exploravam o trabalho de crianças de 8 anos, amparando-se em uma falsa teoria social, qual seja, a de estarem abrigando e retirando os menores das condições de marginalidade.

Os pais que tinham filhos eram garantidos com a prioridade de contratação pelas indústrias. Isso ocorria porque os filhos dos contratados eram colocados para trabalhar desde muito cedo. E, ainda, caso os pais fossem posteriormente incapacitados para o trabalho, os filhos eram empregados na função de seus pais, valendo-se do período anterior de “aprendizagem”.

As condições de trabalho infantil eram totalmente indignas. As crianças trabalhavam 12 (doze) horas por dias, eram mal alimentadas, colocadas em ambientes insalubres com alto índice de tuberculose.

Moura (1999), em seu artigo “Crianças operárias na recém industrializada São Paulo” informa, com base em levantamentos estatísticos, que a indústria têxtil foi a que mais utilizou a mão de obra infantil, no processo de industrialização do país, trinta e sete a quarenta por cento da mão de obra das indústrias paulistas, eram menores de 18 anos, incluindo crianças com 9 ou 10 anos, segundo levantamento realizado em 1919.

Em 1923, surge o Juizado de Menores que passa a resolver questões envolvendo menores infratores, órfãos, abandonados e desvalidos, reforçando a ideologia de que a delinquência somente é solucionada através do trabalho.

A respeito do Juizado em comento, os autores da obra “A arte de governar crianças” afirmam que:

Nos processos do Juízo de Órfãos, no início do século, e do Juízo de Menores, a partir da década de 1920, era comum meninas serem tiradas dos asilos para trabalhar em casas de famílias. Era o sistema de soldada, onde a família se responsabilizava em vestir, alimentar e educar a criança em troca de seu trabalho, depositando uma pequena soma em uma caderneta de poupança em seu nome. Se por um lado, as meninas preferiam ir para as casas, porque queriam sair do asilo, as fugas eram muito comuns, devido aos maus-tratos, à exploração do seu trabalho e ao abuso sexual. (PILOTTI; RIZZINI, 1995, p.384).

Mesmo existindo o Juízo de Menores e de Órfãos, o Brasil, nos primeiros

anos da década de 20, não possuía legislação satisfatória para regular a situação do menor carente e abandonado. Algumas leis esparsas que surgiram nesse período tratavam da Assistência e Proteção aos Menores Abandonados e Delinquentes (Decreto nº. 16.272/1923), do Conselho de Assistência e Proteção aos Menores (Decreto nº. 16.388/1924) e do Abrigo de Menores do Distrito Federal (Decreto nº 16.444/1924).

Ainda tratando dessa política de ingresso de crianças no mercado de trabalho a partir dos 8 (oito) anos de idade, sustenta Rizzini, na obra “ Pequenos trabalhadores do Brasil”:

Tratava-se de uma política voltada para o ordenamento do espaço urbano e de sua população, por meio do afastamento dos indivíduos indesejáveis para transformá-los nos futuros trabalhadores da nação, mas que culminava com o uso imediato e oportunista de seu trabalho. A história destes institutos mostra que o preparo do jovem tinha mais um sentido político-ideológico que de qualificação para o trabalho, pois o mercado pedia grandes contingentes de trabalhadores baratos e não-qualificados, porém dóceis, facilmente adaptáveis ao trabalho". (RIZZINI, 2002, p. 380).

O movimento proletário no Brasil reivindicava um enfrentamento à exploração do trabalho infantil, chegando a publicar um manifesto “Contra a Exploração da Criança Proletária”. O referido manifesto apontava um extenso rol de irregularidades, tais quais: o abandono escolar; o alto índice de acidentes fatais e incapacitantes no trabalho; a ocupação de funções de adultos no mercado de trabalho; os maus tratos no ambiente de trabalho; enfim, fatores que evidenciavam que o trabalho infantil não era solução para a infância desvalida.

No plano internacional, o direito do trabalhador ganhava espaço nas discussões humanísticas, e tinha como uma de suas preocupações centrais o enfrentamento à exploração do trabalho infantil.

Em 1919 foi criada a OIT - Organização Internacional do Trabalho, que, no mesmo ano de sua criação, expediu a Convenção nº 5, que proibia o trabalho de menores de 14 anos em estabelecimentos industriais.

Ainda na década de 20, foi fundada a Associação Brasileira de Educação – ABE, e, em 1927 criou-se o Conselho Nacional de Educação, ano em que também foi realizada reforma educacional que, dentre outras inovações, organizou o ensino profissional comercial.

Em 1932, o Manifesto dos Pioneiros da Educação Nova propunha a



organização de uma escola democrática, que proporcionasse as mesmas oportunidades para todos.

Já em 1933, Getúlio Vargas posicionou-se favorável a uma mudança de paradigma protetivo, incluindo as crianças e os adolescentes: "Nenhuma obra patriótica intimamente ligada ao aperfeiçoamento da raça e ao progresso do país, excede a esta, devendo constituir, por isso, preocupação verdadeiramente nacional" (Sabóia Lima, 1943, p. 13).

A respeito das instituições voltadas ao menor administradas pelo Estado e pelo Setor Privado, relatórios enumeram várias denúncias sobre desvio de verbas e recebimento de valores "per capita" superiores ao número de menores existentes nos estabelecimentos sociais.

A Igreja e o Estado articulavam-se a favor dos menores através de Centros de estudos e realização de obras sociais. O CEAS (Centro de Estudos e Ação Social) é fundado em São Paulo em 1932. No ano de 1936 surge "A Escola do Serviço Social da Pontifícia Universidade Católica" de São Paulo.

Na esteira desse entendimento, a Constituição Federal de 1934 inaugurou uma nova política nacional de educação, para a qual previa a elaboração de um Plano Nacional e vedou o trabalho aos menores de 14 anos, ressaltando, apenas, a possibilidade de autorização judicial.

A Constituição outorgada de 1937, apesar de seu caráter autoritário, foi a primeira Constituição a tratar das "escolas vocacionais e pré-vocacionais". Em seu artigo 129, dispôs que era dever do Estado propiciar educação à infância e à juventude pobres, e acentuou que "o ensino prevocacional e profissional destinado às classes menos favorecidas" era o primeiro dever do Estado.

Na década de 40, diversos Decretos-lei foram editados, regulamentando as Leis Orgânicas da Educação Nacional, dentre as quais: a Lei Orgânica do Ensino Industrial (DL nº 4.073/42); a Lei Orgânica do Ensino Comercial (DL nº 6.141/43); a Lei do Ensino Normal (DL nº 8.530/46) e a Lei do Ensino Agrícola (DL nº 9.613/46).

Sob os auspícios desse contexto histórico, surgiu o SENAI, em 1942, por meio do DL nº 4.048/42, e após, em 1946 nasceu o SENAC, pelo DL nº 8.621/46.

Ao SENAI, nos termos do DL nº 4.048/42, competia organizar e administrar, em todo o país, escolas de aprendizagem para industriários. Para montagem e custeio das escolas de aprendizagem foi instituída uma contribuição parafiscal devida pelos estabelecimentos industriais, conforme previsão no art. 4º. (BRASIL, 1942)

Quanto à aprendizagem comercial, o artigo 1º do DL nº 8.621/46 assim disciplinava: "Fica atribuído à Confederação Nacional do Comércio o encargo de

organizar e administrar, no território nacional, escolas de aprendizagem comercial". (BRASIL, 1946). O artigo 2º dispôs que a Confederação deveria criar o Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial, conhecido como SENAC. (BRASIL, 1946)

Insta salientar, que as Constituições de 1946 e 1967 mantiveram em seus respectivos textos, a obrigação dos setores produtivos de ministrarem a aprendizagem aos seus "trabalhadores menores".

Através de políticas públicas promotoras de educação, o século XIX apresenta como atributo uma efetiva mudança na realidade dos menores, através da preparação técnica para o ingresso no mercado de trabalho.

Colaborando com a fase de inclusão social da infância, no Estado Novo, apesar de um regime autoritarista, predominava-se, no âmbito das crianças e dos adolescentes, o aparecimento de políticas públicas de proteção.

#### **1.4.1 – O Estado novo**

A Constituição de 1937 (BERCOVICI, 2008) não foi cumprida, uma vez que em seu conteúdo previa-se a convocação de um plebiscito para que os cidadãos decidissem sobre a sua aplicação. O referido plebiscito, contudo, nunca existiu, facilitando assim a instauração da ditadura neste período pelo Chefe do Executivo.

A estudada época histórica (Ibidem) foi marcada por defensores do autoritarismo, como uma medida viável para a instauração de uma democracia liberal no país.

No âmbito das políticas públicas, no Estado Novo autoritário surgiram várias entidades que implantaram iniciativas assistenciais voltadas ao menor.

Em 1942 foi criado o Serviço de Assistência ao Menor - SAM. Tratava-se de um órgão do Ministério da Justiça e que funcionava como um equivalente do sistema Penitenciário para a população menor de idade. Sua orientação era correccional-repressiva. O sistema previa atendimento diferente para o adolescente autor de ato infracional e para o menor carente e abandonado.

Além do SAM, algumas entidades federais de atenção à criança e ao adolescente ligadas à figura da primeira dama foram criadas. Alguns destes programas visavam o campo do trabalho, sendo todos eles atravessados pela

prática assistencialista:

- a) LBA - Legião Brasileira de Assistência - agência nacional de assistência social criada por Dona Darcy Vargas. Intitulada originalmente de Legião de Caridade Darcy Vargas, a instituição era voltada primeiramente ao atendimento de crianças órfãs da guerra. Mais tarde expandiu seu atendimento;
- b) Casa do Pequeno Jornaleiro: programa de apoio a jovens de baixa renda baseado no trabalho informal e no apoio assistencial e sócio-educativo;
- c) Casa do Pequeno Lavrador: programa de assistência e aprendizagem rural para crianças e adolescentes filhos de camponeses;
- d) Casa do Pequeno trabalhador: Programa de capacitação e encaminhamento ao trabalho de crianças e adolescentes urbanos de baixa renda. Casa das Meninas: programa de apoio assistencial e sócio-educativo a adolescentes do sexo feminino com problemas de conduta.

As políticas públicas assistencialistas desse período era um dos componentes de um Estado centralizado, que objetivava através do autoritarismo a implantação de um regime democrático.

A queda do Estado Novo provoca a reinstauração da Democracia pela Constituição de 1946.

Ainda no século XIX, importante tratar do Código de Menores, por ser o primeiro instrumento legislativo específico a abordar o tema infância.

Verificaremos a seguir o contexto do surgimento, e as irregularidades das ideologias, bem como da aplicação do mencionado Código.

#### **1.4.2 – O código de menores – o surgimento**

A atuação dos higienistas e dos juristas foram de essencial relevância para o surgimento do Código de Menores. Tal atuação iniciou-se com a extinção da Roda dos Expostos.

Os higienistas eram médicos que combatiam a situação de calamidade das crianças “excluídas”, visando uma maior participação do Estado na elaboração de políticas públicas assistenciais.

As políticas públicas assistenciais vieram substituir a Roda dos Expostos, formalizando métodos de atendimento às crianças. No entanto, o novo instrumento de inclusão dos menores, apesar de sua relevância jurídica e legislativa, por incluir exclusivamente os menores em um instrumento específico, na prática, não passou de um mecanismo de medicalização e criminalização da pobreza.

Ocorreu uma transformação do “menor pobre” em “menor irregular”, encaminhando-os, por essa razão, às instituições de recuperação, quais sejam: Abrigos, Casas, Lares, Orfanatos, Recolhimentos, Colônias, Aldeias, Preventórios, Presídios ou Internatos. Formou-se uma idéia de que o local ideal de desenvolvimento dos menores irregulares era alguma dessas instituições, dessa forma, retirando-os das ruas e do seio de suas famílias “desestruturadas”.

Para que a realidade social do menor melhorasse era necessário haver uma legislação protetiva no ordenamento brasileiro.

Nesse contexto, emerge a Lei nº. 4.242 em 5 de janeiro de 1921, outorgando ao Governo valores orçamentários para organizar o serviço de assistência e proteção à infância abandonada e delinquente.

Em virtude da Lei supramencionada o primeiro Código de Menores pôde ser instituído através do Decreto Legislativo nº. 5.083 em 1926.

Decorrido menos de um ano de sua vigência surge o segundo Código de Menores brasileiro, estabelecido pelo Decreto Federal nº 17.943-A de 12 de outubro de 1927 e elaborado pelo jurista José Candido de Albuquerque Melo Matos, o primeiro juiz de menores do Brasil. A título de homenagem o Código ficou conhecido como Código Melo Matos.

Tanto o primeiro como o segundo Código de Menores vigoraram por mais de cinco décadas.

Com o advento da Lei nº. 6.697, de 10 de outubro de 1979 os anteriores decretos foram revogados (BRASIL, 1979). A mencionada lei aprovou o novo Código de Menores que vigorou até 1990.

O Código de Menores visava o recolhimento em instituições de todas as crianças ou adolescentes tidos como carentes, abandonados, deficientes, doentes, infratores, entre outros perfis excluídos da sociedade.

O Código autorizava ao Estado destituir o poder familiar dos pais dos menores “perigosos”, através de sentença de “situação irregular do menor”,

emitindo-lhes uma pena-tratamento ou pena-ressocialização. Para fixar a ideologia de que o jovem não apresenta culpa pela sua situação de pobreza ou de marginalidade, os médicos, educadores, assistentes sociais e psicólogos faziam uma análise psíquico-social, relacionando a marginalidade à desestrutura familiar.

O Código funcionava como um instrumento de controle, de orientação repressivista. Os meninos que compunham o segmento “doente” da população, apresentando atributos de carência, abandono ou infração eram naturalmente condenados à segregação.

A tutela dos menores marginalizados era de responsabilidade do Estado. Os magistrados desse período não apresentavam razões para apreender e isolar os menores “inadaptados”, apenas os retiravam das ruas, sem abrir-lhes oportunidade de defesa. Vigorava uma falsa ideologia de que caso tais menores permanecessem em liberdade eles gerariam problemas futuros. O Estado optava pelo confinamento ao invés de investir em educação.

Formaliza-se a criação do Juízo Privativo de Menores e do Conselho de Assistência e Proteção a Menores presidido pelo Ministro da Justiça. Nesse período, as decisões eram fundadas na tendência da criança de ser boa ou ruim de acordo com a avaliação do juiz, que conjuntamente com os diretores das instituições, decidia sobre o futuro institucional das crianças e dos adolescentes. (PILOTTI; RIZZINI, 2009).

Nesse período o instituto “guarda” começa a aparecer embasado pelas normas do Código de Menores:

Os abandonados têm a possibilidade (não o direito formal) de guarda, de serem entregues sob a forma de “soldada”, de vigilância e educação, determinadas por parte das autoridades, que velarão também por sua moral. O encaminhamento pode ser feito à família, a instituições públicas ou particulares que poderão receber a delegação do pátrio poder. A família é, ainda que parcialmente, valorizada. (PILOTTI; RIZZINI, 2009, p. 47).

Os industriais demonstram insatisfação quanto ao conteúdo do Código de Menores, manifestando-se contrariamente à fiscalização do trabalho infantil, o qual segundo a legislação não poderia ultrapassar seis horas diárias. (PILOTTI; RIZZINI, 2009, p. 48)

Em 1932, os industriais conseguem a modificação do Código de Menores, eliminando a vedação quanto à idade para o início laboral. De acordo com o Código,

os menores somente poderiam ingressar ao mercado de trabalho com 14 (quatorze) anos. O Decreto n.º 22.042 de 03/11/1932 passou a permitir o trabalho a partir dos 12 (doze) anos. (PILOTTI; RIZZINI, 2009, p. 51).

A duração diária do trabalho do menor após a edição do Decreto de 1932 passou a ser definido em 8 (oito) horas, podendo ser estendido por mais duas horas caso o menor recebesse maior remuneração.

A Lei 6.697, promulgada em 10 de outubro de 1979 implanta o novo Código de Menores, adotando a doutrina da situação irregular, dispondo que os menores serão sujeitos de direitos quando estiverem em estado de patologia social, assim definida por lei. (CAVALLIERI, 1984, p. 85).

Conclui-se, analiticamente, que o legislador do Código de Menores não teve a menor preocupação com questões como a reinserção social do menor, educação, formação do caráter dentre outras necessidades básicas inerentes a infância e a adolescência. Na vigência desse Código, o que se promovia era a tentativa do controle social puro e simples, completamente desligado da questão humanística e educacional. Por conseguinte, os menores em situação irregular eram retirados do seio de suas famílias, na maioria das vezes de escassos recursos financeiros, e institucionalizadas. Dessa forma, pode ser deduzido que o maior crime que tais menores cometeram foi o de terem nascido pobres e no núcleo de famílias humildes.

Na data de 13 de julho de 1990 nasceu outro marco legislativo de garantias ao menor – O Estatuto da Criança e do Adolescente, sob a Lei nº 8.609.

### **1.4.3 – O estatuto da criança e do adolescente**

A luta pela aprovação da nova lei, apontada como a “Constituição das Crianças e Adolescentes do Brasil”, obteve o engajamento conjunto de diversas entidades e movimentos no Fórum Nacional de Entidades Não-Governamentais de Defesa das Crianças e Adolescentes.

Na visão de Costa (1992), os grupos que posicionaram de forma essencial para a integração desse Estatuto no ordenamento jurídico foram: o Movimento Nacional Meninos e Meninas de Rua, a Pastoral do Menor da CNBB (Conferência Episcopal Brasileira), a Frente Nacional de Defesa dos Direitos da Criança e do

Adolescente, a Articulação Nacional dos Centros de Defesa de Direitos, a Coordenação dos Núcleos de Estudos ligados às universidades, a Sociedade Brasileira de Pediatria, a Associação Brasileira de Proteção à Infância e à Adolescência (ABRAPIA) e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Necessário faz-se salientar que o Estatuto introduziu significativas alterações em detrimento do antigo perfil legislativo traçado pelo Código de Menores.

No Código de Menores, os indivíduos com idade inferior a 21 (vinte e um) anos eram denominados “menores”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente rompeu com a antiga nomenclatura substituindo o termo “menor” por “criança e adolescente”.

O vocábulo anteriormente adotado carregava um teor discriminatório e estigmatizado, por significar carência, delinquência, abandono, infração.

Havia também na Lei n.º 6.697/79, a menção ao jovem em “situação irregular”. Essa expressão foi igualmente excluída pela nova legislação, pois ficava nítida a existência de uma categoria regular de crianças e adolescentes, mais bem vista pela sociedade e mais favorecida economicamente.

Na apresentação do projeto de Lei do Estatuto da Criança e do Adolescente o então senador Ronan Tito enfatizou as mudanças de designação:

Ficarão, portanto, revogados os conceitos ideológicos e anticientíficos de situação irregular e o termo estigmatizador de menor como condição substantiva caracterizadora da maior parte da nossa mais rica matéria-prima. Resgataremos com isso para a cidadania e para a realidade da plenitude humana as diversas condições de existência escamoteadas por aqueles dois conceitos, o nascituro, a primeira e a segunda infâncias, a pré-adolescência, a adolescência e o jovem adulto, reconhecendo-se, portanto as exigências e peculiaridades de cada uma dessas fases da vida humana. (TITO, 1989)

A terminologia “menor” significava privações de condições essenciais à subsistência, saúde e alfabetização, em razão da falta ou omissão da família. Ainda se referia às vítimas de maus tratos, aos autores de infrações penais e à todos juvenis que apresentassem desvios de condutas por inadaptação familiar ou comunitária.

A doutrina que vigorava à época era a da situação irregular, a qual geralmente considerava como menores os filhos das famílias empobrecidas, os negros, pardos e os vindos do interior e periferias.

A autora Andréa Rodrigues Amin emite reflexão acerca da doutrina da



situação irregular:

Não era uma doutrina garantista, até porque não enunciava direitos, mas apenas pré-definia situações e determinava uma atuação de resultados. Agia-se apenas na consequência e não na causa do problema, apagando-se incêndios. Era um Direito do Menor, ou seja, que agia sobre ele, como objeto de proteção e não como sujeito de direitos. Daí a grande dificuldade de, por exemplo, exigir do poder público construção de escolas, atendimento pré-natal, transporte escolar, direitos fundamentais que, por não encontrarem previsão no código menorista, não eram, em princípio passíveis de tutela jurídica. (AMIM, 2010, p. 13-14).

Com o Estatuto da Criança e do Adolescente, a situação irregular passou a ser desconsiderada, levando-se em conta os riscos sociais dispostos exemplificadamente no art. 98:

As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:  
I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;  
II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;  
III - em razão de sua conduta. (BRASIL, 1990)

Trata-se de um tipo aberto, que permite aos operadores do direito liberdade em sua análise, incluindo outros casos de medidas de proteção.

Mais do que uma mudança terminológica houve uma substituição de ideologias passando de um Código de Menores repressivista para um Estatuto assistencialista.

O Estatuto da Criança e do Adolescente representa um início da aplicação do art. 227 da CF (Constituição Federal). O conteúdo programático do artigo constitucional começa a ganhar força para efetivação a partir do surgimento do Estatuto.

A ideologia assistencialista está representada pela doutrina da proteção integral, afirmada na Declaração Universal dos Direitos da Criança desde 1959.

A nova lei estendeu seu alcance a todas as crianças e adolescentes, indistintamente, respeitada sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

O novo paradigma conquistado através do Estatuto enquadrando as crianças e os adolescentes como sujeitos de direitos, pessoas em condição peculiar de desenvolvimento e indivíduos merecedores de tratamento prioritários, esse último fundamentado no princípio da prioridade absoluta.

Para adequar-se aos princípios preconizados no ordenamento jurídico brasileiro o Estado inicia uma era de afastamento do antigo modelo estatuído pelo Código de Menores, passando a investir em políticas públicas capazes de propiciar

condições que resultem em qualidade de vida aos jovens.

Não obstante a existência de uma vertente predominantemente assistencialista durante o século XIX, veremos a seguir que o século XX trará um novo paradigma protetivo.

### **1.5 - A Infância no Século XX**

Conforme exposto nos tópicos anteriores os séculos XVIII e XIX são marcados preponderantemente pela assistência à infância no Brasil.

No século XX o Brasil passa por uma fase de estudos e buscas de medidas minimamente aceitáveis voltadas à proteção das crianças e dos adolescentes em situações de risco.

A respeito dessa fase de transição vários programas de atendimento aos jovens foram criados, tais quais: SOS Criança, Rede Criança e Serviço de Advocacia da Criança:

A pretensão desses programas era romper com o padrão em vigor nas unidades de atendimento da Febem, que já vinha sendo questionado desde a década de 1970, não só em razão de freqüentes denúncias sobre maus-tratos aos menores, mas também em relação ao esgotamento de um sistema de atendimento, amparado no Código de Menores, que, entre outras características, não definia atividades diferenciadas para infratores e carentes. As unidades encontravam-se superlotadas e os monitores, responsáveis pelo cuidado cotidiano dos meninos, careciam de treinamento específico e de um programa de reciclagens. (PILOTTI; RIZZINI, 2009)

Os avanços da medicina, das ciências jurídicas, da pedagogia e psicologia tiveram especial relevância para a mudança de paradigma no que tange ao reconhecimento dos direitos à infância.

