

DISCUSSÃO SOBRE O VÍNCULO DE DEPENDÊNCIA
NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL: ANÁLISE
DO CASO DO MENOR SOB GUARDA E DEFINIÇÃO
DO CRITÉRIO DA DEPENDÊNCIA PREVIDENCIÁRIA

Cassiano Moraes Gomes
Graduado em Direito pela UFV

“A verdadeira sabedoria consiste em saber como aumentar o bem-estar do mundo.”

(Benjamin Franklin)

RESUMO: Constitui fim precípua da previdência social garantir, a todos os brasileiros, os meios indispensáveis de subsistência quando os cidadãos não se acharem em condições de angariá-los por motivo de idade avançada, invalidez temporária ou permanente, ou morte daqueles de quem dependiam economicamente. Como se vê, a previdência está intimamente ligada à proteção das pessoas. Ocorre que o emaranhado normativo previdenciário brasileiro torna nebuloso o alcance dos benefícios em determinados casos, como no do menor sob guarda. Qual seria a correta interpretação da norma contida no § 3º do art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente? Conclui-se que a proteção previdenciária deve alcançar o menor sob guarda, bem como todos aqueles que, de forma justificada, dependam ou dependiam economicamente do segurado e não tenham meios de se tornar independentes, provisoriamente ou em definitivo.

PALAVRAS-CHAVE: previdência social; dependência econômica; menor sob guarda.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Revisão de literatura; 2.1. Formação do sistema previdenciário brasileiro; 2.2. Alguns conceitos; 2.3. Beneficiários da previdência; 3. Discussão; 4. Conclusão.

1. Introdução

O direito previdenciário ganha importância no campo jurídico atual, o que se deve a, basicamente, dois fatores. O primeiro deles é o *envelhecimento da população*,¹ que tem suscitado questões e alertado o governo brasileiro e os estudiosos para a previdência social. Outro fator é o da *política econômica*² que tem sido adotada no país, segundo a qual o Governo tem de cumprir metas estabelecidas pelo FMI – Fundo Monetário Internacional; dentre elas, está o enxugamento das contas públicas, sendo que a previdência é responsável por grande parcela destas.³ Assim, várias têm sido as iniciativas do Governo para tentar reduzir os gastos com a previdência social ou para elevar suas receitas, como, por exemplo, a cobrança de contribuição previdenciária dos servidores públicos inativos;⁴ o levantamento dos valores devidos ao INSS, visando principalmente aos maiores devedores, para que se

possam executar essas dívidas;⁵ e o parcelamento dos débitos,⁶ com redução ou eliminação de juros e correção monetária, para facilitar aos devedores os pagamentos pendentes.⁷

A *previdência social* está elencada entre os direitos sociais apresentados pela Constituição Federal brasileira de 1988, ao lado da educação, da saúde, do trabalho, do lazer, da segurança, da assistência aos desamparados e da proteção à maternidade e à infância (art. 6º). Daí infere-se, mais uma vez, a importância fundamental desse direito do cidadão.

Além de sua relevância, o direito previdenciário é marcado também por ser um ramo que possui muitas questões polêmicas, muitas delas pouco exploradas. Noutras palavras, muitos pontos ainda não foram discutidos o suficiente para se alcançar uma solução definitiva. A discussão dessas questões previdenciárias ganha espaço entre os assuntos mais comentados na atualidade (v.g., reformas da previdência,⁸ imunidade tributária dos Fundos de Pensão, contribuições dos inativos, portabilidade, aposentadoria da dona de casa⁹). No entanto, como sugerido, muito há ainda que se avançar.

⁵ *Os 50 maiores devedores da Previdência*. Disponível em: <<http://www.estado.com.br/editoriais/200/12/27/pol798.html>>. Acesso em: 28 dez. 2001.

A empresa Encol S.A. Engenharia, Comércio e Indústria é a maior devedora, com cerca de R\$ 562 milhões, seguida pela Transbrasil S.A. Linhas Aéreas, com aproximadamente R\$ 391 milhões, e pela Prefeitura de Campinas (SP), que deve à Previdência mais de R\$ 364 milhões. Existem diversos outros grandes devedores, como a CEF, a CVRD, a Telesp e muitas outras grandes empresas.

⁶ Lei nº. 9639, de 25 de maio de 1998, que “dispõe sobre amortização e parcelamento de dívidas oriundas de contribuições sociais e outras importâncias devidas ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, altera dispositivos das Leis nºs. 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências”.

⁷ João Coser faz a seguinte crítica: “o Governo, ao invés de cobrar essas dívidas imediatamente, de colocar na cadeia os sonegadores, os fraudadores, dá um prazo de 96 meses (equivalente a oito anos) para pagarem a dívida, e apresenta a conta para o trabalhador brasileiro.” (Informativo do Partido dos Trabalhadores. *Tudo sobre a nova Previdência*. Vitória, out. 1997)

⁸ Foram duas em cinco anos (1998 e 2003).

⁹ EC nº 47, de 5 de julho de 2005, que alterou o § 12 do art. 201 da Constituição Federal de 1988.

¹ IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *População no Brasil*. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/ibgeteen/datas/população/população_no_Brasil.html>. Acesso em: 15 jul. 2001.

² Essa política pode ter sido interrompida, suspensa ou modificada com a não-renovação do acordo entre o Brasil e o FMI no início de 2005.

³ NASCIMENTO, Sandra. Emenda administrativa ainda depende de leis. *Gazeta Mercantil*, p. A-10.

Com a Emenda Constitucional nº. 20/98, o Governo passou a reduzir em R\$ 2 bi o déficit brasileiro.

⁴ Conforme o art. 40 da Constituição Federal, com a nova redação dada pela Emenda Constitucional nº. 41/2003, que “modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3º do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências”.

