

# Do menor sob guarda e o Sistema da Previdência Social

Henrique Jorge Dantas da Cruz\*

## 1 Introdução

A redação originária do art. 16, § 2º, da Lei 8.213/1991<sup>1</sup> equiparava a filho, na condição de dependente do segurado, o menor que, por determinação judicial, estivesse sob a sua guarda.

Com o advento da Medida Provisória 1.596, de 10/11/1997, posteriormente convertida na Lei 9.528/1997, a redação passou a ser a seguinte:

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.

Isto é, o menor sob guarda deixou de figurar no rol de dependentes do segurado.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, apreciando o Incidente de Inconstitucionalidade no Reexame Necessário 0001292-81.1998.4.01.3700, declarou a inconstitucionalidade da exclusão do menor sob guarda do rol de beneficiários do Regime Geral de Previdência Social:

CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO - ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 2º DO ART. 16 DA LEI 8.213/91, COM A REDAÇÃO DADA PELA MEDIDA PROVISÓRIA 1.523, DE 11/10/96, REEDITADA E CONVERTIDA NA LEI 9.528/97 - SUPRESSÃO DO MENOR SOB GUARDA JUDICIAL DO ROL DE BENEFICIÁRIOS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL, NA CONDIÇÃO DE DEPENDENTE DO SEGURADO - AFRONTA AOS ARTS. 227, § 3º, II E VI, E 5º, CAPUT, DA CF/88 - INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA. I - A redação original do § 2º do art. 16 da Lei 8.213/91 estabelecia que se equiparavam "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." II - A Medida Provisória 1.523, de 11/10/96, reeditada e convertida na Lei 9.528/97, alterou o aludido § 2º do art. 16 da Lei 8.213/91, para estabelecer que "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", suprimindo, portanto, o menor sob guarda judicial do rol de beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependente do segurado. III - A Constituição Federal consagra, em relação à criança e ao adolescente, o princípio da proteção integral, cabendo à família, à sociedade e ao Estado o dever de, solidariamente, assegurar-lhes, 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, direitos naturais fundamentais (art. 227, caput, da Carta Magna). IV - O constituinte elenca, ainda, no § 3º do art. 227 da Carta Maior, sete normas indicativas das obrigações que o legislador ordinário não pode deixar de cumprir, entre as quais destacam-se a garantia, ao menor - criança e adolescente -, dos direitos previdenciários e trabalhistas, e o estímulo do Poder Público ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado. V - "Sabemos que a supremacia da ordem constitucional traduz princípio essencial que deriva, em nosso sistema de direito positivo, do caráter eminentemente rígido de que se revestem as normas inscritas no estatuto fundamental. Nesse contexto, em que a autoridade normativa da Constituição assume decisivo poder de ordenação e de conformação da atividade estatal - que nela passa a ter o fundamento de sua própria existência, validade e eficácia -, nenhum ato de Governo (Legislativo, Executivo e Judiciário) poderá contrariar-lhe os princípios ou transgredir-lhe os preceitos, sob pena de o comportamento dos órgãos do Estado incidir em absoluta desvalia jurídica." (ADI 2.215/PE, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 26/04/2001). VI - Desse modo, a norma contida no art. 16, § 2º, da Lei 8.213/91 - na redação dada pela Medida Provisória 1.523, de 11/10/96, reeditada e convertida na Lei 9.528/97 -, na parte em que exclui o menor sob guarda judicial da condição de dependente, colocando-o à margem da proteção

\* Procurador federal.

<sup>1</sup> "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".

previdenciária estatal, é inconstitucional, pois não se harmoniza com as garantias estabelecidas na Lei Maior, entre elas as do art. 227, caput, § 3º, II e VI, da Carta. VII - Ademais, a discriminação trazida pela nova redação do § 2º do art. 16 da Lei 8.213/91 - ao excluir o menor sob guarda judicial da condição de dependente do segurado -, afronta, também, o princípio constitucional da isonomia, previsto no art. 5º, caput, da CF/88, pois, do ponto de vista essencial - não do nomen iuris do instituto jurídico sob cuja tutela vivem -, os menores sujeitos à guarda judicial de outrem necessitam dos mesmos cuidados e da mesma proteção estatal dispensada aos tutelados, diante do infortúnio da morte do guardião ou tutor, conforme o caso. VIII - Acolhimento da arguição de inconstitucionalidade do § 2º do art. 16 da Lei 8.213/91, com a redação dada pela Medida Provisória 1.523, de 11/10/96, reeditada e convertida na Lei 9.528/97, na parte em que excluiu o menor sob guarda judicial do rol dos beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependente do segurado. (INREO 1998.37.00.001311-0/MA, Rel. Desembargadora Federal Assusete Magalhães, Corte Especial, e-DJF1 de 21/09/2009).