Na primeira metade do século XX, não obstante a continuidade da natureza assistencial houve uma alteração em seu foco de atenção, na medida em que o principal objetivo do ensino profissional deixou de ser a assistência aos menores abandonados, para passar a atender à preparação dos futuros operários para o exercício de suas atividades laborais, ou seja, a marca principal desse período passa a ser o ensino profissional destinado aos menos favorecidos.

Logo, constata-se uma transição de um modelo anterior assistencialista para uma estrutura ampla de atendimentos, tornando as crianças e os adolescentes

sujeitos de direito prioritários.

Márcio Thadeu Silva Marques discorre sobre essa nova fase protetiva do século XX:

O confronto entre a antiga doutrina e os novos postulados representados pelos princípios da proteção integral e da prioridade absoluta, trazidos pelo Decreto n.º 99.170/90, que ratificou o art. 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança, expunha o contraste entre o paternalismo e o garantismo das instâncias com ações voltadas às crianças e aos adolescentes, traduzindo uma perspectiva evolutiva desde a criança e o adolescente conhecidos como objetos de medidas de proteção, em uma abordagem tutelar, pelo que sua dimensão ôntica, como pessoas em desenvolvimento, era substituída por uma condição de receptores da prática assistencialista como benesse – e, portanto, sem considerar seus direitos à convivência familiar e comunitária, à opinião, ao respeito e à dignidade. (MARQUES, 2004, p. 49)

O momento de transformação relatado é consequência do reconhecimento dos direitos sociais na Constituição, ou seja, do constitucionalismo social.

Essa tendência partiu da Constituição de Weimar de 1919, na Alemanha, que através de suas normas programáticas passou a inserir conteúdos econômicos e sociais.

Logo, as Constituições do século XX, demonstraram o progresso contínuo do reconhecimento dos direitos da infância, considerando os menores sujeitos de direitos sociais fundamentais ao mínimo existencial para viverem com dignidade.

## **1.6 - A Evolução Constitucional da Proteção Social à Infância**

Com a movimentação intelectual pré-Constituição de 1934, levantou-se a questão pela primeira vez sobre a proteção ao trabalho das crianças com idade inferior a 14 anos; coibindo o trabalho noturno aos adolescentes com idade inferior a 16 anos e ainda impondo a proibição de trabalho em indústrias insalubres para os adolescentes com menos de 18 anos.

Em julho de 1934, Getúlio Vargas promulgou a primeira Constituição republicana, codificando as questões supra levantadas, demonstrando assim, a preocupação do Poder Público com a infância. Medidas de resguardo às crianças e aos adolescentes foram elaboradas, como a fixação da idade mínima de 14 anos para a iniciação ao trabalho, e ainda, a incumbência à União, aos Estados e ao Município de amparar a maternidade e a infância e de proteger a juventude contra

toda a exploração, bem como contra o abandono físico, moral e intelectual.

Com a finalidade de efetivar o mencionado amparo à infância, a Constituição Federal de 1934 inaugurou uma nova política nacional de educação, para a qual antevia a elaboração de um Plano Nacional e vedava o trabalho aos menores de 14 anos, ressalvando, apenas, a possibilidade de trabalho mediante autorização judicial.

A Constituição outorgada por Getúlio Vargas em 1937, apesar de seu caráter autoritário, foi a primeira a tratar das escolas vocacionais e pré-vocacionais, consagrando o ensino industrial. Em seu artigo 129, dispôs que era dever do Estado propiciar educação à infância e à juventude pobres, e acentuou que "o ensino pré-vocacional e profissional destinado às classes menos favorecidas" era o primeiro dever do Estado.

O ensino industrial foi incluído na Divisão de Ensino Industrial:

O ensino pré-vocacional e profissional destinado às classes menos favorecidas é, em matéria de educação, o primeiro dever do Estado. Cumpre-lhe dar execução a este dever, fundando institutos de ensino profissional e subsidiando os de iniciativa dos Estados, dos municípios e dos indivíduos ou associações particulares e profissionais. (BRASIL, Constituição de 1937, art. 129)

Como fomento à profissionalização dos filhos dos operários, estabeleceu a obrigação das indústrias e dos sindicatos econômicos de criar na esfera de suas especialidades, escolas de aprendizes destinadas especificamente aos filhos de seus operários ou associados.

Desse modo, a educação profissional passou a receber a colaboração das classes produtoras. Essa disposição constitucional exurgiu num momento no qual o processo de industrialização demandava um número cada vez maior de trabalhadores especializados ou ao menos devidamente treinados, especialmente para a indústria, mas também para o comércio e serviços.

O art. 129 em comento ainda demonstra a articulação existente entre o privado e o estatal, elucidando que se não houver possibilidade de educação por falta de recursos nas instituições particulares caberá ao Estado oferecer a educação pública ou subsidiar a educação privada.

Assim, de acordo com Pilotti, Rizzini (2009) o Governo Federal estabelece um sistema nacional para os menores, integrando Estado e instituições privadas, sendo orientado pelos seguintes órgãos: Conselho Nacional de Serviço Social (1938), Departamento Nacional da Criança (1940), Serviço Nacional de Assistência a

Menores (SAM, 1941) e Legião Brasileira de Assistência (LBA, 1942).

Outro aspecto importante relacionado à educação e destacado na Constituição de 1937 é o direito à profissionalização como forma de preparo para o mercado de trabalho.

Preservaram-se, também, na lei soberana desse período, as convicções individuais religiosas, já que dispôs como não obrigatória as frequências às aulas de ensino religioso.

Observa-se ainda na Carta Magna de 1937, a preocupação em relação as questões de defesa da saúde, fixando-se competência privativa da União para legislar sobre a matéria, especialmente quanto à saúde da criança.

Cabe ressaltar, que além do aspecto jurídico, a Constituição de 1937 buscou ampliar o horizonte social da infância e juventude, atuando nos setores mais carentes da população através de serviços sociais e programas de bem-estar.

Quanto ao tema “a proteção especial da infância e da juventude”, esse surge pela primeira vez na Constituição de 1937 dispondo que a infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida e de harmonioso desenvolvimento de suas faculdades. O conteúdo deste dispositivo gera responsabilidade do Estado e do Poder Público diante das situações de abandono em que crianças se enquadrarem.

Todavia, a lei fundamental de 1937 não exime os pais e responsáveis do dever de cuidado e preservação física e moral dos menores. Classificou-se como falta grave o abandono moral, intelectual e físico da infância e da juventude.

Após, tem-se a Constituição de 1946, que emergiu em um período democrático e de perceptível crescimento econômico. As políticas da época eram voltadas para a modernização e internacionalização da economia.

Nessa esteira desenvolvimentista a Constituição de 1946 incluiu diversos direitos favoráveis aos trabalhadores, dentre eles estavam: o salário mínimo familiar; a proibição do trabalho de menores de 14 anos; a assistência sanitária e médica ao trabalhador e à gestante e a previdência social.

O art. 164 da Constituição de 1946 preceituava a obrigatoriedade, em todo território nacional, de prover assistência à maternidade, à infância e à adolescência. Além disso, havia a previsão de amparo às famílias de prole numerosa.

Entretanto, tal qual o art. 164, a lei fundamental de 1946 traz disposições genéricas quanto à proteção integral dos direitos das crianças e dos adolescentes

por não estipular medidas práticas de assistência e amparo.

Havia uma proposta de cidadania industrial na Carta Magna de 1946, colocando o trabalho como condição jurídica para se ter acesso aos benefícios sociais, a partir da contribuição que realizavam junto aos Institutos de Previdência Social.

A próxima Constituição veio em 1967, três anos após o golpe de 1964, instaurando o regime militar e tecnocrático. Esse momento foi marcado pela intervenção autoritária do Estado em todos os setores da vida nacional, justificando seus atos repressivos pela manutenção da ordem. Segundo Pilotti, Rizzini (2009, p. 64) “substituiu-se a política pela repressão, reina a tecnocracia enquanto a racionalização e organização da máquina administrativa em função de objetivos e metas fixados de cima para baixo”.

A Constituição de 1967 reduziu a idade da proibição para o trabalho para 12 anos, visando incorporar mais cedo a mão-de-obra ao mercado de trabalho, reforçando a estratégia de utilização precoce da mão-de-obra infantil.

Nesse período noticia-se a exploração dos jovens e infantes pelas indústrias sucroalcooleiras:

Desviadas da trajetória normal dos brasileiros da sua faixa etária, as crianças passam na palha da cana o tempo da infância em que deveriam estar recebendo condições adequadas de alimentação, saúde, estudo e lazer. Longe dos padrões elementares de cidadania, esses membros da comunidade nacional são expostos a situações desumanas de vida e de trabalho. Sem tempo para desenvolver uma sociabilidade normal à sua idade, eles são levados a assumir comportamento do universo adulto. (DOURADO, 1999, p. 414)

A Constituição de 1967 também prevê que as empresas ministrem em cooperação aprendizagem aos trabalhadores adultos juntamente com os seus filhos e aos menores.

Constata-se o retrocesso jurídico protetivo advindo com o conteúdo constitucional de 1967 sobre a infância, vez que constatou-se um desprezo aos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, por condicionar o seu reconhecimento à previsão em lei infraconstitucional.

Assim, a proteção especial que à infância e juventude receberam no Brasil foi através da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988 e da Lei Federal n.º 8.069/90, obrigando o Estado a amparar pessoas em situação de desenvolvimento em todos os sentidos, e não somente

aquelas sob a anterior “situação irregular”.

A Carta Magna em seu artigo 227 caput, demonstrou estruturado avanço no que tange a proteção integral dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, em nível prioritário.

Dessa forma, os direitos da criança e adolescente no Brasil, segundo o dispositivo constitucional, configura-se como prioridade absoluta da família, da sociedade e do Estado.

Quanto à idade mínima para ingresso no trabalho, somente a Constituição de 1988 elevou a idade de 12 para 14 anos - redução essa preconizada na Constituição de 1967. As novas concepções e paradigmas da doutrina da proteção integral foram incorporadas ao nosso ordenamento jurídico a partir da Constituição Federal de 1988, demonstrando receptividade às normas de enfrentamento ao trabalho infantil.

A idade mínima de 14 anos para o ingresso no mercado de trabalho não admitia autorização judicial em sentido contrário.

Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, elevou para 16 anos a idade mínima para ingresso no mercado de trabalho, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos.

Sobre tal majoração a Organização Internacional do Trabalho elaborou estudos traçando a realidade dos jovens que necessitam trabalhar antes dos 16 anos de idade:

A maioria das crianças que trabalham tem residência rural e é constituída por meninos. Há uma grande porcentagem que não é paga. Muitas crianças são trabalhadoras rurais, mas existe, também, um número significativo de meninos na área urbana que são vendedores de rua ou balconistas. Classificando-as por segmento de atividade, a maior porcentagem está no setor agrícola, seguido por serviços, comércio, manufaturados e construção. (KASSOUF, 2004, p. 20).

Conclui-se, portanto, que as Constituições brasileiras de 1934 e 1937, refletiram uma sociedade preocupada com a formação profissional dos indivíduos, dentro de um contexto de industrialização, através de normas reguladoras de um trabalho infantil menos gravoso, bem como garantidoras do acesso à educação e ao ensino industrial.

A Constituição de 1946 enunciou genericamente sobre o direito à proteção integral da infância.

Já a Constituição de 1967 regrediu juridicamente, excluindo do patrimônio

jurídico das crianças e adolescentes direitos fundamentais outrora conquistados.

Logo, apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988 reconheceu-se a favor da infância o amparo assistencial, os direitos sociais fundamentais com prioridade absoluta de atendimento e as normas inibidoras da exploração do trabalho infantil.

Outrossim, a Constituição de 1988 trouxe os primeiros dispositivos tratando do Sistema da Seguridade Social.

### **1.6.1 – A seguridade social na constituição de 1988**

A primeira medida de Seguridade Social ocorreu com a criação das Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAPS), determinada pela Lei Eloy Chaves em 1923. As CAPS (RAMOS, 2004) eram organizadas pelas empresas e financiadas preponderantemente pelos empregados e empregadores.

Contudo, somente na Constituição de 1988 surgem os primeiros dispositivos de Seguridade Social, considerando-a como um sistema de políticas sociais formada pelo tripé assistência, saúde e previdência.

Para Correia (2007, p.13) a Constituição de 1988 abrangeu ampla normatização a respeito da matéria securitária, como jamais vislumbrado em qualquer ordem constitucional.

A Seguridade passa a ser conceituada constitucionalmente como um conjunto integrado de ações destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

A inserção da Seguridade na Constituição de 1988 representou um avanço no reconhecimento dos direitos sociais, uma vez que os três ramos que compõem o sistema visam distribuir os recursos gerados, formando uma rede de proteção social.

Assim, a proteção social implica na garantia do acesso aos meios de subsistência básicos pelos indivíduos que eventualmente estiverem em uma situação de contingência.

Colaborando com o sistema de proteção social, a Constituição de 1988 enuncia princípios que constituem uma garantia de direitos fundamentais para o enfrentamento dos problemas da infância e da juventude.



## **1.7 - Os Princípios Previstos no Art. 227 da Constituição Federal**

A Constituição Federal de 1988 representa um marco evolutivo na previsão dos direitos das crianças e adolescentes, especialmente por enunciar princípios garantidores de proteção integral e prioritária.

Princípios, segundo Robert Alexy são “mandamentos de otimização, ou seja, são normas que devem ser aplicadas na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes”. (ALEXY, 1993)

### **1.7.1 – A proteção integral da criança e do adolescente**

A consciência protetiva remetida às crianças e aos adolescentes ganhou força inicialmente no plano internacional.

O primeiro documento internacional que expôs a preocupação em reconhecer direitos a crianças e aos adolescentes foi a Declaração dos Direitos da Criança de Genebra, em 1924, promovida pela Liga das Nações.

Contudo, o grande marco no reconhecimento dos direitos da infância foi a Declaração Universal dos Direitos da Criança, efetivada pela Assembléia das Nações Unidas em 20 de novembro de 1959. Trata-se da primeira manifestação internacional favorável à identificação das crianças como sujeitos de direitos. O princípio 2º informa o dever de proteção da criança:

A criança deve gozar de proteção especial, e a ela devem ser dadas oportunidades e facilidades, pela lei e outros meios, para permitir a ela o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social de um modo saudável e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na edição de leis para esse propósito, o melhor interesse da criança deve ser a consideração superior. (LAMENZA, 2011, p. 13, tradução do autor)

Na mesma linha, outro documento legislativo pertinente trata-se da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, 1969), ratificada pelo Brasil no Decreto 678/92.

Posteriormente, a ONU reconheceu a necessidade de atualizar a Declaração

Universal dos Direitos da Criança, incluindo outros direitos fundamentais. Por conseguinte, houve a aprovação da Convenção Internacional dos Direitos da Criança (Unicef), em 20 de novembro de 1989, pela Assembléia Geral das Nações Unidas através da Resolução n.º 44.

A Convenção dos Direitos da Criança foi subscrita pelo governo brasileiro em 26 de janeiro de 1990, sendo aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto n.º 28/90, e promulgada pelo Decreto Executivo n.º 99.710/90.

De acordo com Amin (2010) a consequência jurídica surgida com a aprovação da mencionada Convenção resultou no seguimento da doutrina da proteção integral sob três aspectos: 1) reconhecimento da peculiar condição da criança e jovem como pessoa em desenvolvimento, titular de proteção especial; 2) crianças e jovens têm direitos à convivência familiar; 3) as Nações subscritoras obrigam-se a assegurar os direitos insculpidos na Convenção com absoluta prioridade.

Na busca de efetivar a Convenção dos Direitos da Criança ocorreu o Encontro Mundial de Cúpula pela Criança, no qual representantes de 80 países, entre eles o Brasil, assinaram a Declaração Mundial de Sobrevivência, a Proteção e o Desenvolvimento da Criança.

O Encontro Mundial de Cúpula pela Criança foi realizado nas Nações Unidas, em Nova Iorque, no dia 30 de setembro de 1990. Os objetivos dos participantes eram o de assumir um compromisso conjunto e fazer um veemente apelo universal: dar a cada criança um futuro melhor.

Influenciado pela crescente inclusão do menor como sujeito de direitos no âmbito internacional, o Brasil adota a doutrina jurídica da proteção integral no art. 227 da Constituição Federal de 1988, dispondo:

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

Apesar do art. 227 da Constituição ser considerado definidor de direitos fundamentais, portanto de aplicação imediata, coube ao Estatuto da Criança e do Adolescente a construção sistêmica da doutrina da proteção integral.

No Estatuto, resta claro a adoção da mencionada doutrina em seu art. 1º, o

qual baseia-se no reconhecimento de direitos especiais e específicos de todas as crianças e adolescentes, decorrentes da condição peculiar de pessoas em desenvolvimento.

Segundo Cristo; Rangel (2011), o Estatuto, preservando a ideologia protetiva presentes nos documentos internacionais acima mencionados, afirma a condição jurídica da criança e do adolescente como sujeitos de direitos e lhes assegura a condição política de prioridade absoluta, reconhecendo os direitos inerentes à pessoa humana em processo de desenvolvimento, o que tem como reflexo lógico a imposição do dever ao Estado, à família e à sociedade de assegurar-lhes acesso a todos os bens da vida considerados fundamentais ao seu bem estar presente e futuro e de destinar-lhes proteção integral.

A doutrina da proteção integral trata-se de um conjunto de garantias voltadas às crianças e aos adolescentes, considerando-os sujeitos de direitos sob a ótica dos direitos humanos, dando-lhes dignidade e respeito e possibilitando-lhes pleno desenvolvimento de sua personalidade.

Segundo Tânia da Silva Pereira (2000, p. 14) “a população infantojuvenil, em qualquer situação, deve ser protegida e seus direitos garantidos, além de terem reconhecidas prerrogativas idênticas às dos adultos.”

Antônio Carlos Gomes da Costa brilhantemente conceitua a doutrina da proteção integral:

Esta doutrina afirma o valor intrínseco da criança como ser humano; a necessidade de especial respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento; o valor prospectivo da infância e da juventude, como portadora da continuidade do seu povo e da espécie e o reconhecimento da sua vulnerabilidade o que torna as crianças e adolescentes merecedores de proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado, o qual deverá atuar através de políticas específicas para promoção e defesa de seus direitos. (COSTA, 1992, p. 19).

Essa doutrina da proteção integral apresenta-se no art. 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que trouxe a tutela global dos interesses infanto-juvenis. Logo, tais normas em nenhuma hipótese podem causar prejuízos à infância.

Para a implantação dos direitos das crianças e adolescentes deve-se observar a cooperação entre família, Estado e sociedade, não havendo exclusão de nenhum desses quando da atuação de outro.

A família apresenta papel inicial relevante na obtenção de meios para

satisfazer as necessidades das crianças ou adolescentes.

A autora Andréa Rodrigues Amim relata sobre os deveres da família:

Família, seja natural ou substituta, já tem um dever de formação decorrente do poder familiar, mas não só. Recai sobre ela um dever moral natural de se responsabilizar pelo bem-estar das crianças e adolescentes, pelo vínculo consangüíneo ou simplesmente afetivo. Na prática, independentemente de qualquer previsão legal, muitas famílias já garantiam instintivamente primazia para os seus menores. Quem nunca viu uma mãe deixar de se alimentar para alimentar o filho, ou deixar de comprar uma roupa, sair, se divertir, abrir mão de seu prazer pessoal em favor dos filhos? É instintivo, natural, mas também é um dever legal. (AMIM, 2010, p. 20).

Quando a família não puder prover meios suficientes recorrer-se-a a sociedade para atingir os objetivos tendentes a proteger os infantes.

A sociedade exerce papel essencial quando participa ativamente da elaboração de políticas públicas e no atendimento individual ou coletivo de necessidades da infância.

Caso as necessidades básicas dos menores não possam ser supridas pela sociedade deve-se acionar o Estado para esse, sem limitação jurídica positiva, buscar efetivar a proteção disposta no Estatuto da Criança e dos Adolescentes.

A respeito da necessidade de observância desses direitos desvinculada de qualquer limitação jurídica positivada, Carlos Alberto Bittar ensina:

Esses direitos – muitos dos quais não configuram ou não são suscetíveis de configurar liberdades públicas – existem antes e independentemente do direito positivo, como inerentes ao próprio homem, considerado em si e em suas manifestações. A inserção em Códigos ou em Leis vem conferir-lhes proteção específica e mais eficaz – e não lhes ditar a existência – desde que identificados e reconhecidos em vários sistemas, muito antes de sua positivação. (BITTAR, 2000, p. 8)

A soma de esforços desses agentes visa alcançar uma satisfatória qualidade de vida para crianças e adolescentes, ou seja, um ambiente propício e regular para o crescimento.

O princípio da cooperação universal está estampado no art. 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.” (BRASIL, 1990)

Em sede de responsabilidade civil o princípio da cooperação é entendido como uma medida de socializar o dano.

No Direito da Criança e do Adolescente dividir a responsabilidade significa prevenir ou minimizar o dano que recai sobre a criança, através da avocação pelo grupo social co-responsável.

Não obstante a relevância da cooperação entre família, sociedade e Estado em prol da infância e da juventude, a principal conquista decorrente da adoção da doutrina da proteção integral, contudo, foi a de possibilitar que crianças e adolescentes passassem a ter acesso aos meios de defesa dos seus direitos, principalmente da liberdade, do respeito e da dignidade, bem como à responsabilização daqueles que porventura venham a ofendê-los.

Contudo, para que os direitos às crianças e aos adolescentes sejam garantidos de forma integral deve-se obedecer ao princípio da absoluta prioridade.

### **1.7.2 – O princípio da “*prioridade absoluta*”**

O princípio da prioridade absoluta ou primazia do atendimento prevê, de forma geral, a sobreposição dos interesses das crianças e dos adolescentes aos dos adultos.

Sendo a infância e adolescência fases da vida humana em que ocorrem o desenvolvimento físico e mental, estruturando a personalidade do indivíduo, deve-se priorizar os cuidados com tal público alvo, buscando uma passagem para a vida adulta com qualidade e dignidade.

O princípio da primazia do atendimento encontra-se enumerado no parágrafo único do art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente:

A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. (BRASIL, 1990)

Essa disposição não é exaustiva, por não especificar todas as situações em que deverá ser assegurada a preferência à infância e à juventude, nem todas as formas de garanti-la. A enumeração contida nesse parágrafo representa o mínimo exigível e é

indicativa de como se deverá dar efeito prático à determinação constitucional.

A primeira garantia de prioridade, entre as enunciadas no parágrafo único do art. 4º, consiste na "primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias". Evidentemente, quando a lei fala em primazia, está supondo hipóteses em que poderá haver opção entre proteger ou socorrer em primeiro lugar as crianças e adolescentes ou os adultos. Em todos esses casos, e sempre que houver a possibilidade de opção, as crianças e os adolescentes devem ser protegidos e socorridos em primeiro lugar.

A segunda situação em que a lei expressamente determina que seja garantida a prioridade à criança e ao adolescente é aquela em que se deve dar "precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública".

Serviços públicos, de modo geral, são aqueles prestados diretamente pelos órgãos públicos ou por delegação destes. Se algum serviço for prestado, simultaneamente e no mesmo local, às crianças ou adolescentes e também aos adultos, os menores devem ser atendidos em primeiro lugar. Essa regra deve ser interpretada com bom senso, para que a garantia de precedência referida nesse dispositivo não se converta na afirmação de um privilégio sem fundamentos. Deve-se observar a situação concreta para aplicar o referido enunciado, evitando a sobreposição de direitos e violação da isonomia.<sup>2</sup>

A precedência estabelecida em favor da criança e do adolescente tem como justificativa sua menor resistência em relação aos adultos e suas reduzidas possibilidades numa competição para o recebimento de serviços. Por força da lei o próprio prestador de serviços deve assegurar aquela precedência.