Alguns países sistematizaram, com elevado grau de organização, suas legislações sociais, a exemplo da Itália, que teve elaborado por Giuliano Mazzoni, em 1950, seu Código de Seguridade Social (*Codice dell'assistenza sociale al lavoro e dell'istruzione professionale*). No Brasil, no entanto, o que se verifica é um emaranhado de normas interagindo, como leis, decretos, instruções normativas e ordens de serviço (administrativas) originárias do INSS – Instituto Nacional do Seguro Social que, em lugar de facilitarem o trabalho do operador jurídico, geram grandes dificuldades, algumas vezes contradizendo umas às outras, indicando caminhos diversos e, não raro, chocando-se com preceitos constitucionais.

Verifica-se um problema, em especial, quanto ao vínculo de dependência no sistema previdenciário, no tocante ao critério de sua configuração. Mister elucidá-lo em meio a toda a balbúrdia normativa observada nesta seara do direito, com o fito último de identificar aqueles que deveriam ter direito ao amparo da previdência ou, em outras palavras, de apresentar o critério definidor da dependência previdenciária. Para tanto, será feita uma breve menção histórica sobre o sistema previdenciário nacional, proceder-se-á à elucidação de alguns conceitos, que serão repisados e sofrerão modificações ora elásticas, ora restritivas e, após, serão analisados os beneficiários, sobretudo os dependentes, da previdência. Até este ponto, pretende-se fornecer o cabedal necessário para que se possa tratar das questões ora propostas.

Portanto, depois de iniciado o enfrentamento direto do tema, será feita uma discussão acerca da caracterização do vínculo de dependência na previdência brasileira, quando serão enfrentados alguns casos polêmicos, em especial o do menor sob guarda.

Por fim, as conclusões restantes, ou seja, as não abarcadas nos tópicos anteriores, serão aduzidas.

2. Revisão de literatura

2.1. Formação do sistema previdenciário brasileiro

A origem da previdência social no Brasil data de 1795, com a implantação de um plano de benefícios destinado a órfãos e viúvas dos oficiais da Marinha. Coube aos militares o primeiro diploma legal de

montepio. Por inspiração de Rui Barbosa, em 1890, tal medida se estendeu aos servidores públicos civis da União.

A partir da criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919, o conceito de seguro social se estendeu pelo mundo. Naquele ano, a Lei nº. 3.724 estabeleceu o seguro de acidentes de trabalho no Brasil, tornando obrigatória a indenização pelo empregador. Mas foi a Lei Elói Chaves o grande marco da socialização da previdência brasileira, ao determinar a criação de caixas de aposentadoria e pensões nas empresas ferroviárias. A partir daí, surgiram os institutos de aposentadoria e pensão de âmbito nacional, como os dos marítimos, dos comerciários e dos industriários. Finalmente, em 1966, tais institutos foram unificados no Instituto Nacional de Previdência Social – INPS,¹⁰ atual Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

2.2. Alguns conceitos

O termo *previdência* significa “vista ou conhecimento do futuro, previsão, presciência”.¹¹ Outra acepção é a que a traduz como “cuidado com o qual se tomam medidas em vista do futuro”.¹² Por fim, previdência indica a “proteção assegurada por organismos, institutos ou instituições, ao indivíduo no desemprego, doença, invalidez ou velhice, garantindo-lhe pensão ou aposentadoria”.¹³ No mesmo sentido, encontra-se o vocábulo como “precaução, cautela”.¹⁴

Mais especificamente, a expressão previdência social abrange o conjunto de normas de proteção e defesa do trabalhador ou do funcionário público, mediante aposentadoria, amparo nas doenças ou o montepio, instituto que as aplica (no Brasil, o instituto responsável pelo

¹⁰ MAGALHÃES, Vanderlei Pires de. *AGROS: Estudo das principais atividades realizadas no período de 1989 a 1999*. Viçosa: Universidade Federal de Viçosa, 2001. p. 8.

¹¹ ENCICLOPÉDIA DELTA LAROUSSE. *Previdência*. In: São Paulo: Delta, 1977. v. 12, p. 5538.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Idem*, p. 5539.

¹⁴ DICIONÁRIO CONTEMPORÂNEO DA LÍNGUA PORTUGUESA CALDAS AULETE. *Previdência*. 1970. v. 4, p. 2938-9.

regime geral de previdência social é o INSS – Instituto Nacional do Seguro Social¹⁵). Numa sentença, é possível dizer que a previdência social é a “proteção assegurada pelas instituições responsáveis”, e, continuando,

constitui fim precípua da previdência social garantir a todos os brasileiros, e aos estrangeiros legalmente domiciliados no país, os meios indispensáveis de manutenção, quando não se achem em condições de angariá-los por motivo de idade avançada, invalidez temporária ou permanente, ou morte daqueles de quem *dependiam economicamente*.¹⁶

Como se depreende, a previdência está intimamente ligada à *proteção* do trabalhador e de sua família.

Por fim, são necessárias algumas distinções. Primeiro, *previdência social* não se confunde com *seguridade social*. Esta última, nos termos da Constituição Federal de 1988, “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”. Como se verifica, então, *seguridade social* é gênero que compreende as espécies saúde, *previdência social* e assistência social. A administração, o controle e a fiscalização da saúde competem ao SUS – Sistema Único de Saúde, enquanto a assistência e o regime geral de *previdência social* são de responsabilidade do INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, como já mencionado, entidade que administra, controla e fiscaliza a *previdência social* no Brasil.

