ENSAIO

A saga constitucional da criança e do adolescente sob guarda

La saga constitucional de los niños y adolescentes tutelados

The constitutional saga of children and adolescents under guardianship

Wagner Balera

Livre-Docente em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Doutor em Direito das Relações Sociais, Mestre em Direito Tributário e Graduado em Direito pela PUC/SP. Professor Titular de Direitos Humanos (PUC/SP). Coordenador do Núcleo de Direitos Humanos (PUC/SP). Coordenador da Revista Brasileira de Direitos Humanos. Membro da Academia Paulista de Direito, da Academia Paulista de Letras Jurídicas, da Academia Nacional de Seguros e Previdência, da Academia Brasileira de Direito da Seguridade Social e da Academia Brasileira de Direito Tributário. Advogado. Procurador Federal aposentado.

CV: http://lattes.cnpq.br/6096152327715163

Introdução

A Constituição de outubro de 1988 proclamou, solenemente, que:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)
>
> § 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) [...]
>
> § 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: [...] II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas; [...] VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado

Percebe-se, de pronto, o altiplano em que foram colocados, pelo constituinte, os direitos adjudicados a crianças e adolescentes.

É que, como sublinha o referido dispositivo, há verdadeiro estatuto de proteção especial cominado, por direito constitucional, a esse grupo de pessoas.

A garantia previdenciária, expressamente mencionada no art. 227, § 3º, II, como que representa – em ambiente constitucional – a consagração do princípio da seletividade e distributividade (art. 194, único, III) que rege a escolha de prestações a serem deferidas aos integrantes desse grupo protegido.

A diretiva é compromisso assumido pelo Brasil quanto ao que o constituinte denominou princípio: "prevalência dos direitos humanos" (art. 4º, II, da Constituição).

Ora, é conforme com a prevalência dos Direitos Humanos aquele ordenamento que se alinha, sem quaisquer hesitações e negaças, ao texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos proclamada pela Resolução n. 317-A, da Assembleia Geral das Nações Unidas, na histórica data do 10 de dezembro de 1948.

Nela se encontra encartado o seguinte comando:

> Artigo XXV.
>
> 1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.
>
> 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

O comando da Lei Maior brasileira rima com a diretriz universal por encartar os seguros sociais – dos quais a previdência social é a expressão mais eminente no direito positivo brasileiro – no rol dos direitos humanos das famílias.

Dentre os direitos previdenciários catalogados no Regime Geral de Previdência Social, de que cuida a Lei n. 8.213, de 1991, se situam as aposentadorias e as pensões.

Aliás, segundo a manifesta concepção do direito positivo pátrio, só se pode falar em regime de previdência se esse compreende, pelo menos, as duas categorias de prestações suso referidas.

Ora, merece particular atenção o inciso VI do mesmo preceptivo (art. 227, §1º da Constituição) ao impor ao Poder Público o dever de estímulo e incentivo à guarda da criança e do adolescente.

Por conseguinte, há claro delineamento de certa política social que espera sejam admitidos à guarda das famílias aqueles que se encontrem em desamparo.

Porque, então, terá sido necessário o aforamento de nada menos que duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade para pleitearem do Supremo Tribunal Constitucional que pusesse de manifesto o que a simples leitura do Texto Magno revela translucido?

Deveras, assim a Procuradoria-Geral da República quanto o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou esses feitos que, afinal, seriam julgados conjuntamente.

Formava-se, pois, opinião jurídica consensual sobre a clamorosa inconstitucionalidade de certo preceito, que retirava elementar direito previdenciário dos menos favorecidos.

É que, por estranhíssimo desígnio, intentou-se esboroar o estatuto constitucional previdenciário da guarda, como figura elementar de proteção social.

Vejamos como.

1 O evolver histórico

A história normativa previdenciária mais recente teve início com a edição da Lei n. 3.807, de 23 de agosto de 1960, a assim chamada Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS).

A LOPS, que recebeu centenas de mudanças normativas, das quais resultaram nada menos que duas consolidações, é o direito anterior ao direito atual, sendo este o que disciplina os termos da proteção previdenciária delineada pela Constituição de outubro de 1988.

Pois bem.

A primeira relevante alteração da LOPS, quanto ao tema deste estudo, ocorreu com a edição do Decreto-Lei n. 66, de 21 de novembro de 1966, que alterava a redação do art. 11 da Lei n. 3.807, de 1960.

Assim fora grafado o comando:

> Art. 11. Consideram-se dependentes dos segurados, para os efeitos desta Lei:
>
> I - a esposa, o marido inválido, os filhos de qualquer condição menores de 18 (dezoito) anos ou inválidos, e as filhas solteiras de qualquer condição, menores de 21 (vinte e um) anos ou inválidas; [...]
>
> § 2º Equiparam-se aos filhos, nas condições estabelecidas no item I, e mediante declaração escrita do segurado:
>
> a) o enteado;
>
> b) o menor que, por determinação judicial, se ache sob sua guarda;
>
> c) o menor que se ache sob sua tutela e não possua bens suficientes para o próprio sustento e educação.