No voto da relatora – hoje, ministra do STJ – consignou-se que

[...] em relação à criança e ao adolescente, a Constituição Federal consagra o princípio da proteção integral, cabendo à família, à sociedade e ao Estado o dever de, solidariamente, assegurar-lhes tais direitos naturais fundamentais, com absoluta prioridade.

Mais adiante, registrou:

O constituinte elenca, ainda, no § 3º do art. 227 da Carta Maior, sete normas indicativas das obrigações que o legislador ordinário não pode deixar de cumprir, entre as quais destacam-se a garantia ao menor – criança e adolescente – dos direitos previdenciários e trabalhistas, e o estímulo do Poder Público ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado.

Sob o manto do art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942), segundo o qual, “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, sua excelência, acompanhada pela maioria dos membros daquela Corte presentes ao julgamento, julgou inconstitucional a exclusão do menor sob guarda por afronta ao art. 227, caput, § 3º, II e VI, da Carta Constitucional, uma vez que a finalidade social do Direito Previdenciário é atender às pessoas nas contingências da vida, assegurando, assim, a dignidade da pessoa humana a todos, em especial ao menor, cuja proteção tem absoluta prioridade.

Ademais, vislumbrou violação ao princípio constitucional da igualdade (art. 5º, caput, da CRFB), já que o menor sob guarda necessitaria

[...] dos mesmos cuidados e da mesma proteção estatal dispensada aos tutelados, diante do infortúnio da morte do guardião ou tutor, conforme o caso.

## 2 Da recorribilidade e técnica de julgamento

Visto o julgamento acima, passa-se agora a analisar, sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, as relações jurídicas que gravitam em torno do tema, sem olvidar algumas peculiares questões processuais de recorribilidade em face do aludido julgamento.

Diante de declaração de inconstitucionalidade, o recurso extraordinário, eventualmente interposto, terá como base na alínea *b*, o que permite ao STF a livre análise da questão controvertida, sem ficar jungido ao cotejo entre a decisão recorrida e o preceito constitucional invocado na insurreição recursal<sup>2</sup>.

Não obstante a liberdade acima apontada, é necessário o prequestionamento do fundamento constitucional da declaração de inconstitucionalidade impugnada no recurso extraordinário. Assim, na hipótese muito comum dos acórdãos posteriores apenas fazerem referência ao julgamento do incidente de constitucionalidade, é indispensável a oposição de embargos de declaração ou a juntada do inteiro teor do precedente invocado<sup>3</sup>.

Finalizados esses lembretes acerca da recorribilidade, é de se registrar a Corte Especial do STJ<sup>4</sup> não ter conhecido de semelhante incidente de inconstitucionalidade, já que a declaração de ilegitimidade da norma era dispensável ao julgamento da causa. Noutras palavras, a técnica de julgamento seguida pelo TRF1 foi rechaçada pelo STJ, em virtude de a nova legislação não ter negado direito de equiparação do menor sob guarda, mas apenas omitiu-se em prevê-lo. Assim,

[...] se a Constituição assegura, como se alega, a mencionada equiparação, o eventual

<sup>2</sup> RE 420.816, relator(a): Min. Carlos Velloso, relator(a) p/ acórdão: Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 29/09/2004, DJ: 10/12/2006.

<sup>3</sup> RE 121.487, relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 23/08/1990, DJ: 14/09/1990.

<sup>4</sup> AI nos EREsp 727.716/CE, rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), rel. p/ acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 16/02/2011, DJe: 23/05/2011.

vazio normativo da lei ordinária é suscetível de ser colmatado, se for o caso, pela aplicação direta do próprio preceito constitucional.<sup>5</sup>

Inicia-se agora o exame a respeito da inconstitucionalidade de estender o direito do tutelado ao menor sob guarda sob o império da atuação legislativa.