A *previdência social*, ou o sistema previdenciário brasileiro, por sua vez, é composto por três regimes, para os quais existem inúmeros critérios e regras especiais. Assim, eminentemente para os empregados no setor privado, existe o chamado Regime Geral de Previdência Social (RGPS), administrado pelo INSS. Para o funcionalismo público, existem os regimes próprios dos servidores públicos (União, Estados, Municípios

e Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário). Por último, tanto para os empregados da iniciativa privada, como para os funcionários públicos existe ainda o Regime de Previdência Complementar, ou de previdência privada, que não é administrada, controlada, nem fiscalizada pelo INSS, vez que não se confunde com o Regime Geral de Previdência Social. A previdência privada tem regime jurídico especial. É tratada, em sede constitucional, pelo art. 202, enquanto a previdência oficial, também denominada meramente previdência social, é regida pelo art. 201 da Carta Magna.

2.3. Beneficiários da previdência

Os beneficiários do Regime Geral de Previdência Social podem ser agrupados em *segurados* e *dependentes*. A proteção previdenciária, portanto, não é restrita aos segurados, estendendo-se também aos seus dependentes. Dentre as prestações previdenciárias, umas são privativas do segurado (v. g., aposentadoria), outras dos dependentes (v. g., pensão), e, por fim, existe uma prestação comum a ambas as espécies de beneficiários, qual seja, o abono anual.

Os segurados não serão tratados aqui. Basta a informação de que estes são pessoas naturais (físicas), podendo ser filiados obrigatórios (v. g., empregados em geral) ou facultativos (v. g., estudantes que não tenham trabalho remunerado) na previdência oficial, ou apenas facultativos na previdência privada (aquela oferecida por meio de planos de previdência de bancos e instituições financeiras, por exemplo).

O objeto ora tratado são os dependentes. Estes são vinculados ao segurado e podem ser divididos em três classes, segundo Sérgio Pinto Martins,¹⁷ com base no art. 16 da Lei nº. 8.213/91 (Plano de Benefícios da Previdência Social):

a) Classe 1: o(a) cônjuge, o(a) companheiro(a) e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido;

¹⁵ DICIONÁRIO AURÉLIO ELETRÔNICO – SÉCULO XXI. *Previdência*. 1999.

¹⁶ DICIONÁRIO CONTEMPORÂNEO DA LÍNGUA PORTUGUESA CALDAS AULETE. Op. cit., p. 2938-9.

¹⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. *Fundamentos de direito da seguridade social*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 98-9.

- b) Classe 2: os pais;
- c) Classe 3: o irmão, não emancipado de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido.

Os dependentes de uma mesma classe concorrerão em igualdade de condições para os efeitos da dependência. A existência de dependente de qualquer das classes mencionadas exclui do direito às prestações os das classes seguintes.

Podem ainda ser equiparados aos filhos, mediante declaração do segurado, e desde que comprovada a *dependência econômica*, o enteado e o menor que esteja sob tutela (art. 16, § 2º da lei citada).

Como se extrai ainda do art. 16 da Lei nº. 8.213/91, o cônjuge perde a qualidade de dependente pela separação judicial ou pelo divórcio, enquanto não lhe for assegurada a prestação de alimentos, ou pela anulação do casamento. Assegurada a prestação de alimentos por sentença judicial transitada em julgado, volta o cônjuge a ser dependente, vez que caracterizada estaria sua *dependência econômica*. A companheira, ou companheiro, por sua vez, perde a condição de dependente pela cessação da união estável com o segurado, ou segurada, enquanto não lhe for garantida a prestação de alimentos, à semelhança do que ocorre com o cônjuge. Por fim, o filho e equiparados, bem como o irmão, deixam de ser considerados dependentes aos 21 anos de idade, salvo se inválidos.¹⁸

3. Discussão

Veja-se a lição de João Antônio G. Pereira Leite:¹⁹

A relação de previdência social é relação de direito público, pois ou impõe conduta ao Estado em face dos particulares ou prescreve aos indivíduos deveres para com o Estado.

¹⁸ Já cabe discussão se, diante do Novo Código Civil brasileiro (Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002), que reduziu a maioridade civil para 18 anos, a idade de 21 anos seria ou não mantida como limite para a dependência previdenciária.

¹⁹ LEITE, João Antônio G. Pereira. *Curso elementar de direito previdenciário*. São Paulo: LTr, 1977. p. 63.

(...) Os deveres de assistência e seguro social inscritos na Constituição impõem-se ao Estado e não aos particulares.

Note-se que o amparo previdenciário é dever do Estado, que não arca, no entanto, exclusivamente, com os serviços e benefícios prestados, vez que o Regime Geral da Previdência Social, integrante do próprio dever estatal de provimento da seguridade social, é custeado por toda a sociedade, por recursos provenientes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e de contribuições sociais pagas pelos particulares (art. 10 da Lei nº. 8.212/91). Pela previdência, seja ela pública ou privada, os segurados participam, portanto, da constituição de um fundo assistencial destinado a socorrê-los ante a necessidade surgida e, quando vem essa necessidade, a própria instituição deve assisti-los, ampará-los, ajudá-los, tratando dos segurados doentes, concedendo benefícios aos velhos e inválidos e pagando pensão àqueles que dependiam do segurado falecido.

Existe grande celeuma instaurada em torno do tema da proteção previdenciária do menor sob guarda. Para embasar a discussão, mister a apresentação de um dispositivo legal que partilha o centro da polêmica com outros, qual seja, o § 3º do art. 33 da Lei nº. 8.069/90, o ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente. Transcreve-se a mencionada regra, *ipsis litteris*:

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

(...)

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

A redação original do § 2º do art. 16 da Lei nº. 8.213/91 previa a equiparação a filho, mediante declaração do segurado, do menor que, por determinação judicial, estivesse sob sua guarda:

§ 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.

No entanto, a Medida Provisória nº. 1.523/96, convertida na Lei nº. 9.528, de 10 de dezembro de 1997, alterou a redação do § 2º do art. 16 da Lei nº. 8.213/91, estando o citado § 2º assim redigido:

§ 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.