O direito atual, delineado no Plano de Benefícios da Previdência Social, cuja expressão normativa é a Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, teve duas modificações. A primeira foi definida pela Lei n. 9.032, de 28 de abril de 1995; a segunda pela Lei n. 9.528, de 10 de dezembro de 1997.

Vigentes os termos iniciais do Plano de Benefícios, assim como a redação da Lei n. 9.032, de 1995, a regra assim se explicitava:

> Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:
>
> I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;
>
> II - os pais;
>
> III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;
>
> IV – revogado.

> § 1º A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.
>
> § 2º Equiparam-se a filho, nas condições do inciso I, mediante declaração do segurado: o enteado; o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda; e o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação. [...]
>
> § 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

Ocorre que a Lei n. 9.528, de 1997, operaria alteração essencial no regime jurídico de proteção do menor sob guarda.

Com efeito, a redação desse Diploma assim contemplou o assunto: "§ 2º. O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento".

Ergo, Lei n. 9.528, de 1997, suprimia a proteção previdenciária devida à criança e ao adolescente sob guarda.

Ocorre que, entrementes, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), veiculado pela Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, não descurava do assunto, em estrita observância ao delineamento constitucional da questão.

E, ao dispor sobre o instituto da Guarda assim comandou:

> Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.
>
> § 1º 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.

Ora, a supressão levada a efeito pela Lei n. 9.528, de 1997, afrontava a lei especial que cuidou, com inteira propriedade e, e em linha com o evolver histórico do tema, de dispor sobre a qualidade de dependente do segurado em que se situa, *ex vi legis*, o menor sob guarda.

Diante da clamorosa e manifesta afronta ao direito social das crianças e dos adolescentes sob guarda foram impetradas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade anteriormente mencionadas.

2 O julgado do Supremo Tribunal Federal

Consciente do escopo expresso no art. 193, da Constituição, o Supremo Tribunal Federal apreciou e julgou, de modo conjunto, as duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade que debateram a questão.

E o Acórdão, de que foi Relator o Eminente Ministro Edson Fachin assim se acha ementado:

> EMENTA: AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO CONJUNTO. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. ARTIGO 16, § 2º, DA LEI N.º 8.213/1991. REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N.º 9.528/1997. MENOR SOB GUARDA. PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL. PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA. ART. 227, CRFB. INTERPRETAÇÃO CONFORME, PARA RECONHECER O MENOR SOB GUARDA DEPENDENTE PARA FINS DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO, DESDE QUE COMPROVADA A DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. 1. Julgamento conjunto da ADI nº 4.878 e da ADI nº 5.083, que impugnam o artigo 16, § 2º, da Lei nº 8.213/1991, na redação conferida pela Lei n° 9.528/1997, que retirou o "menor sob guarda" do rol de dependentes para fins de concessão de benefício previdenciário. 2. A Constituição de 1988, no art. 227, estabeleceu novos paradigmas para a disciplina dos direitos de crianças e de adolescentes, no que foi em tudo complementada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. º 8.069/1990). Adotou-se a doutrina da proteção integral e o princípio da prioridade absoluta, que ressignificam o status protetivo, reconhecendo-se a especial condição de crianças e adolescentes enquanto pessoas em desenvolvimento. 3. Embora o "menor sob guarda" tenha sido excluído do rol de dependentes da legislação previdenciária pela alteração promovida pela Lei n° 9.528/1997, ele ainda figura no comando contido no art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/1990), que assegura que a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e direitos, inclusive previdenciários. 4. O deferimento judicial da guarda, seja nas hipóteses do art. 1.584, § 5º, do Código Civil (Lei n.º 10.406/2002); seja nos casos do art. 33, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/1990), deve observar as formalidades legais, inclusive a intervenção obrigatória do Ministério Público. A fiel observância dos requisitos legais evita a ocorrência de fraudes, que devem ser combatidas sem impedir o acesso de crianças e de adolescentes a seus direitos previdenciários. 5. A interpretação constitucionalmente adequada é a que assegura ao "menor sob guarda" o direito à proteção previdenciária, porque assim dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente e também porque direitos fundamentais devem observar o princípio da máxima eficácia. Prevalência do compromisso constitucional contido no art. 227, § 3º, VI, CRFB. 6. ADI 4878 julgada procedente e ADI 5083 julgada parcialmente procedente para conferir interpretação conforme ao § 2º do art. 16, da Lei n.º 8.213/1991, para contemplar, em seu âmbito de proteção, o "menor sob guarda", na categoria de dependentes do Regime Geral de Previdência Social, em consonância com o princípio da proteção integral e da prioridade absoluta, nos termos do art. 227 da Constituição da República, desde que comprovada a dependência econômica,

> nos termos em que exige a legislação previdenciária (art. 16, § 2º, Lei 8.213/1991 e Decreto 3048/1999).[1]

Ressalta desse julgamento a verdadeira chave hermenêutica que ampara o direito subjetivo das crianças e adolescentes sob guarda.

