

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADES UNIFICADAS DE TEÓFILO OTONI**

SÂMARA FERREIRA GAMA

**A IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR
MORTE DOS AVÓS AOS NETOS SOB GUARDA DE FATO – VIOLAÇÃO
AOS DIREITOS E GARANTIAS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

TEÓFILO OTONI

2018

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADES UNIFICADAS DE TEÓFILO OTONI**

SÂMARA FERREIRA GAMA

**A IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR
MORTE DOS AVÓS AOS NETOS SOB GUARDA DE FATO – VIOLAÇÃO
AOS DIREITOS E GARANTIAS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

**Monografia apresentada ao Curso de
Direito das Faculdades Unificadas de
Teófilo Otoni, como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em
Direito.**

**Área de Concentração: Direito
Previdenciário.**

Orientadora: Prof^a Vanusa Chaves

**TEÓFILO OTONI
2018**

ERRATA

Onde se lê: A IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PENSÃO PELA MORTE AOS NETOS SOB GUARDA DE FATO DOS AVÓS – VIOLAÇÃO AOS DIREITOS E GARANTIAS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

Leia-se: A IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE DOS AVÓS AOS NETOS SOB GUARDA DE FATO - VIOLAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

FOLHA DE APROVAÇÃO

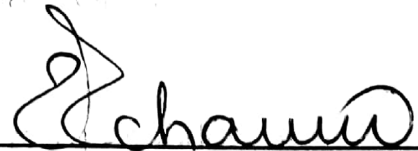
O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado

**O DIREITO DOS NETOS SOB A GUARDA DE FATO DOS AVÓS AO RECEBIMENTO
DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE**

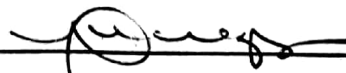
elaborado pelo aluno Sâmara Ferreira Gama foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo Curso de Direito das Faculdades Unificadas de Teófilo Otoni, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO

Teófilo Otoni, nas Minas Gerais, 10 de julho de 2018.



Professora MSc. Vanusa Soares Chaves



Professor MSc. Liliâne de Almeida Menezes



Professor Esp. Maria Beatriz Cunha Cicci Neves

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por iluminar meus caminhos e por estar sempre presente em minha vida.

A minha amada mãe Maria Valdivia, a quem dedico exclusivamente essa conquista, que não mediu esforços para que esse sonho se concretizasse.

A minha irmã Amáira, pela paciência e compreensão durante todo esse árduo percurso.

Por fim, agradeço à minha orientadora Vanusa pelo incentivo e pelas preciosas orientações e aos meus amigos e colegas, os quais passei os melhores momentos na faculdade, Evilym, Jenifer, Raissa, Amine e Igo, obrigada por estarem sempre do meu lado, vocês são demais.

“Não fui eu que lhe ordenei? Seja forte e corajoso! Não se apavore, nem se desanime, pois, o Senhor, o seu Deus, estará com você por onde você andar”.
Josué 1:9

RESUMO

O presente trabalho apresenta uma análise, sobre a impossibilidade da concessão do benefício previdenciário de pensão por morte ao neto, criado pelos avós, sem a devida regularização judicial, ou seja, a guarda. A partir da evolução da sociedade, é notório a percepção da nova composição dos modelos familiares, se tornando cada vez mais comum as famílias constituídas por avós e netos, conhecidas como famílias extensas, onde aqueles, os (avós) assumem totalmente a responsabilidade destes os (netos), como se pais fossem, prestando total assistência material, moral e educacional ao menor. Para a grande maioria da população, o sistema judiciário é uma realidade distante, tornando-se bastante comum, netos que residem no mesmo teto que os avós e deles são totalmente dependentes economicamente, sejam desamparados com o falecimento dos avós, por não ter sido colocado sob a tutela destes antes do evento morte, uma vez que a lei nº 8.213/91 somente equipara ao filho, o enteado e o menor tutelado, com a devida comprovação da dependência econômica.

Palavras-chave: Dependência Econômica; Netos; Menor; Avós; Pensão Por Morte

ABSTRACT

This paper presents an analysis of the impossibility of granting the social security benefit of death pension to the grandchild, created by a grandparent, without a judicial regularization, that is, custody. From the evolution of society, it consists of a series of new ways of visualizing, identifying as extended families, where those (grandparents) totally assume one (grandchildren), as if they were, providing total material, moral and educational assistance to the smaller. For most people, the judicial system is a distant reality, becoming quite common, those who live on the same roof and theirs are totally dependent economically, are helpless with the death of the grandparents, not having been located under the tutelage prior to the death event, since Law nº 8.213 / 91 only equips the son, stepchild and the minor with the help of an economic economy.

Keywords: Economic Dependence; Grandchildren; Smaller; Grandparents; Pension by Death

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	DA SEGURIDADE SOCIAL	10
2.1	Conceito	10
2.2	Origem e evolução história da seguridade social no Brasil	11
2.3	Previdência Social	12
2.3.1	Dos Benefícios programados	13
2.3.2	Dos benefícios não programados.....	14
2.4	Princípios	17
2.4.1	Solidariedade	17
2.4.2	Universalidade de cobertura e atendimento	17
2.4.3	Uniformidade e equivalência de prestação entre as populações urbana e rural	18
2.4.4	Seletividade e distributividade na prestação de benefícios e serviços	18
2.4.5	Irredutibilidade do valor dos benefícios	19
2.4.6	Equidade na forma de participação no custeio.....	19
2.4.7	Diversidade na base de financiamento.....	19
2.4.8	Caráter democrático e descentralizado da administração.....	20
3	PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	20
3.1	Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990	21
3.2	Família atual.....	22
3.2.1	Família monoparental.....	23
3.3	Guarda de fato	25
4	ALTERAÇÕES ADVINDAS COM A LEI N.9032/95	26
4.1	Rol de dependentes da previdência social	27
4.2	Dependência Econômica dos descendentes (netos) para com os	29
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	30

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia, tem como principal objetivo, demonstrar que apesar da impossibilidade da concessão da pensão por morte ao menor sob a guarda de fato dos avós, a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da criança e do adolescente, asseguram a eles, proteção integral, aos direitos e garantias descritos nos dispositivos legais acima referidos, com idade limite até os 21 anos ou sem limite de idade em casos de deficiência intelectual ou mental, declarada judicialmente.

Antes do advento da lei 9.032/95, existia a figura da “pessoa designada”, ou seja, era possível que houvesse uma indicação pelo segurado, da pessoa considerada por ele dependente, para fins de recebimento do benefício de pensão por morte previdenciária. Essa indicação realizada pelos avós englobava na maioria das vezes os netos, o que de certa forma era bastante viável do ponto de vista em que essas crianças e adolescentes, recebiam o devido amparo e proteção, entretanto, a lei acima citada, revogou o instituto da pessoa designada, estabelecendo uma nova forma de composição do rol de dependentes.

A proteção integral dos direitos da criança e do adolescente, tem previsão expressa na Constituição Federal (art.227), abrangendo sem qualquer distinção, todas as crianças e todos os adolescentes, dando o devido valor às necessidades especiais destes, levando em consideração a fase de desenvolvimento dos mesmos como pessoa. O Estatuto da criança e do adolescente, materializou-se, através da CF/88, o conceito da proteção absoluta (art.4º do ECA), reforçando as garantias e direitos devidos a todos na fase da infância, inclusive o direito à proteção previdenciária.