Com essa alteração legal, para Sérgio Pinto Martins,²⁰ “*não é mais dependente a pessoa que se encontra sob guarda do segurado*”, pois teria sido revogado tacitamente pela lei nova o dispositivo do ECA.

Segundo ele,

a guarda não é semelhante à tutela e à curatela, que têm tratamento diferenciado. Assim, em se tratando de situações distintas, é possível a existência de discriminação, como da lei excluir o menor sob guarda da condição de dependente para fins de Previdência Social.²¹

Nesse sentido é o entendimento da colenda Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, em acórdão proferido em 27 de abril de 1998, tendo como relatora a MM. Sra. Dra. Marilza Maynard Salgado de Carvalho, que assim redigiu:

(...) em face da nova redação dada ao § 2º do art. 16 da Lei 8.213/91, pela Lei 9.528, de 10.12.1997, o menor

submetido a guarda judicial encontra-se *excluído* da condição de dependente para fins previdenciários.

Noutro julgado, da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Acórdão nº. 99.018464-1/1999), cujo relator foi o eminente Desembargador Carlos Prudêncio, houve o mesmo entendimento:

PEDIDO DE GUARDA DE MENOR FORMULADO PELA AVÓ – FINS PREVIDENCIÁRIOS – ART. 33, § 3º, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO DESPROVIDO – INTELIGÊNCIA DA LEI 9.528/97 – A despeito da redação contida no art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, é impossível o deferimento da guarda de menor à avó, com fins previdenciários, ainda que existente o consentimento dos pais. Ademais, com a edição da Lei nº. 9.528, de 10.12.1997, que deu nova redação ao artigo 16, § 2º da Lei nº. 8.213/91, considera-se tacitamente revogado o § 3º do art. 33 da Lei nº. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), já que a partir de sua edição, somente 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 de previdência.

Além da alteração da lei, outro argumento defendido por essa corrente de pensamento é o de que o menor sob guarda não se encontra acobertado por previsão de cálculo atuarial, gerando desequilíbrio financeiro para os institutos de previdência – em especial para o INSS –, o que inviabilizaria sua inclusão como dependente.

Por outro lado, há quem entenda de modo diverso. Para Danielle Perini Artifon,²² a disposição contida na nova redação do § 2º do art. 16 da Lei nº. 8.213/91 seria inconstitucional, por violar o inciso II do § 3º do art. 227 da Lei Maior. Esse preceito constitucional garante ao menor

²⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. *Menor sob guarda e sua condição de dependente para a Previdência Social*. RPS 236/668.

²¹ Ibidem.

²² ARTIFON, Danielle Perini. O menor sob guarda e sua exclusão da proteção previdenciária – aspectos constitucionais. RPS, 226/735.

proteção especial do Estado, abrangendo as garantias previdenciárias, incluindo a condição de dependente.

Outro que compartilha desse entendimento é Daniel Machado da Rocha.²³ Explana ele:

(...) a nova redação do § 2º, acreditamos, não afastou a dependência para fins previdenciários do menor sob guarda. Ocorre que a nova lei em comento não revogou expressamente, e nem seria adequado que o fizesse, o § 3º do art. 33 da Lei nº. 8069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente. Este dispositivo garante à criança e ao adolescente a condição de dependente para todos os fins e efeitos, inclusive previdenciários. Muito embora uma lei possa ser revogada por incompatibilidade, no presente caso, esta ilação iria de encontro aos preceitos aos quais o constituinte atribuiu prioridade, em especial, ao caput do art. 227 e ao inciso II do § 3º do mesmo artigo, ambos da Lei Maior. (...) Ao que tudo indica, portanto, a supressão resultou de um descuido, tendo sido alterada apenas a dispensa da comprovação da relação de subordinação financeira.

Ainda, em relação ao Poder Legislativo, pode-se dizer que

os membros mais competentes costumam ter pontos de vista diferentes sobre a matéria, que em geral se esforçam em conciliar mediante compromissos, freqüentemente obtidos graças a fórmulas vagas que permitem, por isso mesmo, interpretações divergentes.²⁴

Possivelmente, foi o que ocorreu quando da redação do § 3º do art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.

²³ ROCHA, Daniel Machado da. *Direito previdenciário: aspectos materiais, processuais e penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.55.

²⁴ CHAÏN, Perelman. *Lógica jurídica: nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1988. p. 52.

Esta citação foi extraída da primeira parte da obra indicada, denominada: “Teorias relativas ao raciocínio judiciário, sobretudo em direito continental, desde o Código de Napoleão até nossos dias”.

Todos os esforços, sejam da sociedade ou do próprio Estado, são envidados para que o menor permaneça em companhia de sua família natural. Do contrário, estar-se-ia alvitando meios de se derruir aquela que, desde os evos da humanidade, fora sempre considerada a célula *mater* do grupamento social. Nesse sentido o escólio de Paulo Lúcio Nogueira,²⁵ quando pontifica que “a criança ou o adolescente, sempre que possível, deve ser mantido na sua própria família, ainda que carente de recursos materiais, pois os laços sangüíneos devem ser cultivados e fortalecidos com a convivência familiar”. Romper com a família natural já constitui um choque para o menor; daí porque, ao ser levado para uma família substituta, é ele cercado de cuidados, com vistas à minimização de toda sorte de prejuízos psicológicos que porventura o tenham sinalado. De acordo com o ECA, há, sabidamente, três formas de colocação de um menor aos cuidados de uma família substituta, quais sejam: a adoção, a tutela e a *guarda* (cf. art. 28 da Lei nº. 8.069/90). Indiscutivelmente, poderá um menor estar sob a responsabilidade de um terceiro, sem que aquele seja enteado, adotado ou tutelado por este último.