Trata-se, como bem acentua o Desembargador Antonio Fernando do Amaral e Silva, do princípio da proteção integral.

> "O dispositivo interpretado sistematicamente, deixa claro que o melhor interesse constitui diretriz hermenêutica do novo modelo. É o que se extrai do contexto do Estatuto, principalmente de suas disposições preliminares. Bem por isso, o artigo 1º explicitou dispor a lei sobre proteção integral. Portanto suas normas não podem ser interpretadas em prejuízo dos destinatários dessa proteção, que é total, completa. Acrescenta o artigo 3º que "a criança e ao adolescente gozam de todos os direitos fundamentais da pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral". [2]

A exclusão das crianças e adolescentes sob guarda do catálogo dos dependentes de primeira classe é manifesta discriminação, vedada formalmente pelo art. 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente porque não condiz com a proteção integral e, *a fortiori*, revelaria a negligência do Poder Público na garantia do elementar direito ao sustento que só a prestação previdenciária pode proporcionar com seguridade social, o que também malfere o mesmo preceito do ECA.

3 O significado da dependência

No Direito Previdenciário, ou mais estritamente na Previdência Social, são duas as categorias de beneficiários.

A primeira é a do segurado, como definido pelos artigos 11 e 13 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. A segunda é a do dependente, cujo rol foi catalogado pelo art. 16 do Plano de Benefícios da Previdência Social.

A dependência é, sobretudo, o *status* que qualifica o sujeito jurídico a exercer o respectivo direito subjetivo ao benefício.

Quanto à natureza, o vínculo existente entre o segurado e aquele que dele depende está se situa no plano fático. É de natureza econômica essa relação de fato. Cumpre demonstrar, pois, que o dependente vive às expensas do segurado.

Aliás, o instituto da guarda, também por natureza, revela fato econômico a que o legislador adjudica bem delineadas consequências jurídicas. Não custa, aqui, repetir o que restou preceituado no art. 33 do ECA: guarda é prestação de assistência material.

---

[1] ADI 4878, Relator(a): Gilmar Mendes, Relator(a) p/ Acórdão: Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2021, processo eletrônico DJe-157 divulg 05-08-2021 public 06-08-2021.

[2] SILVA, A F A. O Judiciário e os novos paradigmas conceituais e normativos da infância e da juventude, p. 43-54 https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28306-28317-1-PB.html

O direito do dependente surgirá quando o segurado, seja pela morte, seja pela reclusão, não possa mais garantir a assistência material a que se obrigou ao revestir-se da qualidade de guardião da criança e do adolescente.

Importa sublinhar, ainda, que o direito subjetivo do dependente é *de iure proprio*. Não é mantida a relação de dependência com o segurado enquanto o destinatário da proteção social assume a titularidade plena da prestação que lhe for concedida. É natural e lógico que seja assim. A dependência passa a ser não mais de uma pessoa física e sim do próprio sistema de proteção social a quem compete outorgar a prestação legalmente devida.

Conquanto se trate de exigência administrativa, a inscrição do dependente pode ser realizada a qualquer tempo.

Ao segurado foi concedida a faculdade de formalizar a inscrição do dependente, consoante o rito estabelecido pela normativa previdenciária.

De notar que, com verdadeiro cunho doutrinário, o precedente exarado pela jurisdição administrativa assinala o manifesto conteúdo declaratório da inscrição de alguém no rol de dependentes que, cumpre sublinhar, pode ser realizada a qualquer momento, inclusive após a morte do segurado.

Disse muito bem o Conselho de Recursos da Previdência Social: "A existência de beneficiário preferencial não impede que o segurado inscreva, para fins meramente declaratórios, pessoa que viva sob sua dependência econômica." [3]

Pode até mesmo ser necessária a inscrição posterior se e quando o segurado não tiver cumprido essa providência quando ainda em vida ou em estado de capacidade jurídica.

Atentemos, ainda para a regra estampada no § 2º, na redação de 1997. A dependência é colocada sob dúplice perspectiva:

a) formal: a guarda exige que se formalize a declaração escrita adjudicando ao sujeito a qualidade em questão, para efeitos de cobertura da Previdência Social;
b) material: a ordenança legal exige que resulte comprovada a situação econômica do beneficiário da guarda. A pessoa que se ache sob a guarda do segurado deve viver às expensas daquele.

Donde não ser possível brandir o argumento, neste caso, de presunção de dependência econômica do sujeito protegido, tal como delineada sob a perspectiva jurídica do inciso I do citado comando.

Cumpre, pois, que resulte demonstrado cabalmente o liame econômico estabelecido entre o segurado e o dependente posto sob sua guarda. Matéria de fato, a ser apreciada consoante os termos do Regulamento da Previdência Social. [4]

---

[3] Trata-se do Enunciado n.º 15, do CRPS que, embora revogado, é de manifesto conteúdo interpretativo do melhor direito. Revogado pela Resolução MPS/CRPS 2, de 30/03/2006. DOU de 07/04/2006.