A impossibilidade da concessão do benefício de pensão por morte previdenciária, por nós abordado neste trabalho, tem ênfase em uma nova realidade familiar, onde os ascendentes de 2º grau, ou seja, os avós, estes assumem a responsabilidade como se pais fossem dos seus netos, por completo.

A nova realidade familiar, a ser tratada, denomina-se como extensa e/ou monoparental. A primeira denominação se dá quando os genitores do menor, residirem juntamente com os avós e a segunda, quando o convívio for apenas entre netos e avós.

Questiona-se, na presente monografia, o amparo previdenciário ao menor impúbere, com total dependência econômica, sob guarda de fato, pelos avós.

A questão abordada neste estudo, é de intensa relevância social, pois atinge a sociedade como um todo, na obrigação de amparar todas as crianças e adolescentes, fornecendo a elas um ambiente estável para o desenvolvimento e assegurar que os direitos inerentes a dignidade da pessoa humana, previstos na Constituição Federal, sejam cumpridos corretamente.

A classificação do estudo é descritiva quanto aos fins, pois pretende analisar a legislação pertinente, que garante amparo previdenciário às crianças e adolescentes, levando em consideração o novo modelo de entidade familiar, formada por avós com a completa responsabilidade de criação, para com os seus netos. Quanto aos meios, a classificação da pesquisa é bibliográfica, toda a pesquisa foi fundada em análise em leis, doutrinas e rede mundial de computadores.

A monografia dividiu-se em três capítulos: O primeiro aborda o contexto histórico, passando pelos conceitos da seguridade social e a sua evolução histórica no Brasil, seguindo a abordagem com previdência social e os seus principais benefícios, com foco na pensão por morte, e finalizando o capítulo com uma rápida conceituação dos princípios norteadores da previdência social. O segundo capítulo, tem como intuito analisar a aplicação da proteção constitucional da criança e do adolescente, dentro do atual conceito de entidade familiar. Já o terceiro e último capítulo do presente trabalho, encontra-se a problematização, iniciando com as disposições advindas com lei 9.528/97, que excluiu a figura do dependente designado. Também nesse último capítulo está a indagação sobre a dificuldade para o menor sob guarda de fato, comprovar a dependência econômica em relação ao avô, o segurado falecido.

2 DA SEGURIDADE SOCIAL

2.1 Conceito

A seguridade social, segundo o doutrinador Fábio Zambitte, pode ser conceituada como "uma rede protetiva formada pelo estado e por particulares, com contribuições de todos."(2015, p.5). A constituição Federal, no seu título VII reservado à ordem social, assegura a seguridade social, para todas as pessoas, como garantia a ser cumprida pelo Poder Público e conceitua em seu artigo 194, caput seguridade social sendo:

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

A ordem social tem como finalidade a utilização da seguridade social, para a obtenção da justiça social. BALERA,2004, p.15, cita, como a base do Estado brasileiro, tem uma importante relevância para a obtenção desta justiça social, utilizando-se de valores abrangidos pela seguridade social.

Nesse sentido, a Organização Internacional do trabalho - OIT, na convenção de número 102 do ano de 1952, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto de nº269/08, realizou apontamentos sobre a importância do Estado, para que houvesse uma efetiva proteção social.

A proteção que a sociedade oferece aos seus membros mediante uma série de medidas públicas contra as privações econômicas e sociais que, de outra forma, derivam do desaparecimento ou em forte redução de sua subsistência, como consequência de enfermidade, maternidade, acidente de trabalho ou enfermidade profissional, desemprego, invalidez, velhice e também a proteção em forma de assistência médica e ajuda às famílias com filhos.(IBRAHIM,2015, p. 7).

A dificuldade para a conceituação única, segundo Correia (2002, p.19 apud PASTOR,1991, p.64) está no "próprio conteúdo jurídico mutável, pela evolução das circunstâncias e dos sistemas de organização social", os autores associam duas perspectivas distintas que podem contribuir para a compreensão da seguridade social: a política e a jurídica. A política que abarca a ideia de proteção social necessária tendo como prestador o Estado e a jurídica ao que se refere ao meio ou instrumento necessários para que haja o alcance da finalidade ou seja alcance da proteção às necessidades sociais.

Após as perspectivas abordadas acima, pode-se conceituar "seguridade social como equivalente à previdência social, ou seja, a mesma que era destinada apenas à

prestação dos chamados seguros sociais está ultrapassada subsistindo agora uma noção mais assistencial” (CORREIA E CORREIA,2002, p.16).

2.2 Origem e evolução história da seguridade social no Brasil

A expressão seguridade social surgiu com o advento da constituição Federal de 1988, a qual segundo o doutrinador Fábio Zambitte, foi recepcionada com inúmeras críticas, principalmente pelos pesquisadores liberais, por considerarem que o termo mais adequado segundo a língua portuguesa, não seria seguridade e sim segurança.

Faz-se então necessária uma abordagem sobre a seguridade social nas Constituições que antecederam a atual.

A Constituição de 1824 trazia no seu corpo o que se pode considerar como o mais próximo da expressão seguridade social, o artigo 179 inciso XXXI:

Art.179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. XXXI. A Constituição também garante os socorros públicos.

Já na Constituição de 1891, "a única referência a seguridade social se baseava na aposentadoria que era concedida aos funcionários públicos sem qualquer tipo de contraprestação anterior no caso de invalidez no serviço da Nação"(Orione e Paula, 2002, p.11), disposto no seu artigo 75 in verbis:

Art. 75 - A aposentadoria só poderá ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da Nação.

A Constituição de 1934 foi a primeira a usar a expressão "Previdência" e também a primeira a "estabelecer a forma tríplice da fonte de custeio previdenciária do Estado, empregador e empregado"(IBRAHIM, 2015, p.58). A mesma dispunha em seu artigo 121, parágrafo 1º, h, sobre assistências e contribuição obrigatória, e no seu artigo 170, parágrafo 3º trazia disposições sobre aposentadoria compulsória para os funcionários Públicos.

Art. 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

§ 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:

h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a está descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte;

Art. 170 - O Poder Legislativo votará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo às seguintes normas, desde já em vigor:

3º salvo os casos previstos na Constituição, serão aposentados, compulsoriamente os funcionários que atingirem 68 anos de idade.

Pouco dispôs a Constituição de 1937 a respeito desta matéria "ficando limitada a menção à instituição de seguros de velhice, invalidez e em casos de acidentes de trabalho, tudo no bojo do artigo 137, alínea m da mesma"(CORREIA e CORREIA, 2002, p. 12), suspenso pelo Decreto de nº10.358 de 1942. Trouxe também a palavra "seguro social"(IBRAHIM, 2015, p.58).

A constituição de 1946 "foi a primeira a utilizar a expressão previdência social, substituindo a expressão seguro social" e ter uma "sistematização constitucional da matéria previdenciária incluída no artigo 157 da mesma"(CORREIA e CORREIA, 2002, p. 12). Nesta mesma época foi unificada toda a legislação que ficou conhecida como LOPS- LEI ORGÂNICA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL (IBRAHIM, 2015, p.58).