### 3 Dos direitos previdenciários à criança e ao adolescente

É certo que a nossa Constituição garante direitos previdenciários à criança e ao adolescente, mas não é menos correto afirmar que esses direitos não são absolutos e devam ser aplicados em conformidade com o interesse público, a pacífica e harmoniosa vida em sociedade e a boa gestão dos finitos recursos públicos à disposição da população<sup>6</sup>. Nessa diretriz, o Pleno do STF deixou claro inexistir direitos e garantias de caráter absoluto:

OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias

<sup>5</sup> Excerto do voto vencedor.

<sup>6</sup> “Porém, precisa ser desmistificada a ideia corrente de que a intervenção judicial nas políticas públicas é algo sempre positivo, na medida em que visa assegurar a concretização dos direitos sociais. É decisivo, neste ponto, lembrar que a realização desses direitos envolve gastos públicos e que os recursos para fazer frente a tais despesas são escassos. O magistrado, em princípio, não tem à sua disposição todos os dados técnicos necessários à análise objetiva dos critérios de oportunidade e conveniência de implementação de determinada ação voltada ao bem coletivo. Nesse diapasão, e dentro de um inescapável cenário de escassez de recursos, em que as necessidades são maiores do que as possibilidades do orçamento público, o Poder Judiciário deve realizar uma análise realista no que se refere à implementação dos direitos sociais.” (TRF-1, SLAT 0037075-88.2012.4.01.0000, Presidente Desembargador Federal Mário César Ribeiro, e-DJF1 de 05/09/2012).

de terceiros. (MS 23452, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1999, DJ: 12/05/2000) (excerto da ementa)

Seguindo essa linha de raciocínio, a Carta Magna competiu ao Poder Público organizar a seguridade social, com espedeque, dentre outros, nos princípios da seletividade e distributividade, cuja função primordial é traçar as linhas-mestras do disciplinamento legislativo no atendimento às contingências da vida. A respeito deles, já tive o prazer de me manifestar<sup>7</sup>:

#### 3. DOS PRINCÍPIOS DA SELETIVIDADE E DISTRIBUTIVIDADE

A nossa Constituição, nos incisos do artigo 201<sup>8</sup>, enumera eventualidades a serem atendidas, nos termos da lei, pela previdência social. Dessa primeira leitura, percebe-se toda e qualquer contingência humana não ser geradora de um conseqüente direito a uma prestação previdenciária, e seu atendimento não prescindir de requisitos para seu gozo.

O princípio da seletividade apregoa que os benefícios só serão fruídos por quem deles realmente necessite, devendo o necessitado estar dentro dos critérios erigidos na legislação.<sup>9</sup> Segundo o professor Wagner Balera:

A seletividade é um instrumento a serviço dessas finalidades adrede fixadas no Texto Fundamental. O momento da seletividade está situado no estágio da elaboração legislativa. Orientando a intenção normativa, que se expressa nas finalidades a serem atingidas, cabe ao legislador definir os benefícios e serviços cuja prestação propicie melhores condições de vida à população.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> CRUZ, Henrique Jorge Dantas da. Desaposeitação. In: PAVIONE, Lucas dos Santos; AMORIM, Luiz Antônio M. *Temas Aprofundados: Advocacia Geral da União*. Salvador: Podivm, 2012, p. 486–487.

<sup>8</sup> Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

<sup>9</sup> DIAS, Eduardo Rocha e MACÊDO, José Leandro Monteiro de. *Op. cit.* p. 100–101. No mesmo sentido: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves e CORREIA, Érica Paula Barcha. *Curso de Direito da Seguridade Social*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 101. MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários à Lei Básica da Previdência Social*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 15. VIANA, João Ernesto Aragonés. *Curso de Direito Previdenciário*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 16.

<sup>10</sup> BALERA, Wagner. *A Seguridade Social na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 36.

Se por um lado a previdência social arrecada valores para distribuí-los, essa distribuição, por outro lado, não deve ser desordenada. A renda deve ser auferida, em um primeiro plano, pelos mais necessitados. Nessa ótica, o princípio da distributividade é um desdobramento do princípio da igualdade material.<sup>11</sup>

Em suma: nem toda contingência humana é atendida por uma prestação previdenciária, e, quando houver previsão legal para tanto, inarredável será o atendimento dos requisitos legais para sua concreta efetivação. Portanto, já passou da hora de se pensar que o sistema previdenciário, seja público ou privado, é um guarda-chuva onde todos possam se abrigar, pois, ou são estabelecidos critérios para atender os politicamente eleitos, ou findará ninguém sendo atendido adequadamente<sup>12</sup>.