[4] Regulamento da Previdência Social aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 06 de maio de 1999, com a alteração introduzida pelo Decreto n. 10.410, de 2020: "Art. 16 [...] § 6º-A. As provas de união estável e de dependência econômica exigem início de prova material contemporânea dos fatos, produzido em período não superior aos vinte e quatro meses anteriores à data do óbito ou do recolhimento à prisão do segurado, não admitida a prova exclusivamente testemunhal, exceto na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, observado o disposto no § 2º do art. 143".

4 A hierarquia entre dependentes

Conquanto a tradição do Direito Previdenciário tenha estabelecido certa hierarquização entre dependentes, de arte a que havendo dependentes de primeira classe estariam excluídos os das demais classes do direito a prestações [5], o estatuto jurídico em que se situara a criança e o adolescente sob guarda ficava sob a discrição do próprio segurado.[6]

A este incumbia, nos termos da redação anterior do preceito estampado no § 2º do art. 16, perfilar ao filho assim o enteado, quanto o menor sob guarda e o tutelado.

Impunha-se, é claro, a comprovação cabal da inexistência de meios de subsistência por parte daquele que se achasse sob a guarda do segurado.

Ressalta à evidência que o Direito brasileiro albergava sob a ampliada perspectiva familiar o quadro referencial em que os dependentes tinham o respectivo lugar jurídico.

Ora, seria de todo intolerável que houvesse, no interior de uma família, qualquer modalidade de discriminação, sobretudo em se tratando de direito subjetivo público, como é o teor do conjunto dos direitos previdenciários.

Não haveria como existir, a não ser mediante as aberrações que ao direito repugna, outra fórmula de proteção jurídica que não qualificasse em igualdade de condições a todos os integrantes do grupo protegido.

O catálogo ampliado do inciso I, do art. 16 do Plano de Benefícios; ampliado, diga-se, por vontade do sujeito protegido em essência, que é o segurado – aquele a quem incumbe custear com a respectiva contribuição social a cota de proteção previdenciária que será devida se e quando verificado o risco social coberto – revela o teor máximo de efetividade do direito social. É rumo a esse teor máximo de efetividade que deve marchar – por exigência da diretriz magna da universalidade da cobertura e do atendimento (art. 194, parágrafo único, I) – toda a edificação dos programas da seguridade social.[7]

5 A supressão da criança e do adolescente sob guarda. E os direitos humanos?

O preceito genérico que inicia as referências ao sistema de seguridade social no âmbito da Constituição de 1988 é o art. 6º.

Trata, tal comando, do catálogo dos direitos sociais dentre os quais se inserem as prestações de saúde, de previdência social e de assistência social.

---

[5] É o teor do art. 16, da Lei n. 8.213, de 1991 – Plano de Benefícios da Previdência Social: "Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado [...] § 1º A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes".

[6] Eis o que fixava a antiga redação do § 2º do mesmo preceptivo do Plano de Benefícios, já antes transcrita no corpo deste estudo: "§ 2º Equiparam-se a filho, nas condições do inciso I, mediante declaração do segurado: o enteado; o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda; e o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação".

[7] Vide, sobre o conteúdo da universalidade da cobertura e do atendimento, o meu A Seguridade Social na Constituição de 1988. São Paulo:RT. 1989. p. 35.

Não menos importante que tal comando é o art. 7º, da Constituição, cuja cabeça há de ser considerada como a verdadeira chave de leitura de todo o preceituário.

Eis o teor do caput do Art. 7º: "São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social".

A parte final do comando é quase autoexplicativa. Diz, a seu modo, que a melhoria da condição social dos trabalhadores está garantida pelo constituinte, sendo irredutível nos termos catalogados pelo constituinte. Não, obstante, outros direitos poderão ser acrescentados àquele que pode ser considerado o rol elementar dos direitos dos trabalhadores.

Todos os trabalhadores e trabalhadoras fazem jus à cota de direitos sociais que, em linhas bastante genéricas, o artigo 7º enuncia.

Como é curial, a legislação inferior tratará de detalhar as garantias elementares já tracejadas pelo Estatuto Magno.

É nessa medida que se deve adentrar à intelecção dos direitos humanos sociais, dentre os quais se destaca aquele que estamos aqui a examinar.

Seria inadmissível qualquer alteração que reduzisse o teor de proteção já conferido pelo constituinte em 1988. O que, de certo modo, contrariaria o desejo (que é normativo) em favor da melhoria da condição social dos trabalhadores, como preconiza a parte final da cabeça do artigo acima transcrito.

Na evolução da concepção dos direitos humanos, como se sabe, foram engendrados, com especial empenho, os assim denominados direitos civis e políticos, dentre os quais se destaca o direito da família.

E, no estágio contemporâneo, essa evolução foi sumariada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948.

5.1 A supressão viola a prevalência dos direitos humanos.

Como demonstrado pelo evolver histórico do tema em nosso direito positivo – assim o passado como o presente – o direito previdenciário das crianças e adolescentes submetidas ao regime de guarda integra o rol dos direitos humanos ao qual o ordenamento deu prevalência.