Figure-se um exemplo, crido bastante comum na realidade brasileira: uma mãe solteira possui um irmão abastado, que nutre carinho especial por seu sobrinho, mas este mora distante do tio e está vitimado por toda sorte de infortúnios, correndo até risco de inanição, dado que sua genitora fora expulsa do seio familiar. O tio, sensível à situação, acolhe a criança por meio da *guarda* obtida em juízo. Com o cuidado indispensável, encaminha-se até o INSS, com vistas a inscrevê-lo como seu dependente. Porém, o funcionário que o atende, com base na Lei nº. 9.528/97, lhe diz que não há como proceder à habilitação do menor junto à Previdência Social, porque o texto legal refere-se, apenas, a enteado e menor sob tutela.

Sabe-se que, na hipótese conjecturada, o infante não é enteado de seu tio, nem tampouco está sob sua tutela, porque o que aquele espera é uma melhora na situação econômico-financeira de sua irmã e, aí sim, que o menino volte ao seio de seu lar, à guarida de sua mãe.

Vê-se, pois, que a guarda pode estar timbrada pela provisoriedade (cf. § 2º, art. 33 do ECA), ainda que seja tal autorização

²⁵ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 38.

de afastamento do menor originada de uma ordem judicial. Todavia, a despeito de ser provisória, sobre a situação do menor, a lei de regência conferiu a este a “condição de *dependente*, para todos os fins e efeitos de direito, *inclusive previdenciários*” (§ 3º do mesmo diploma legal).

Então, não se tem como dizer que o sobrinho, no exemplo dado, que está sob a guarda de seu tio, sendo deste legalmente tido por dependente (economicamente), para fins previdenciários não seja considerado dependente. Seria um desvario, afastado pelo ordenamento jurídico.

Feita essa necessária explanação, ao que parece, a antiga redação do art. 16, § 2º da Lei nº. 8.213/91 era mais adequada, porque, como se sabe, contemplava como dependente o menor que estivesse sob a guarda judicial de alguém, já que aquele era equiparado a filho deste último, inclusive para efeitos previdenciários.

Não se pode pretender que o legislador tenha querido afastar a proteção social do menor sob guarda, porque, indiscutivelmente, se assim proceder, estará ferindo as regras protecionistas especiais que o Estado oferta à criança e ao adolescente, sendo que uma delas é a própria “garantia de direitos previdenciários” (cf. art. 227, § 3º, inciso II da Lei Fundamental).

Como se vislumbra, a Lei nº. 9.528/97 está eivada de imperfeição, deixando ao desabrigo uma “criança ou adolescente” sob a guarda de um responsável.

Neste ponto, asseveram-se as palavras de José Bonifácio Borges de Andrada,²⁶ quando diz que, “em se tratando de hermenêutica normativa, o método literal é o mais despojado de requinte intelectual e deve ser tão-somente utilizado restritivamente, quando não for possível aplicação de outros métodos, como o lógico-sistemático”. No mesmo sentido, ensina Carlos Maximiliano que:²⁷

A interpretação verbal fica ao alcance de todos, seduz e convence os indoutos, impressiona favoravelmente os homens de letras, maravilhados com a riqueza de

²⁶ ANDRADA, José Bonifácio Borges de. Parecer CJ/MPAS nº 936/97 (D.O.U. 22.9.97), p. 1017.

²⁷ MAXIMILIANO, Carlos apud ANDRADA, José Bonifácio Borges de. Parecer CJ/MPAS nº 936/97 (D.O.U. 22.9.97), p. 1017.

conhecimentos filosóficos e primores de linguagem ostentados por quem é apenas um profissional do Direito. Como toda meia ciência, deslumbra, encanta, e atrai. Porém, fica longe da verdade as mais das vezes, por envolver um só elemento de certeza, e precisamente o menos seguro. Não se desdenhe, em absoluto, um tal processo; cumpre empregá-lo. Porém, com a mais discreta cautela, para evitar o que os alemães denominam *Silbenstecherei* – logomarquia, esmerilhação pedantesca, disputa palavrosa e oca. (...) Quem só atende à letra da lei não merece o nome de juriconsulto; é simples pragmatício.

E conclui:

Cire leges non est verba earum tenere, sed vim ac postestatem (Saber as leis é conhecer-lhes, não as palavras, mas a força e o poder). Isto é o sentido e o alcance respectivos. Só ignaros poderiam, ainda, orientar-se pelo suspeito brocardo – *Verbis legis tenaciter inhaerendum* (Apeguemo-nos firmemente às palavras da lei).

Portanto, o método hermenêutico lógico-sistemático deve ser utilizado para melhor compreender essa questão exegética, e seu emprego leva à conclusão de que o amparo previdenciário do menor sob guarda permanece, vez que deve ser observado o imperioso preceito constitucional (art. 227).

Impreterível, também, questionar-se quanto à recepção da *guarda de fato* no âmbito do novel Estatuto da Criança e do Adolescente. Segundo Emerson Odilon Sandim,²⁸ a guarda de fato

(...) se infere presente no diploma menorista de regência, pois veja-se: a) se outra fosse a intenção do diploma legal, teria estatuído norma vedativa de qualquer extensão de relação fática a respeito do menor, mas o contrário disso vislumbra-se no § 1º, do art. 33, onde estabelece que a guarda regulariza a *posse de fato*; b) a exegese de uma

²⁸ SANDIM, Emerson Odilon. *Direito previdenciário* – temas polêmicos (com soluções práticas). São Paulo: LTr, 1997. p. 78 e ss.

norma tão especial, que cura valores indisponíveis (art. 27), haverá de ser norteadada pelos *fins sociais, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.*

Então, deixar de admitir a existência da guarda de fato seria considerar que o menor não teria relevância no contexto jurídico antes de ir para uma família substituta via intervenção judicial, tornando-o equivalente a um “nada” antes disso. Noutras palavras, mais importante que a pessoa do menor seria a caracterização oficial da confiança de sua guarda a alguém. A norma legal valeria, nesse caso, mais que os próprios interesses do infante, sobrelevando até o seu bem-estar. Seria crível imaginar que um menor, por exemplo, que ficasse dezoito anos em lar substituto sem ser regularizado judicialmente, por isso mesmo não deveria fruir qualquer proteção jurídica? A bem da verdade, no entanto, necessárias são as comprovações da guarda de fato e da *dependência econômica* de fato do menor sob guarda em relação ao segurado, ao contrário do que ocorre em relação aos filhos (quando é presumida), para que aquele menor também seja amparado pela previdência social.