O Estatuto menciona também os serviços "de relevância pública". Esse qualificativo foi usado expressamente na Constituição, no art. 197, em relação às ações e aos serviços de saúde, podendo ser assim considerados, por extensão, os que forem prestados ao povo para atendimento de necessidades essenciais, mesmo que o prestador seja um particular.

Sobre o conceito jurídico de "relevância pública" destaca-se a abrangência denominativa, alcançando outros tipos de serviços públicos. A Constituição não

---

<sup>2</sup> Por exemplo, no âmbito do SUS (Sistema Único de Saúde) caso haja apenas um médico disponível, estando presentes um adulto sob risco de morte e uma criança sentindo um leve "mal-estar", ambos aguardando atendimento, desarrazoado seria a colocação da criança para ser atendida em primeiro lugar. Nesse caso pelo princípio da ponderação de interesses temos dois direitos indisponíveis em conflito – vida e saúde, cabendo tutelar prioritariamente o direito à vida.

reputaria como relevantes apenas os serviços de saúde. Assim, pode se considerar a “relevância pública” como característica intrínseca e inerente a todo serviço público, pois todos são suficientemente qualificados para que se reconheça sua relevância.

A terceira hipótese de precedência prevista no art. 4º, parágrafo único, do Estatuto trata-se da atenção preferencial na formulação e na execução das políticas sociais públicas. Quem deve atender a essa exigência é, em primeiro lugar, o legislador, tanto o federal quanto o estadual e o municipal.

Dando especial ênfase à saúde, sabe-se que todos são competentes para legislar em matéria de saúde, podendo fixar por meio de lei as linhas básicas dos respectivos sistemas, pois, embora a Constituição fale em um "sistema único" de saúde, admite-se um setor público e outro privado, além de prever a competência comum da União, dos Estados e dos Municípios. Em consequência, cada esfera política deverá ter sua legislação própria, desde que observe as disposições constitucionais quanto às competências.

Tanto a formulação quanto a execução das políticas sociais públicas exigem uma ação regulamentadora e controladora por parte dos órgãos do Poder Executivo, a par da fixação de planos e da realização de serviços. No desempenho de todas essas atividades deverá ser, obrigatoriamente, dada precedência aos cuidados com a infância e a juventude. Será contrária à lei a decisão que não respeitar essa exigência, podendo, conseqüentemente, ter sua anulação ou suspensão requerida ao Poder Judiciário, através de mandado de segurança, ação popular ou ação civil pública, dependendo das circunstâncias. De acordo com as particularidades de cada caso, a ação poderá ser proposta por qualquer cidadão, por pessoa ou entidade diretamente interessada ou, ainda, pelo Ministério Público.

A prevenção através das políticas públicas é essencial para o resguardo dos direitos fundamentais de crianças e jovens.

Por último, o Estatuto estabelece que a garantia de prioridade para crianças e adolescentes deve ser assegurada pela "destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude".

Essa exigência legal é bem ampla e se impõe a todos os órgãos públicos competentes para legislar sobre a matéria, estabelecer regulamentos, exercer controle ou prestar serviços de qualquer espécie para promoção dos interesses e direitos de crianças e adolescentes. Os projetos de lei orçamentária já devem prever

tal exigência. Dessa forma, a União, os Estados e os Municípios terão verba financeira reservada para a criação e manutenção de serviços voltados a crianças e adolescentes, tal como dispõe *caput* de artigo constitucional:

A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. (BRASIL, 1988, art. 212, *caput*)

Importante ressaltar o conteúdo do art. 136, IX, do Estatuto da Criança e do Adolescente que prevê a participação do Conselho Tutelar na elaboração da proposta orçamentária para planos e programas de atendimento dos direitos das crianças e dos adolescentes. Segundo Amim (2010, p. 26) “é a cogestão do sistema jurídico infanto-juvenil, com atuação preventiva.”

Os responsáveis pelos órgãos públicos poderão ser questionados sobre a não observância da prioridade exigida na mencionada regra, devendo por isso, comprovarem a destinação dada aos recursos que lhes foram disponíveis. Lembrando Amim (*loc.cit*) que “não há colidência entre princípios orçamentários e o princípio da prioridade absoluta, pois, como o próprio nome já o diz, é absoluta, não cabendo qualquer relativização do seu conteúdo”.

Logo, as crianças e os adolescentes tornam-se credores do governo quanto à destinação privilegiada de recursos públicos para sua proteção.

Ressalta-se que a prioridade absoluta tem um objetivo bem claro: realizar a proteção assegurando a primazia que facilitará a concretização dos direitos fundamentais enumerados no art. 227, *caput*, da Constituição da República e enumerados no *caput* do art. 4º do ECA.

Portanto, em caso de dúvida sobre seu alcance, deverá ser feita interpretação extensiva observando-se a afirmação e garantia dos direitos fundamentais.

Observa-se através do traço evolutivo descrito no atual capítulo, que em diferentes épocas da história brasileira as crianças e os adolescentes passaram da exclusão à inclusão jurídica, alcançando o reconhecimento pleno como pessoas em desenvolvimento merecedoras de proteção especial do Estado.

Ocorre que, a fase de ascendência dos direitos ao menor passa por um momento de retrocesso, ou seja, momento em que se retoma um estado anterior, retirando-se algo anteriormente concedido.



A retirada do “menor sob guarda” do art. 16, parágrafo 2º da Lei de Benefícios 8.213/91, desconsiderando-o como filho equiparado, demonstra uma fase de reavaliação do cabimento de direitos, que até então faziam parte de uma progressão de conquistas jurídicas da infância.

Atualmente o mencionado artigo apresenta a seguinte redação: “O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.” (BRASIL, 1991, art. 16, parágrafo segundo)

Estudaremos, portanto, no próximo capítulo sobre os direitos sociais fundamentais e a sua aplicação em um país que segue o modelo de Estado de Bem-Estar Social.

Outrossim, trabalharemos as Doutrinas de Seguridade Social, traçando as políticas públicas prioritárias à infância e juventude, bem como os requisitos jurídicos para o enquadramento do menor sob guarda na Assistência e Previdência Social.

## **CAPÍTULO 2**

### **O ESTADO DO BEM ESTAR SOCIAL: DIREITOS DA INFÂNCIA E DA ADOLESCÊNCIA COMO DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS**

As primeiras previsões dos direitos sociais fundamentais eram ausentes de qualquer normatividade, uma vez que norma programática não gera direitos subjetivos.

A concepção (PULIDO, 2008) de que as normas de direitos prestacionais são unicamente normas programáticas, até hoje lhes nega qualquer tipo de caráter vinculante frente ao legislador.

Conseqüentemente, a concepção exclusivamente programática obsta que o indivíduo crie qualquer tipo de expectativa frente a estes direitos, não podendo, assim, requerer judicialmente nenhuma vantagem ou benefício.

Portanto, considerar uma norma de direito social programática trata-se de conferir-lhe apenas (PULIDO, 2008) uma função de inspiração ao legislador para elaborar os conteúdos das leis, limitando os direitos e liberdade, visando alcançar a justiça social.

Ocorre que, os direitos sociais não podem ser unicamente encarados como normas de restrição de liberdades, uma vez que os indivíduos possuem necessidades básicas cuja satisfação deve ser garantida através dos direitos fundamentais.

A garantia da concretização dos direitos fundamentais, inclusive no campo securitário, faz com que os direitos sociais tenham reconhecidos o seu caráter normativo e vinculante.

Assim, o aspecto programático das normas sobre direitos sociais não obsta a obrigatoriedade de efetivação pelos Poderes Públicos, após uma definição de políticas públicas pelo Executivo e Legislativo.

Logo, programático significa programar-se para cumprir. O Executivo e o Legislativo através de uma análise econômica e social definirão os meios necessários para efetivarem os direitos sociais, estabelecendo uma proteção jurídica.

Almansa Pastor define a “*eficaz proteção*”, (1991) como aquela que requer mecanismos próprios capazes de produzir uma transformação gradual dos princípios individualistas sustentadores de um Estado Liberal em fundamentos baseados na solidariedade de um Estado Social intervencionista.

A solidariedade em um Estado que passa a intervir nos setores sociais em prol de melhorias à coletividade, significa o empréstimo conjunto ao necessitado, para cobrir as contingências, como a fome, a doença, a velhice e a morte (MARTINS, 2012, p. 53).

No âmbito da Seguridade Social, a solidariedade representa um instrumento captador de recursos financeiros viabilizadores da concretização dos direitos sociais securitários.

Para que o modelo de Estado de Bem-Estar seja coerentemente adotado, os recursos dos Fundos Securitários devem ser exclusivamente utilizados para atender as necessidades previstas pelas leis e pela Constituição.

Veremos neste capítulo a razão de se conceituar os direitos sociais, atualmente, como verdadeiros princípios previstos pela Constituição de 1988.

## **2.1 - O Estado do Bem Estar Social no Estado Democrático de Direito**

Welfare State é a expressão inglesa que nos remete ao Estado do bem estar social. Tal expressão partiu do arcebispo inglês Willian Temple, logo após a Segunda Guerra Mundial, vislumbrando um Estado de paz através da reconstrução européia. (PEREIRA, P.A.P., 2009, p. 178)

O cenário que se destacou pelo aparecimento do Estado de bem estar foi a Alemanha, uma vez que após a guerra inúmeros desprotegidos passaram a clamar por medidas compensativas das injustiças sofridas.

A ideologia que penetrava no Welfare State pós Segunda Guerra referia-se a um momento de recomeço social, em que todas as vicissitudes seriam excluídas da realidade das populações, extirpando na linguagem de William Beveridge, os cinco gigantes: “a miséria, a doença, a ignorância, a insalubridade e a ociosidade”, através das políticas sociais. (BEVERIDGE, 1942).

O Relatório de Beveridge realizou um balanço histórico das medidas assistenciais inglesas, diagnosticou a situação das famílias e suas necessidades e elaborou um levantamento dos regimes de seguridade social existentes em outros países. (BEVERIDGE, 1942).

Um dos principais objetivos do Relatório foi o de apresentar de maneira pioneira um plano político concreto, com propostas de reformas sociais abrangentes e universalistas, seguindo modelos já existentes em outros países. (PEREIRA, P., 2009)

Assim, o Relatório propôs a implantação de um avançado regime de proteção social, concessivo de benefícios sociais capazes de atender com igualdade as necessidades básicas individuais e familiares. (BEVERIDGE, 1942)

Portanto, o Relatório de 1942 é considerado um marco histórico para as políticas sociais, por ter inovado o modelo de bem-estar social, focando medidas protetivas às situações de miséria, às famílias, bem como, favorecendo a emancipação dos cidadãos através do acesso ao pleno emprego.

Vale ressaltar, que cada país apresenta um modelo diferente de Estado de Bem-Estar Social. Assim, o fato de uma nação carregar a mencionada denominação não significa que os seus cidadãos vivam inquestionavelmente em situação de bem-estar.

Segundo Potyara Pereira (2009) não existe, portanto, um modelo único de Estado de bem estar, o que notamos são vários Estados adotando a respectiva denominação, mas modelos particulares, sendo que uns promovem condições de vida satisfatórias aos cidadãos e outros não conseguem o mesmo desempenho.

Não obstante haver modelos específicos, podemos conceituar o Estado de Bem-Estar Social como sendo uma instituição do século XX, em que objetiva-se o reconhecimento e a expansão dos direitos sociais, a oferta isonômica de políticas públicas de assistência social, a redistribuição de renda, a criação do seguro social, a erradicação da pobreza absoluta, e a concessão de condições mínimas para o suprimento das necessidades humanas.

Ilustrando o conceito acima, Fraser (2001) traça três principais direções para o Welfare State: 1) a garantia de direitos e segurança sociais a grupos específicos da sociedade como crianças, idosos e trabalhadores; 2) a distribuição de forma universal de serviços; 3) a transferência de renda para a garantia da subsistência dos mais pobres, bem como para retirar os cidadãos das situações de contingências, como o desemprego e a doença.

Assim, uma das formas de expressão do Estado de Bem-Estar Social é a garantia dos direitos sociais às crianças.

Todavia, apesar de apresentar objetivos baseados na universalidade de atendimento, o Estado de Bem-Estar Social é seletivo, alcançando, no caso das crianças, aquelas que se enquadram nos requisitos dos setores que compõem este Estado, como por exemplo a Assistência e a Previdência Social.

Conclui-se, que um Estado promotor do bem-estar social deve apresentar uma seletividade moderada para a concessão de benefícios sociais, atingindo assim, um maior classe de minorias vulneráveis, fazendo com que as classes excluídas obtenham a cidadania social.

## 2.2 - A Cidadania Social

A cidadania se reconhece pelo plexo de direitos sociais contidos no artigo 6º/CF. Coexistem no cenário brasileiro distintas acepções do termo cidadania, como também direitos de cidadania como contradições sociais vislumbradas no acúmulo dos direitos sociais por poucos, ofuscando a ética do *bem-estar* e realizando o *mal-estar* no processo distributivo.

A Constituição de 1988 preocupou-se com a promoção do bem-estar, já que “foi com a promulgação da atual Constituição que o conceito de seguridade social ganhou status de cidadania no Brasil”. (SOUZA; PRONI, 2009, p.40).

O conceito de Seguridade está estritamente vinculado ao de cidadania, uma vez que busca os direitos sociais como forma de emancipação dos sujeitos desprotegidos.

Cidadania social significa respeitar integralmente os direitos fundamentais, aproximando ainda mais da definição de Seguridade.

Podemos enunciar que o direito à Seguridade Social é a busca da superação de um estado de necessidade do cidadão.

Para Luigi Bordin (2001, p. 38) cidadania social é um conjunto de expectativas econômico-sociais que cada cidadão, enquanto tal, expressa em relação ao Estado para obter as garantias de segurança necessárias à vida e ao trabalho, para dar conteúdo de dignidade à existência individual.

O conceito de cidadania social se opõe ao individualismo, assumindo o Estado e a sociedade ações que buscam as mínimas garantias de uma existência universalmente digna.

Logo, cidadania social é obter do Estado a consagração dos direitos fundamentais através da iniciativa pública de efetivar os direitos sociais previstos pelo legislador.

Todavia, consideramos (MIRANDA, 2007, p. 78) que no Brasil a cidadania social nunca foi plenamente vivenciada por todos, uma vez que a herança nacional escravocrata, de desigualdade de renda e exclusão social, até os dias atuais impede a consecução integral dos objetivos fundamentais da República.

Assim, não basta o reconhecimento jurídico constitucional dos direitos sociais fundamentais, tendo maior relevância a concretização pelo Estado de todas as expectativas normativas em direitos de fato, ou seja, em situações jurídicas materiais.

Conclui-se, que para os direitos sociais saírem do campo abstrato da norma deve-se inevitavelmente mudar a estrutura da sociedade, em que os movimentos sociais e a participação democrática concretizem todas as previsões constitucionais, em especial a garantia dos direitos fundamentais aos cidadãos, prevalecendo o mínimo existencial para uma vida digna.

### **2.3 - O Direito ao Mínimo Existencial e a Reserva do Possível**

A expressão “mínimo existencial” surgiu pela primeira vez em 1953 em uma decisão do Tribunal Federal Administrativo Alemão, conjugando os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade material e do Estado Social. No Brasil esta expressão foi utilizada pela primeira vez pelo Professor Ricardo Lobo Torres. (NOVELINO, 2010).

O jurista e professor Ricardo Lobo Torres (2009) define o “mínimo existencial” um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas.

Segundo Marcelo Novelino: “O mínimo existencial consiste em um grupo menor e mais preciso de direitos sociais formado pelos bens e utilidades básicas imprescindíveis a uma vida humana digna”. (NOVELINO, 2010, p. 476)

O mínimo existencial são direitos sociais a serem concretizados com prioridade em relação a outros direitos.

Deriva-se da liberdade material defendida por Robert Alexy, o atendimento das condições mínimas para se viva dignamente. A não garantia das condições materiais básicas de vida implica na ausência de liberdade material. (ALEXY, 1993 apud SARMENTO, 2008).

Contudo, mesmo reconhecendo a existência jurídica e importância social do mínimo existencial, não se pode conceber que apenas os direitos sociais mínimos sejam concedidos aos indivíduos.

Os direitos sociais são garantias fundamentais que devem ser aplicados ao cotidiano dos cidadãos.

Os mínimos existenciais representam apenas um conjunto de direitos sociais de maior relevância. Detecta-se tal relevância, pela posição elevada destes direitos em relação aos demais invocados em casos de ponderação de interesses.

O aplicador da norma antes de determinar a concretização de um direito social, coloca-o em uma balança, juntamente com outros princípios, para concluir pela necessidade mais latente ao indivíduo.

Assim, o mínimo existencial, segundo Daniel Sarmento sempre terá um peso maior no juízo de ponderação, exigindo do Estado, um maior ônus argumentativo que justifique o não cumprimento daquele direito.

Outrossim, a ponderação de interesses serve para afastar o caráter absoluto do mínimo existencial, reconhecendo a existência de situações impeditivas para a aplicação destes direitos.

Um dos óbices à concretização do mínimo existencial trata-se da reserva do possível. Este refere-se à insuficiência orçamentária do Estado para efetivar os direitos.

A expressão “reserva do possível” surgiu a partir de uma decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha em 1972, em que se discutia o direito de acesso ao ensino superior quando o número de vagas era inferior ao número de candidatos, conhecido como o caso “Numerus Clausus.” (NOVELINO, 2010, p. 473)

Em contraposição ao “mínimo existencial”, Ingo Sarlet (2007) define a “Reserva do Possível” como a correspondência razoável à prestação que o indivíduo pretende obter da sociedade.

Logo, para Ingo Sarlet (2007), mesmo o Estado apresentando orçamento e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que esteja fora dos limites do razoável.

A “Reserva do Possível” apresenta três componentes, quais sejam: a possibilidade fática, a possibilidade jurídica e a razoabilidade da exigência ou proporcionalidade da prestação. (SARLET, 2007)

A possibilidade fática consiste na disponibilidade de recursos necessários à satisfação do direito prestacional. Portanto, de acordo com este elemento deve-se observar se no plano fático o Estado tem disponibilidade financeira para incrementar determinado direito.

A possibilidade jurídica apresenta dois aspectos, quais sejam: a existência de previsão orçamentária para cobrir as despesas, a partir de uma análise se o orçamento foi elaborado de forma adequada, sem a omissão do Estado; e, a análise das competências federativas, apurando assim, qual ente federativo é o responsável para atender a demanda.

A razoabilidade da exigência ou proporcionalidade da prestação significa apurar se não é excessivo que o Estado cumpra determinada exigência.

Logo, a Reserva do Possível é uma matéria de defesa do Estado que denega a aplicação de um direito fundamental quando seus custos causarem um impacto elevado as contas públicas, podendo inclusive, comprometer a satisfação de outros direitos e necessidades coletivas de maior relevância.

Deve-se, portanto, através da ponderação de interesses, analisar se a pretensão individual, pode ser acolhida e estendida a todas as pessoas na mesma situação, considerando os recursos financeiros do Estado e a relevância das demais necessidades sociais a serem atendidas.

No caso do menor sob guarda, essencial se faz a análise do cabimento ou não da concessão dos direitos previdenciários em caso de falecimento do guardião, lembrando que uma vez concedido à um indivíduo, os demais na mesma situação necessariamente terão o mesmo direito.

Conclui-se, que a previsão orçamentária do Estado não pode ser um assunto desconsiderado, contudo, não se pode aceitar de forma absoluta tal justificativa para a denegação dos direitos sociais fundamentais.



## 2.4 - O Princípio da Proibição do Retrocesso Social e a Previdência

A vedação do retrocesso trata-se de um limite previsto pela doutrina, que postula a proibição de qualquer medida que impeça a aplicação de um direito social fundamental já consolidado.

Ingo Sarlet reconhece que o mencionado princípio aplica-se especialmente aos direitos sociais, contudo, posiciona-se favorável à proibição do retrocesso aos demais direitos fundamentais (SARLET, 2007, p. 147).

As normas de Direitos Sociais são consideradas programáticas, por estabelecerem ações que devem ser realizadas pelo Poder Público.

Assim, uma lei que revogue estas normas sociais constitucionais programáticas retira da esfera jurídica dos indivíduos a possibilidade de concretização de determinados direitos fundamentais sociais.

Portanto, a eficácia de uma norma jurídica social programática não pode ser quebrada por uma inovação legislativa. Logo, evita-se a retrocessão de um estado anterior de ausência de direitos.

A ausência de direitos, em muitos casos traduz-se na omissão legislativa superveniente.

Segundo Felipe Derbli (2008), haverá retrocesso social quando o legislador, por meio de conduta comissiva, retornar ao estado de omissão legislativa ou reduzir o grau de concretização de um direito social.

O menor sob guarda excluído do parágrafo segundo do art. 16 da Lei 8213/91 pela Lei 9528/97 representa um grupo que teve o seu direito aos benefícios previdenciários suprimidos através de um silêncio normativo, usurpador do direito social fundamental à previdência.

Não obstante, há precedentes jurisprudenciais que invocam o princípio da vedação do retrocesso no caso de postulação de pensão pelo menor sob guarda.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região afastou a incidência da nova redação do parágrafo 2º do art. 16 da Lei 8213/91, (DERBLI, 2008, p. 360) sob o argumento do princípio da vedação do retrocesso, fazendo prevalecer o art. 33 do ECA (Estatuto da Criança e Adolescente) que garante ao menor sob guarda os direitos previdenciários.

A vedação do retrocesso, contudo, não pode ser absoluta. Para Ingo Sarlet (2000, p. 147), a aplicação deste princípio deve se pautar na ponderação dos interesses envolvidos, de forma a não retirar toda a autonomia do poder legiferante e, por outro lado, proteger o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

O núcleo essencial dos direitos fundamentais está relacionado ao mínimo existencial, inadmitindo de acordo com o princípio desenvolvido, a supressão das prestações estatais que garantam a subsistência do indivíduo.

O Direito à Previdência sendo um direito a alimentar-se, vestir-se, educar-se, ou seja, viver dignamente, trata-se inquestionavelmente de um direito social fundamental, podendo portanto, ser resguardado pela alegação da proibição do retrocesso social.

## **2.5 - A Seguridade Social e a Proteção à Criança e ao Adolescente**

A seguridade social surge em decorrência de avanços históricos almejados através de conflitos sociais, colocando o Estado como ente fundamental e estruturante da vida coletiva.

O conceito de Seguridade Social (BOSHETTI, 2003) segue o modelo beveridgeano, desenvolvido por William Henry Beveridge em 1942, determinando a universalização dos direitos sociais como meio de garantir o mínimo existencial à todos.

Por outro lado, segundo a vertente bismarquiana, (RAMOS, 2004, p. 29) a Seguridade Social garante a cobertura dos direitos sociais, principalmente dos trabalhadores, valorizando a renda obtida através do emprego e a inserção formal ao mercado de trabalho. A visão bismarquiana orienta o conceito de Previdência Social.