Portanto, e dado que o direito de que aqui se cuida decorre, essencialmente, da tratativa exposta pelo já citado art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a regra que o introduziu se reveste da máxima efetividade e não poderia ser reduzida – ou, o que é muito mais grave, suprimida – sem grave ofensa ao princípio da prevalência dos direitos humanos e, ao fim e ao cabo, ao teor protetivo emanado da Declaração de 1948.

Ora, a normativa internacional de direitos humanos foi adossada ao nosso sistema em "lugar específico do ordenamento jurídico", como sublinhou o Supremo Tribunal Federal.

É correto afirmar, com Kildare Gonçalves Carvalho que: "o princípio da prevalência dos direitos humanos situa o homem como destinatário do direito internacional" [8]

No atual estágio da proteção constitucional do tipo previdenciário o quadro de beneficiários está sob a proteção da prevalência dos direitos humanos e nem mesmo uma emenda

[8] CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito constitucional. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 661

constitucional seria apta a deformá-lo, sobretudo pelo teor expresso da proteção jurídica que a Constituição confere à criança e ao adolescente, nos termos já aqui enunciados.

É de ser repelida, ainda, o caráter manifesto de contramarcha na diretriz expansiva já exposta pelo teor do *caput* do art.7º, da Constituição, já referido.

Eis que o teor de cobertura já concretizado pelo Regime Geral, no qual se incluiu desde 1966 o esquema elementar de proteção do menor sob guarda já foi incorporado ao patrimônio jurídico de toda a comunidade protegida.

Destarte, a prestação familiar ao menor sob guarda foi estimada no exato momento em que o plano de custeio decorrente da Lei n. 8.212, de 1991, contemplou esse teor de cobertura, consoante com o padrão de subsistência apto a garantir a condição social do dependente do segurado atingido pelo risco social.

Assim, a cláusula normativa que suprimiu a proteção social devida ao menor sob guarda se mostra como manifesta diretriz incompatível com a] o princípio da prevalência dos direitos humanos; b] o critério expansionista do art. 7º, *in fine*, c] com a natureza especial da proteção jurídica que o ordenamento, no seu todo considerado, comina em favor da família, da criança e do adolescente.

Perelman explica: "existem no sistema duas diretrizes incompatíveis, às quais não se pode conformar-se simultaneamente, seja porque impõem duas obrigações em sentido oposto, seja porque uma proíbe o que a outra permite e não é possível se conformar a uma sem violar à outra"[9].

É necessário que o Direito não se conforme com a regra que mutila o teor de proteção social já conferido pelo sistema, em homenagem à prevalência dos direitos humanos.

A prevalecer entendimento diverso, a norma subsequente se propõe a destruir o teor de proteção social ou, então, a reduzir o grupo protegido sem nenhuma razoabilidade.

5.2 A proteção integral como resposta dos direitos humanos.

Irretocável a argumentação de que se valeu o Eminente Ministro Edson Fachin no voto vencedor que acolher o teor da Declaração de Inconstitucionalidade do comando que suprimiu a proteção do menor sob guarda.

Assim se lê no julgado:

> "A interpretação que assegura ao "menor sob guarda" o direito à proteção previdenciária deve prevalecer, não apenas porque assim dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, mas porque direitos fundamentais devem observar o princípio da máxima eficácia. Assegura-se, assim, a prevalência do compromisso constitucional contido no art. 227, § 3º, VI da Constituição.
>
> Vale ressaltar que, nos termos do texto constitucional, assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, seus direitos fundamentais é dever que se impõe não apenas ao Estado, mas também à família e à sociedade.

[9] PERELMAN, Chaïm. Lógica Jurídica – Nova Retórica. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 54.

> A interpretação conforme a ser conferida ao art. 16, § 2º, da Lei 8213/1991, portanto, deve contemplar os "menores sob guarda" na categoria de dependentes do Regime Geral de Previdência Social, em consonância com o princípio da proteção integral e da prioridade absoluta, nos termos do art. 227 da Constituição da República, desde que comprovada a dependência econômica nos termos em que exige a legislação previdenciária (art. 16, § 2º, Lei 8.213/1991 e Decreto 3048/1999)."

Não é de pouco relevo que, no Resp 1.411.258/RS, justamente o que apreciou o tema sob a sistemática de julgamento de recursos repetitivos, ao fixar a tese jurídica sobre a questão, o Superior Tribunal de Justiça tenha, de modo adequado inserido na Ementa classificatória do feito a seguinte expressão: "direito previdenciário e humanitário".

Pois é disso mesmo que se trata!

Quando explicita o arrazoado motivador do julgamento, sem meias palavras, o então Ministro Napoleão Nunes Maia Filho asseverou:

> "6. Não se deve perder de vista o sentido finalístico do Direito Previdenciário e Social, cuja teleologia se traduz no esforço de integração dos excluídos nos benefícios da civilização e da cidadania, de forma a proteger as pessoas necessitadas e hipossuficientes, que se encontram em situações sociais adversas; se assim não for, a promessa constitucional de proteção a tais pessoas se esvai em palavras sonoras que não chegam a produzir qualquer alteração no panorama jurídico.[10]"

5.3 O rasteiro argumento da fraude

Para justificar a supressão, em nível legal, da proteção jurídica de que aqui se cuida as autoridades administrativas que lavraram a Medida Provisória n. 1.596, de 1997, alegaram que ocorriam muitas fraudes no âmbito de concessão dessas prestações.