Percebe-se, portanto, que o menor sob guarda, de direito ou de fato, deve possuir *direitos previdenciários*, desde que comprovada a *dependência econômica*.²⁹ A proteção previdenciária do menor é um imperativo constitucional, de modo que a *interpretação* relativa às regras pertinentes aos menores haverá de ser dilargada e construtiva no interesse do menor, sempre assumindo que ele seja o mais amparado possível, jamais restringindo o *alcance* de seus direitos. Há que se nortear pelos princípios protetivos do menor na hermenêutica, assim resumidos e elencados por Paulo Lúcio Nogueira:³⁰

1º) Princípio do atendimento integral do menor: respeito aos direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, proteção

²⁹ Sobre a comprovação da dependência econômica, entende Emerson Odilon Sandim que a declaração dessa situação constitui início de prova material, devendo ser ratificada pelo devido procedimento de justificação administrativa.

³⁰ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Op. cit., p. 14-16.

previdenciária, enfim, ao bem-estar como um todo holístico;

2º) Princípio da prevalência dos interesses do menor: a exegese dos casos concretos haverá de conduzir a um resultado útil ao infante, integrando o rebento à sociedade;

3º) Princípio da indisponibilidade do direito do menor: o direito que acoberta o menor, sua proteção e disciplinamento na tessitura social, é inderrogável pela vontade das partes, máxime pelo Estado, que, sabidamente, haverá de bem os curar;

4º) Princípio do compromisso ao qual se sujeitam todos aqueles que assumem a guarda: quem tiver o menor sob o seu pálio deverá prestar-lhe assistência material, moral e educacional, de forma a mais completa possível; bem como empregar todos os esforços para satisfazer tais misteres com o máximo de otimização de resultados.

Corroborando todo o disposto até aqui, o acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, referente ao Processo nº. 214087-9/00, que teve como relator o Sr. Juiz Célio César Paduani, dispôs:

O fato é que o apelado, beneficiário da Previdência (...), obteve a guarda do neto menor, dependente economicamente, logo, inegável a possibilidade de incluí-lo como dependente junto ao Instituto Previdenciário.

A Lei nº. 9.528/97, sabidamente, deixou de fora da cobertura previdenciária, em sua literalidade, o menor sob guarda. Conquanto, uma interpretação à luz da Constituição Federal de 1988, embasada nos princípios específicos que regem a menoridade, consubstanciados no Estatuto da Criança e do Adolescente, aponta que a guarda continua sendo hipótese de dependência previdenciária. Afastar a proteção social do menor sob guarda significaria, indiscutivelmente, ferir as regras de proteção especial que o próprio Estado ofertou à criança e ao adolescente, incluída nessa proteção a garantia dos direitos previdenciários.

Expandindo e aprofundando todo o raciocínio desenvolvido até este ponto, cabe a verificação do critério para determinar quais

beneficiários devem ser alcançados pelos benefícios e serviços previdenciários, além, obviamente, daqueles que contribuem como segurados. Qual o fundamento utilizado para o estabelecimento do vínculo de dependência em relação aos segurados da previdência? O que está por trás do rol legal de dependentes previdenciários?

Este será o assunto tratado nas próximas linhas.

Com a mesma *ratio* que no caso do menor sob guarda, e acertadamente, o extinto Tribunal Federal de Recursos, por meio da Súmula nº. 64, explicitou, em relação a cônjuges:

A mulher que dispensou, no acordo de desquite, a prestação de alimentos, conserva, não obstante, o direito à pensão decorrente do óbito do marido, desde que comprovada a necessidade do benefício.

Verifica-se que a caracterização da *dependência*, para fins previdenciários, dá-se, como sugerido durante todo o exposto até este momento, pela sujeição, ou melhor, pela subordinação econômica entre o segurado contribuinte do plano previdenciário – como mantenedor – e aqueles que dependem de sua renda e/ou de seus bens para sobreviverem. Os dependentes *necessitam* economicamente do segurado. Destarte, a regra da *dependência econômica* como caracterizadora do vínculo jurídico entre segurado e dependente (a própria denominação sugere), mesmo que não haja grau de parentesco (caso do menor sob tutela, v. g.), diante do *interesse público* presente nos regimes previdenciários, torna-se clara. Assim, devem ser considerados dependentes previdenciários aqueles que *dependem economicamente* dos segurados para sobreviverem.

O vínculo de dependência tem natureza jurídica assistencialista, ou seja, independe de contribuição, e finalidade protetiva. Assim, aquele que *depende economicamente* do segurado recebe a proteção previdenciária sem que tenha de contribuir para isso, mesmo porque não teria recursos para fazê-lo. Segundo J. Franklin Alves Felipe,³¹ “a condição de dependente está subordinada à manutenção da qualidade de

³¹ FELIPE, J. Franklin Alves. *Previdência Social na prática forense*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 117.

segurado daquele de quem *depende economicamente*”. Mantendo, portanto, o segurado suas contribuições e, por conseqüência, sua condição de segurado, cumpre ao Estado, como já dito, o dever de proteger o segurado e seus dependentes.