Destarte, caí por terra utilizar o art. 227 da CRFB e seus parágrafos e incisos na tentativa de impedir qualquer mudança legislativa ou estender direitos previdenciários a quem não é legislativamente eleito. São os postulados da seletividade e distributividade que ordenam ao Poder Público ter critérios na escolha dos beneficiários (segurados e dependentes).

## 4 Da guarda e da tutela

Adentra-se agora na apreciação da Lei 8.069/1990 (ECA), com a finalidade de desvendar a natureza jurídica do instituto da guarda.

A família natural é aquela unidade comum formada pelos pais ou qualquer um deles e seus descendentes (art. 25 do ECA). Já a família substituta<sup>13</sup> – a própria

denominação já revela – é medida excepcional (art. 19 do ECA) e tem o caráter de fazer frente à falta daquela, nos termos do ECA, e será efetivada mediante guarda, tutela ou adoção (art. 28 do ECA).

Esses instrumentos – guarda, tutela e adoção – são taxativos, sendo o primeiro considerado a modalidade mais simples, pois sequer retira o poder familiar dos pais sanguíneos, ao passo que a tutela pressupõe sua suspensão ou mesmo a destituição e a adoção, a mais drástica de todas, tem como consequência o rompimento dos vínculos de parentesco com a família natural.

Para o interesse do presente estudo, as atenções são voltadas para o instituto da guarda e suas espécies em uma relação comparativa com a tutela.

A guarda, que obriga o seu detentor à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente (art. 33, *caput*, do ECA), em regra, “[...] destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção [...]” (art. 33, § 1º, do ECA). Não há muita dificuldade em enxergar a provisoriedade dessa espécie, pois ela não passa de fase anterior ao procedimento de tutela e adoção.

Já o § 2º do art. 33 do ECA dispõe sobre as *hipóteses excepcionais*, fora dos casos de tutela e adoção, em que se deferirá a guarda para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável.

A título de exemplo, os programas de acolhimento familiar ou institucional configuram situação peculiar, contudo, sua precariedade é nota intrínseca. Dois dos seus princípios esculpido no art. 92 do ECA evidenciam essa conclusão: preservação dos vínculos familiares e promoção da reintegração familiar e integração em família substituta, quando esgotados os recursos de manutenção na família natural ou extensa.

A eventual falta dos pais também permite ao guardião representar o guardado em determinada situação (ex.: menor, cujos pais estejam em outra localidade impedidos de se deslocarem, que necessita ser representado para retirada de FGTS).

Em suma, a guarda é (a) preparatória para a tutela ou adoção, (b) estágio para a reintegração familiar ou integração em família substituta ou (c) proteção aos

<sup>11</sup> DIAS, Eduardo Rocha e MACÊDO, José Leandro Monteiro de. *op. cit.* p. 103.

<sup>12</sup> Prova maior dessa asserção é a recém instituição do regime de previdência complementar para os servidores públicos federais pela Lei 12.618/2012 e as reformas na previdência nos países europeus.

<sup>13</sup> “E como bem acentua J. M. Leoni Lopes de Oliveira citando passagem colhida em Luiz Paulo Santos Aoki: ‘A história da família substituta é quase tão antiga quanto a humanidade, pois certamente brotou do próprio espírito de solidariedade existente latente nos seres humanos, de molde a suprir incontáveis ausências da família natural, gerando, daí, até mesmo fábulas, lendas e fantasiosas histórias que recheiam a imaginação de inúmeras gerações, como é o caso, por exemplo, dos irmãos romanos Rômulo e Remo, que foram criados por uma Loba; ou, então, a história do *Lord* inglês que foi criado por uma família de gorilas; ou então, a deliciosa história de Mogli, o menino das selvas, criado por uma família de lobos selvagens; ou a milenar história de Moisés, posto nas águas do rio em que se banhava a filha do faraó e por ela tirado das águas e

criado, tendo por ama de leite sua própria mãe.” (JUNIOR, Alberto Gosson Jorge. *Guarda, Tutela e Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente. Principais Aspectos. Revista de Direito Privado. Vol. 05. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 32–33).*

interesses do menor diante de situação passageira. Diante do exposto, ela é meio e não fim, é estado não buscado a título de definitividade, mas como etapa prévia ou temporária àquela visada pelos próprios princípios de proteção à criação e ao adolescente. Aliás, sua natureza precária e provisória decorre de expressa previsão no ECA:

Art. 35. A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público.