Contudo, o conceito de Seguridade Social (RAMOS, 2004) não se restringe ao da Previdência, envolve amplas formas de proteção que abrangem qualquer cidadão que tenha necessidade, e não somente aqueles inseridos no mercado de trabalho.

Segundo Almansa Pastor (1991) a Seguridade Social, trata-se de um mecanismo protetor que o Estado coloca à disposição dos indivíduos, para garantir o bem estar moral, material e espiritual de toda a população, com a finalidade de cumprir a função estatal de liberar os indivíduos de toda situação de necessidade social.

O estado de necessidade social trata-se da insuficiência do indivíduo, dentro de seu meio social, ou da falta de bens e serviços essenciais à uma existência digna.

Para alcançar a finalidade de erradicação do estado de necessidade, o sistema securitário conta com a colaboração do Estado e de toda a sociedade, tal qual disposto no título VIII da Ordem Social, art. 194 da Constituição Federal: “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”. (BRASIL, 1988)

Logo, pode-se definir seguridade social como:

Um conjunto integrado de medidas públicas de ordenação de um sistema de solidariedade para a prevenção e remédio de riscos pessoais, mediante prestações individualizadas e economicamente avaliáveis, agregando a idéia de que, tendencialmente, tais medidas se encaminham para a proteção geral de todos os residentes, contra as situações de necessidade, garantindo um nível mínimo de rendas. (OLEA, 1995, p. 38)

Logo, seguridade representa uma garantia de tranquilidade, de manter uma vida digna ao indivíduo e sua família que estiverem acometidos por uma situação de contingência social.

Para formar e enriquecer o conceito securitário, Wagner Balera (1989) ensina que Seguridade é segurança, é a tranquilidade, sobretudo no futuro, que a sociedade deve garantir aos seus membros.

Veremos a seguir que através das políticas públicas de inclusão social prioritárias à infância e à juventude, o Estado realiza alguns dos direitos sociais fundamentais deste público alvo.

### **2.5.1 – Políticas públicas de inclusão social à infância e à adolescência**

Ser excluído é ser privado das necessidades físicas e /ou mentais do indivíduo, é “estar fora”, à margem, sem possibilidade de participação, seja na vida social como um todo, seja em algum de seus aspectos, é desfiliar-se, não pertencer

a um sistema de garantias mínimas. Trata-se dos “sobrantes”, os “sem direitos”. (COSTA, 2003)

Considera-se exclusão social a ausência e/ou vivência parcial dos direitos do cidadão.

Para a professora doutora Eliane Romeiro Costa (2003), os excluídos socialmente representam o lado inverso das políticas sociais. Tratam-se dos: sem-alimentação, sem-escola, sem-educação, sem-renda, sem-trabalho, sem-transporte, sem-família, sem-previdência, sem-assistência, sem-crédito, sem-moradia, sem-tecnologia, sem direitos. A listagem não se esgota.

Por outro aspecto, a inclusão social torna viável quando os excluídos são capazes de recuperar sua dignidade e conseguem – além de emprego e renda – acesso à moradia decente, às atividades culturais e serviços sociais (educação e saúde), inclusive, aos benefícios previdenciários. Esta tarefa ultrapassa o âmbito dos programas de filantropia desenvolvidos por “Organizações Não Governamentais” (ONG’S) e exige o engajamento contínuo do poder público através de políticas pro-ativas e preventivas.

A desigualdade ambienta-se global e culturalmente. Forma-se pela concentração de renda, pela pobreza sistêmica das famílias, pela exploração do trabalho infantil, pelo ingresso no emprego informal e conseqüente contribuição previdenciária tardia, pela redução dos direitos sociais, pelas alterações estruturais nos sistemas previdenciários, entre outros fatores excludentes.

As políticas públicas surgem para minimizar as desigualdades, através da distribuição de recursos extraídos de diversos segmentos sociais, destinados às necessidades básicas do cidadão.

Segundo Maria Paula Dallari Bucci “políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”. (BUCCI, 2006, p. 241).

Através das políticas públicas os direitos sociais são efetivados. No entanto, a concretização dos direitos sociais pressupõe ônus ao Estado, que deve apresentar estruturas físicas favoráveis, e todo um conjunto de instrumentos capazes de satisfazer tais direitos.

A implantação de projetos educacionais voltados às crianças carentes, implicam, por exemplo, na existência de uma estrutura física escolar, contendo quadros, cadeiras, mesas, materiais didáticos, além da contratação de professores.

As crianças e os adolescentes sempre necessitaram que determinadas demandas fossem atendidas pelo Poder Público, no âmbito da saúde, lazer, educação e outras esferas dos direitos sociais, que pudessem resultar em uma vida com dignidade. Assim, surgiram as ações governamentais de Assistência.

As práticas de ações assistenciais existem antes do período da Idade Média, como forma de ajuda aos pobres (SIMIONATTO, 1999, p. 209).

A Assistência Social como instituto surgiu após a Revolução Industrial. O ritmo ascendente do processo de industrialização causou desproteção aos cidadãos em virtude do desemprego e do agravamento dos problemas sociais. (TAVARES, 2008, p. 1124)

Nesse contexto histórico, o Estado passa a intervir através de medidas assistenciais, visando prioritariamente defender a burguesia dos crimes contra o patrimônio (TAVARES, 2008, p. 1124).

No Brasil, (SOUZA e PRONI, 2009, p. 38) os dois primeiros registros de políticas assistenciais governamentais foram o Conselho Nacional de Serviço Social em 1935/37 e a Legião Brasileira de Assistência em 1942.

Apesar da criação de alguns setores assistenciais, incluindo o Ministério da Previdência e Assistência Social em 1977, apenas com a Constituição de 1988 o ordenamento jurídico brasileiro “reconheceu a assistência social como dever de Estado no campo da seguridade social e não mais política isolada e complementar à Previdência”. (SOUZA e PRONI, 2009, p. 38)

O artigo 6º da Constituição Federal considerou a Assistência como um direito social, garantindo à todos, dentre outros direitos, uma infância protegida e assistência aos desamparados.

Complementando o modelo constitucional protetivo, o artigo 227, parágrafo primeiro garantiu a obrigatoriedade de implantações de políticas assistenciais prioritárias às crianças e aos adolescentes:

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.

III - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. (BRASIL, 1988)

Importante ressaltar, que a Assistência Social orienta-se pelo modelo Beveridgeano, (RAMOS, 2004) que prega a universalização no acesso dos direitos sociais.

Assim, a Assistência Social emerge como direito devido à todos, independente de contribuição, mantida pelo Estado e sociedade.

Segundo Feijó Coimbra (2001, p. 58) a Assistência Social amplia a faixa protetora da Seguridade, abrangendo aqueles que não fazem parte do Sistema Previdenciário.

Todavia, o atributo da universalização do atendimento, através da Assistência e de outros setores da Seguridade é mitigado pela seletividade distributiva.

Sabe-se que um dos requisitos para a concessão das medidas assistenciais é o estado de necessidade individual.

Dessa forma, as políticas de Assistência promovidas pelo Estado não serão destinadas à toda a população indiscriminadamente, mas sim àqueles que encontrarem-se em real estado de necessidade, ou seja, que não são mantidos pela família, tão pouco possuem recursos financeiros para o sustento próprio.

A Assistência Social, portanto, apresenta-se como instrumento de concessão de condições mínimas para subsistir, afastando qualquer atributo relacionado à melhora de um padrão mediano de vida, uma vez que para ser alvo da Assistência deve-se enquadrar no requisito da miserabilidade, não dispondo, dessa forma, do mínimo para suprir a existência individual (TAVARES, 2008, p. 1132).

Pertinente se faz, transcrever o enriquecedor conceito do autor Marcelo Leonardo Tavares:

Os direitos assistenciais, incluídos no mínimo social, são a medida de

concretização dos princípios fundamentais da cidadania, da soberania popular, da democracia, da dignidade da pessoa humana, do valor do trabalho e da livre iniciativa e do objetivo da erradicação da pobreza e da redução das desigualdades sociais, além de constituírem medidas de proteção da liberdade real e da igualdade de oportunidades. (TAVARES, 2008, p. 1136)

Assim, visando proporcionar o mínimo existencial como direito social fundamental, a Assistência atende às famílias, aos idosos, aos desempregados, aos portadores de deficiência e às crianças e aos adolescentes.

As crianças e os adolescentes são alvo das políticas assistenciais, quando se enquadrarem no critério de necessidade previsto no artigo 203, inciso V da Constituição Federal.

A contraprestação de maior relevância para a Assistência Social trata-se do benefício de prestação continuada. Este somente pode ser concedido ao deficiente ou idoso que esteja em situação de miserabilidade.

Portanto, a criança portadora de deficiência física ou mental, que não tiver recursos financeiros para se manter ou ser mantida pela família terá direito à concessão do benefício de prestação continuada no valor de 1 (um) salário mínimo.

Todavia, o requisito de necessidade constitucionalmente previsto para a concessão do discutido benefício extrapola um estado de contingência razoável, sendo considerado um critério de miserabilidade, uma vez que restringe-se ao limite objetivo de menos de  $\frac{1}{4}$  (um quarto) do salário mínimo da renda familiar per capita mensal.

Logo, a criança ou adolescente portadora de deficiência física ou mental, deve integrar uma família que apresente uma renda por pessoa inferior a  $\frac{1}{4}$  (um quarto) do salário mínimo, ou seja, que cada membro do lar receba menos do que R\$ 155,50 (cento e cinquenta e cinco reais e cinquenta centavos) por mês.

Indubitavelmente, a Lei Orgânica de Assistência Social com a previsão do benefício de prestação continuada surgiu como forma de garantia de renda mínima à um público totalmente vulnerável e excluído do acesso aos direitos sociais fundamentais.

Destaca-se que as crianças e adolescentes contempladas pelo benefício de prestação continuada, em virtude da extrema pobreza não são cobertos pela Previdência Social, cumprindo, assim, a Assistência o papel de subsistência familiar.

Outrossim, é constitucionalmente garantido às crianças e aos adolescentes portadores de deficiência, acesso aos programas de prevenção e atendimento especializado, bem como aos programas de integração social (BRASIL, 1988, art. 227, parágrafo primeiro, inciso II).

Verifica-se, como forma de efetivação desta garantia os programas assistenciais de função compensatória, ou seja aqueles que visam suprir carências.

Os programas são definidos pelos Conselhos de Assistência Social, visando conferir renda mínima aos excluídos.

Uma das medidas que atingem a infância trata-se do Programa Bolsa Família, criado pela Lei número 10.836, de 09/01/2004, sendo uma concessão de renda mínima condicionada à frequência escolar da criança ou adolescente.

Um dos desdobramentos financeiros do Bolsa Família destina-se ao conjunto familiar que em situação de extrema pobreza tenha em sua composição gestantes, nutrizes, crianças entre zero e 12 anos ou adolescentes até 15 anos, neste caso podendo receber até três benefícios por família (MARTINS, 2012, p. 504).

Outro benefício variável do Bolsa Família destina-se às unidades familiares que além da situação de pobreza, apresentam em sua composição adolescentes entre 16 e 17 anos, sendo nesta hipótese pago até dois benefícios por família. (Ibidem, loc.cit)

Verifica-se, portanto, que o programa Bolsa Família, apesar de ser concedido à unidade familiar, é vinculado à presença de crianças e adolescentes carentes que obrigatoriamente frequentem uma escola.

O incentivo educacional relacionado à aferição de renda mínima configura uma efetivação do direito social à educação através de uma medida governamental, denominada política pública, buscando, assim, a concretização do objetivo constitucional de erradicação do analfabetismo, previsto no artigo 214 da Constituição Federal.

Contudo, muitos programas assistenciais estão se tornando meramente assistencialistas.

Como sabemos, a Assistência Social é composta de prestações não contributivas e necessárias para corrigir desequilíbrios socioeconômicos, através de tratamento específico às minorias vulneráveis que encontram-se em um estágio de pobreza extrema.



Todavia, as políticas e programas de integração social vêm se transformando em medidas permanentes e generalizadas, contudo, necessitando de um melhor controle pelos Poderes Públicos de sua efetividade.

Importante ressaltar, que os programas assistenciais somente serão implementados quando o cidadão não for alcançado pela Previdência, pelo não enquadramento nos requisitos legais.

Estudaremos a diante, sobre as características destes requisitos, relacionando-os à situação jurídica do menor sob guarda.

### **2.5.3 – A previdência social e o “*menor sob guarda*”**

Elegemos o conceito de Previdência Social de Wladimir Novaes Martinez (1992, p. 99) como a técnica de proteção social que visa propiciar os meios indispensáveis à subsistência da pessoa humana, quando esta não puder obtê-los através do trabalho, por motivo de maternidade, nascimento, idade avançada, prisão, desemprego, tempo de serviço ou morte, mediante contribuição compulsória distinta, proveniente da sociedade e de cada um dos participantes.

Previdência Social é um mecanismo de proteção social do futuro. Através deste ramo da Seguridade, os cidadãos trabalhadores contribuem para a formação de um fundo distributivo, que suprirá financeiramente o segurado ou seus dependentes em caso de ocorrência de algum risco social.

A concepção distributiva tem por objeto a satisfação das necessidades coletivas. Para o atendimento dessas necessidades utiliza-se de um pacto chamado de solidariedade social. A solidariedade social consiste na contribuição da maioria em benefício de uma minoria.

No âmbito previdenciário, através da solidariedade, a geração atual financia para que a geração anterior goze dos benefícios, denominando-se “pacto entre gerações”. (BALERA, 1989)

A solidariedade repassa a idéia de que a coletividade atua ativamente nas políticas de bem estar.

Solidariedade social na concepção do jurista Wagner Balera (2005, p. 9), significa a integração dos homens de compromisso com os interesses do coletivo,

podendo também ser representada pela definição contínua de causas comuns, sem as quais a comunidade não pode se desenvolver.

Logo, entendemos a solidariedade social como a união de esforços em prol do direito à comunidade, objetivando a garantia dos meios dignos de existência.

Como exemplo de solidariedade, tem-se a Previdência Social, que atua como mecanismo de redistribuição da riqueza nacional, utilizado e cumprido pelo legislador ao fixar os riscos e a dimensão da necessidade social básica.

Seguindo as orientações do art. 201 da Constituição Federal, a Previdência Social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e filiação obrigatória, devendo sempre observar o equilíbrio financeiro e atuarial.

Em razão do caráter contributivo deste sistema, a Previdência Social segue preponderantemente o modelo bismarquiano, uma vez que a cobertura futura a ser ofertada está condicionada a uma contribuição direta e anterior por parte dos trabalhadores.

Logo, a Previdência Social está relacionada ao exercício de uma atividade econômica remunerada. O cidadão brasileiro que passa a integrar uma relação de emprego formal, obrigatoriamente filia-se ao Sistema Previdenciário.

Para Feijó Coimbra, “relação jurídica de vinculação de filiação se estabelece entre o cidadão e as entidades criadas pelo Estado para executar os programas de proteção social.” (COIMBRA, 2001, p. 67)

Ainda na bagagem conceitual do jurista Feijó Coimbra (2001), nos pautamos da Teoria do Seguro Social, formada pela filiação compulsória de parte da população ao Estado, que recebe a função de conceder o amparo, através das prestações devidas àqueles que legalmente apresentarem o status de segurados ou dependentes.

Neste aspecto, consideramos que a Previdência está associada a uma atividade assalariada, funcionando como uma garantia de prestações voltadas a cobrir os riscos sociais. Essa garantia existe em virtude da previsão legal, que confere status de segurado aos que se enquadram na situação declarada em lei.

O exercício formal de determinada atividade profissional, bem como o recolhimento de contribuições não conferem direito às prestações. O que define o segurado é a incidência das normas jurídicas à situação fática descrita em lei. (COIMBRA, 2001, p. 69)

Portanto, o caráter contributivo é apenas um dos requisitos que pode levar à filiação ao sistema previdenciário, quando a lei designar a pessoa protegida.

Deve-se sempre, observar o rol de pessoas, estabelecidas legalmente como beneficiárias, para que a contribuição gere direito à prestação. (COIMBRA, 2001, p.69)

Atualmente, o “menor sob guarda” não está previsto no rol dos dependentes econômicos da Lei de Benefícios, tornando-o, diante de uma interpretação meramente legalista, desamparado de qualquer direito previdenciário.

A contributividade objetiva a formação de um orçamento previdenciário equilibrado. Trata-se do equilíbrio financeiro e atuarial da Previdência, em que a sociedade contribui aos cofres do Estado, para formar recursos suficientes para o pagamento dos benefícios aos segurados e dependentes.

O equilíbrio financeiro e atuarial se faz necessário para a manutenção do sistema protetivo.

Todavia, observa-se grande falha no plano de custeio brasileiro. O plano de custeio trata-se de um planejamento financeiro e matemático, considerando os recursos que formam o Fundo Securitário e as prestações que serão concedidas aos segurados e dependentes.

Observa-se, que no Brasil a Administração Pública não elabora um eficiente plano de custeio. Os benefícios não são justificados atuarialmente (IBRAHIM, 2008, p.1070), ou seja, são frequentemente aumentados ou diminuídos pelos representantes políticos, que não informam o motivo das alterações para os contribuintes.

Ademais, critica-se a deficiência de gestão e, por conseguinte do plano de custeio, (IBRAHIM, 2008, p. 1071) em razão de benefícios assistenciais serem concedidos como se fossem previdenciários, majorados em alíquotas superiores às da inflação, mas cotejados somente com as contribuições sociais sobre a folha.

O equilíbrio financeiro e atuarial é temática recorrentemente levantada para justificar a exclusão legislativa do “menor sob guarda” como filho equiparado, inviabilizando, sob uma vertente meramente legalista, o enquadramento deste como dependente econômico.

Sabe-se que os direitos sociais com caráter “*prima facie*” (ALEXY, 1993, p. 494) admitem restrições legislativas quando estas se embasarem no princípio constitucional da proporcionalidade.

Para, contudo, constatarmos se as restrições a estes direitos fundam-se, ou não, na proporcionalidade, deve-se averiguar se os direitos sociais aplicam-se de maneira definitiva, para qualquer caso, ou se existem limitações materiais que justifiquem sua restrição. (PULIDO, 2008, p. 168)

Logo, os direitos sociais “prima facie” (PULIDO, 2008, p. 169) devem ser efetivados em seu grau máximo, e não mínimo, para atender as necessidades básicas do cidadão, todavia, excepcionalmente, através da demonstração da proporcionalidade, outros princípios constitucionais ou limitações materiais poderão restringir o alcance destes direitos.

Assim, cabe analisar nas situações fáticas e jurídicas que envolvem o pedido de benefícios previdenciários ao “menor sob guarda”, se o direito social à previdência deve definitivamente ser aplicado a este público, ou, diante da existência de limitações materiais, admite-se a restrição de tais direitos em determinados casos concretos.

Não obstante, a análise do cabimento definitivo ou não do direito previdenciário ao “menor sob guarda” continuar no próximo Capítulo, podemos concluir que a limitação econômica não pode ser fundamento admissível para a desproteção previdenciária do “menor sob guarda”, uma vez demonstrada a deficiência da gestão brasileira do Fundo Securitário, bem como a ausência de plano de custeio.

Concluimos, pois, que o fundamento que alega a ausência de equilíbrio financeiro e atuarial não pode gerar uma exclusão de direitos sociais fundamentais, visto ser desproporcional considerar que embora a Administração Pública apresente meios para elaborar um eficiente planejamento de custeio e gestão, ela não o faz; deixando posteriormente, os segurados e os dependentes descobertos.

## **CAPÍTULO 3**

# **O MENOR SOB GUARDA E AS RELAÇÕES JURÍDICAS DE SEGURO SOCIAL – DEPENDENTES ECONÔMICOS, BENEFÍCIOS E ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS**

As relações jurídicas de Seguro Social são formadas pelos segurados, Estado, benefícios e dependentes econômicos.

Os segurados expressamente previstos na legislação contribuem para o sistema, prevendo necessitarem de uma proteção futura, frente a uma situação de necessidade social.

Os benefícios são devidos aos segurados ou dependentes como prestação estatal minimizadora de um risco social.

Os dependentes econômicos são aqueles legalmente previstos como tais, contudo, o “menor sob guarda” foi excluído do rol de dependentes econômicos, anteriormente previsto pela Lei de Benefícios.

Investigaremos a seguir sobre as modalidades de família reconhecidas pelo nosso ordenamento jurídico, demonstrando as características do tipo de família que o “menor sob guarda” está inserido.

Desenvolveremos também, os requisitos da relação jurídica de seguro social, enquadrando o “menor sob guarda” e o guardião em todos os elementos definidores desta relação, e por fim, concluiremos sobre a possibilidade de demonstração da dependência econômica, bem como a viabilidade de concessão de benefícios previdenciários.

### **3.1 - Os Novos Conceitos Familiares e a Proteção à Família – Art. 226 da Constituição Federal**

As inovações do Direito de Família refletem em uma base jurídica eminentemente constitucional. A Constituição de 1988 ao disciplinar a respeito da organização familiar, em seus arts. 226 e 227, trouxe uma nova teoria constitucional.

Surgiram novas relações jurídicas familiares consubstanciadas em valores mais sociais e humanitários.

O art. 226 da Constituição Federal é considerado como uma cláusula geral de inclusão, em que trata igualmente todas as modalidades familiares como merecedoras de proteção legal.

Considera-se, pois, que todas as famílias vinculadas pelos laços afetivos estão sujeitas à proteção do Direito de Família, expressas ou não no conteúdo do art. 226 da Constituição Federal:

É o que vem se denominando de família eudemonista, isto é, tendente à felicidade individual de seus membros, a partir da convivência, permitindo que cada pessoa realize, pessoal e profissionalmente, convertendo-se em seres socialmente úteis, mas não se confinando ao estreito espaço da sua própria família. (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 45).

A proteção de variados arranjos familiares perfaz o princípio do pluralismo das entidades familiares. Afirma-se, assim, a dignidade da pessoa humana pelo reconhecimento protetivo de cada membro do grupo familiar.

O Estatuto da Criança e do Adolescente reconhece a proteção a diferentes entidades familiares: à família natural, à família ampliada e à substituta.

O reconhecimento das modalidades de família na Constituição e legislações infraconstitucionais demonstra que os novos conceitos familiares desvincularam-se do exclusivo enlaço matrimonial e adequaram-se às recentes alterações sociais.

Ocorreu uma reformulação da concepção contemporânea de família jurídica:

Cuida-se de um fenômeno mundial, não se restringindo às fronteiras territoriais brasileiras. As variáveis culturais, políticas, econômicas, éticas, sociais, religiosas e históricas exercem total influência na moldura que se pretende construir ou reconhecer em matéria de família no campo do Direito. Tal não significa que a família esteja em franca decadência, ou que seja uma instituição falida. (GAMA, 2001, p. 25).

Enfatizando a lição do jurista Guilherme Calmon Nogueira da Gama, trata-se de uma adequação do conceito jurídico familiar aos novos modelos sociais que admitem outros tipos de grupos familiares, desapegando-se da exclusiva representação matrimonial.

O sentido da regeneração do conceito familiar para o Direito não atesta um enfraquecimento familiar. Desenvolveram-se posicionamentos amplos, priorizando a afetividade nas relações familiares.