A *dependência econômica* é a situação pela qual os dependentes vivem às expensas dos segurados, de modo que, na falta dos rendimentos dos últimos, o benefício previdenciário venha a amparar os primeiros. Há até quem defenda que o benefício previdenciário seja mais que um mínimo necessário à sobrevivência, encarando-o como um verdadeiro instrumento de manutenção do padrão de vida do segurado e/ou de sua família, como se verifica:

O conceito de dependência econômica deve abranger não só o que se refere às necessidades elementares, mas também o que corresponde ao padrão de vida desfrutado pelo casal. Se a companheira auferir outra pensão muito abaixo do que lhe é necessário, dentro do seu padrão de vida, não é justo que se lhe negue a pensão deixada pelo companheiro, tendo em vista o elo de afeição que os ligou por cerca de trinta anos.³²

A lei, como visto, enumera os dependentes, ora presumindo a dependência econômica, ora exigindo a sua comprovação (art. 16, § 4º da Lei de Benefícios). Assim, a dependência econômica dos filhos, cônjuges, companheira e companheiro é presumida. Isto quer dizer que não precisam provar que dependiam economicamente do segurado para que possam fazer *jus* aos benefícios.

A presunção de dependência econômica da esposa é relativa (presunção *juris tantum*), podendo vir a ser afastada do direito ao benefício pela companheira (art. 76, § 1º, Lei de Benefícios).³³ Ao

³² TFR. Ap. Cível nº 80.981-SP, Rel. Min. Carlos Madeira, em 18.02.1983, 3ª T., *LEMI*, v. 190, p. 274.

³³ TFR. “Previdência Social. Pensão. Companheira. A dependência econômica é uma situação de fato. A presunção legal em favor do cônjuge é afastável mediante comprovação em contrário da companheira que demonstra ter sido como tal na instituição previdenciária.” (Ap. Cível nº. 33.238-RS, Rel. Min. Paulo Távora, 2ª T., TFR, em 17.03.1978, *DJU* de 02.06.1978)

afirmar que a dependência econômica dos dependentes de primeiro grau é presumida, a lei se refere também à companheira. Mas, embora seja presumida a dependência da companheira, ela deve provar a existência de união estável com o segurado.

Em não se tratando dos dependentes mencionados, todos os outros têm que provar sua *dependência econômica*, total ou parcial, em relação ao segurado.³⁴ Uma consideração indispensável: a dependência econômica, a rigor, não deve ser exigida no momento da inscrição ou designação. A dependência econômica deve existir no momento em que nasce o direito ao benefício; no caso de pensão, no momento do óbito do segurado (art. 108, Dec. 3.048/99). A legislação aplicável é, outrossim, a vigente à época da necessidade.

Os filhos são antes dependentes dos pais do que dos irmãos. Os cônjuges, um do outro, antes de sê-lo dos filhos. Mas a regra não é absoluta. Já entendeu a 4ª Turma do extinto Tribunal Federal de Recursos, apreciando a Ap. Cível nº. 55.702-RJ, de que foi relator o Ministro Carlos Madeira, que “não desfigura a dependência da mãe ao filho o fato de ser vivo o marido e ganhar salário mínimo”.³⁵

As discussões acerca de alguns casos polêmicos, como o do menor sob guarda, podem ser encerradas se norteadas pela verificação da *dependência econômica*, caso a caso. Ou seja, defende-se a idéia, com os argumentos ora apresentados, de que, caracterizada a *dependência econômica*, fundamentada pela impossibilidade de o dependente produzir ou adquirir seus víveres, configurado deve estar o vínculo de dependência para a produção dos efeitos de direito na seara previdenciária.

4. Conclusão

O Estado brasileiro, segundo as diretrizes adotadas desde o governo Fernando Henrique Cardoso, seguindo tendência mundial, pretende reduzir o déficit da Previdência Oficial, numa verdadeira política de “enxugamento” da Previdência Social. Por outro lado, é dever do Estado amparar seus desamparados. Não se pode deslocar esse ônus para o particular que contribui e, portanto, já faz sua parte. No caso do menor sob guarda, nada mais justo que o Estado assuma o amparo da criança e do adolescente, nessa situação na hipótese de necessitarem, desde que vinculados a segurado da Previdência Social.

O art. 26 da Lei Complementar nº. 109 prevê a abrangência dos *dependentes econômicos* para as entidades de previdência privada aberta, que têm fim de lucro, numa fórmula mais ampla que a do próprio Regime Geral de Previdência Social (público), que apresenta mais restrições ao rol de seus beneficiários dependentes. Ora, se a regra para a iniciativa privada é elástica, não há porque obstar ou polemizar o entendimento de que a mesma regra deva ser aplicada à inclusão de dependentes, indiscriminadamente, a todos os demais regimes previdenciais, sobretudo ao da previdência pública oficial. Assim, o rol dos dependentes previdenciários apresentado pelo art. 16 da Lei nº. 8.213/91 não deve ser interpretado como taxativo, ou *numerus clausus*, mas meramente *exemplificativo*, sendo estendido sempre que couber, ou seja, sempre que houver alguém que dependa, ou dependia (em caso de morte), economicamente do segurado, e não tenha meios de se tornar independente, provisória (v. g., enquanto não atinge a maioria) ou definitivamente (v. g., deficiente mental).

Como já falado, previdência está ligada a amparo. Numa alegoria, pode-se dizer que se um corpo é denominado “dependência previdenciária”, sua alma deve ser chamada “dependência econômica”. Não se pode imaginar um instituto de previdência que desampara seus beneficiários (segurados e respectivos *dependentes*), pois, assim, estaria contrariando sua própria essência.