Em resposta a esse falacioso argumento, no voto-vista que proferiu no julgamento da citada ADI 4.878, a Ministra Rosa Weber asseverou:

> Pontuo que a sustentada motivação da alteração legislativa com o desiderato de evitar fraudes previdenciárias – ainda recorrente, infelizmente, no Brasil – não é suficiente para validar a nova redação legal e afastar a sua inconstitucionalidade.
>
> Malgrado existam casos em que o guardião postule e obtenha a guarda com a finalidade única de instituir eventual benefício de pensão por morte, por exemplo, a real configuração de fraude há de ser averiguada por meios próprios, com o escrutínio dos requisitos tanto da guarda quanto do benefício previdenciário envolvido.

O instituto da guarda é revestido de formalidades jurídicas e mostra o zelo dos Poderes Públicos para com a inserção da criança no seio de uma família.

[10] REsp 1411258/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, julgado em 11/10/2017, DJe 21/02/2018.

A família que, como todos sabem, detém o primado da proteção da pessoa que a ela é integrada, inclusive e especialmente por esse mecanismo a um só tempo civil como humanitário.

Há fraudes?

Existiria, efetivamente, uma política sistemática de combate a fraudes?

Porque, ao parecer, a previdência social pouco ou nada se aparelhou para exercer o poder-dever de combate a fraudes.

Com efeito, desde a redação primitiva da Lei n. 8.212, de 1991 e com a atual redação ditada pela Lei n. 13.846, de 2019, há programa permanente de revisão de benefícios. Assim se acha grafado o preceito: "Art. 69. O INSS manterá programa permanente de revisão da concessão e da manutenção dos benefícios por ele administrados, a fim de apurar irregularidades ou erros materiais".

Fraude é de ser combatida com cancelamento de benefícios; busca da devolução dos valores pagos indevidamente e nunca com supressão de prestações de há muito consagradas como direito humanitário e previdenciário.

A Previdência Social está investida desse dever grave e lhe cabe, inclusive, proteger os dados a que tem acesso por força das funções administrativas que foi chamada a exercer.

O que não pode existir, e parece ser esse o caso, como advertia Pereira Leite, é: "O temor sistemático – dir-se-ia quase a presunção – de fraude..." [11]

É, igualmente, incumbência da sociedade cooperar para que não haja fraudes que venham a lesar as legitimas conquistas constitucionais dos direitos sociais.

5.4 O irradiar dos Direitos Humanos sobre o direito brasileiro

Importa considerar, como reforço argumentativo, que o direito brasileiro adotou como parte integrante do nosso ordenamento jurídico relevante norma internacional de Direitos Humanos.

Trata-se da Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1989 e encartada no ordenamento pátrio pelo Decreto Legislativo n° 28, de 14 de setembro de 1990.

Assim enuncia o art. 26 daquele Diploma:

> Artigo 26
>
> 1. Os Estados Partes reconhecerão a todas as crianças o direito de usufruir da previdência social, inclusive do seguro social, e adotarão as medidas necessárias para lograr a plena consecução desse direito, em conformidade com sua legislação nacional.
>
> 2. Os benefícios deverão ser concedidos, quando pertinentes, levando-se em consideração os recursos e a situação da criança e das pessoas responsáveis pelo seu sustento, bem como qualquer outra consideração cabível no caso de uma solicitação de benefícios feita pela criança ou em seu nome.

[11] PEREIRA LEITE, João Antonio G. Curso Elementar de Direito Previdenciário. São Paulo: LTr. 1977. p.80.

Quando são concedidos os benefícios? Quando pertinentes.

Portanto, é inadmissível que, sob o pálio da prevalência dos direitos humanos, devidamente explicitada pela Convenção em comento, haja a pura e simples supressão de um desses elementares direitos, como se, de antemão e adredemente, todos fossem impertinentes.

Por fim, embora não menos importante, o Brasil se comprometeu, ao subscrever a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a cuidar do desenvolvimento progressivo dos direitos lá pactuados.