Adiante, em rápidos esclarecimentos, restarão evidentes os traços distintivos entre a guarda e a tutela.

Enquanto o deferimento da guarda não é definitivo, tampouco faz cessar o poder familiar, o que permite aos pais futuramente reverter essa situação<sup>14</sup>, são postos em tutela os filhos menores cujos pais faleceram, são considerados judicialmente ausentes ou decaíram do poder familiar (art. 1.728, I e II, do CC). Em consonância, o art. 36, parágrafo único, do ECA prevê como pressuposto ao deferimento da tutela a prévia decretação da suspensão (art. 1.637 do CC) ou perda (art. 1.638 do CC) do poder familiar.

Ao passo que a guarda é instituto revestido de provisoriedade, a tutela tem cores de estabilidade, apesar de não revestir-se de definitividade. Basta ler os arts. 1.740 e seguintes do Código Civil para ver que ao tutor incumbem todos os deveres que normalmente caberiam aos pais, isto é, a tutela substitui o poder familiar. Outros suportes normativos da estabilidade da tutela são (a) o art. 38 do ECA, que equipara os casos de cessação da tutela às hipóteses de destituição do poder familiar – ou seja, a tutela, diferentemente da guarda, não é simplesmente destituída em razão de a criança e o adolescente atingir estágio melhor de proteção (adoção, por exemplo) – e (b) o caráter de firmeza da estado de tutor ante as hipóteses de destituição prevista do art. 1.764 do CC.

Ademais, interpretando os incisos do art. 1.763 do CC, cessa a condição de tutelado se for atingida a maioridade/emancipação ou estiver/retornar, em qualquer hipótese, ao manto do poder familiar: reconhecimento, adoção, descoberta ou reaparecimento dos genitores e readquirição judicial do

poder familiar<sup>15</sup>. Mais uma vez, essas razões sinalizam o grau de estabilidade do instituto.

Demonstrada a abissal diferença entre os institutos da guarda e da tutela, quem viola o princípio constitucional da isonomia é, na verdade, a equiparação do menor sob guarda ao tutelado pela simples razão de eles viverem situações desassemelhadas.

## 5 Das considerações finais

Infelizmente, o *jeitinho brasileiro*, ferramenta típica de indivíduos de baixo nível de politização, é costume por demais arraigado no povo brasileiro: basta lembrar a época da Revolta da Vacina em que população passou a criar ratos<sup>16</sup>. A *guarda simulada* também não passou despercebida pela doutrina e jurisprudência brasileiras:

O que se deve evitar é a constituição de guardas somente com vistas à percepção do benefício previdenciário, pois o encargo é muito mais amplo, conferindo ao seu detentor a responsabilidade de prestar assistência moral, material e educacional à criança ou adolescente.

É comum os avós postularem a guarda do neto, quando mãe (ou pai) com eles reside, trabalha, mas só tem a assistência médica do INSS e quer beneficiar seu filho com o IPE ou com outro convênio. Entendo, respeitando posições em contrário, que tais pedidos devem ser indeferidos, porque a situação fática, nesses casos, está discrepância com a jurídica. Em suma, é uma simulação com a qual o MP, como custos legis, e o Juiz competente não podem ser convenientes, sob pena de se fomentar o assistencialismo às custas de entidades não destinadas a esse fim<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> PELUSO, Cezar (coord). *Código Civil Comentado*. 3. ed. Barueri: Manole, 2009, p. 1.976.