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.

Segundo discussão doutrinária, a Constituição de 1967 não acrescentou nada significativo no que fora disposto pela constituição retro mencionada. (CORREIA e CORREIA,2002, p.12).

Através das referências dos autores de língua espanhola, o Brasil com a expressão Seguridad Social, criou até então inexistente no País, um sistema protetivo, este "capaz de atender aos anseios e necessidades de todos na área social"(IBRAHIM,2015, p. 5).

A atual Constituição Federal de 1988, introduziu em seu texto, através da Emenda Constitucional de número 26 do ano de 2000 o artigo 6º que traz disposições sobre a previdência Social, o que será o foco do presente trabalho. Também traz no Título VIII um capítulo específico sobre seguridad social.

2.3 Previdência Social

Historicamente o estudo previdenciário no Brasil ocorreu na Alemanha em 1883, "durante o governo do Chanceler Otto Von Bismarck, que mesmo sendo defensor da não intervenção Estatal na ordem econômica, atentou-se contra as condições precárias dos trabalhadores durante a Revolução Industrial e buscava formas de aplacar o socialismo" (IBRAHIM, 2011, p.72).

O atual sistema previdenciário é aprovado pelo Decreto de nº3.048/99 que regulamenta o que diz respeito ao custeio da seguridade e aos benefícios da previdência social (IBRAHIM, 2015, p.62).

“A previdência social constitui forma de seguro social contra os riscos a que estão submetidos os trabalhadores e seus dependentes. É um esquema segurador, onde participam os trabalhadores, empregadores e o Estado, visto que instituído em favor de todos esses.”(VIANNA, 2013,p 26).

A forma de sistematização da previdência social é a forma de regime geral, de filiação obrigatória e tem caráter contributivo, tudo seguindo os critérios estabelecidos em lei, para que não ocorra um desequilíbrio financeiro. Essa forma de regime idem abrange os eventos de maternidade, idade avançada, invalidez, doença e morte, e ainda se estende para a proteção aos trabalhadores no caso de desemprego involuntário, salário-família e auxílio reclusão aos dependentes do segurado.

“A organização sob a forma de regime geral significa dizer que o mesmo deve cobrir todos os trabalhadores. A regra comporta exceção, pois os servidores públicos são filiados aos seus respectivos regimes próprios de previdência social (RPPS), nos termos do artigo 40 da Constituição federal. Dessa forma, o regime geral abrange todos os trabalhadores vinculados à Consolidação das Leis do Trabalho”. (VIANNA, 2013, p. 24).

Para que haja a devida proteção aos segurados, a previdência social em seu regime geral, como já declinado no parágrafo anterior, possui espécies de benefícios, denominados como programados e não programados, ou seja, os que podem ser previstos, inclusive o valor estimado do benefício, e os que abrangem os eventos não planejados e os riscos sociais, ambos serão abordados abaixo:

2.3.1 Dos Benefícios programados

2.3.1.1 Aposentadoria por idade;

É o benefício previdenciário do regime geral, previsto no artigo 201, parágrafo 7º, inciso II da Constituição Federal, e regulamentado pela lei de nº 8.213/91, que garante aos segurados, uma renda mensal de acordo com o valor das suas contribuições e que alcança uma idade estabelecida por lei (VIANNA, 2013, p.494).

Em relação ao risco social inerente a esse benefício, a Constituição Federal, descreveu em seu artigo 201, inciso I, que os riscos cobertos serão devidos a idade avançada.

No mesmo diapasão, o art.201, §7º, II, da CF/88, dá os contornos da aposentadoria por idade: “é garantido ao segurado que, tendo cumprido a carência, completar 65 anos de idade se homem, e 60, se mulher. A idade é reduzida em 5 anos para os trabalhadores rurais.” (SANTOS, 2011, p.200).

2.3.1.2 Aposentadoria por tempo de contribuição

Essa espécie de benefício que era anteriormente denominada como “aposentadoria ordinária” (VIANNA,2013, p 499), independe da idade dos segurados, quando homens completarem 35 anos e mulheres 30 anos, a lei nº 13.183/2015, dispõe sobre a soma da idade, com o tempo de contribuição, ao longo dos anos deve ser, igual ou superior a 90 pontos, se homem, ou se mulher, igual ou superior a 85 pontos.

No que concerne esse tipo de benefício, existe uma discussão doutrinária sobre o risco social que ele protege, e dentre vários doutrinadores, João Ernesto Aragonês Vianna, também defende que “não vislumbra nenhum risco social a ser protegido pela previdência social.” (2013, p. 504).

2.3.2 Dos benefícios não programados

2.3.2.1 O Auxílio doença

Benefício que protege o risco de incapacidade laborativa temporária, total ou parcial.

“Será devido ao segurado que ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 dias consecutivos, não é devido o benefício ao segurado que se filiar ao RGPS já portador da doença ou da lesão invocada como causa para sua concessão, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão” (VIANNA, 2013, p. 531).

Esse benefício, possui carência, como regra de 12 contribuições mensais, exceto quando for proveniente de acidente de qualquer causa, ou se a doença estiver especificada em lista elaborada pelo Ministério da Saúde e da Previdência Social. (MARTINEZ,2017, p.586). Nesse sentido, dispõe o artigo 59 da lei 8.213/95 in verbis:

Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

Parágrafo único. Não será devido auxílio-doença ao segurado que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social já portador da doença ou da lesão invocada como causa para o benefício, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

Tem como proteção, o risco social da doença, ou seja, a incapacidade laborativa é o que faz nascer a necessidade de proteção.

2.3.2.2 Aposentadoria por invalidez

É o benefício devido ao segurado, que para o trabalho ficar incapaz, total ou permanente, após cumprida a carência estabelecida no benefício de auxílio doença, estando ou não usufruindo deste que são de 12 meses. (IBRAHIM,2015, p.591).

Explica ainda o doutrinador reto mencionado que o segurado que está gozando deste benefício estará obrigado, a qualquer tempo, submeter-se, a exame médico a cargo da previdência social.

2.3.2.3 Salário maternidade

Este, previsto nos artigos 71 e seguintes da lei nº8.2013/91, é devido às seguradas empregadas, domésticas ou trabalhadoras avulsas, por ocasião do parto, mesmo que natimorto, em caso de aborto não criminoso e adoção.

É pago durante 120 dias e tem início “aos 28 dias antes do parto até a data deste. O início do afastamento do trabalho da segurada empregada será determinado com base no atestado médico ou certidão de nascimento do filho”. (VIANNA, 2013, p. 541).

2.3.2.4 Salário-família

Segundo o artigo 7º, XII, da Constituição Federal o salário-família, “é direito dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, o salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei.” (VIANNA, 2013, p. 536).

O salário-família é pago mensalmente em proporção, do respectivo número de filhos ou equiparados a este, com idade de até 14 anos, ou de qualquer idade, caso seja inválido. (MARTINEZ,2017, p.663).