Para João Baptista Villela não existe um modelo ideal de família:

Tantas são as variáveis culturais, éticas, políticas, econômicas e religiosas que a pressionam e modelam, mas sobretudo tantas são as imponderáveis aspirações e inspirações do homem na situação de família que nenhum modelo cerrado atenderia a umas e a outras. Só a família fundada na aptidão para responder aos mistérios de amor e comunicação que habita cada ser humano o pode livrar do vazio e da solidão. O modelo há de ser, por conseguinte, aberto. (VILLELA, 1994, p. 643).

Pode-se considerar que houve a derrocada de um modelo único familiar, abrangendo outros valores às relações familiares com conteúdos éticos, humanistas, psíquicos e existenciais.

Segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2001) os fenômenos que influenciaram as mudanças no conceito familiar são: a) a intromissão do Estado nas relações familiares; b) a substituição da família patriarcal (focada na figura do pai) pela família nuclear (constituída pelo pai, mãe e filhos); c) a descentralização do aspecto patrimonialista familiar, dando maior importância a outros aspectos, como o alimentar; d) a democratização das relações familiares; e) a conscientização de que o elemento psicológico representado pela afetividade merece maior valorização do que o elemento biológico; f) a admissão do companheirismo como relação jurídica familiar e a indistinção de tratamento moral e jurídico entre filhos matrimoniais e extramatrimoniais.

Válido incluir no rol de fenômenos supracitados o surgimento de uniões homoafetivas com reflexos no Direito.

São notórias no âmbito da sociedade, discussões religiosas, sociológicas e jurídicas a respeito de uma possível inclusão da união homoafetiva no conceito familiar.

Em uma esfera internacional protetiva, a Convenção Americana de Direitos Humanos, aprovada em 22 de novembro de 1969 na Conferência de São José da Costa Rica, tratou em seu art. 17 da proteção à família, estatuidando que trata-se de uma espécie natural e fundamental da sociedade, devendo, por esse motivo, ser protegida pelo Estado.

O mencionado artigo faz menção ao casamento, estipulando a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, e garantindo, a devida proteção aos filhos em caso de dissolução. Ainda tem-se estabelecido a equivalência de direitos entre filhos havidos dentro e fora do casamento.

Já no contexto nacional o artigo 226 da Constituição Federal define a família como base da sociedade, com especial proteção do Estado. Nos parágrafos primeiro e segundo dispõe que o casamento será civil e gratuito e, que o casamento religioso terá efeitos civis.

Ademais, o art. 226, § 3º da Constituição Federal trata da união estável, reconhecendo como tal aquela união entre homem e mulher como entidade familiar. O § 4º, por sua vez, reconhece como entidade familiar a comunidade formada por um dos pais e seus descendentes, sendo denominada de família monoparental.

Quanto ao parágrafo terceiro do art. 226, defende-se que não há hierarquização entre união estável e casamento. O referido dispositivo não coloca o casamento como modalidade familiar preponderante, devendo pois, a união estável, receber a mesma tutela jurídica do casamento.

Logo, as entidades familiares devem obter tratamento igual em observância aos princípios constitucionais da liberdade, igualdade e dignidade humana:

Além do princípio da igualdade das entidades, como decorrência natural do pluralismo reconhecido pela Constituição, há de se ter presente o princípio da liberdade de escolha, como concretização do macroprincípio da dignidade da pessoa humana. Consulta a dignidade da pessoa humana a liberdade de escolher e constituir a entidade familiar que melhor corresponda à sua realização existencial. Não pode o legislador definir qual a melhor e mais adequada. (LÔBO, 2005).

Assim, o conceito protetivo de família, independente de sua modalidade, seja de fato ou de direito, deve ser protegida, possibilitando que os seus integrantes vivam com dignidade e respeito, uma vez constituir sustentáculo natural da sociedade e do Estado.

Negar à qualquer modalidade familiar os direitos básicos surgidos da constituição significa repudiar os seguintes princípios constitucionais: dignidade da pessoa humana, acesso à justiça, solidariedade entre os homens, não-discriminação de qualquer espécie, e, ainda respeito aos direitos humanos. Inclui-se, como entidade familiar fática merecedora de proteção a união entre homoafetivos.

Constata-se, pois, que o rol apresentado no art. 226 da Constituição Federal é enumerativo, já que esse deve ser interpretado diante do princípio da dignidade humana, para então, adentrar no princípio da afetividade, da igualdade em relação às famílias e da liberdade de escolha das relações familiares.



Ademais, a doutrina e a jurisprudência vêm considerando novas modalidades de família, considerando que o direito de família está inserido em uma complexidade de fatos, sendo então responsável pela transmissão de novos valores.

### **3.1.1 – Família matrimonial**

Antes de adentrar ao conceito de família matrimonial faz-se válido pontuar sobre algumas antigas concepções.

Segundo Azevedo (2001) o Decreto n.º 181 de 24 de janeiro de 1890 reconheceu apenas o casamento civil como forma de família brasileira. A Constituição Republicana de 24 de fevereiro de 1891 seguiu a mesma orientação.

Em 1920, o conceito fático familiar, conforme pesquisa do censo nesse período, apontava que a família padrão era composta pelos pais e cinco filhos. (ARAUJO, 1993, p. 173).

Representando um primeiro indício de surgimento do conceito jurídico familiar o Decreto-lei n.º 3.200 estabelece o casamento religioso com efeitos civis, regula o casamento de colaterais de terceiro grau, incentiva o casamento e a procriação, facilita o reconhecimento de filhos naturais e privilegia a contratação, pelo serviço público, de casados com filhos. (SCHWARTZMAN, 1984, p.111).

O aparecimento do Decreto n.º 3.200 no ordenamento jurídico brasileiro indica uma tendência jurídica familiar relacionada ao matrimônio. O incentivo do casamento e o privilégio de contratação de pessoas casadas com filhos demonstram a noção de que família necessariamente inclui o matrimônio e os filhos.

Com o advento da Constituição de 1934, surge a disposição de proteção estatal à família que fosse constituída pelo casamento indissolúvel.

As Constituições de 1937, 1946 e 1967 reafirmaram tal proteção, colocando apenas o matrimônio como família tipo de família legítima.

Não há dúvida a respeito da manutenção da ideologia de que o casamento representa o instituto formador da família. A presente afirmativa pode ser retratada através do art. 226 da Constituição Federal, caput, que prevê a família como base da sociedade, sendo merecedora de especial proteção do Estado.

Ademais, os parágrafos do art. 226 tratam do reconhecimento da união estável entre homem e mulher como entidade familiar, entendendo, também, como tal a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

O artigo em comento atribuiu efeitos jurídicos ao casamento religioso, desde que atenda os parâmetros legais.

Outra inovação no conceito familiar matrimonial introduzida pela Constituição trata-se da ampliação das hipóteses para dissolução do vínculo conjugal através do divórcio: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos” (BRASIL, 1988, art. 226, parágrafo sexto).

A abrangência na Constituição de situações visando o rompimento do matrimônio configura um incentivo para que se mantenha o caráter afetivo dentro das sociedades familiares. A função social do casamento é a afetividade, “no sentido de somente se manter aquela família que cumpra a sua função serviente, de afeto, de carinho, de solidariedade, de respeito, de compreensão, para ensejar a constituição e o desenvolvimento das melhores potencialidades dos seus integrantes.” (GAMA, 2001, p. 32)

Por outro lado, as relações de fato, despidas dos aspectos formais, passam a ser valorizadas, corroborando para o entendimento de que a relação familiar deve substancialmente ser vertida da “*affectio*”.

Outrossim, o jurista Guilherme Calmon profere entendimento poético a respeito:

Há clara valorização da manutenção das famílias de fato, ou seja, aquelas integradas por pessoas verdadeiramente unidas pelo afeto, pela comunhão d'almas, pela solidariedade e pelo respeito, e não em virtude de um vínculo formal constituído anteriormente, mas que não quer mais se manter. Há, nitidamente, um estímulo à desconstituição de famílias que se vejam despidas de alguns de seus requisitos, principalmente no aspecto anímico. O desaparecimento da *affectio* deve ser causa suficiente e única para a ruptura do vínculo conjugal, daí a valorização das relações familiares autênticas, transparentes, fulcradas em valores existenciais, humanistas e não patrimoniais. (GAMA, 2001, p. 33)

Logo, após uma interpretação global do art. 226 constata-se que a família de natureza eminentemente constitucional é aquela constituída pelo casamento.

Contudo, Azevedo (2001) entende que o Estado não deveria preocupar-se apenas com essa modalidade familiar, vez que sua base é a família em geral, sem caracterizações. Assim, discriminações quanto ao modelo familiar seriam evitadas.

Não obstante a família matrimonial ser o modelo mais tradicional existente, reconhece-se uma série de alterações nesse campo familiar. Os fatores que influenciaram tais mudanças no ordenamento jurídico apresentam características:

...inclusive de origem social, como os movimentos feministas, a conscientização a respeito da necessidade de assegurar os direitos dos excluídos do organismo familiar, a redescoberta dos direitos humanos nas relações privadas...( GAMA, 2001, p. 31)

Uma relevante mudança nesse âmbito trata-se da desvinculação do poder familiar exclusivamente na figura do pai e esposo, tendo como objeto seus filhos menores.

Não obstante, a família matrimonial ainda ser o modelo adotado pela sociedade, cresce a incidência da família extramatrimonial no Brasil, fazendo com que o ordenamento jurídico trace parâmetros de proteção às novas modalidades de família.

### **3.1.2 – Família extramatrimonial**

A família extramatrimonial vem retratar tipos de núcleos familiares desvinculados do padrão tradicional reconhecido pelo Estado e pela Igreja.

A sociedade começa a reconhecer juridicamente e aceitar o convívio das famílias espontâneas, surgidas de situações incomuns ao parâmetro firmado:

Várias causas estão na base da formação de relações familiares fora do modelo estruturado pela organização estatal ou pela Igreja. Assim nascem as convivências espontâneas: as de conteúdo e funções atípicas como aquelas entre homossexuais e as que, mesmo instaurando-se por uma exigência típica e explicitamente considerada merecedora de tutela (como a união entre um homem e uma mulher) realizam-se prescindindo do ato oficial e sacramental, que é o casamento. (GAMA, 1998, p. 44)

Famílias extramatrimoniais advêm de outras espécies de vínculo que não o matrimônio. O reconhecimento jurídico das diversas modalidades de família que surgem ao longo do tempo, envolve um conjunto de valores de aceitação social.

Todavia, tais famílias clamam por uma proteção, não apenas advinda de decisões do Judiciário, mas também do Poder Legislativo, através da inclusão de

previsões normativas que preservem o instituto familiar em qualquer estágio e sob qualquer adjetivação ou modalidade.

Sabe-se, por exemplo, que a união homossexual passou por longa fase de obscuridade jurídica, adquirindo nos últimos anos relativo espaço nas sentenças judiciais.

Algumas espécies de famílias extramatrimoniais são indiscutivelmente reconhecidas: a informal, a parental e a substituta.

### 3.1.3 – A família informal

A família informal foi tutelada pela Constituição de 1988 sob a conjugação “união estável”.

Atualmente, utiliza-se com maior freqüência a terminologia “companheirismo”, extirpando a anterior denominação preconceituosa “concubinato”, e ainda, não dando margem à interpretação de que somente a família informal perfaz uma união com estabilidade.

O art. 226, § 3º adota a família informal como família jurídica, determinando algumas condicionantes para tanto: a união com objetivo de constituição de família; a estabilidade da união, devendo ser duradoura; a notoriedade social da união, apresentando-se à sociedade como casados fossem; a permanência da união, formando-se sem prazos de rupturas; e, por fim, o informalismo, a constituição familiar desvinculada de qualquer ato solene.

Outrossim, tem-se os requisitos objetivos para a constituição familiar, sendo: a diversidade de sexos; a ausência de impedimentos matrimoniais; o lapso temporal; a convivência com aparência de casamento – *more uxório*, e, a afetividade entre o casal – *affectio maritalis*.

O anterior requisito lapso temporal ditado pela Lei 8971/94 não é mais adotado. Nesse período o lapso temporal para configurar “união estável” era de 5 (cinco) anos.

De fato o requisito temporal é considerado muito importante para demonstrar solidez e estabilidade dos relacionamentos, já que o companheirismo, não pode ser uma posse efêmera de casados.

Após, passou a ser adotado como prazo razoável para considerar o companheirismo, o de 2 (anos). Tal prazo justificou-se pela regra do divórcio direito, quando o casal passa dois anos separados de fato.

Acerca dessa interpretação Guilherme Calmon Ieciona que:

O prazo de dois anos foi considerado razoável e plausível para se aferir a instabilidade do casamento, proporcionando, assim, a sua pronta dissolução. O mesmo espírito na fixação desse prazo de dois anos (para descaracterização da *affectio maritalis*) deve ser considerado para efeito de estabilidade das uniões extramatrimoniais, ou seja, o período necessário e razoável para a construção da *affectio maritalis* entre os companheiros. (GAMA, 1998, p. 168)

Com o surgimento da Emenda Constitucional n.º 66/2010, que alterou o § 6º da Constituição Federal, suprimindo a necessidade de fluência de prazo para o pedido de divórcio, o consagrado entendimento anterior perdeu seu fundamento.

Indiscutivelmente deve-se observar prazo razoável para a configuração do companheirismo, contudo, tal prazo deve ser observado dentro de cada caso concreto. Apenas as peculiaridades da vida de um casal, conjuntamente com o lapso temporal razoável, podem ser determinantes para a formação dessa recente modalidade de família jurídica.

### **3.1.4 – A família parental/monoparental**

A família parental é aquela constituída por qualquer dos pais e seus descendentes, tal qual enunciada no artigo 226, § 4º da Constituição Federal.

A referida família só veio a ser reconhecida como uma forma de família, em 1988 com a promulgação da Constituição Federal. Trata-se da mãe solteira que vive com o filho/a ou de um pai viúvo que cuida de seus descendentes.

Apesar de seu reconhecimento jurídico só ter ocorrido em 1988, essa entidade familiar sempre existiu como realidade fática.

Sempre existiram viúvos e viúvas, mães solteiras e mulheres separadas ou abandonadas por seus maridos que assumem, por inteiro, o encargo de sua progeneritura. Mas o crescimento dos anos 60 nos países industrializados produziu um impacto sobre a configuração das famílias. Como a maioria dos casais desunidos tem filhos, os lares dirigidos por um só genitor

sofreram um aumento considerável e uma intensa visibilidade. Os analistas sociais lhes atribuem, então, uma denominação inédita: famílias monoparentais. (DANDURAND apud LEITE, 1997, p. 724-725)

A monoparentalidade, tal qual reconhecida na Carta Magna, pode decorrer da vontade unilateral da pessoa de assumir sozinha a paternidade ou maternidade de seu filho, mas também pode resultar de circunstâncias alheias ao desejo do homem, como a morte ou a separação de fato ou divórcio.

Engloba-se nesse conceito ainda, a adoção realizada por uma única pessoa e os casos de reprodução assistida em mulher solteira.

A família monoparental pode também ser constituída entre irmãos, sendo então denominada anaparental, em face da inexistência da ancestralidade. Os efeitos jurídicos e as obrigações são as mesmas impostas aos demais grupos familiares, tais quais: obrigação de prestar alimentos, direito à herança, proteção ao bem de família, entre outros.

Ressalta-se a possibilidade de se reconhecer o instituto guarda entre os irmãos. Logo, quando um irmão maior de idade sustenta e educa o seu irmão menor ou infante, pode-se pleitear pelo reconhecimento do instituto guarda, para que o menor esteja resguardado de todos os direitos a título de dependente, inclusive para fins previdenciários.

Ademais, considerando que as famílias monoparentais geralmente apresentam diminuição de renda econômica pela perda ou falta de um dos ascendentes, defende-se pela implementação de políticas públicas na tentativa de minimizar a fragilidade econômica dessas famílias, protegendo-as de maneira especial, como por exemplo mediante incentivos para o acesso à educação ou para a aquisição de casa própria.

A regra constitucional reconhece para os filhos de relações extramatrimoniais os mesmos direitos dos filhos advindos de matrimônio. Logo, os filhos concebidos fora do casamento apresentam os mesmos direitos em relação aos nascidos dentro do casamento, devendo, serem alcançados pelas políticas públicas quando estiverem acometidos por situações desprivilegiadas, visando atingir a igualdade substancial.

Mesmo considerando avanço da previsão da monoparentalidade na Constituição, indispensável se faz reconhecer a família parental/monoparental como família jurídica, concedendo aos seus dependentes todas as prestações securitárias, caracterizando a proteção do Estado às diversas modalidades de família.

### 3.1.5 – A família substituta

O termo substituto vem do latim “*substitutus*”, vocábulo empregado para designar o mesmo sentido de substituinte. Na linguagem jurídica, substituto é o que participa ou realiza uma substituição, se colocando no lugar daquele que foi substituído.

Família substituta é aquela que se propõe trazer para dentro dos umbrais do próprio lar uma criança ou um adolescente que por qualquer circunstância foi desprovido da família natural, para que faça parte integrante desta, e que nela se desenvolva e seja servido da estabilidade emocional proporcionada por um lar estável. (DAHER, 1998)

Sendo assim, ao assumir a posição de substituta, a família que receber a criança ou adolescente em seu lar assumirá todos os deveres e direitos inerentes à família original. Os deveres previstos no art. 227 da CF foram repetidos no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente:

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 1990)

Essas medidas serão tomadas para tentar proporcionar à criança ou adolescente uma vida familiar, compatível com suas necessidades e direitos, sobrepesando os interesses da criança em detrimento ao dos adultos.

Ainda, dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente que a colocação de menor em família substituta será feita de forma excepcional, só mesmo quando estiver sido esgotadas todas as vias possíveis de permanência com a família natural é que se coloca em prática as disposições relativas a família substituta.

Nesse contexto entende-se como família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes, não estando a criança e o adolescente em sua família natural estará ele assim em uma família substituta podendo se constituir mediante guarda, tutela e adoção.

A colocação de família substituta estrangeira só será possível em casos excepcionalíssimos, porquanto o legislador brasileiro, implicitamente, considerou prioritária a colocação em família substituta nacional.

O Estatuto da Criança e do Adolescente confere ao Juízo da Infância e da juventude a competência para apreciar todos os pedidos de adoção de pessoas com idade inferior a 18 anos e, por exceção, também de maiores, desde que já estivessem sob guarda ou tutela dos requerentes à época do pedido (BRASIL, 1990, art. 40). Não se considera, como ocorria sob a égide da Lei 6.697/79, a situação do adotando, como fator influenciador na determinação da competência.

Para os pedidos de guarda e tutela, a competência do juizado especializado restringe-se às hipóteses do art. 98 da Lei 8.069/90. Estando o menor sob a proteção de um dos pais, o pedido de guarda formulado por avós, por tios ou qualquer outro interessado, há de ser processado no juízo da Vara de Família, ainda que o juízo da Infância e Juventude disponha de melhor assessoramento técnico.

Ainda envolvendo os pedidos de guarda, tutela ou adoção, o art. 30 do Estatuto da Criança e do Adolescente diz que as obrigações decorrentes desses institutos são indelegáveis e irrenunciáveis. Não obstante essas obrigações serem em regra irrenunciáveis e indelegáveis, a guarda e a tutela não o são, o que significa que a qualquer tempo o guardião ou tutor poderá renunciar ao exercício da guarda ou da tutela, desde que renuncie expressamente ou, no caso da tutela, escusa-se desde logo. Do contrário, responderão pelo encargo desses institutos, não podendo nem mesmo delegar a terceiros ou instituições os cuidados com essas crianças ou adolescentes, sem autorização judicial.

Essas medidas servem para impedir que a criança ou adolescente, seja tratada com displicência, sendo deslocada ou removida a qualquer momento por interesse dos adultos, sem que possa encontrar a estabilidade e os vínculos que já foram rompidos com sua família natural, e que são os principais objetivos para que seja posta em família substituta.

### **3.1.5.1 A guarda e a tutela estatutária: Formas de colocação em família substituta**

Os institutos a serem desenvolvidos neste tópico tratam-se de mecanismos protetivos e assistenciais voltados à infância.



O conceito de guarda é derivado do antigo alemão “*warten*” (guarda, espera), de que proveio o inglês “*warden*” (guarda) e o francês “*garde*”. Tal conceito é empregado para exprimir proteção, observação, vigilância ou administração.

Guarda quer exprimir a obrigação imposta a certas pessoas de ter objetos materiais em sua vigilância, zelando pela sua conservação, uma vez que lhes foram entregues ou confiados. Da mesma forma, guarda também significa manter em vigilância e zelo, pessoas que se encontram sob sua chefia ou direção.

A guarda de menores pode ser dividida em duas situações a serem abordadas por diferentes disciplinas jurídicas: a guarda prevista pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que independe da relação parental (Lei 8.069/90) e a guarda originária da separação ou divórcio e separação de fato dos pais na visão da união estável, dentro da relação parental.

A espécie de guarda tratada no presente trabalho trata-se da estatutária, também denominada assistencial ou própria, destinada a legitimar a posse de fato dos infantes ou jovens, com o objetivo de proferir assistência moral, material e educacional em família substituta, sem ser condicionada a suspensão ou destituição do poder familiar dos pais biológicos.

A guarda estatutária é coexistente ao poder familiar, não ocorrendo transferência de autoridade exercida pelos genitores, já que o instituto guarda confere aos guardiões apenas o encargo da responsabilidade durante o período em que obtiverem a posse de fato do infante. Isso significa dizer, que os pais, ainda que privados da guarda conservarão os demais direitos e deveres inerentes ao poder familiar.

Um direito arraigado ao poder familiar é o da representação legal. O guardião não possui a atribuição de representar legalmente o menor sob sua guarda. Logo, caso a criança ou adolescente queira ingressar com uma ação em juízo para defender seus interesses; adquirir um bem imóvel; contrair matrimônio, entre outros atos jurídicos, o guardião não poderá representá-lo judicialmente. A representação será confiada, como regra, àquelas pessoas já nomeadas.

No ECA o art. 142 não prevê o guardião como representante legal do pupilo:

Os menores de dezesseis anos serão representados e os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da legislação civil ou processual.  
Parágrafo único. A autoridade judiciária dará curador especial à criança ou adolescente, sempre que os interesses destes colidirem com os de seus

pais ou responsável, ou quando carecer de representação ou assistência legal ainda que eventual. (BRASIL, 1990)

Diante do exposto, conclui-se que os representantes legais dos menores de idade são: os pais, os tutores, e os curadores. Assim, ainda que o infante esteja sob a guarda legal, o guardião só poderá exercer os postulados da guarda nos termos do art. 33, caput, do ECA, tais como efetuar matrícula escolar, participar de reunião de pais e mestres, entre outros encargos similares. A representação legal será, via de regra, entregue a uma das pessoas relacionadas no art. 142 do ECA.

Para resguardar o poder familiar, importante observar a formalidade do ato de entrega do filho sob a modalidade de guarda.