É o teor do Art. 26 do Pacto, bem encartado no Capítulo III:

> CAPÍTULO III
>
> Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
>
> ARTIGO 26
>
> Desenvolvimento Progressivo
>
> Os Estados-Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.[12]

Essa qualidade dos direitos humanos, em sede previdenciária, foi consagrada pelo princípio da universalidade da cobertura e do atendimento segundo o qual, como afirmei em outra oportunidade:

> A universalidade do atendimento e da cobertura pode ser considerada a específica dimensão do princípio da isonomia (garantia estatuída no art. 5º da Lei Maior), na Ordem Social. É a igual proteção para todos.
>
> Foi deliberado o intento do constituinte, ao colocar a universalidade como o primeiro dos objetivos da seguridade social. Trata se de princípio informador, do qual derivam todos os demais objetivos insculpidos na Lei das Leis. Enquanto no sistema de previdência social somente são protegidos os que contribuem, aqui não existem barreiras para que a proteção social seja concedida a quem quer que dela venha a necessitar.[13]

É, como se viu acima, mero desdobramento da parte final do art. 7º da Constituição do Brasil. Os direitos humanos sociais contêm, em seu gérmen, natureza expansiva em nosso direito – o que o Pacto denomina desenvolvimento progressivo – porque são regidos pela diretriz da prevalência dos direitos humanos.

[12] O Pacto de San José foi introduzido no direito brasileiro pelo Decreto Legislativo n. 27, DE 26 de maio de 1992.
[13] Cf o meu Noções Preliminares de Direito Previdenciário. 2ª edição. São Paulo: Quartier Latin. 2010. p. 106.

6 O Moloch do Estado em ação

Depois de se ver impedido de concretizar desiderato destruidor do direito previdenciário e humanitário em estudo, pela palavra definitiva do Supremo Tribunal Federal, o Estado brasileiro não se deu por achado e resolveu adotar outro armamento.

E, como verdadeiro Moloch, intentou aprovar uma emenda constitucional – sim, fique por aí em minúscula mesmo, porque neste ponto não é apenas minúscula como inconstitucional – para suprimir o direito aos benefícios previdenciários das crianças e adolescentes sob guarda.

Eis como o Moloch agiu, ao encartar na Emenda Constitucional n. 103, de 2019, o seguinte preceptivo:

> Art. 23. A pensão por morte concedida a dependente de segurado do Regime Geral de Previdência Social ou de servidor público federal será equivalente a uma cota familiar de 50% (cinquenta por cento) do valor da aposentadoria recebida pelo segurado ou servidor ou daquela a que teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente na data do óbito, acrescida de cotas de 10 (dez) pontos percentuais por dependente, até o máximo de 100% (cem por cento).
>
> 6º Equiparam-se a filho, para fins de recebimento da pensão por morte, exclusivamente o enteado e o menor tutelado, desde que comprovada a dependência econômica. [14]

Ocorre que o tema, em sede judiciária, prossegue tramitando.

É de 15 de sede 2023, a decisão unanime do Pleno do STF que conferiu Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 1.442.021 do Ceará.

Como bem percebeu a eminente Relatora, a Ministra Rosa Weber:

> "...verifico a existência de questão constitucional. Em análise no presente recurso extraordinário a exclusão da criança e do adolescente sob guarda do rol de beneficiários, na condição de dependentes, do segurado do Regime Geral de Previdência Social, implementada pelo art. 23 da Emenda Constitucional nº 103/2019, tendo em conta o princípio constitucional de proteção integral à criança e ao adolescente e a norma do art. 227, § 3º da Constituição Federal."[15]

Portanto, está em causa, sim, o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, em tudo e por tudo conforme com a diretriz elementar da universalidade da cobertura e do atendimento, chave de leitura do arcabouço institucional do tipo previdenciário que, no universo da seguridade social, enquadra os benefícios no rol dos direitos humanos fundamentais que, como

---

[14] A Proposta de Emenda à Constituição n. 6, do Poder Executivo encaminhada por intermédio da Mensagem nº 55/2019, fora capeada pelo Ofício nº 13/2019 da Presidência da República. Objetivou modificar o sistema de previdência social; estabelecer regras de transição e disposições transitórias, e ordenar as demais providências. Encaminhada no dia 20 de fevereiro de 2019 tramitou até a promulgação em dezembro de 2019.
O preceito da PEC já tinha a redação que, afinal seria adotada pela Emenda Constitucional.
Assim propunha a Proposta: "Art. 28 [...] § 4º Equiparam-se a filho, para fins de recebimento da pensão por morte, exclusivamente o enteado e o menor tutelado, desde que comprovada a dependência econômica." Capturado em https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020190223000240000.PDF#page=20

[15] Publicado acórdão, DJE de 22/09/2023. Divulgado em 21/09/2023. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6661561

ordena o Pacto de San Jose, cabe ao Brasil concretizar e expandir e não destruir, dilapidar e suprimir.

Igualmente, sublinha a Min. Rosa Weber: "Cabe, pois, a esta Suprema Corte analisar a compatibilidade material do art. 23 da Emenda Constitucional nº 103/2019 com a Constituição Federal, porquanto a controvérsia transcende os interesses individuais atinentes à presente causa".

Donde resulta que se a normativa que disciplina a Ordem Social constitucional quer manter o respectivo centro de gravidade no fim do bem-estar (art. 193), não pode hesitar quanto ao rumo que lhe foi cominado pelo *ethos* da Constituição Cidadã.