2.3.2.5 Auxílio Reclusão

Segundo IBRAHIM, 2015, p.68, o auxílio reclusão é devido aos dependentes do segurado que for preso, durante o período da sua detenção ou reclusão, desde que, este não receba os benefícios de aposentadoria ou auxílio doença e nem haja algum tipo de remuneração perante a empresa. Independe de carência e o último salário percebido pelo segurado não deve ultrapassar o valor igual ou inferior a R\$ 1.319,18 (um mil trezentos e dezenove reais e dezoito centavos), segundo a Portaria nº 15, de 16 de janeiro de 2018 anexo I, a qual dispõe sobre o reajuste dos benefícios

pagos pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e dos demais valores constantes do Regulamento da Previdência Social - RPS.

“O legislador constituinte originário houve por bem apontar a prisão do segurado como risco social a ser coberto pelo regime previdenciário. Nota-se que a prisão decorre do ato do próprio segurado, o que pode levar críticas, mas a verdade é que o benefício é dirigido aos dependentes do segurado, como já foi dito, e não a este” (VIANNA, 2013, p.555).

Quando houver fuga, o benefício será suspenso, e quando voltar para o estado anterior, ou seja, a reclusão ou detenção, o benefício será restabelecido a contar da data deste novo fato. (MARTINEZ,2017, p 144).

Para finalizar as espécies de benefícios previdenciários não programados, seguimos com ênfase na pensão por morte, também conhecido como benefício dos dependentes, por dar direito os a estes ao recebimento do pagamento continuado, substituidor dos salários do falecido segurado da previdência social, e pessoalmente não reeditável.

2.3.2.6 Pensão por morte

“Surgido praticamente ao tempo da criação da proteção social” (MARTINEZ,2017, p.665), a pensão por morte, tem amparo legal nos artigos 74 e seguintes da lei nº 8.213/91. Esse benefício sofreu diversas alterações no decorrer do tempo e umas das mais significativas mudanças, para este trabalho, está o rol de dependentes, que será abordado em suas especificidades em um dos capítulos.

A conceituação da pensão por morte segundo Vianna, 2013, p. 545, “é o benefício da previdência social, devido aos dependentes do segurado em função da morte deste.”

“A pensão por morte é a prestação dos dependentes necessitados dos meios de subsistência, substituidora dos salários, de pagamento continuado, reeditável e acumulável com aposentadoria.” (MARTINEZ,2017, p.665).

Dessa conceituação, entendemos que a pensão por morte é direcionada aos dependentes, após o falecimento do segurado que era o provedor do sustento da família.

Para que nasça o direito ao recebimento do benefício previdenciário aos dependentes, além do evento morte, seja ela, presumida, com ou sem declaração de ausência, exige-se que se mantenha o segurado a sua qualidade, ou seja, que exista um vínculo entre o segurado e a previdência social, nos termos do artigo 15 da lei nº8.213/91. (VIANNA, 2013 p. 545).

Outro ponto para a concessão do benefício, além do que já foi explanado anteriormente, é necessário que haja uma efetiva qualidade de dependente do falecido ao postulante do benefício. Nessa espécie de pagamento continuado, é admitida a presunção de dependência econômica, para os cônjuges, companheiros e filhos, já os pais e os irmãos, só se tornarão beneficiários se houver prévia comprovação da dependência econômica.

Em relação ao desamparo dos netos, dada pela dificuldade para comprovar a sua dependência econômica, a observância detalhada e a aplicação dos princípios do direito previdenciário, nesses casos para a concessão da pensão por morte, seria de grande relevância para a sociedade, pois é nesses princípios que encontramos os fundamentos para o que é considerado igualdade.

2.4 Princípios

2.4.1 Solidariedade

O primeiro princípio a ser tratado é chamado de Solidariedade, previsto no artigo 3º, I da Constituição Federal, esse princípio é considerado o de maior importância, por tratar de um sistema de proteção coletiva, no qual visa atingir toda a sociedade, contribuindo individualmente para assegurar a manutenção de toda a rede protetiva.

“A solidariedade é justificativa elementar para a compulsoriedade do sistema previdenciário, pois os trabalhadores são coagidos a contribuir em razão de a cotização individual ser necessária para a manutenção de toda a rede protetiva, e não para a tutela do indivíduo, isoladamente considerado”. (IBRAHIM, 2015, p.65).

Princípio fundamental, que funciona em uma rotatividade para a garantia do recebimento de benefícios para os contribuintes já inativos. Este também com função social, garantindo ao trabalhador com o poder aquisitivo menor também seja beneficiado.

2.4.2 Universalidade de cobertura e atendimento

Já o princípio da Universalidade de cobertura e atendimento, tem sido voltado para alcançar todos os riscos sociais que possam gerar necessidades de serem abrangidos pela tutela da rede protetiva inerente à seguridade social. Descrito na Constituição Federal no seu artigo 194, parágrafo único, inciso I e também na lei 8.213 de 24 de julho de 1991, lei que dispõe sobre planos de benefícios básicos da

Previdência Social, no seu título I, parágrafo 2º onde aduz sobre os princípios que regem o sistema da Previdência Social.

Valendo salientar, que este princípio visa o atendimento em todas as dimensões das demandas sociais, sem que haja qualquer tipo de exclusão, sendo limitado aos recursos financeiros, segundo o doutrinador Fábio Zambitte, esse princípio não será aplicado isoladamente, mas sim com harmonia constante aos demais.

2.4.3 Uniformidade e equivalência de prestação entre as populações urbana e rural

Uniformidade e Equivalência de prestações entre as populações Urbana e Rural, tem base também na Constituição Federal de 1988, artigo 194, parágrafo único, II e na lei 8.213/91, inciso II, e aduz que é defeso a discriminação entre trabalhadores urbanos e rurais, sendo ilícito a criação de benefícios em que haja favorecimento para uma dessas partes.

Historicamente é sabido que o trabalhador rural, obtinha tratamento diferenciado em relação ao trabalhador urbano, distinção que veio ser extinta com o advento da Constituição de 1988, com a justificativa de que apesar de o trabalho rural ser mais penoso ambos são trabalhadores.

A aplicação deste princípio deve ser interpretada em conjunto com o princípio da solidariedade, pois sabe-se que se o valor das contribuições rurais não atingirem o patamar considerado adequado deve haver aí um auxílio dos trabalhadores urbanos. (IBRAHIM,2015, p.67).

Destarte, segundo disposições legais é possível que haja algumas distinções no custeio e nos benefícios desses trabalhadores desde que justificados perante a isonomia material sem qualquer privilégio tanto para o trabalhador rural quanto para o urbano. (IBRAHIM,2015, p.68).

2.4.4 Seletividade e distributividade na prestação de benefícios e serviços

Este definido como “a atuação da seletividade na delimitação do rol de prestações, ou seja, na escolha dos benefícios e serviços a serem mantidos pela seguridade social, todavia a distributividade direciona a atuação do sistema protetivo para as pessoas com maior necessidade, definindo o grau de proteção” (BALERA, 2004, p 87)

Nos dizeres doutrinários, “os direitos sociais costumam ser taxados como direitos positivos”, ou seja, abstraem do poder estatal maior efetividade e custos, assim sendo criado o princípio da reserva do possível que impõe limites dentro das possibilidades orçamentárias à atuação do Estado. “A distributividade visa distribuir renda, explicita o caráter solidário da previdência social (e da seguridade social), além de auxiliar na implementação da isonomia no contexto protetivo” (IBRAHIM, 2015, p.69).