Primeiramente, deve-se requerer ao Juiz da Infância e Juventude a guarda do infante, fundamentando o pedido nos arts. 33 a 35 da Lei 8.069/90, lembrando-se que “a competência para conhecimento da causa se determina pelo domicílio dos pais ou responsável, ou pelo lugar onde ser encontre a criança ou adolescente, à falta dos pais ou responsável”.(BRASIL, 1990, art. 147)

Visando a formalização da medida, indispensável se faz a presença de advogado ou defensor público, tal qual a de promotor de justiça da infância ou de conselheiro tutelar. Exige-se, ainda, a lavratura de termo próprio de declaração, após a oitiva dos pais pelo magistrado e pelo Ministério Público. (BRASIL, 1990, art. 166, parágrafo primeiro)

Para a regularização da guarda, havendo pais biológicos, eles deverão expressar concordância. Além disso, deverá ocorrer recomendação do laudo social a ser realizado pela equipe interprofissional, no sentido de aferir as reais condições em que vive o menor. Com a interferência do Curador de Menores, através de parecer, o juiz proferirá a decisão atribuindo a guarda definitiva aos pretendentes.

Quando a guarda for provisória o termo será definido e prorrogado ao longo do processo, com o intuito de garantir ao detentor a visibilidade e a execução do seu encargo.

No referido termo também deve constar decisão quanto ao direito de representação, uma vez que, como já elucidado, mesmo sob a guarda de terceiro, a representação da criança ou do adolescente não é consequência automática da concessão da medida.

A guarda estatutária, seja definitiva ou provisória, obriga o guardião a prestar total assistência ao menor, tal qual dispõe o artigo 33 do Estatuto da Criança e do

Adolescente. Logo, o infante tem o direito de ser incluído na previdência social.

A guarda previdenciária é muito utilizada por avós paternos ou maternos para a inclusão de netos como dependentes. A finalidade desta guarda é colocar a criança em lar substituto ante a ausência da família original ou a impossibilidade de ser criada por ela.

Para fins do Estatuto da Criança e do Adolescente, “a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente para todos os fins e efeitos de direitos, inclusive os previdenciários” (BRASIL, 1990). Logo, as crianças e os adolescentes, segundo o parágrafo terceiro do art. 33 do Estatuto, terão direito a todos os benefícios que os guardiões tenham gozado e sejam transmissíveis aos seus dependentes. Logo, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez falecido o guardião, o menor sob sua dependência tem direito proporcional à pensão por morte previdenciária, caso existam mais dependentes na classe preferencial da Lei de Benefícios.

A relação de dependência não pressupõe consequências sucessórias. Para tanto, o guardião deverá deixar testamento expressando sua vontade em nomear o infante como sucessor.

Importante relembrarmos, que para o instituto da guarda estatutária apresentar legitimidade em sua instituição, os pais do menor devem ser ausentes de alguma maneira da vida de seus filhos, por falecimento, desaparecimento, ou simples descaso.

A guarda estatutária pode ser concedida tanto a um casal, quanto a uma pessoa, desde que estejam cadastradas em programa de acolhimento familiar junto ao Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

O objetivo da guarda estatutária é inserir o infante ou jovem em uma família capaz de protegê-lo integralmente. Logo, o fato da família substituta ser formada por uma única pessoa não pode ser óbice à formalização deste instituto. A finalidade preponderante que deve ser velada é a promoção de bem-estar ao menor através do gozo dos direitos sociais fundamentais.

Outrossim, a guarda estatutária pode ser concedida aos dirigentes de entidades de atendimentos aos infantes, sendo denominada de “guarda-abrigo ou guarda-entidade”. Essa modalidade cumpre regularizar o abrigo de crianças ou adolescentes que habitam em entidades governamentais ou privadas.

O artigo 92, § único do Estatuto da Criança e do Adolescente reza: “O

dirigente de entidade de abrigo é equiparado ao guardião, para todos os efeitos de direito". (BRASIL, 1990)

Logo, nas situações em que o menor ingressar ao abrigo sob urgência, por exemplo, quando for encontrado abandonado em vias públicas, o dirigente deverá requerer a guarda ao juízo da infância e da juventude em que estiver localizada a entidade que albergou o infante.

A Guarda estatutária configura uma medida assistencial de amparo. Assim, apresenta-se como uma excelente fase de experiência com o menor, corroborando para o ingresso de uma futura Ação de adoção ou tutela.

Outra forma de colocação do menor em família substituta trata-se da tutela estatutária.

A tutela estatutária, da mesma forma da guarda, trata-se de um instrumento protetório e assistencial (FONSECA, 2011, p. 128).

A situação jurídica justificante da medida tutelatória é a ameaça aos direitos das crianças e adolescentes pela falta, omissão ou abuso dos pais, ou seja, sempre que o menor não esteja recebendo a assistência que lhe é devida. (ELIAS, 2004, p. 179).

O limite etário para que o menor seja tutelado é a maioridade civil. Ao completar 18 (dezoito) anos de idade cessa-se a tutela, independente de autorização judicial. (BRASIL, 1990, art. 36)

O objetivo da tutela estatutária é propiciar ao menor o acesso à educação, saúde, lazer, conferindo-lhe todo o tipo de assistência e garantia dos direitos sociais. O tutor, inclusive, poderá administrar o eventual patrimônio do infante, visando resguardar um futuro de vida com dignidade.

Diferentemente da guarda, a tutela estatutária implica em perda ou suspensão do poder familiar. Portanto, os pais biológicos, caso existam, não terão nenhum poder decisório sobre o filho tutelado.

A perda ou suspensão do poder familiar funciona como uma sanção civil, assim obrigatoriamente tal decretação deve decorrer de uma ação judicial, em que se concede aos pais biológicos a oportunidade constitucional ao contraditório e à ampla defesa. A única possibilidade da tutela ser concedida em ação sob jurisdição voluntária, ou seja, sem que haja conflito, será nos casos de total orfandade do infante. (FONSECA, 2011, p. 129).

Da mesma forma da guarda, a competência para o deferimento da tutela

também é do Juizado da Infância e da Juventude (BRASIL, 1990, art. 98).

Por outro lado, Maria Berenice Dias entende que, mesmo que a criança ou adolescente seja totalmente órfão, mas já esteja vivendo no âmbito de uma família, a guarda ou tutela deverá ser deferida por um Juízo da Vara de Família. (DIAS, 2007, p. 534).

Pode-se, portanto, concluir que os objetivos tanto da guarda estatutária, quanto da tutela estatutária é o de amparar a criança e o adolescente, que estejam desprotegidas pela ausência temporária ou definitiva dos pais, outrossim, pelo descaso ou abandono.

A situação jurídica que os infantes que necessitam de guarda ou tutela se encontram é a de exclusão dos direitos e garantias sociais fundamentais.

Por esta razão, tem-se a importância de ambos os institutos carregarem o encargo assistencial-protetivo, abrangendo a assistência moral, material e intelectual.

Contudo, observa-se pelo desenvolvimento do conteúdo acima, que tutela e guarda estatutária diferenciam-se unicamente pela existência ou ausência do poder familiar.

Enquanto na guarda estatutária o poder familiar é mantido, na tutela decreta-se a perda ou suspensão desse poder.

Essa diferença, na opinião desenvolvida neste trabalho, não reduz a importância do instituto guarda, uma vez que os deveres de um guardião e de um tutor se equivalem.

Entretanto, para fins de dependência econômica previdenciária houve uma relevante alteração. O menor sob guarda foi excluído da lista de dependentes econômicos equiparados à filhos, enquanto o menor sob tutela manteve-se neste rol da Lei de Benefícios.

Estudaremos a seguir sobre a proteção social à família, um formato universal de garantia de uma vida digna à todos os modelos familiares.

### **3.2 - Proteção Social à Família**

Proteger à família significa efetivar materialmente o conceito de Seguridade

Social, garantindo o bem estar do grupo familiar.

Para Wagner Balera, Seguridade Social “é o conjunto de medidas constitucionais de proteção dos direitos individuais e coletivos concernentes à saúde, à previdência e à assistência social”. (BALERA, 2002, p. 12).

Considerada como núcleo fundamental da sociedade, a família merece a devida proteção jurídica.

Sobre a noção de família, o eminente jurista Wagner Balera, na obra “Da proteção social à família” (2002) considera que os dependentes econômicos representam a família do segurado, sendo estes portanto, titulares do direito ao benefício. Se à família não for cabível proteção previdenciária, deve ser oferecida alguma espécie de cobertura assistencial. Logo, o que deve-se garantir é a proteção à família, seja via previdência, seja via assistência.

Contudo, ao analisar sobre o benefício assistencial de prestação continuada, percebe-se que um dos obstáculos para a concessão trata-se da definição restritiva do conceito de família previsto no artigo 20 da Lei 8.742/93 (LOAS), parágrafo primeiro, que enuncia: “para o efeito do disposto no caput, entende-se como família o conjunto de pessoas elencadas no art. 16 da Lei 8.213/91, desde que vivam sob o mesmo teto”. (BRASIL, 1993, art. 20)

Seguindo a definição levantada na Lei Orgânica de Assistência Social, o menor sob guarda estaria excluído do público alvo do benefício de prestação continuada, uma vez que não se encontra arrolado na lista de dependentes econômicos do artigo 16 da Lei de Benefícios.

Ocorre que, a composição familiar para o Direito moderno, orientado pelas alterações sociais, pretende proteger de maneira ampla os cidadãos brasileiros, direcionando, assim, suas normas à inclusão de novas modalidades de família.

Como trabalhado no início deste Capítulo, a tendência do ordenamento jurídico é reconhecer as formações familiares atuais.

Dessa forma, desconsiderar a existência de uma relação de família entre guardião e menor sob guarda significa restringir o amparo assistencial, impedindo a cobertura do benefício à parte da população.

Por outro lado, a Seguridade apresenta-se como um instrumento importante para o reconhecimento protegido de novas modalidades familiares.

Com as mudanças de paradigmas sociais surgem famílias fáticas que diferem da tradicional família matrimonial.

Estes novos tipos familiares uma vez abraçados pela Seguridade Social são incentivados a perdurarem na realidade fática da sociedade.

Portanto, a Seguridade Social é um instituto jurídico responsável pela tranquilidade da família, fazendo com que as novas modalidades surjam com a garantia de que os seus direitos serão reconhecidos.

O conceito familiar proposto por Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2001) consiste no reconhecimento de novos grupos familiares através da concessão das prestações securitárias, englobando todos os benefícios ou serviços, que sejam devidos aos segurados ou dependentes.

O guardião que abraça o menor na modalidade guarda prevista pelo Estatuto da Criança e do Adolescente constitui uma família substituta, merecendo o reconhecimento jurídico como tal.

Contudo, para a efetiva proteção à família, via Seguridade Social, incluindo o menor sob guarda e o seu guardião, deve-se certificar do correto enquadramento legal de todos os requisitos formadores da relação jurídica constitucional e securitária.

Sobre estes requisitos que compõem as relações jurídicas desenvolveremos a seguir.

### **3.3 - As Relações Jurídicas Securitárias de Proteção Social ao Menor Sob Guarda**

O sistema securitário reúne instrumentos normativos para atingir a finalidade de atender às necessidades sociais. As relações jurídicas decorrentes das normas de seguridade são constituídas com o intuito de alcançarem a finalidade protetiva.

Wagner Balera define a relação jurídica de seguridade social (2002, p. 14), como o instrumento de ação do Direito para intervir na vida da comunidade e por conseguinte, proporcionar a seguridade social. A estrutura básica da relação jurídica protetiva abrange os sujeitos e os objetos, sendo os sujeitos classificados como ativo, aquele que é atingido pela contingência da necessidade e, passivo, aquele que recebe competência para conceder proteção social. Já os objetos, são as prestações, consideradas benefícios ou serviços.

Adentrando nas particularidades da relação jurídica direcionada para a proteção social ao menor sob guarda, configuram-se os específicos sujeitos e objetos, os quais serão expostos a seguir.

### **3.3.1 – Os beneficiários do seguro social – segurados e dependentes econômicos**

O segurado da relação jurídica securitária envolvendo o menor sob guarda pode ser obrigatório ou facultativo. Todavia, deve estar investido do papel de guardião.

A posição de guardião é uma posição especial dentro da família substituta, pois ele não é considerado representante legal do menor, mas mero responsável. O guardião, mesmo não sendo pai ou mãe, exerce a qualquer título, os deveres de prestar a devida assistência nos plano material e afetivo, envolvendo, por exemplo atos de vigilância, direção e educação sobre o menor.

Não obstante a posição especial do guardião, este quando enquadrado corretamente nos parâmetros legais, é investido do “*status*” de segurado, vinculando como seu dependente econômico o “menor sob guarda”.

Os segurados são sujeitos ativos, ou seja, são atingidos pela contingência geradora da necessidade. O conceito de segurado é uma designação genérica que diz respeito às pessoas que, estando na condição de trabalhador remunerado e têm assegurada a cobertura das consequências oriundas da ocorrência das contingências humanas. Há diversos critérios para sua classificação: quanto à compulsoriedade são obrigatórios e/ou facultativos; quanto ao vínculo com o trabalho são empregados, autônomos, trabalhadores avulsos, empresários, trabalhadores temporários, ministros de confissão religiosa.

O segurado obrigatório é a pessoa que exerce determinada atividade remunerada e está em circunstância que a vincula automaticamente à previdência social, não havendo qualquer escolha da sua parte em filiar-se ou não ao sistema. Daí decorre sua obrigação de contribuir pecuniariamente para o seguro social. A classificação mais genérica dos segurados obrigatórios subdivide-se em empregado, empregado doméstico, contribuinte individual, trabalhador avulso e segurado especial.



O empregado é aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural à empresa, em caráter não eventual, sob subordinação e mediante contribuição, podendo atuar, inclusive, como diretor empregado.

O empregado pode se enquadrar nas seguintes situações: ser contratado por empresa de trabalho temporário; ser brasileiro ou estrangeiro domiciliado e contratado no Brasil para trabalhar em sucursal ou agência nacional no exterior; prestar serviço no Brasil à missão diplomática ou repartição consular (excluído o brasileiro amparado pela legislação previdenciária do país da missão diplomática), dentre outras situações.

O empregado doméstico é aquela pessoa que presta serviço de natureza contínua a pessoa ou família, no âmbito residencial desta, em atividades sem fins lucrativos.

Já o trabalhador avulso trata-se daquele que presta, a diversas empresas, sem vínculo empregatício, serviço de natureza urbana ou rural definidos no Regulamento, sempre com a intermediação do gestor de mão de obra ou do sindicato da categoria.

Os segurados facultativos passam por um ato formal de inscrição ao sistema previdenciário. São eles: o síndico do condomínio quando não remunerado, a dona-de-casa, o estudante, brasileiro que acompanha cônjuge que presta serviço no exterior, aquele que deixou de ser segurado obrigatório do Regime Geral de Previdência Social, o bolsista e o estagiário que prestam serviços a empresa amparados pela Lei 6.494/77, o bolsista que se dedica em tempo integral a pesquisa, curso de pós-graduação no Brasil ou no exterior, desde que não incluído em outro regime de Previdência Social, presidiário que não exerce atividade remunerada nem esteja vinculado a qualquer regime de Previdência Social, brasileiro residente ou domiciliado no exterior, salvo se filiado a Regime Próprio de país com o qual o Brasil mantenha acordo internacional. (BRASIL, 1999, art. 11)

A dependência é, na relação de Seguridade Social, fato econômico a que as normas conferem relevância jurídica. Ao identificar, na dependência econômica, a situação de necessidade, o ordenamento jurídico cuida de conferir cobertura ao dependente que, em certas circunstâncias, se verá investido da qualidade de sujeito de direitos previdenciários.

Portanto, para o Direito Previdenciário dependente econômico é alguém que vive às expensas do segurado, e apresenta direito subjetivo às prestações.

São 3 (três) os pressupostos para dependente econômico fazer jus às prestações previdenciárias:

- 1) A manutenção da qualidade de segurado por parte de quem era responsável pela subsistência do dependente;
- 2) A integração do beneficiário à classe prioritária, ou a inexistência de outros dependentes mais privilegiados;
- 3) A comprovação de dependência econômica, exceto para aqueles que a lei erigiu presunção – os cônjuges, companheiros, filhos menores de 21 anos, não emancipados ou inválidos).

Nas dependências há as que são presumidas e as que devem ser comprovadas. As presumidas correspondem às pessoas indicadas no art. 16, inciso I, da Lei n. 8.213, sendo: o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido. Já as demais elencadas no mesmo artigo devem ser comprovadas: os pais e o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido.

Verifica-se a existência de uma hierarquia entre as classes de dependentes, no sentido de que a havendo dependentes em uma classe anterior, exclui-se os dependentes das classes subsequentes.

O cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido pertencem à primeira classe de dependentes e estão todos em idêntica posição jurídica.

Os companheiros são aqueles que não são casados, porém, mantém união estável com o segurado, nos termos do art. 226, § 3º da Constituição Federal (BRASIL, 2011): “Reconhece como entidade familiar a convivência duradoura, pública ou contínua de um homem e uma mulher, com o objetivo de constituição de família”.

O Decreto 3048/99, por sua vez, considera união estável quando o segurado e o seu companheiro forem solteiros, separados judicialmente, divorciados, viúvos (as) ou tiverem prole em comum.

Contudo, em observância ao princípio da legalidade e das situações fáticas costumeiras, a jurisprudência majoritária vem enquadrando as pessoas casadas sob a modalidade da união estável para fins previdenciários.

Embora o conceito constitucional anuncie a união entre homem e mulher, os homossexuais também estão incluídos na primeira classe de dependentes por força da decisão da Ação Civil Pública número 2000.71.00.009347.0. Logo, o companheiro do mesmo sexo do segurado inscrito no Regime Geral de Previdência Social, integra o rol de dependentes, concorrendo com os demais para fins de recebimento de pensão por morte e auxílio reclusão.

O vínculo nos casos de dependência deve ser comprovado para a segunda (pais) e terceira classe (irmão não emancipado de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido) com o uso dos instrumentos jurídicos pertinentes a cada situação.

De acordo com a antiga redação do Parágrafo 2º do art. 16 da Lei de Benefícios Previdenciários, eram considerados como dependentes, mediante declaração do segurado e na qualidade de filho equiparado, o menor sob guarda estatutária e o menor tutelado, desde que não possuíssem condições suficientes para o próprio sustento.

Contudo, a Lei 9.528/97, emitiu nova redação ao dispositivo supra mencionado, retirando o menor sob guarda do rol de dependentes, mantendo apenas o menor tutelado, desde que comprovada a sua dependência econômica.

Não obstante, a omissão legislativa quanto ao menor sob guarda no rol de dependência econômica, a criança ou o adolescente posto sob a guarda do segurado deverá obter o reconhecimento do Sistema de Previdência como dependente, quando assim, enquadrar-se devidamente na relação jurídica legalmente prevista, comprovando a dependência do guardião, bem como o melhor interesse do menor para o suprimento afetivo e material.

Com a real constatação da dependência, além da existência de afetividade entre o menor e o detentor da guarda, é essencial que o Regime competente efetue a prestação pecuniária, denominada benefício. Tais prestações têm por finalidade prover a subsistência dos dependentes, no caso de morte, desaparecimento, ausência ou prisão, dos segurados.

Estudaremos a seguir, sobre os benefícios, objetos da relação jurídica securitária.

### 3.3.2 – Os benefícios devidos aos dependentes econômicos

No Regime Geral da Previdência Social, os benefícios em favor dos dependentes são: pensão por morte; auxílio reclusão, abono anual (Lei nº. 8.213/91, Art.18, inciso II e Art. 40).

O “auxílio-reclusão” constitui benefício da Previdência Social, regulado pela Lei n.º 8.213, de 24 de junho de 1991, que visa a proteção dos dependentes carentes do segurado preso, impossibilitado de prover a subsistência deles em virtude de sua prisão. Esse benefício possui natureza alimentar; visa garantir o sustento dos dependentes do preso os quais, de um momento para outro, podem encontrar-se sem perspectivas de subsistência. Trata-se de um benefício destinado exclusivamente aos dependentes do preso, sem caráter indenizatório, não possuindo o preso nenhum direito sobre ele.

A pensão por morte é o benefício mais importante no tema relativo à vinculação da Seguridade Social ao menor sob guarda. Trata-se de uma prestação paga ao menor quando o trabalhador/guardião falece, já que até então, esse era responsável pela assistência moral, material e espiritual do menor.

Para a concessão de pensão por morte, não há tempo mínimo de contribuição, mas é necessário que o óbito tenha ocorrido enquanto o trabalhador tinha qualidade de segurado.

Se o óbito ocorrer após a perda da qualidade de segurado, os dependentes terão direito à pensão, desde que o trabalhador tenha cumprido, até o dia da morte, os requisitos para obtenção de aposentadoria concedida pela Previdência Social.

O abono anual é devido aos dependentes que tiverem recebido durante o ano pensão por morte ou auxílio-reclusão (art. 120 do Decreto 3048/99).

O abono anual trata-se de uma gratificação de Natal, correspondente à renda de dezembro se o benefício for mantido por doze meses do mesmo ano. Caso o benefício tenha sido concedido dentro de um período igual ou superior a 15 dias e inferior a 12 meses, o abono anual será calculado proporcionalmente ao valor da renda da data de cessação. (CASTRO; LAZZARI, 2011, p. 704).

Analisaremos a seguir, sobre os principais benefícios devidos ao menor sob guarda após a Lei 9528/97, quais sejam a pensão por morte e o auxílio-reclusão.

### **3.3.2.1 Os benefícios devidos ao menor sob guarda após a Lei 9528/97**

Antes do advento da Lei 9528/97, o “menor sob guarda” era considerado dependente econômico presumido do segurado.

Logo, nos casos de óbito ou reclusão do guardião o “menor sob guarda” para ter direito aos benefícios pensão por morte ou auxílio-reclusão não precisava comprovar dependência econômica.

Atualmente, após a nova redação do artigo 16 da Lei 8213/91, dada pela Lei 9528/97, há necessidade de demonstração da dependência econômica, além de todos os requisitos que representa o instituto guarda, a afetividade, a assistência material, espiritual e intelectual, e o estado temporário de abandono.

#### **3.3.2.1.1 A pensão por morte**

A pensão por morte está prevista nos arts. 74 a 79 da Lei 8.213/91, e regulamentada na Constituição Federal pelo art. 201, IV, que assegura aos dependentes previdenciários o benefício de pensão por morte, além disso, no inciso V garante valor não inferior a um salário-mínimo.

Para a concessão do benefício em questão é necessário a existência de três requisitos: o falecimento do guardião, a manutenção da qualidade de segurado do guardião, e, por fim, a qualidade de dependente do “menor sob guarda”.

O falecimento do guardião pode ocorrer de maneira biológica (art. 6º do Código Civil), presumida com declaração de ausência (art. 6º do Código Civil), e presumida sem decretação de ausência (art. 7º do Código Civil).

A Justiça Federal possui competência para declarar a ausência para fins previdenciários, desde que o segurado/guardião esteja ausente por mais de seis meses, ou então, tenha se envolvido em acidente, desastre ou catástrofe, com posterior desaparecimento. Tais requisitos estão presentes no art. 78 da Lei de Benefícios.

A qualidade de segurado exigida para a concessão de pensão por morte independente de carência. Logo, se o guardião tiver recolhido apenas uma contribuição, já é suficiente para o deferimento do benefício ao dependente econômico.

Outrossim, tal qual exposto no tópico supra, caso o contribuinte tenha perdido sua qualidade de segurado, mas, na data do seu óbito tenha completado os requisitos para obtenção de aposentadoria, o dependente ainda assim terá direito à pensão por morte, pois enquadrar-se-á na exceção prevista no art. 102, §2º da Lei 8.213/91.