O momento essencial de deliberação – aquele no qual o legislador, por mandato do constituinte, cunhou o programa previdenciário de proteção, no cabal exercício da diretriz da seletividade e da distributividade – teve como resultante a escolha judiciosa então realizada. Saindo do momento de indeterminação que tinha diante de si a indagação abstrata sobre quem selecionar e sobre o método da distribuição, o legislador, a seu modo, definiu o caminho possível para que o bem-estar seja plena e cabalmente realizado.

O agir modelador do Plano de Benefícios da Previdência Social, como veiculado nos teores da Lei n. 8.213, de julho de 1991, levou em conta o mandato do constituinte que, historicamente comprometido desde a lei de 1966 que alterava a LOPS, resolveu colocar sob a cobertura do Regime Geral as crianças e adolescentes sob guarda.[16]

É, cumpre insistir, parte do projeto orientador delineado no caput do art. 7º, da Constituição, que a melhoria da condição social dos trabalhadores seja o elemento integrador a dar qualidade jurídica tanto ao segurado como aos respectivos dependentes.

A intervenção necessária do legislador na configuração do perfil do beneficiário (assim o segurado como o dependente) integra o conteúdo do objetivo da distributividade. Esta infiltra, por assim dizer, o bem-estar na esfera familiar (aqui entendido certo conceito formatado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente) do segurado.

Não é demais trazermos à colação derradeiro argumento que a Ministra Rosa Weber adossou ao julgado unanime que o STF proferiu para o encaminhamento da Repercussão Geral.

Lado outro, a definição quanto a constitucionalidade, ou não, da exclusão do menor sob guarda do rol de beneficiário, na qualidade de dependentes do segurado do Regime Geral de Previdência Social se alinha com o seguinte objetivo da Agenda 2030 das Nações Unidas: promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis.

Trata-se de situar, com precisão, o Brasil no momento em que, estando a cumprir a Agenda 2030, os povos cujo proposito consiste em modificar o mundo, de arte a torna-lo mais humano e mais justo não lhes é cabível promover, de modo deliberado, sobretudo com um ataque direto ao teor da Constituição, promover a exclusão social de quem quer que seja, sobretudo daqueles a quem o Estado reconhecem ser merecedores da mais cuidadosa proteção jurídica (art. 227, § 3º), inclusive e especialmente por intermédio dos programas de seguridade social.

[16] Em 1966 vigorava a Constituição de 1946, cujo Art. 157 ordenava: "Art. 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores". Essa parte final do preceito, que cuidava de conferir a previdência social aos trabalhadores, é a regra posta em sinótico com o atual art. 7º, da Constituição de 1988. Se quisermos acompanhar o laço de continuidade histórico, é suficiente a leitura do art. 158, caput, da Constituição de 1967 e do art. 165, caput, da Emenda Constitucional n. 1, de 1969 que registram o direito constitucional anterior.

Na proclamação intitulada "Transformar o nosso mundo", a imensa maioria dos países integrantes da ONU querem, entre outras importantes pautas, situar o desenvolvimento no único patamar que se mostra consentâneo com o estado do bem-estar. É o desenvolvimento integral que coincide, por direito constitucional do Brasil, basicamente no implemento da seguinte díade: a. promover o bem de todos e; b. atendimento integral. [17]

O Brasil se comprometeu, em nível principiológico, com essa diretiva elementar: art. 3º, IV, da Constituição.

Tal fórmula do bem-estar pode ser sumariada na segunda expressão: atendimento integral (art. 196) que consiste em conferir máxima efetividade aos programas de seguridade social. [18]

Não é a primeira vez que norma veiculada por emenda constitucional é inconstitucional.

Tal infeliz precedente, que os romanos apropriadamente denominavam "*monstra legum*" foi rechaçado pelo Supremo Tribunal Federal. [19](vide acordão Sidney Sanches)

Esperemos que, agora, o Maximário Excelso também se perfile em favor do trato especial que, por direito constitucional, merecem as crianças e adolescentes, precisamente aquelas que por específica vulnerabilidade, foram colocadas sob a guarda de alguém.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BALERA, Wagner. A saga constitucional da criança e do adolescente sob guarda. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, Vol. 24, N. 1 (jan./jun. 2024), pp. 134-149. São Paulo: ESDC, 2024. ISSN: 1983-2303 (eletrônica).

Recebido em 15/02/2024

Aprovado em 05/03/2024

https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt-br

[17] Cf. https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/agenda2030-pt-br.pdf

[18] Vide o meu A Seguridade..., citado, p. 79 e seguintes.

[19]Ao julgar a regra do art. 14 da Emenda Constitucional n. 20, de 1998, o Supremo Tribunal Federal, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade que tomou o n. 1946-5, tendo como Relator o Min. Sidney Sanches, á acordou que: "O Supremo Tribunal Federal já acordou que: "...é admissível a Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional, quando se alega, na inicial, que esta contraria princípios imutáveis ou as chamadas dáusulas pétreas da Constituição originária (art. 60, § 4º, da CF). "E com base nesse entender refutou norma constitucional inconstitucional, tal como pretende ser e é a Emenda Constitucional n. 103, de 2019, no ponto que aqui se examina. O Acórdão na integra se encontra em:
https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266805