Assim, ficará a cargo do legislador definir onde aplicar os limitados recursos dentro da lei orçamentária.

2.4.5 Irredutibilidade do valor dos benefícios

Previsto no artigo 194, parágrafo único, inciso IV da Constituição Federal de 1988 e também no rol de princípios que rege a previdência Social na lei 8.213/91, o quinto princípio a ser tratado, tem como definição, a atualização do benefício de acordo com a inflação do período (IBRAHIM, 2015, p.69).

“A principal razão de ser deste princípio é justamente a imposição da correção monetária, cuja ausência, frequentemente, traduz-se em meio indireto de diminuição de benefícios e redutor de gastos estatais”. (IBRAHIM, 2015, p.70).

2.4.6 Equidade na forma de participação no custeio

Princípio considerado de difícil compreensão, é encontrado no bojo da norma constitucional também no rol do artigo 194 em seu inciso v, do parágrafo único, possui fundamentos no princípio da solidariedade, pois é necessário que haja uma coletividade para que aconteça as cobranças sociais devidas.

Entende-se que existe uma semelhança no que diz respeito aos impostos, pois a Equidade está ligada a fixação de maior valor da contribuição para aqueles de maior poder aquisitivo, ou seja, para os que possuem maior lucro ou receita. (IBRAHIM, 2015, p.71).

2.4.7 Diversidade na base de financiamento

Já este é um componente da fonte tríplice, juntamente com o concurso de prognósticos e importadores (IBRAHIM, 2015, p.72). Previsto no inciso VI do parágrafo único do art.194 da CF/88, traduz a ideia que a diversidade da base financeira é o apontamento de um custeio da seguridade social, sem que as oscilações setoriais comprometam as arrecadações de contribuições.

Então, através deste, possibilitará que haja uma espécie de evolução da seguridade social, assegurando assim o disposto na Constituição Federal no que tange às garantias do bem-estar e justiça sociais. (IBRAHIM, 2015, p.73).

2.4.8 Caráter democrático e descentralizado da administração

De acordo com (IBRAHIM, 2015, p.73) este princípio “Visa a participação da sociedade na organização e no gerenciamento da seguridade social, mediante gestão quadripartite, com Participação de trabalhadores, empregadores, aposentados e governo”. Previsto no art. 194, parágrafo único, VII da CF/88, segue o modelo da gestão democrática da seguridade social, defendida por Beveridge tempos atrás.

O modelo de gestão democrática, possibilita que haja uma participação mais efetiva das pessoas que possuem interesses diretos na seguridade social, incluindo nesse rol as empresas.

Atualmente essa participação é realizada através do Conselho Nacional de Previdência social. (Art. 3º da lei nº 8.213/91).

3 PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988, através de sua Emenda Constitucional número 65/2010, fixou diversos direitos fundamentais, alterando a denominação do capítulo VII do título da Constituição e modificando o artigo 227 da mesma, com intuito de maior abrangência dos interesses da juventude.

“Cabe atentar que o capítulo VIII do título VII da Constituição Federal de 1988, em sua redação original, tratava da proteção da família, da criança, do adolescente e do idoso. Observando-se um “salto” da adolescência para a condição de idoso, havendo, assim, preocupante lacuna de proteção estatal (ao menos em termos de previsão constitucional e até de políticas públicas) em relação a representativa parte da população que são os jovens”(LENZA, 2014, p.1349).

Contemplada no artigo 227 da Constituição, a doutrina integral, assegura à criança, ao adolescente e ao jovem, garantias no intuito de fornecer a eles um crescimento estável deixando estes a salvo de qualquer negligência, discriminação, violência ou exploração. Essa proteção que gera deveres para com as crianças, adolescentes e ao jovem, deve ser exercida não apenas pela família, mas obriga ao Estado e a sociedade como um todo, com absoluta prioridade assegurar os direitos garantidos e estabelecidos por lei.

“A proteção às crianças e as sobre crianças e aos adolescentes já era reforçada pela convenção sobre os direitos da Criança e pelo Estatuto da criança e do adolescente (lei nº8.069/90) e agora, a proteção aos jovens está prevista na Constituição pela Emenda Constitucional nº 65/2010, devendo na dicção do artigo 227§8º I,II ser editado o Estatuto da Juventude, destinado a regular os direitos dos jovens, bem como pelo Plano Nacional de juventude, de duração decenal visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas”(LENZA, 2014, p 1350).

Em especial o inciso II deste mesmo artigo retro mencionado, trata-se do direito a eles concernentes a garantia de direitos previdenciários.

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

§3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:
II- garantia e direitos previdenciários e trabalhistas”.

Segundo o parecer da comissão especial destinada a analisar a PEC n. 138/2003, que “dispõe sobre a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais da juventude” e que veio transformada, com modificações, na EC n. 65/2010, os jovens representam (dados de 2009) quase 50 milhões de brasileiros, com idade entre 15 e 29 anos, sendo que, nesse universo, cerca de 34 milhões estão entre os de 15 e 24 anos. (LENZA, 2014 p.1349).

O bem-estar e a justiça são meios utilizados pela Constituição Federal para garantir a cada indivíduo o direito de proteção social.

3.1 Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990

Aplica-se aqui também, às crianças e adolescentes a doutrina da proteção integral, expressão esta como dito acima, advinda com a Constituição Federal de 1988, com o intuito de melhorar em todos os aspectos a forma em que os menores são tratados, durante a sua infância e juventude.

A regra do Estatuto da Criança e do Adolescente, é da prioridade absoluta, onde assim como a CF/88, impõe que a prioridade ao atendimento às crianças e adolescentes, seja um direito garantido e vinculado à ordem jurídica mais expressiva, com a finalidade de apoiar e proteger de modo especial todos os menores, por possuírem uma natural fragilidade e também por estarem expostos a riscos maiores (LIBERATI,2011, p.16).

Essa doutrina da proteção integral, amplamente abrangida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, tem por objetivo estabelecer uma proteção completa à

todas as crianças e adolescentes sem distinção, inclusive, resguardando os seus direitos fundamentais previdenciários. A lei nº 8.213/91 deixou de contemplar expressamente o menor sob guarda do rol de dependentes, para o recebimento do benefício de pensão por morte, tornando-se assim um conflito de normas que fere os princípios constitucionais, uma vez que a própria Constituição Federal no seu artigo 227, garante tratamento igualitário a todas as crianças e adolescentes, no seio de uma família natural ou substituta.

“A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Esses direitos devem ser assegurados por todos os meios, com o fim de proporcionar-lhes o pleno desenvolvimento” (ECA, art. 3º).

Dessa forma, a norma previdenciária que restringe o direito a pensão por morte apenas ao menor tutelado e ao enteado, fere os preceitos estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente, possibilitando o desamparo e o tratamento desigual aos demais menores que não se enquadram nessa descrição, como a figura do neto, realçada neste trabalho.

De acordo com a Constituição Federal, a criança e o adolescente possui garantias asseguradas pela doutrina da proteção integral, como foi abordado no tópico anterior, assim como, o que está disposto no Estatuto da Criança e do adolescente. Entretanto, junto com as modificações advindas com a lei Federal nº 8213/91, alterações feitas no seu artigo 16, surgiu uma antinomia entre essa nova disposição e o que já estava expresso no Estatuto Da Criança e do Adolescente.