A pensão por morte é um benefício concedido aos dependentes do segurado do Regime Geral de Previdência Social. Os dependentes têm uma ligação indireta com a Previdência Social, derivada do vínculo de dependência que mantinham com o segurado.

### **3.3.2.1.2 O auxílio reclusão**

A Lei 3807/60 já previa benefício para os dependentes econômicos do segurado, sem contudo, denominá-lo de auxílio-reclusão.

A primeira Constituição a tratar expressamente sobre o benefício, intitulando-o de auxílio reclusão foi a de 1988 no artigo 201, inciso I. (MARTINS, 2010, p. 413)

O auxílio-reclusão é devido à família, desde que composta por dependentes econômicos do segurado de baixa renda.

A concessão justifica-se na ausência do segurado mantenedor do lar e desproteção daqueles que viviam às suas expensas.

Segundo Wladimir Novaes Martinez (1995) o auxílio-reclusão “não tem por escopo tutelar ou indenizar a prisão do trabalhador, ou não poder trabalhar por estar detido, mas substituir os seus meios de subsistência e os de sua família”.

Como toda contraprestação previdenciária, o auxílio-reclusão somente será concedido quando o segurado e seus dependentes enquadrarem-se em alguns requisitos responsáveis pela formação da relação jurídica.

Assim, o recluso para ter direito ao benefício não poderá receber remuneração de empresa, auxílio-doença ou abono permanência (MARTINEZ, 1995, p. 414).

Destaca-se ainda como requisito, que a reclusão deve ser em regime fechado ou semi-aberto. Já que no regime aberto o indivíduo pode trabalhar, retornando ao presídio apenas à noite. (MARTINEZ, 1995, p. 415)

Ademais, para manter o benefício o beneficiário deve apresentar atestado comprobatório de que o segurado continua recluso.

Importante citar que o art. 2º da Lei 10.666 prevê que a contribuição do recluso como contribuinte individual ou facultativo não obsta o gozo do auxílio-reclusão pelos seus dependentes.

Ressalta-se, porém, que durante a vigência do benefício o segurado não poderá receber nenhuma outra espécie de benefício, tal qual aposentadoria ou auxílio-doença.

Em caso de falecimento do recluso os dependentes passarão automaticamente a receber pensão por morte.

### **3.4 - O “Direito Adquirido”, “A Lei Vigente à Época” e a “Segurança Jurídica” na Previdência Social**

No período da antiguidade (MARTINS, 2010) vigorava no direito grego e romano a regra da irretroatividade.

A irretroatividade significa na não utilização da lei nova para reger uma situação devidamente constituída no passado. Logo, respeita-se o fato anterior, afastando a aplicação da lei nova.

A evolução para um Estado liberal culminou na consagração do Direito Adquirido em dispositivos constitucionais.

Na Constituição brasileira, o art. 5º inciso XXXVI prevê que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Segundo Sérgio Pinto Martins “direito adquirido é o que faz parte do patrimônio jurídico da pessoa, que implementou todas as condições para esse fim, podendo exercê-lo a qualquer momento.” (MARTINS, 2010, p.72)

Já o artigo 6º, parágrafo 2º da Lei de Introdução às normas do direito brasileiro conceitua direito adquirido como aquele “que seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, bem como aqueles cujo começo de exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterada ao arbítrio de outrem”.

O respeito ao Direito Adquirido faz-se essencial em um Estado Democrático de Direito, integrando, inclusive, o rol das cláusulas pétreas da nossa Carta Magna, ou seja, o direito adquirido não pode ser extirpado do texto constitucional por Emendas.

No âmbito da Previdência Social o Direito Adquirido aparece para regular a implantação dos benefícios. Logo, se um segurado já tiver alcançado todas as condições para requerer o seu benefício, entende-se que este está resguardado pelo direito à concessão de acordo com a lei vigente à época.

A lei vigente à época representa um conjunto de normas integrantes de um regime jurídico que obrigatoriamente deve ser aplicado às situações ocorridas no seu período de validade.

Assim, cada época é marcada pela existência de uma normatização válida e aplicável às situações fáticas, submetendo todos os cidadãos às determinações impostas.

Portanto, um segurado que completa, devidamente, todos os requisitos exigidos pela lei da época para obter a contraprestação da Previdência através de um benefício, deve obrigatoriamente, ser resguardado pelo direito adquirido, que garante em caso de surgimento de lei posterior o direito outrora conquistado.

Assim, as crianças e adolescentes que perderam por falecimento ou prisão o contato com o guardião, antes do advento da Lei 9528/97, terão o direito adquirido de serem reconhecidamente filhos presumidos, com base na legislação vigente à época.

A Súmula 359 do Supremo Tribunal Federal trata do direito adquirido e da lei vigente ao tempo: “ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários”. (BRASIL, Súmula número 359)

Outra legislação que protege os direitos integrados ao patrimônio jurídico do indivíduo trata-se da Lei Complementar 109/01, que em seu artigo 68, parágrafo 1º considera que o participante no momento em que implementa todas as condições estabelecidas no regulamento de previdência privada passa a ser portador de um direito adquirido.

Ainda consolidando o direito adquirido o artigo 3º da Emenda 20/98 assegurou a qualquer tempo, a concessão de aposentadoria aos servidores públicos, ou pensão aos seus dependentes, que até 16-12-1998 tivessem cumprido os requisitos para a obtenção destes benefícios, com base nos critérios da legislação vigente.



O direito adquirido é uma forma de outorgar segurança jurídica às pessoas que integram o Estado Democrático de Direito.

A segurança jurídica, por sua vez, trata-se de um princípio decorrente do Estado Democrático e Social de Direito que protege os direitos outrora adquiridos pela legislação vigente à época contra quaisquer atos que retrocedam uma situação jurídica já alcançada.

Segundo Felipe Derbli a segurança jurídica “subjaz a proteção da confiança e a manutenção de um patamar mínimo de segurança contra medidas retroativas e atos retrocessivos em geral”. (DERBLI, 2008, p. 354).

A segurança jurídica, portanto, representa a garantia incólume de situações definitivamente consolidadas. (NOVELINO, 2010, p. 437).

Portanto, os conceitos de direito adquirido, a lei vigente à época e a segurança jurídica estão intimamente relacionados por garantirem a proteção, mesmo que em grau mínimo, dos direitos concretizados.

A importância destes institutos jurídicos torna-se ainda maior quando o direito a ser retirado do patrimônio jurídico individual tratar-se de um direito fundamental.

Logo, a Lei 9528/97 restringiu do patrimônio jurídico do “menor sob guarda” o reconhecimento como filho equiparado do guardião, violando os conceitos constitucionais de “direito adquirido”, “lei vigente à época” e “segurança jurídica” aplicados à Previdência.

### **3.5 - Os Menores Sob Guarda Inscritos como Dependentes Econômicos do Guardião no Regime Geral de Previdência Social**

Conforme exposto no tópico “Os Dependentes de segurado”, o art. 16 da Lei 8.213/91 divide os dependentes em três classes: a) cônjuge, companheiro (a) e filho (a) não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido; b) os pais; c) o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido.

Sobre os filhos equiparados, a condição de dependente econômico da criança ou adolescente sob guarda, gera divisão de entendimentos, vez que o §2º da Lei 8.213/91 foi alterado pela Lei 9.528/97, retirando o menor sob guarda estatutária do rol dos filhos equiparados.

Há quem defenda que quando a morte do segurado ocorre após o início da vigência da mencionada Lei, configura-se uma nova relação jurídica entre o sistema previdenciário e o dependente, podendo então, a autarquia previdenciária negar a concessão do benefício pleiteado. Para essa corrente, as situações em que os segurados faleceram antes da vigência da Lei 9.528/97, geram direito adquirido aos dependentes à pensão por morte.

Por outro lado, levando-se em consideração a redação do art. 227 da Constituição Federal, tem-se como responsabilidade da família, da sociedade e do Estado a garantia do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer e à outros direitos sociais da criança e do adolescente.

Em seguida, o mesmo dispositivo elenca uma série de parágrafos e incisos, chamando a atenção para o constante do seu parágrafo 3º, o qual dispõe que o direito à proteção especial abrangerá vários aspectos, dentre os quais a garantia dos direitos previdenciários e trabalhistas (inciso II) e o 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 (inciso VI).

Por sua vez, estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 33 e parágrafos, o seguinte:

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. (ênfase acrescida)

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

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

§ 4º 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. (BRASIL, 1990)

O art. 227, § 6º da Constituição Federal estabelece a igualdade entre os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou, por adoção, tendo os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer discriminação relativas à filiação.

Contudo, vale afirmar que todo e qualquer filho gozará dos mesmos direitos e proteção, seja em nível patrimonial, seja em nível pessoal. Com isso, todos os dispositivos legais que, de algum modo, direta ou indiretamente, determine tratamento discriminatório entre os filhos não terão conteúdo jurídico constitucional.

Logo, verifica-se que a Lei 9258/97 é revestida de vício de "inconstitucionalidade por omissão", já que priva de exequibilidade o artigo 227, da Constituição Federal, emitindo regra incapaz de propiciar a máxima concretude do preceito constitucional retrocitado, no que tange à proteção integral das crianças e adolescente sob guarda estatutária.

Partindo dessa linha de raciocínio, sustenta-se, então, que a nova redação do parágrafo 2º, do art. 16, da Lei 8213/91 não vedou a outorga da condição de beneficiário do Regime Geral da Previdência Social à criança sob guarda, tendo apenas omitido a esta espécie de colocação em família substituta tal direito, não afastando, pois, o disposto no parágrafo 3º, do art. 33, do Estatuto da Criança e do Adolescente, razão pela qual haveria então, de ao dispositivo em comento, ser atribuída a técnica interpretativa que se convencionou denominar de "interpretação conforme a Constituição".

Insta consignar, que o INSS editou a Instrução Normativa 106/2004 mencionando que os menores sob guarda continuam tendo a qualidade de dependentes mesmo após a publicação da Lei 9.528/97 nos Estados de São Paulo, Minas Gerais, Sergipe e Tocantins.

Quanto à conceituação etária sobre a infância e a juventude, tem-se como criança aquelas pessoas de até 12 anos incompletos. Já os adolescentes são os indivíduos entre 12 e 18 anos.

Contudo, a maioria previdenciária, tal qual prevista na Lei de Benefícios, completa-se aos 21 anos.

Difere-se, portanto, da maioria civil, firmada aos 18 anos, uma vez que os fundamentos civilistas fixadores da maioria não coincidem com as razões utilizadas na legislação previdenciária, que conferem ao filho a condição de dependente previdenciário.

### 3.6 - “O Menor Sob Guarda” e o Sistema de Assistência Social

Sabe-se que o “*menor sob guarda*” não protegido pela Previdência Social, por não enquadrar-se nos critérios legais, passa a ser resguardado pelas políticas de inclusão assistencial.

O guardião que trabalha informalmente, ou de forma autônoma, não contribuindo com a Previdência; outrossim, aquele que perde sua qualidade de segurado, não receberá as contraprestações previdenciárias.

Assim, o guardião nas condições acima explicitadas que falece ou é preso, deixa o menor sob guarda sem direito à pensão por morte ou auxílio-reclusão, conseqüentemente, o menor torna-se alvo da Assistência Social.

Reafirma-se, tal qual exposto no Capítulo 2, que a política assistencial de maior abrangência e relevância trata-se da concessão do benefício de prestação continuada, estando previsto na Lei Orgânica de Assistência Social e abraçando significativa parcela da população carente.

O benefício de prestação continuada representa a implementação das normas constitucionais que garantem a Assistência Social.

Contudo, para ser alvo da concessão do benefício da prestação continuada o menor sob guarda deve estar em extremo estado de necessidade, devendo integrar uma família que apresente uma renda por pessoa inferior a  $\frac{1}{4}$  (um quarto) do salário mínimo mensal.

Além do requisito da miserabilidade, o menor sob guarda deverá apresentar alguma deficiência física ou mental para completar os critérios de concessão do benefício de prestação continuada.

Apesar de tratar-se de uma política restritiva ao estado avançado de necessidade, a possibilidade de concessão de um salário mínimo aos deficientes e idosos carentes torna o setor securitário assistencial uma medida efetiva na vida de grupos vulneráveis, como o menor sob guarda.

Ademais, à criança, ao adolescente e ao jovem são garantidos o acesso aos programas de prevenção e integração social, bem como um atendimento especializado, seguindo a orientação do artigo 227, parágrafo primeiro, inciso II da Constituição Federal.

Assim, para os casos em que a criança ou adolescente não são abraçados pela Previdência, tão pouco apresentam deficiência e miserabilidade que justifiquem a concessão do benefício de prestação continuada, necessário se faz a adoção de ações afirmativas.

Embasamos o presente estudo na definição de Daniel Sarmiento (Leituras Complementares de Constitucional, 2007, p. 187) sobre ações afirmativas, que as indica como medidas públicas ou privadas, de caráter coercitivo ou não, que visam promover a igualdade substancial, através da discriminação positiva de pessoas integrantes de grupos que estejam em situação desfavorável, e que sejam vítimas de discriminação e estigma social.

Segundo Sarmiento (Ibidem), as ações afirmativas podem ter focos muito diversificados, como mulheres, os portadores de deficiência, os indígenas ou os afrodescendentes, e apresentar objetivos variados, como educação superior, acesso a empregos privados ou a cargos públicos, reforço à representação política ou preferências na celebração de contratos.

Para que um determinado grupo seja beneficiário das ações afirmativas, deve ser comprovada sua sujeição à discriminação, de tal forma que obste o acesso à educação e ao mercado de trabalho. (KAUFMANN, In NOVELINO, 2010)

Indubitavelmente, os menores sob guarda hipossuficientes e excluídos da Previdência e Assistência, representam um grupo minoritário de crianças e adolescentes que clamam pela implantação de medidas de inclusão, que restaurem o equilíbrio social, possibilitando-lhes, principalmente, o acesso à educação, lazer e saúde.

Importante ressaltar, que as ações afirmativas tratam-se de medidas temporárias, que devem ser extintas, assim que cumpridas sua finalidade. (NOVELINO, 2010, p. 394)

Através de um estudo comparativo entre o menor sob guarda e o menor sob tutela, realizado no início deste Capítulo, conclui-se que a aplicação de ações afirmativas é um meio concretizador do princípio da isonomia.

Estudaremos a seguir alguns fundamentos, que para muitos autores, apresentam-se como favoráveis à exclusão do menor sob guarda da lista de dependentes econômicos para fins de recebimento de benefícios previdenciários.

### **3.7 - Os Fundamentos do Princípio do Equilíbrio Financeiro e Atuarial e os Crimes Contra a Previdência Social: O Desvirtuamento do Instituto Guarda na Realidade Fática – Entendimentos Jurisprudenciais**

O equilíbrio financeiro e atuarial da Previdência seria representado por um Fundo Securitário formado por recursos monetários suficientes para suprir os débitos do Sistema, em principal, para o pagamento das prestações aos segurados e dependentes.

Há uma diversidade de fatores desfavoráveis à manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial da Previdência. Explanaremos sobre aqueles, que ao nosso entender, a afeta de maneira mais gravosa.

A diminuição do número de pessoas empregadas formalmente trata-se de uma questão grave e recorrente no Brasil. A substituição do emprego formal por outras espécies de atividades remuneradas acarreta no desnível financeiro do Fundo Securitário, bem como na ausência de cobertura aos vários trabalhadores informais.

Tem-se também, uma grande incidência de inadimplência e sonegação ao custeio da Previdência, dentre um vasto grupo, podemos citar os clubes de futebol (LEITE, 2002, p. 64).

Outro problema que pode ser destacado, trata-se da transformação das prestações previdenciárias em negócios privados, cita-se, neste contexto, a exploração por particulares do seguro por acidentes de trabalho. (LEITE, 2002, p. 66)

Ademais, a opção de muitos cidadãos que trabalham de forma autônoma em filiar-se apenas à Previdência Complementar não é escassa.

A falta de credibilidade da população em nosso Sistema de Previdência é causada, sobretudo, pela frequente alegação pela Administração Pública e estudiosos da área da existência de déficits.

Vale ainda apontar, o efeito negativo gerado pela inflação e depreciação de nossa moeda, bem como pela falta de um planejamento de custeio pelas autoridades.

Contudo, outros acontecimentos contribuem para o alegado déficit do Fundo contributivo são os crimes contra a Previdência Social.

A primeira previsão de delitos contra a Previdência ocorreu de forma comparativa. O art. 5º do Decreto-lei número 65 de 1937 equiparava ao crime de apropriação indébita a ausência de recolhimento das contribuições pelos empregadores, retidas dos empregados e devidas às caixas de pensões e aposentadorias.

Em 1991, o art. 95 da Lei 8.212 definiu os crimes contra a Seguridade Social, todavia a Lei 9.983/00 revogou o mencionado artigo.

Os crimes contra a Previdência Social sempre existiram. Após o surgimento das primeiras leis previdenciárias iniciou-se uma fase de criminalização de condutas que contrariassem os dispositivos dessas leis, como mecanismo para forçar as empresas e os empregadores a cumprirem suas obrigações com a Previdência.

Contudo, atualmente, os crimes contra a Previdência Social estão previstos no Código Penal.

Os crimes mais corriqueiros praticados pelas empresas e empregadores são os de sonegação das contribuições para o custeio. A insuficiência da fiscalização facilita boa parte da sonegação. Este delito ocorre com a supressão ou redução das contribuições sociais previdenciárias.

Outro crime comum causador de prejuízo ao sistema de Seguridade Social, trata-se do crime de apropriação indébita previdenciária, que consiste na ausência de repasse à Previdência Social, nos prazos e formas legais, das contribuições descontadas dos empregados.

Para configurar o crime, basta que o agente retenha a contribuição sem repassá-la ao INSS (Instituto Nacional de Seguro Social). Não é necessário que o sujeito ativo fique com o valor para si, pois trata-se de um crime omissivo, a conduta criminalizadora é simples omissão.

Outrossim, muitas instituições de ensino mantêm o benefício de isenção da contribuição patronal, através da alteração de sua contabilidade. Assim, fraudulentamente se enquadram como filantrópicas (LEITE, 2002, p. 64).

Contudo, não são somente as empresas e os empregadores que cometem crimes contra a Previdência, várias famílias, investidas da ilegítima intenção de fraudar o Sistema, constroem uma falsa relação jurídica envolvendo o menor sob guarda, animados pela exclusiva finalidade de receberem benefícios previdenciários.

Sabe-se que o instituto guarda estatutária somente pode ser consolidado quando a criança ou adolescente encontrar-se desvinculada afetiva e

financeiramente da figura dos pais biológicos, seja por abandono ou qualquer outro tipo de impossibilidade (de saúde, orçamentária, territorial, etc).

A impossibilidade territorial é aquela em que os genitores permanecerão um período fora do país, para fazer cursos de pós-graduação ou a trabalho, não sendo possível levar o filho para o exterior.

A impossibilidade de saúde é muito comum em casos de acidentes quase fatais, em que os pais permaneçam em coma ou em estado semi-vegetativo.

Já a impossibilidade orçamentária é a mais corriqueira, trata-se daquela em que os genitores não apresentam condições financeiras suficientes para sustentar um filho, desejando por esta razão, passar a guarda de seu pupilo a outrem, preferencialmente a um parente próximo.

Ocorre que, para o enquadramento de qualquer dos tipos de impossibilidade, quais sejam, de saúde, financeira ou territorial, não deve existir o contato afetivo com os pais biológicos.

Assim, uma criança que reside com os seus genitores, mesmo que mantida financeiramente pelos avós, não estaria em consonância com todos os elementos da guarda estatutária.

Para uma criança estar sob a guarda dos avós a afetividade com os pais biológicos deve estar ausente.

Logo, não basta a criança e os pais biológicos residirem e serem sustentados pelos avós, a ausência de afetividade do menor com os genitores é um requisito necessário para a configuração da guarda estatutária.

Sabe-se, contudo, que os efeitos previdenciários do instituto da guarda estatutária resultam, preponderantemente, na concessão do benefício de pensão por morte. Por este fator surge a fraude no sistema securitário.

A transferência da guarda se dá através de Ação judicial exclusivamente para fins de receber pensão previdenciária de um dos parentes do menor.

No entanto, a pretensão dos genitores é apenas que o menor receba a pensão quando ocorrer o falecimento do suposto guardião. Na prática, nada se altera na vida da criança, mantendo o convívio e a proteção pelos seus genitores.

O Superior Tribunal de Justiça denomina a prática acima descrita de “guarda previdenciária”, sendo aquela que tem a exclusiva finalidade de proporcionar efeitos previdenciários.



Firma-se, contudo, um posicionamento jurisprudencial contrário à “guarda previdenciária”, através da censura presente em vários julgados do Superior Tribunal de Justiça.

Todavia, relevante excepcionar, informativo número 0461 do Superior Tribunal de Justiça, que trata de um caso concreto em que apesar dos pais biológicos residirem conjuntamente com o menor e seus avós, foi concedido o reconhecimento do instituto da guarda estatutária, uma vez que a manutenção do lar era totalmente arcada pelos avós, assim, o menor, indubitavelmente, estaria fadado ao desamparo econômico após o falecimento dos seus avós. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2011)

Conclui-se, portanto, a importância de analisar todas as situações concretas em que encontrarmos uma relação de guarda estatutária, para que evite-se de conceder benefícios previdenciários quando comprovar-se que a criança ou adolescente, poderia perfeitamente ser sustentada pelos pais biológicos, devidamente empregados e remunerados.

Todavia, em muitos casos, mesmo havendo afetividade entre os pais biológicos e o menor, para a Previdência o ponto de maior relevância é a dependência econômica, evitando, assim, o desamparo deste público ao mínimo para gozar de uma existência digna.

Lembre-se, contudo, que quando a criança ou adolescente não puder ser protegida pelo Sistema Previdenciário, esta deverá ser pelo Assistencial, assim como pelas políticas públicas ou ações afirmativas, formando um conjunto de medidas protetivas inibidoras de um estágio de “retrocesso social” e garantidoras da proteção integral e prioritária à infância e à juventude.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A história das crianças e dos adolescentes é marcada pela exploração de seus trabalhos e omissão dos direitos fundamentais.

A primeira codificação legislativa da infância e juventude traduziu-se no Código de Menor surgido em 1927, e posteriormente inovado em 1979, abordando as crianças e adolescentes como pessoas em “situação irregular”, diante de uma realidade de abandono, marginalização e pobreza. A medida priorizada pelas legislações deste período era a de recolher os menores em instituições, sem preocupar-se com a sua reinserção social e formação educacional.

No final do século XIX, inicia-se uma fase de mudanças de paradigmas, em que a doutrina da “situação irregular” é substituída pelo reconhecimento de direitos ao menor em desenvolvimento.

O Estatuto da Criança e do Adolescente representa o início da aplicação do conteúdo do artigo 227 da Constituição Federal, reconhecendo a criança e o adolescente como mercedores de proteção prioritária e integral.

Assim, o século XX deixa uma concepção meramente assistencialista, e passa para uma fase de reconhecimento de direitos da infância e juventude. Neste século as crianças e os adolescentes foram notoriamente classificadas como sujeitos de direitos prioritários.

Observa-se, que ao longo do período histórico analisado no Capítulo 1, as Constituições exprimiam o valor que a infância e a juventude representavam para a sociedade da época.

A Constituição de 1934 enunciou uma política nacional de educação. Já a de 1937, além de ter incentivado a promoção da educação e profissionalização do menor, dispôs em seu conteúdo sobre uma proteção especial à infância e à juventude.