³⁴ “Pensão pleiteada por menor designada beneficiária pelo avô e representada em juízo pelo pai. Sem a comprovação de forma hábil da dependência econômica da dependente designada estranha ao grupo enumerado no art. 11, I, da Lei nº 3807/60, não é possível reconhecer-lhe o direito ao benefício. Sentença confirmada.” (Ap. Cível nº 43.711-RS, Rel. Min. Armando Rolenberg, 28.06.1978, DJU de 14.08.1978, p. 5788)

³⁵ DJ de 06.08.1980, Ementário, p. 133.

Rememorando as palavras de Paulo Edson Marques,³⁶

A Previdência Social é a segurança àqueles que, pelo infortúnio ou pelo tempo, já não podem contribuir com sua força de trabalho. Seu amparo previdenciário não é senão um tributo social de que todos um dia seremos beneficiários. Uma sociedade fraterna não desampara seus velhos e desvalidos. Ao contrário, cultiva-os como exemplo de trabalho e amor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADA, José Bonifácio Borges de. Parecer CJ/MPAS nº. 936/97 - Previdência complementar - natureza das caixas de assistência dos advogados. *Revista de Previdência Social*. São Paulo: LTr, v. 21, n. 203, p. 1017-18, out. 1997.

ARTIFON, Danielle Perini. O menor sob guarda e sua exclusão da proteção previdenciária - aspectos constitucionais. *Revista de Previdência Social*. São Paulo: LTr, n. 226, p. 735, jul. 2000.

BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Apelação Cível nº. 80.981-SP. Relator: Min. Carlos Madeira. Brasília, DF, 18 de fevereiro de 1983. *Revista Jurídica LEMI*, São Paulo, v. 190, p. 274, mar. 1983.

CHAÏN, Perelman. *Lógica jurídica: nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

FELIPE, J. Franklin Alves. *Previdência social na prática forense*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *População no Brasil*. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/ibgeteen/datas/população/população_no_Brasil.html>. Acesso em: 15 jul. 2001.

LEITE, João Antônio G. Pereira. *Curso elementar de direito previdenciário*. São Paulo: LTr, 1977.

MAGALHÃES, Vanderlei Pires de. *AGROS: Estudo das principais atividades realizadas no período de 1989 a 1999*. 2001. 75 f. Monografia de final de curso - Faculdade de Administração. Universidade Federal de Viçosa, Viçosa. MG.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Fundamentos de direito da seguridade social*. São Paulo: Atlas, 2001.

MARTINS, Sérgio Pinto. Menor sob guarda e sua condição de dependente para a previdência social. *Revista de Previdência Social*. São Paulo: LTr, v. 24, n. 236, p. 667-668, jul. 2000.

NASCIMENTO, Sandra. Emenda administrativa ainda depende de leis. *Gazeta Mercantil*. São Paulo, 13 jan. 1999. p. A-10.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. São Paulo: Saraiva, 1991.

O ESTADO DE SÃO PAULO. Os 50 maiores devedores da Previdência. Disponível em: <<http://www.estado.com.br/editoriais/200/12/27/pol798.html>>. Acesso em: 28 dez. 2001.

OLIVEIRA, André. *Legislação previdenciária remissiva consolidada*. 11. ed. Rio de Janeiro: 2003.

DICIONÁRIO AURÉLIO ELETRÔNICO - SÉCULO XXI. *Previdência*. Versão 3.0, nov. 1999.

³⁶ MARQUES, Paulo Edson apud OLIVEIRA, André. *Legislação previdenciária remissiva consolidada*. 11. ed. Rio de Janeiro: 2003.

DICIONÁRIO CONTEMPORÂNEO DA LÍNGUA PORTUGUESA
CALDAS AULETE. *Previdência*. v. 4, 1970.

ENCICLOPÉDIA DELTA LAROUSSE. *Previdência*. v. 12. São Paulo:
Delta, 1977.

ROCHA, Daniel Machado da. *Direito previdenciário: aspectos materiais,
processuais e penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SANDIM, Emerson Odilon. *Direito previdenciário – temas polêmicos
(com soluções práticas)*. São Paulo: LTr, 1997.

BREVES ANÁLISES SOBRE A PROPOSTA DE REDUÇÃO DA IDADE PENAL

Fernando Laércio Alves da Silva

Graduado em Direito pela UFV

Luciene Rinaldi Colli

Mestre em Extensão Rural pela UFV

Professora Assistente do Departamento de Direito da UFV

RESUMO: Dentre os problemas sociais brasileiros com reflexo no mundo jurídico, destaque tem merecido, nos últimos tempos, o envolvimento de adolescentes e, portanto, inimputáveis, em práticas delituosas. Como proposta de combate ao problema, muito se tem discutido, tanto na doutrina como nas Casas Legislativas, acerca da viabilidade ou não da redução da idade penal mínima. A questão, porém, não se limita a dados estatísticos sobre o envolvimento de adolescentes em infrações, mas toca as teorias do crime e da pena e os próprios princípios fundamentais do direito, que sustentam a Norma Constitucional e o Estatuto da Criança e do Adolescente, os quais vedam a adoção dessa proposta.

PALAVRAS-CHAVE: menoridade penal; criminalidade; direito penal.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 1. A figura do menor de dezoito anos no direito penal; 1.1. O menor e o direito penal brasileiro; 1.2. Código Penal e Constituição Federal: a idade como limite à imputabilidade penal; 2. Breve resumo das propostas de emenda constitucional sobre o tema; 3. Fundamentações apontadas para a defesa da redução da idade penal mínima; 3.1. O amadurecimento psicoemocional dos adolescentes; 3.2. A capacidade em outras áreas do direito; 3.3. O alto índice de adolescentes envolvidos na prática infracional e a ineficácia do ECA para reeducá-los; 3.4. A orientação no direito comparado; 4. Conclusão.