Nos dizeres de Martins (2011), o debate sobre o assunto se origina da ordem legal, "ao considerar que o § 3º do art. 33 do ECA foi derogado pelo § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213/91 sob o critério de que lei posterior revoga a anterior quando com ela seja incompatível, nos termos do § 1º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro". Chegando à conclusão que esta questão deve ser analisada pelo legislador, tudo de acordo com a questão social, voltados para os fins previdenciários.

Acontece que o Estatuto, dispõe, que todos os infantes possuem os direitos constitucionalmente assegurado, inclusive no seu parágrafo 3º do artigo 33, está assegurado o direito a previdência social, assim, não seria correto a supressão deste direito pela lei Federal, com o intuito de coibir fraudes na previdência social.

32 Família atual

Constitucionalmente o conceito de família pode ser definido pelo artigo 226
Parágrafo 4º Constituição Federal de 1988:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Porém, diante das inúmeras mudanças da sociedade, tornou-se impossível que a Constituição Federal elencasse todas as modificações ocorridas no decorrer do tempo. É notório, que com tantas modificações na sociedade, se tornaria necessário que houvesse uma adequação seguindo a modernidade, que abrangesse a existência de todas as conceituações do modelo familiar, neste sentido Dias, 2013, p. 40 aduz que:

“A família hoje já não se condiciona aos paradigmas originários: casamento, sexo e procriação. O movimento de mulheres, a disseminação dos métodos contraceptivos e o surgimento dos métodos reprodutivos fruto da evolução da Engenharia genética, fizeram com que esse Tríplice pressupostos deixasse de servir para balizar o conceito de família”.

No mesmo diapasão, sobre a diferenciação da formação da família atual e antiga:

“A célula básica da família, formada por pais e filhos, não se alterou muito com a sociedade urbana. A família atual, contudo, difere das formas antigas no que concerne a sua finalidade, composição e papel de pais e mães”. (VENOSA, 2015 P. 5)

Deste modo, diante de várias modificações, não existe uma homogeneidade em relação a conceituação de família. Venosa aduz que a conceituação desta advém de uma teoria Francesa, aprimorada com decorrer dos anos como:

“Como instituição, a família é uma coletividade humana, subordinada a autoridade e condutas sociais. Uma instituição deve ser compreendida como uma forma regular formal e definida de realizar uma atividade, nesse sentido família é uma união associativa de pessoas, sendo uma instituição da qual se vale a sociedade para regular a procriação e a educação dos filhos”. (VENOSA, 2015 p. 10).

Explica Maria Berenice Dias que, “a constituinte de 1988 consagrou como dogma fundamental antecedendo a todos os princípios adquiridos da pessoa humana eliminando assim qualquer diferenciação e discriminação que não mais combinam com a sociedade democrática livre” (DIAS,2013, p. 40).

3.2.1 Família monoparental

A família contemporânea é a que possui uma composição, considerada variada, isso porque a mesma apresenta diversos tipos. É devido estas constantes variações, que se tornou impossível que o texto legislativo conste expressamente cada tipo de família.

Embora a família continue a ser a base da sociedade e a desfrutar da especial

proteção do Estado, não mais se origina apenas do casamento, uma vez que, a seu lado, duas novas entidades familiares passaram a ser reconhecidas: a constituída pela união estável e a formada por qualquer dos pais e seus descendentes. (GONÇALVES, 2015, p. 31).

A constituição Federal, realizou em seu artigo 226, parágrafo 4º, uma conceituação de família, segundo a nova realidade vivida pela sociedade moderna, intitulada como família monoparental, conhecida também como, família monoparental típica, segundo conceituação doutrinária é “aquela constituída exclusivamente por um dos pais e seus filhos”, mesmo que não compreendida expressamente no texto constitucional merece especial atenção, um grupo composto por um ascendente, em grau superior ao de pai e mãe a exemplo, um dos avós com seus respectivos netos. (STOLZE, PAMPLONA FILHO, 2015, p.517).

A família Monoparental é formada por um dos pais e seus descendentes, e pode surgir tanto da dissolução de uma entidade familiar biparental com filhos, como de uma pessoa “celibata”, ou seja, inicialmente sem filhos, que passa a ter filhos e viver com eles sem a presença do outro genitor. No primeiro caso, a família Monoparental ocorrerá pela falta ou saída de um dos genitores da relação de convívio familiar permanente, o que se dá pela morte de um dos pais (viuvez), pela separação de fato, separação judicial ou extrajudicial, pelo divórcio ou pela dissolução de união estável. A segunda categoria é formada pela agregação de um ou mais filhos naturais ou civis a pessoa solteira, viúva, separada, divorciada ou saída de união estável, o que pode ocorrer com o reconhecimento unilateral de filiação, pelo nascimento voluntário (programado) ou não voluntário (não programado) oriundo de relação sexual ou de inseminação artificial heteróloga que é com o sêmen de um terceiro, com o consentimento do ex-marido ou ex-companheiro, ou pela adoção. (BAPTISTA 2010, p.88).

A entidade monoparental, pode advir do abandono do lar, da morte de um dos cônjuges, de uma adoção unilateral por pessoa solteira, ou também pela criação dos netos por um ascendente, nesse caso os avós.

O modelo de família constituído pelos avós e seus respectivos netos, também pode ser enquadrado a conceituação da família monoparental, uma vez que diante da nova realidade por nós vivida, é bastante comum a criação dos infantes por seus ascendentes de 2º grau.

Sabe-se que é comum na nossa realidade, os avós que são os únicos ou principais responsáveis de prover o sustento dos demais familiares. Em uma pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em 2000, constatou-se que “62% dos netos eram filhos da filha, sendo que 37% residiam com a respectiva avó. No Brasil, 64,7% dos idosos moram com filhos e/ou outros parentes no mesmo domicílio”.

Entretanto, apesar do tipo de família monoparental, ser reconhecida pela legislação brasileira, e todas as normas do direito que são aplicadas nas demais

entidades familiares, se estenderem a esta, inclusive o direito a alimentos e sucessão, quando essa família é constituída pelos avós que criam seus netos sem a devida regularização legal, o que também, faz parte da realidade da população mais humilde, os direitos como o da sucessão não lhes são aplicáveis.

Maria Berenice Dias, explica que houve uma falha do legislador, ao tratar da família monoparental, uma vez que este deveria ter regulamentado os direitos inerentes a esse tipo de família, deixada também sem regulamentação específica pelo código civil, mesmo existindo no nosso país uma quantidade Considerável de famílias deste tipo. (2013, p.57).

33 Guarda de fato

Segundo VENOSA,2015, p.12, “a guarda aplicada aos filhos menores é um atributo do poder familiar”, isso de acordo com o disposto no código civil, onde imputa aos pais o dever para com os filhos de zelar pelos direitos destes.

A guarda a ser tratada no presente trabalho está prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (lei 8069/ 90), visto que existe a modalidade de guarda derivada do divórcio ou da separação de fato nos casos de união estável. O Estatuto da criança e do adolescente no seu título II capítulo I, traz medidas de proteção, onde a guarda se encaixa perfeitamente, uma vez que essas medidas devem ser aplicadas se os direitos constitucionalmente garantidos estiverem sendo ameaçados ou violados.

Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:
I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III - em razão de sua conduta.

Silvio Venosa, em sua obra no ramo das famílias, aduz que “a guarda e a tutela, esta pressupõe a suspensão ou destituição do Poder familiar, são institutos temporários enquanto a adoção nos moldes do Estatuto da Criança e do Adolescente é permanente (2015, P. 312). Aos avós e igualmente aos demais parentes da Criança e do Adolescente, poderá ser deferido a guarda, desde que estes possam oferecer aos menores um ambiente familiar adequado (Venosa, 2015, P. 313) neste sentido o artigo 29 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe:

Art. 29. Não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado.

De acordo com a Unicef do Brasil , baseada na Datasus de 2014, o Brasil possui 59,7 milhões de pessoas com a faixa etária inferior aos 18 anos de idade (Pesquisa Nacional por amostra de domicílios 2013 (Pnad)), é sabido que por vários fatores, muitas vezes indetermináveis, algumas dessas crianças e adolescentes não convivem com a sua família biológica, passando por longos períodos sob os cuidados de outrem, seja de familiares próximos ou demais pessoas, esse convívio na maioria das vezes, sem a devida regularização legal. Com intuito de proteger os interesses desses menores o Estatuto da Criança e do Adolescente instituiu o que:

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.

Dessa forma, no parágrafo 1º do artigo supramencionado, se encontra a definição de guarda pelo Estatuto da criança e do adolescente.

§ 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.

O artigo tratado acima, retirado do Estatuto da Criança e do Adolescente, nos mostra qual é o efeito principal da guarda.

“Coloca a criança ou adolescente na condição de dependente do guardião para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários. Não é moral, é contrária ao espírito da lei de guarda, que ela seja deferida unicamente para que o guardião usufrua de benefícios fiscais (VENOSA, 2015 P 315)”.

No mesmo sentido:

“Os benefícios previdenciários e fiscais devem ser corolário natural da guarda e não sua causa. O responsável pela guarda deve prestar contas, se o guardião gerir de qualquer modo bens e direitos do menor, este, deverá prestar contas periódicas. (VENOSA, 2015 P 315) ”.

Entende-se assim que a lei resguarda ao menor sob a guarda todos os direitos inerentes à pessoa humana.

4 ALTERAÇÕES ADVINDAS COM A LEI N.9032/95

Antes da edição da norma que trata sobre quem possui o direito ao recebimento da pensão por morte, no atual sistema, existia a figura do dependente designado, que

era previsto no revogado inciso IV do artigo 16 da lei n.9.032/95, este dizia que a designação na maioria das vezes feita pelos avós, para amparo do neto menor de 21 anos ou inválido, garantindo a eles a condição de dependentes.

Com a modificação da lei, estabeleceu-se conflitos entre a norma, em relação a aplicação temporal desta, uma vez que surgiu a questão de como ficaria a situação dos dependentes designados, com essa nova disposição legal. Neste sentido Mariza dos Santos adotou o posicionamento que seria direito adquirido do dependente designado.

“Dependente designado que recebe cobertura previdenciária desde data anterior à lei n. 9.032/95: a nosso ver, existe direito adquirido do dependente designado porque sua relação jurídica com o INSS se formou antes da modificação da lei”. (SANTOS,2011, p.149).

Existe um posicionamento contrário adotado pelo STJ, em que dispõe que “tal situação, não há direito adquirido, mas apenas uma mera expectativa de direito, uma vez que os requisitos necessários para a concessão da pensão por morte ainda não tinham sido reunidos quando da modificação legislativa”. (AGREsp 510492/PB, Rel.Min.Arnaldo Esteves Lima, DJ 05.02.2007, p.325).

No mesmo sentido do entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça;

“A TNU dos Juizados Especiais Federais, no mesmo sentido editou a súmula 4: não há direito adquirido, na condição de dependente, de pessoas designada, quando o falecimento do segurado deu-se após o advento da lei n.9.032/95”. (SANTOS, 2011, p. 150).

Nestes moldes, só tem direito ao recebimento do benefício de pensão por morte, os antigos dependentes designados se a data do óbito do segurado da previdência social ocorreu antes da lei n. 9.032/95.

Outra alteração significativa para o presente trabalho é a alteração do parágrafo 2º também do artigo 16 da lei anteriormente citada, onde não mais contempla o neto como dependente dos avós, trazendo uma nova redação pela lei de nº 9.528/97, que será abordada no tópico a seguir.

4.1 Rol de dependentes da previdência social

Expressamente listado na legislação previdenciária, os dependentes somente iniciam a sua relação jurídica com o INSS, quando a relação anterior com o segurado se extingue pelo evento morte. (SANTOS,2011, p. 148).

A definição no rol de dependentes foi revista em 2015 pela lei n. 13.135/2015 em relação ao rol de dependentes e tem como principais destinatários os dependentes

presumidos que são o cônjuge, companheiro e filhos e, os não presumidos e secundários os pais e irmãos.

Como visto anteriormente a pensão por morte “é benefício de beneficiário (a), não necessariamente filiado ou contribuinte, vale dizer, de dependente do titular da filiação”. (MARTINEZ, 2017 P.665), e está previsto no 74 e seguintes da lei 8.213/91 e tendo o seu rol taxativo de dependentes previsto no artigo 16 da mesma, ou seja, apenas os que estão descritos na norma podem ser considerados dependentes.

Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer aposentado ou não.

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 ou deficiência grave;

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 ou deficiência grave.

Valendo salientar, que de acordo com o parágrafo 1º do referido artigo da lei nº 8.213/91, havendo a existência de qualquer um dos dependentes da classe acima referida, exclui o direito à prestação da pensão por morte de demais classes.

Desde 14 de outubro do ano de 1996, o menor sob guarda judicial deixou de figurar o rol de dependentes, com intuito de coibir fraudes previdenciárias. Todavia, o menor sob a guarda judicial era equiparado a filho para fins previdenciários, desde que comprovado a sua dependência econômica. Esta garantia está também descrita no art.33 §3º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Criou-se assim um conflito de normas onde deve-se observar para a solução deste conflito o critério da especialidade.

Neste sentido o Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se que esta questão merece ser analisada à luz da legislação de proteção ao menor, ou seja, ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

A lei nº 9.528 de 1994, trouxe para o artigo 16 da lei 8.213/91 uma nova redação para o parágrafo 2º que diz:

§ 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”.

Observe então que para que seja reconhecida a dependência dos netos para com os avós, eles precisam ter a guarda judicial ou tutela desse infante além do mesmo carecer da prova de dependência econômica, que nesses casos não é

presumida.

42 Dependência Econômica dos descendentes (netos) para com os Ascendentes (avós)

Para a obtenção do benefício de pensão por morte das classes que não há uma presunção da dependência, a legislação vigente exige uma estribada dependência e sua comprovação. Neste sentido, para que haja um direito reconhecido dos netos em relação aos avós, exige-se esta comprovação, o que dificulta ainda mais a situação quando este neto não está sob a guarda regularizada desses avós antes do falecimento dos mesmos.

O instituto que trata desse rol, não especifica qual é o tipo de comprovação a ser feita, é omissa quanto à comprovação da dependência econômica dos demais não descritos nos incisos se realmente se enquadraria como relativa, devendo ser levado em consideração os princípios que regem a previdência social.