Em 1946, houve um grande avanço no texto constitucional, em virtude do reconhecimento dos direitos trabalhistas, bem como a previsão de forma genérica da doutrina da proteção integral ao menor.

Contudo, os direitos fundamentais anteriormente reconhecidos pela Constituição de 1946 não foram inseridos no texto constitucional de 1967.

Logo, apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988 reconheceu-se a favor da infância o amparo securitário e assistencial, os direitos sociais fundamentais com prioridade absoluta de atendimento e as normas inibidoras da exploração do trabalho infantil.

A Constituição de 1988, notoriamente resguarda o direito à proteção à criança e ao adolescente.

No âmbito dos direitos sociais securitários, tem-se a garantia do direito previdenciário e o direito ao amparo assistencial, evitando assim, uma desproteção absoluta à infância e à juventude.

Analisando a alteração que a Lei 9528/97 provocou na Lei de Benefícios, no artigo 16, parágrafo segundo, em que aborda sobre os filhos equiparados como dependentes econômicos do segurado, nota-se um retrocesso jurídico constitucional, através de uma omissão legislativa, que excluiu o “menor sob guarda” como dependente econômico presumido.

Entendemos como “retrocesso jurídico constitucional” toda limitação a um direito fundamental anteriormente concedido.

Logo, constatamos no primeiro Capítulo, que após uma evolução histórica marcada pelo sofrimento de crianças e adolescentes, que demoraram séculos para terem a seu favor uma mínima conquista de direitos formalmente reconhecidos, qualquer limitação superveniente, que possa excluir parcela da população do acesso a uma garantia, trata-se de um retrocesso.

Os direitos fundamentais da criança e do adolescente fazem parte de um Estado de Bem-Estar Social, que abrange valores desenvolvidos no Capítulo 2 de cidadania social, seguridade, assistência, previdência, vedação ao retrocesso, mínimo existencial, entre outros que formam um conjunto garantidor de uma vida digna.

Dentro dos conceitos securitários apresentados pelos autores Feijó Coimbra, Wagner Balera e Almansa Pastor, o “menor sob guarda” ao ser retirado do parágrafo segundo do artigo 16 da Lei de Benefícios, perde parcialmente a sua segurança contra os infortúnios, sua tranquilidade e garantia de que os meios de subsistência nunca serão reduzidos.

Contudo, para ter direito à previdência não basta comprovar dependência econômica, deve-se antes levantar alguns requisitos “*sine qua non*”.

O guardião para apresentar “status” de segurado deve estar previsto em lei como trabalhador, enquadrando-se em uma das diversas atividades previstas.

Conferido-lhe o “status” de segurado, o guardião terá a obrigação de contribuir para a entidade previdenciária, mantendo a sua qualidade de segurado.

Quanto à dependência econômica, esta refere-se à vinculação ao segurado através de uma relação de dependência.

Semelhantemente ao “status” de segurado, os dependentes econômicos também estão previstos em artigo de lei, divididos em classe prioritárias, separados em uma hierarquia entre as classes.

Além dos requisitos legais previdenciários, o instituto “guarda estatutária” previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, apresenta atributo essencial à sua configuração, traduzido na impossibilidade temporária dos pais biológicos proverem a assistência material, moral, espiritual, intelectual e afetiva do “menor sob guarda”.

Entendemos, portanto, que o “menor sob guarda” quando realmente integra os atributos do instituto “guarda” previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como completa todos os requisitos legais previdenciários, mesmo não estando expressamente previsto em lei como dependente econômico, terá direito aos benefícios, mediante a comprovação de relação de dependência com o guardião.

Todavia, há casos em que o “menor sob guarda” estará desprotegido da Previdência, pela ausência de algum dos elementos acima descritos. Pode-se exemplificar quando o guardião não mantém o adimplemento das obrigações de contribuir, perdendo a qualidade de segurado; ou nunca tendo trabalhado formalmente ou contribuído como segurado facultativo à entidade previdenciária; ou quando o “menor sob guarda” não conseguir comprovar a inclusão ao instituto da “guarda estatutária”, ou até mesmo por não demonstrar a relação de dependência econômica.

Nestes casos, o “menor sob guarda” será alvo da Assistência Social, tendo direito a receber o benefício de prestação continuada quando for deficiente e enquadrar-se no requisito de miserabilidade.

Para aumentar o grupo de alternativas protetivas, algumas políticas públicas são aplicadas a estes menores que não apresentam deficiência física ou mental, ou que a renda familiar “per capita” ultrapasse a  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo.

Dentre as políticas públicas, o Programa Bolsa Família representa uma medida de distribuição de renda, embasada em frequências escolares de crianças e adolescentes.

Todavia, o Programa Bolsa Família trata-se de medida voltada às famílias de baixa renda. Assim, haverá inúmeras situações em que o “menor sob guarda” não será protegido pela Previdência, Assistência, nem pelas políticas públicas outrora consolidadas.

Nasce, portanto a necessidade de implantação de políticas de ações afirmativas, como mecanismo de redução de exclusões historicamente consolidadas, com o fim de reduzir as desigualdades sociais.

No Brasil, falta a implantação de uma política de ação afirmativa que permita o acesso dos “menores sob guarda” não cobertos pela Previdência ou Assistência, às universidades públicas ou privadas, através da concessão de bolsas integrais, vinculando este privilégio ao desenvolvimento de trabalhos na iniciação científica dentro das Universidades.

Ademais, a título de ações afirmativas sugerimos o ingresso facilitado dos “menores sob guarda” em cursos profissionalizantes, possibilitando a aptidão para o trabalho em áreas de maior necessidade no mercado, ou seja, objetivando formar profissionais em áreas mais requisitadas no campo do trabalho.

Importante destacarmos o empenho das Organizações Não Governamentais em prol da cultura, educação, emprego e renda dos grupos vulneráveis.

Assim, enaltecendo os conceitos trabalhados no Capítulo 2, consideramos que o mínimo existencial deve ser fornecido ao “menor sob guarda” seja via Previdência, via Assistência, ou através de políticas de ações afirmativas, não admitindo em nenhuma hipótese a desproteção.

Logo, a omissão legislativa advinda com a nova redação do artigo 16 da Lei de Benefícios, por obstar o direito à previdência, componente dos direitos sociais fundamentais, trata-se de um “retrocesso social”.

Nessa linha, considerando o conceito de “direito adquirido”, verifica-se que o “menor sob guarda”, era anteriormente resguardado pela segurança jurídica, tendo o reconhecimento como filho equiparado do guardião antes da Lei 9528/97..

Atualmente, com a alteração dada pela Lei 9528/97, o “menor sob guarda” desliga-se da segurança jurídica que lhe garantia o status presumido de filho em caso de falecimento ou prisão de seu guardião ou guardiã.

Contudo, o resguardo jurídico da presunção como filho se mantém para aqueles que perderam o guardião ou guardiã antes da entrada em vigor da Lei 9528/97, fazendo valer dentro da Previdência os fundamentos do “direito adquirido” e da “lei vigente à época”.

Logo, além da alteração na redação do artigo 16 da Lei de Benefícios significar um “retrocesso social”, uma vez que retira do patrimônio jurídico do “menor sob guarda” o reconhecimento como filho equiparado do guardião, viola também os conceitos constitucionais de “direito adquirido”, “lei vigente à época” e “segurança jurídica” aplicados à Previdência.

Por outro lado, deparamos com justificantes da mencionada alteração legislativa, fundamentadas no equilíbrio financeiro atuarial e nas fraudes e crimes contra a Previdência Social.

O equilíbrio financeiro e atuarial na Previdência advém da manutenção de recursos financeiros suficientes para a concessão de benefícios aos segurados e dependentes.

Todavia, os déficits previdenciários são alegados recorrentemente pelas autoridades governamentais.

As causas da deficiência do Fundo Securitário envolvem desde a inflação até a corrupção pelos nossos representantes políticos.

Notoriamente, os crimes contra a Previdência Social colaboram com a insuficiência de caixa, sendo de maior incidência os de apropriação indébita e sonegação.

Observa-se, infelizmente, que até mesmo alguns grupos familiares investidos na ilegítima intenção de fraudar o Sistema, constroem uma falsa relação jurídica envolvendo o “menor sob guarda”, visando a única finalidade de contemplarem benefícios previdenciários.

Ocorre que, o entendimento pacífico na doutrina e jurisprudência expressa o não reconhecimento da guarda prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente para fins exclusivamente previdenciários, denominando-se “guarda previdenciária”.

Para evitar a admissão da “guarda previdenciária”, o elemento central a ser observado na análise de uma situação de guarda estatutária é a afetividade.

A afetividade entre os pais biológicos e a criança ou o adolescente deve estar ausente na relação fática e jurídica, uma vez que a guarda estatutária é medida de

colocação do menor em família substituta, para suprir a falta eventual dos pais ou participar de processo de adoção ou tutela.

Por outro lado, a investigação da existência da afetividade entre o “menor sob guarda” e os pais biológicos deve ser feita com ponderação. Isso porque, há situações concretas que revelam crianças ou adolescentes residindo em um mesmo lar que os avós e os seus genitores, no entanto, o suprimento econômico familiar é integralmente despendido pelos avós.

O critério para conceder qualquer benefício econômico ao dependente do segurado trata-se da necessidade econômica.

Cabe, portanto, em determinados casos concretos fazer a devida ponderação, analisando até que ponto o contato afetivo dos genitores com o menor poderá acarretar em uma falta de recursos que supram as necessidades básicas da criança ou do adolescente.

Conclui-se, portanto, que deve ser diligenciado estudo social cauteloso, para que possa ser averiguado em cada caso concreto, a existência ou não da dependência econômica entre o menor e o pretense guardião, evitando-se assim, concessões ilegítimas que desvirtuem a finalidade do sistema previdenciário, qual seja: a proteção daqueles que se encontram em situação de risco ou de necessidade.

Sustentamos, ainda, a viabilidade da implantação de Políticas Públicas e Ações Afirmativas direcionadas às crianças e aos adolescentes “sobrantes”, ou seja, não abraçados pela proteção da Previdência Social, afinal, proteger é incluir na sociedade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AMIM, Andréa Rodrigues. *Doutrina da Proteção Integral*. In: MACIEL, Kátia (coord.) Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 4ª ed., rev. e atual. conforme Lei n.º 12. 010/2009, 2010.

ARAUJO, Sonia M. Duarte de. *Elementos para se pensar a educação dos indivíduos cegos no Brasil: A história do instituto Benjamin Constant*. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: UERJ, 1993.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato: (antigo casamento de fato, concubinato e união estável)*. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2001.

BALERA, Wagner. *O Tratado internacional e o sistema previdenciário*. Revista de Previdência Social (RPS). São Paulo, n.º. 178.

\_\_\_\_\_ *A Seguridade Social da Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1989.

\_\_\_\_\_ *Da proteção social à família*. Revista de Direito Social, ano 2, número 6. Porto Alegre, 2002.

\_\_\_\_\_ *Curso de Direito Previdenciário*. 5ª ed., São Paulo: LTr, 2002.

\_\_\_\_\_ *O valor do trabalho social*. Revista LTr, vol. 58, n.º.10, outubro de 1994.

\_\_\_\_\_ *Sistema de Seguridade Social*. São Paulo: Editora Ltr, 2000.

\_\_\_\_\_ *Direitos de Solidariedade configuram cidadania mundial*. Publicado em 12 de outubro de 2005. Disponível em <[www.conju.com.br](http://www.conju.com.br)> Revista Consultor Jurídico. Acesso em 31 de julho de 2012.

BERCOVICI, Gilberto. *Tentativa de Instituição da Democracia de Massas no Brasil: Instabilidade Constitucional e Direitos Sociais na Era Vargas (1930-1964)*. In



SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008.

BEVERIDGE, William. *Social Insurance and Allied Services*. London: His Majesty's Stationery Office, 1942.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2000.

BORDIN, Luigi. *Democracia e Direito, a questão da cidadania na época da Globalização*. *Perspectiva Filosófica - Volume VIII, número 15 - Jan. - Jun./ 2001*.

BOSHETTI, Ivanete. *A assistência social no Brasil: um direito entre originalidade e conservadorismo*. 2 ed. Brasília: s/ed, 2003.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 241. In SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008.

CASADEI, Salete F.; GOÍS, Cláudia C. *Políticas sociais comparadas*. Publicado em março de 2007. Disponível em: <[http://www.espacoacademico.com.br/070/70casadei\\_gois.htm](http://www.espacoacademico.com.br/070/70casadei_gois.htm)>. Acesso em: 29 de julho de 2012.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 13ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011.

CAVALLIERI, Alyrio (Organizador). *Falhas do Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Ed. Forense.

\_\_\_\_\_ *Direito do Menor*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

COIMBRA, Feijó. *Direito Previdenciário Brasileiro*. 11ª edição. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2001.

COSTA, Eliane. *Mais Previdência menos Seguridade*. Site "Publicações" (NEPJUR). Disponível em [www.ucg.com.br](http://www.ucg.com.br). Acesso em 5 de abril de 2012.

\_\_\_\_\_ *Previdência Complementar na Seguridade Social: o risco velhice e a idade*

para a aposentadoria. São Paulo: LTr, 2003.

COSTA, Antonio Carlos Gomes da. *Natureza e implantação do novo direito da criança e do adolescente*. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei 8.069/90: estudos sócio-jurídicos. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

CORREIA, M. O. G.. Curso de direito da seguridade social. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

CRISTO, Keley K. Vago; Rangel, Patrícia C. *Breve Histórico dos direitos da criança e do adolescente*. Pai Legal. Publicado em 31 de outubro de 2004. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/index.php>>. Acesso em: 13 de outubro de 2011.

DAHER, Marlusse Pestana. Família substituta . Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em <<http://jus.com.br/>>. Acesso em 15 set. 2011.

DERBLI, Felipe. *A aplicabilidade do Princípio da Proibição de Retrocesso Social no Direito Brasileiro*. In SARMENTO, Daniel (coord.) Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. In: FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: Atlas, 2011.

DOURADO, Ana et al. "Crianças e adolescentes nos canaviais de Pernambuco". In: PRIORE, Mary Del (coord.) História das crianças no Brasil. São Paulo: Contexto, 1999.

ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. In: FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: Atlas, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 3 ed. rev., ampl, e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: Atlas, 2011.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós socialista. In: SOUZA, Jessé. (Org) Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: Ed. UnB, 2001.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A Constituição de 1988 e as pensões securitárias no direito brasileiro. São Paulo: LTr, 2001.

\_\_\_\_\_. O companheirismo: uma espécie de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *A Previdência Social como Direito Fundamental*. In SARMENTO, Daniel (coord.) Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008.

JORNAL DO BRASIL ONLINE, 10 de agosto de 2009 apud BRACK, Carlos Henrique, Curiosidades Cariocas – Histórias e estórias do Rio de Janeiro. Publicado em 02 de setembro de 2009. Disponível em: <http://rio-curioso.blogspot.com.br/2009/09/roda-dos-expostos.html>. Acesso em: 12 de agosto de 2012

KASSOUF, Ana Lúcia (coord.) O trabalho infantil em cinco estados brasileiros. Brasília: OIT, 2004.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?* p. 221. In NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 4. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

LAMENZA, Franciscimar. *Os direitos fundamentais da criança e do adolescente e a discricionariedade do Estado*. Barueri, São Paulo: Minha editora, 2011.

LIMA, Andréia Cristiane. *Método de Pesquisa Hipotético Dedutivo*. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/71613703/metodo-de-pesquisa-hipotetico-dedutivo>>. Publicado em 11 de abril de 2011. Acesso em: 15 de julho de 2012.

LIMA, Augusto Sabóia. *Patronato de menores: O que significa o que realiza*. Rio de Janeiro: Henrique Velho, 1943.

LIMA, Henrique. *Karl Popper e o Círculo de Viena*. Disponível em: <<http://pt.shvoong.com/humanities/philosophy/1807227-karl-popper-c%C3%ADrculo-viena/>>. Publicado em 28 de abril de 2008. Acesso em: 18 de junho de 2012.

LEITE, Celso Barroso. *A proteção social no Brasil*. São Paulo: Ed. LTr, 1986.

\_\_\_\_\_. *Considerações sobre Previdência Social*. Carta Mensal – Confederação Nacional do Comércio, volume 47, n. 563. p. 55-72. Rio de Janeiro: CNC, 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Famílias monoparentais: a situação jurídica dos pais e mães solteiras, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2552>>. Acesso em: 13 ago. 2012.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Guarda como Colocação em Família Substituta. In: MACIEL, Kátia (coord.) Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos. 4 ed. rev. atual. conforme Lei n.º 12.010/09. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010.

MARCÍLIO, Maria Luiza. “A roda dos expostos e a criança abandonada na História do Brasil.” In: FREITAS, Marcos Cezar de (org.). História social da infância no Brasil. São Paulo: Cortez, 1997.

MARQUES, Márcio Thadeu Silva. Sistema de garantia de direitos da infância e da juventude. In: LIBERATI, Wilson Donizeti (org.) Direito à educação: uma questão de justiça. São Paulo: Malheiros, 2004.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários à lei básica de previdência social*. São Paulo: LTr, 1995.

\_\_\_\_\_. *A Seguridade Social na Constituição Federal*. 2ª ed. São Paulo: Ltr, 1992.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Editora Atlas, 29ª ed., 2010.

MIRANDA, Anelise Haase de. *Estado de Bem Estar e Construção da Cidadania Social*. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª região*. Belém. V. 40, n.79, Jul./Dez., 2007.

MOURA, Esmeralda Blanco B. de. *Crianças operárias na recém-industrializada São Paulo*. In: Priore, Mary Del (org.) História das crianças no Brasil. São Paulo:

Contexto, 1999.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 4. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

OLEA, Manoel Afonso & PLAZA. *Instituciones de seguridad social*. Madrid: Ed. Civitas, 1995.

OLIVEIRA, Valdeci Mendes de. *AGT – Adoção, Guarda e Tutela como institutos jurídicos definidores de família substituta*. 1ª ed., Bauru, São Paulo: EDIPRO, 2001.

PASTOR, José Manoel Almansa. *Derecho de la Seguridad Social*. 7ª ed.: Editora Tecnos, Madrid: 1991.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Estatuto da Criança e do Adolescente no quadro evolutivo do direito brasileiro. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). *Estatuto da criança e do adolescente: lei 8.069/90: “estudos socio-jurídicos”*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

PEREIRA, Potyara A. P. *Política Social: temas e questões*. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2009.

PEREIRA, Tânia da Silva (coord.) *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, Conceito e Estrutura dos Direitos Sociais: Uma Crítica a “Existem direitos sociais?” de Fernando Atria. In SARMENTO, Daniel (coord.) *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008.

RAMOS, Deriscléia Rodrigues. A Seguridade Social Brasileira: caminhos percorridos e a desbravar. *Interface*, v. 1, número, p. 25-37. Natal/RN – Jan/Jun 2004.

RIZZINI, I.; PILOTTI, F. *A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil*. 2. ed. rev. São Paulo: Cortez, 2009.

RIZZINI, Irma. *“Pequenos trabalhadores do Brasil”*. In DEL PRIORE, Mary (org.). *História das Crianças no Brasil*. São Paulo: Ed. Contexto, 2002.

SANTOS, Marco Antônio Cabral dos. "Criança e criminalidade no início do século". In: PRIORE, Mary Del (coord.). *História das crianças no Brasil*. São Paulo: Contexto, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. In BARROSO, Luís Roberto (coord.) *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, vol. V, páginas 131/150. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SARMENTO, Daniel. *A proteção judicial dos Direitos Sociais: Alguns parâmetros ético-jurídicos*. In *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. *A igualdade ético-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação de fato, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa*. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras Complementares de Constitucional: direitos fundamentais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, p. 187-215, 2007.

SCHWARTZMAN, Simon. *Tempos de Capanema*. Rio de Janeiro: Paz e Terra/EDUSP, 1984.

SIMIONATTO, I. *Gramsci: sua teoria, incidência no Brasil, influência no serviço social*. 2ª Ed., São Paulo, Cortez Editora, 1999.

SOUZA, M. C. de; PRONI, M. W.. A efetivação da assistência social como política pública (1988-2008). *Caderno de Estudos e Pesquisas Universitas*. Moji Mirim: Universitas, ano 2, número 2, 2009.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Assistência Social*. IN *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TITO, Ronan. *A justificativa do Estatuto*. Discurso proferido no Senado em 30 de junho de 1989.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar,

2009.

VIANNA, Luiz Werneck. *Liberalismo e Sindicatos no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra, 1978.

VILLELA, João Baptista. *As novas relações de família*. Anais da XV Conferência Nacional da OAB. Foz do Iguaçu, Paraná, set. 1994.

### **LEGISLAÇÃO UTILIZADA:**

BRASIL. Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, Getúlio Vargas. Publicado no Diário Oficial da União em 10 de novembro de 1937. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm)>. Acesso em 15 de fevereiro de 2012.

BRASIL. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, Assembléia Constituinte, Fernando de Mello Vianna. Publicado no Diário Oficial da União em 19 de setembro de 1946. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm). Acesso em 20 de março de 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 08 de fevereiro de 2012.

BRASIL. Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social e dá outras providências. Brasília: DOU 7 Mai, 1999, republicado no DOU de 12 Mai 1999, retificado nos DOU 18 e 21 Jun, 1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 03 de novembro de 2011.

BRASIL. Decreto Lei 4048 de janeiro de 1942. Cria o Serviço Nacional de Aprendizagem dos Industriários (SENAI). Publicado em 24 de janeiro de 1942 no Diário Oficial da União - Seção 1, Página 1231. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del4048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del4048.htm)>. Acesso em: 12 de agosto de 2012.

BRASIL. Decreto Lei 8.621 de janeiro de 1946. Dispõe sobre a criação do Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial e dá outras providências. Publicado em 12 de janeiro de 1946 no Diário Oficial da União - Seção 1, Página 541. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-8621-10-janeiro-1946-416555-norma-pe.html>. Acesso em: 12 de agosto de 2012

BRASIL. ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 25 de janeiro de 2012.

BRASIL. LEI DE INTRODUÇÃO AS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO – Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 20 de março de 2012.

BRASIL. Lei 6.697 – Instituiu o Código de Menores. Publicado em 11 de outubro de 1979 no Diário Oficial da União. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/L6697.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm). Acesso em: 12 de agosto de 2012.

Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília: DOU 25 Jul 1991, republicada DOU 11 Abr 1996 e DOU 14 Ago 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 06 de julho de 2011.

BRASIL. Lei nº 8.742 de 07 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Brasília: DOU 7 Dez 1993. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 16 de dezembro de 2011.

BRASIL. Lei 9528 (1997). Dá nova redação ao art. 16, parágrafo segundo da Lei 8.213/91. Disponível em : < [http : // www81. dataprev. gov.br/sislex/paginas /42/ 1997/9528.htm](http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1997/9528.htm) > Acesso em: 20 de janeiro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula número 359. Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários. Disponível em: < [http://www.dji.com.br/normas\\_inferiores/regimento\\_interno\\_e\\_sumula\\_stf/stf\\_0359.htm](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0359.htm) > Acesso em: 4 de agosto de 2012.

#### **JULGADO ADOTADO:**

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.186.086 - RO, Relator: Ministro Massami Uyeda, 3 de fevereiro de 2011.