<sup>16</sup> “Para acabar com os ratos do Rio de Janeiro e erradicar a peste bubônica que eles transmitiam, o diretor-geral da Saúde Pública, Oswaldo Cruz, teve uma idéia genial. Montou brigadas mata-ratos. A tarefa de cada voluntário era eliminar cinco roedores por dia. Para cada rato caçado acima dessa cota, recebia-se 300 réis do governo! Foi uma mina de ouro para os malandros. De olho na recompensa, houve quem se especializasse na criação doméstica de ratos, que eram vendidos ou depois de abatidos trocados por dinheiro. Conhecidos pela sua extraordinária capacidade de procriar, os bichinhos devem ter feito o pé-de-meia de muita gente. Mas a farsa foi descoberta e alguns criadores presos.” (disponível em: <<http://histoblogsu.blogspot.com.br/2009/10/revolta-da-vacina.html>>. Acesso em: 11 set. 2012).

<sup>17</sup> CHAVES, Antônio. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: LTr, 1994, p. 150.

<sup>14</sup> REsp 993.458/MA, rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 07/10/2008, DJe: 23/10/2008.

O STJ<sup>18</sup>, na pena no Min. Ruy Rosado de Aguiar, de há muito, esboçou preocupação com os pedidos judiciais de guarda que maquiavam a verdadeira intenção de enriquecimento ilícito, no sentido de que pretendiam criar situações jurídicas aptas a gerarem benefícios previdenciários:

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

A responsabilidade primária e imediata da criação dos filhos é dos pais, e não dos avós, porque são eles que têm maiores possibilidades e melhores condições biológicas de acompanhar o desenvolvimento da criança até a maioridade. O falecimento dos avós antes de ser alcançado esse limite, possibilidade atuarialmente comprovada, não interfere no encargo dos pais, que continuam com o dever de prestar a assistência necessária aos filhos. Porém, se a neta passa a ser dependente da avó, os efeitos previdenciários dessa medida, em caso de seu falecimento, implicarão a oneração da previdência social, com o pagamento da pensão devida ao dependente, quando o dever de sustentar o filho era e deveria continuar sendo dos pais.

O expediente da guarda, em tais circunstâncias e com tal objetivo, passa a ser mero instrumento para garantir uma pensão aos filhos, em caso de falecimento da avó, quando a pensão dos filhos deveria decorrer do falecimento dos seus pais. Se estes estão vivos, saudáveis e em condições de trabalho, conforme ordinariamente acentuado nos autos, não há razão jurídica para

deferimento da guarda. Esta, como diz a lei, serve para regularizar a posse de fato, nos procedimentos de tutela e adoção, ou para ser deferida em casos excepcionais: na espécie, a conveniência de atribuir ao neto uma vantagem previdenciária, que não teria se continuasse na guarda dos pais, não caracteriza aquela excepcionalidade exigida pela lei, antes parecendo ser uma saída cômoda para onerar a previdência social.

Confesso que minha primeira impressão foi a de que a medida somente viria em benefício do menor, e daí a possibilidade de atendimento da pretensão. Refleti, porém, nas consequências do que disso poderia decorrer, caso firmada a orientação jurisprudencial no sentido de que os netos poderiam ser colocados, com o deferimento formal da guarda, como dependentes previdenciários dos avós, o que certamente teria importante reflexo no sistema previdenciário, e constituiria um desvio de finalidade da lei, seja a da que regula o sistema da previdência, seja a da que protege a criança e o adolescente. Na verdade, haveria a parcial desoneração dos pais e a consequente imposição de um ônus à instituição de previdência, com o surgimento de beneficiários em uma escala que não corresponde à ordem natural das coisas, a exigir o refazimento dos cálculos de suas despesas e consequente aumento de receita.

As duas situações mais corriqueiras com menor sob guarda são: a) transição para a tutela ou adoção; b) morte do avô, avó ou ambos cujos pais ainda estão vivos. Essas hipóteses são por demais afastadas da morte do tutor cujos estipêndios supriam as necessidades de um menor. Parece-me – e digo isso com todo o respeito – conceder pensão por morte para quem ainda tem seus provedores imediatos vivos é agir com irresponsabilidade frente aos recursos do Erário.

Por óbvio, não se parte do pressuposto que todas as pessoas agiam de forma dissimulada. Entretanto, como as situações se repetiam aos milhares, o legislador, sem ofender qualquer preceito constitucional e dentro do seu legítimo exercício do poder legiferante, manteve a proteção e cobertura previdenciárias ao menor e ao adolescente dentro de parâmetros mais razoáveis e seguros.

<sup>18</sup> REsp 86442/RJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 10/12/1996, DJ: 03/03/1997.