Neste sentido Wladimir Novais diz que “admite-se presunção, de dependência econômica, em favor de certas pessoas sem respaldo na realidade histórica, econômica, sociológica e social”. (MARTINEZ.2017, p. 665).

Com efeito, a Jurisprudência do TCU 00192120071, entendeu que menor sob guarda ou tutela possui presunção juris tantum de dependência podendo esta ser afastada por prova em contrário.

PESSOAL. PENSÃO MILITAR CONCEDIDA COM FULCRO NA LEI 3.765/1960. PRESUNÇÃO JURIS TANTUM DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA DE MENOR SOB GUARDA JUDICIAL. PRESENÇA DE PROVA EM CONTRÁRIO. ILEGALIDADE E NEGATIVA DE REGISTRO.

1. Compete primeiro, aos pais, a tarefa de suprir os meios necessários para prover o sustento dos filhos menores. 2. A dependência econômica do pensionista em relação ao instituidor na hipótese de pensão outorgada a menor sob guarda ou tutela caracteriza mera presunção juris tantum, podendo ser afastada mediante prova capaz em contrário.

(TCU 00192120071, Relator: AUGUSTO SHERMAN, Data de Julgamento: 11/11/2008)

No que tange a criança e o adolescente apenas sob a guarda de fato dos avós, também poderia se cogitar que fosse aplicada a presunção de dependência econômica juris tantum, ou seja, que lhe fosse cedido o direito ao recebimento do benefício de pensão por morte, até prova em contrário de que a sua necessidade fosse cerceada.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo apresentar a impossibilidade de concessão do benefício de pensão por morte aos netos sob guarda de fato dos avós, o que de acordo com a realidade vivida pela nossa sociedade é bastante comum, tudo isso, levado pela falta de esclarecimento da população.

É de fácil constatação, a importância dos princípios previdenciários para que o direito à proteção integral da criança e do adolescente seja realmente cumprida, amoldando todos os princípios à nossa realidade, a trazendo igualdade que a Constituição Federal tanto prega.

Verificou-se também que com as constantes mudanças na sociedade, vários tipos de famílias estão sendo constituídas e que em especial a família monoparental, também abrange os avós que tomam para si a responsabilidade dos pais para a criação dos seus netos, prestando todo o suporte necessário para o desenvolvimento deles.

Percebeu-se que por falta de conhecimento jurídico e informação sobre a legislação, ao falecimento dos avós que eram os únicos provedores do sustento dos netos, estes ficam desamparados pela nossa legislação, visto que, sem a devida guarda judicial, estes não são considerados dependentes do segurado falecido, ou seja, não são encontrados no rol taxativo de dependentes da previdência social.

Acontece que, a Constituição Federal, juntamente com o Estatuto da Criança e do adolescente, assegura o direito a todos os infantes a uma vida digna, proporcionando saúde, educação, lazer e direito previdenciários, o que não se cumpre para grande parte da população, como visto anteriormente a falta de informação leva as famílias a não regularizar a situação judicialmente, deixando a guarda apenas de fato, o que não exclui a necessidade de amparo ao menor.

A comprovação de dependência feita pelo menor de 21 anos para ser considerado dependente do segurado para fins de habilitação à pensão por morte, é de difícil constatação, uma vez que o mesmo se encontra tutelado pelos avós antes do óbito.

Com a instituição do § 2º. do Artigo 16 da Lei nº. 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº. 9.528, de 10/12/1997, dificultou-se este processo de amparo previdenciário ao menor, pois é sabido que poucos conseguem passar por essa fase de comprovação de dependência econômica, além de excluir totalmente o menor não tutelado.

Para ser considerado beneficiário e ter direito à Pensão por Morte, o neto do segurado falecido após o advento da Lei 9.032 /95, deve comprovar que se encontrava sob a guarda do (s) avó (s), seguindo o disposto na lei 8.213 de 1991, em seu artigo 16, e o que está previsto no Estatuto da Criança e do adolescente, que confere todos os efeitos e direitos de dependente ao menor que, por determinação judicial, esteja sob guarda, equiparando-o a filho. A guarda pressupõe o dever de prestar total assistência material, moral e educacional ao menor.

REFERÊNCIAS

BALERA, Wagner. **Noções Preliminares de Direito Previdenciário**. São Paulo 2004

BAPTISTA, Silvio Neves. **Manual de Direito de Família**. 2 ed. Recife: Edições Bagaço, 2010;

BRASIL. **Constituição (1824)** disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm acesso em 25 de abril de 2018;

_____.**(1834)** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm acesso em 25 de abril de 2018;

_____.**(1837)** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm acesso em 25 de abril de 2018;

_____.**(1846)** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm acesso em 25 de abril de 2018;

_____.**(1891)** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm acesso em 25 de abril de 2018;

BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**: Lei federal no 8069, de 13 de julho de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm acesso em 22 novembro. 2017;

BRASIL. **Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9032.htm acesso em 30 de abril de 2018;

BRASIL. Lei da Previdência Social. Lei Federal no 8.213, de 24 de junho de 1991. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm acesso 21 novembro.2017;

CARVALHO, Dimas Messias De. **Direito Das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017;

DIAS, Maria Berenice. **Manual De Direito Das Famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013;

GAGLIANO, Pablo Stolze. Rodolfo Pamplona Filho. **Novo Curso de Direito Civil**. 5.ed.São Paulo: Saraiva, 2015;

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, direito de família**. 6°. ed. Saraiva, 2015;

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) Disponível em <<https://ww2.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/25072002pidoso.shtm>> Acesso em 21 de junho. 2018;

_____. **Perfil dos Idosos Responsáveis pelos domicílios no Brasil** – 2000. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/ibgeteen/datas/idoso/perfil_idosos.html>. Acesso em 21 de junho. 2018;

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva,2014;

LIBERATI, Wilson Donizete. **Direito Da Criança e Do Adolescente**.5. ed. São Paulo: Rideel,2011;

_____. **Comentários ao Estatuto Da Criança e Do Adolescente**.12. ed. São Paulo: Malheiros,2015;

MARTINEZ, Wladimir Novais. **Curso De Direito Previdenciário**. 7. ed. São Paulo: LTR,2017;

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 2011.

PORTARIA MF Nº 15, DE 16 DE JANEIRO DE 2018 - DOU DE 17/01/2018. Disponível em <<http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/66/MF/2018/15.htm>> acesso em 25 de junho de 2018;

Presunção De Dependência Econômica na Pensão por Morte: Uma análise da Jurisprudência. Disponível em<<https://juridicocerto.com/p/izabeldantas/artigos/presuncao-de-dependencia-economica-na-pensao-por-morte-uma-analise-da-jurisprudencia-799>> acesso em 21 novembro.2017;

SANTOS, Marisa Ferreira Dos. **Direito Previdenciário Esquematizado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011;

_____. **Direito Previdenciário Esquematizado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015;

UNICEF Brasil. Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/pt/activities.html> acesso em 07 de junho de 2018,

VENOSA, Sílvio de Salvo, **Direito Civil, Direito de Família**.15. ed. São Paulo: Atlas, 2015;

VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de Direito Previdenciário**.6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

