

**CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 16,
§ 2º. DA LEI N. 8.213, DE 24.7.1991
COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N.
9.528, DE 1997**

*Henrique Tróccoli Júnior,
Procurador Federal
Especialista em Direito Tributário pela UFPE.*

Sumário: 1 Introdução; 2 Da compatibilidade horizontal da nova redação do art. 16, § 2º., da Lei n. 8.213, de 1991. 3 Da compatibilidade vertical da nova redação do art. 16, § 2º. da Lei n. 8.213, de 1991; a) Conteúdo do princípio da proteção integral; b) da ofensa ao princípio da isonomia. 4 Conclusão.

RESUMO: O artigo visa demonstrar a compatibilidade vertical e horizontal da nova redação do art. 16, § 2º, da Lei n. 8.213, de 1991 com o Ordenamento Jurídico e explicitar a incidência dos princípios jurídicos da proteção integral da criança e do adolescente e da isonomia no âmbito do Direito Previdenciário.

PALAVRAS-CHAVE: Previdenciário. Dependência econômica. Menor. Proteção integral. Isonomia.

1 INTRODUÇÃO

Cinge-se este trabalho à análise da compatibilidade vertical do art. 16, § 2º, da Lei n. 8.213, de 1991 com a redação da Lei n. 9.528, de 1997, em face da Constituição da República de 1988, principalmente com o seu art. 227.

Com a nova redação da Lei n. 9.528, de 1997, o menor sob guarda foi retirado do rol de dependentes dos segurados da Previdência Social.

Eis a redação original e a atual:

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 de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;~~

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

II - os pais;

~~III - o irmão de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;~~

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

~~IV - a pessoa designada, menor de 21 (vinte e um) anos ou maior de 60 (sessenta) anos ou inválida. (revogada pela Lei nº 9.032, de 1995)~~

§ 1º A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.

~~§ 2º Equiparam-se a filho, nas condições do inciso I, mediante declaração do segurado: o enteado; o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda; e o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação.~~

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)

§ 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

§ 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

O texto cortado é o revogado. É bastante ilustrativa a reforma operada pelas Leis nº 9.032, de 1995 e 9.528, de 1997. Observa-se que as mudanças vieram para reduzir a excessiva abrangência da qualidade de dependente. Antes das reformas, não se cobrava sequer vínculo de parentesco ou afinidade para a inscrição como dependente de segurado (ex vi do inciso IV revogado).

É princípio básico de Economia que as demandas são infinitas, mas os recursos, não; por ostentarem a natureza escassa, devem ser bem utilizados, de forma impessoal, em proveito do coletivo, de forma otimizada, para que com o menor dispêndio se consiga os melhores resultados.

É cediço que a Constituição Cidadã foi pródiga na concessão e constitucionalização de direitos, muitas vezes sem prever a necessária fonte de custeio para fazer frente às enormes assunções do Estado.

É dentro desse contexto, ponderando os princípios da proteção especial das crianças e adolescentes; da reserva do possível, da solidariedade, da dignidade da vida humana e da isonomia, que se procurará demonstrar a constitucionalidade da nova redação do § 2º do art. 16, da Lei n. 8.213, de 1991.

2 DA COMPATIBILIDADE HORIZONTAL DA NOVA REDAÇÃO DO ART. 16, § 2º, DA LEI N. 8.213, DE 1991

No âmbito infraconstitucional, até recentemente, havia se pacificado o entendimento de que o novo art. 16, § 2º prevalecia diante da antiga redação (lex posterior derogat anterior) e do § 3º do art. 33 da Lei n. 8.069, de 1990 (ECA) (lex speciali derogat generalis).¹

¹ Nesse sentido é o seguinte acórdão da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 15 de abril de 2004:

Ocorre que este entendimento parece estar mudando, como se vê deste aresto da 5ª. Turma, julgado em 12 de junho de 2006:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V, DO CPC. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. NÃO-OCORRÊNCIA. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. DEPENDENTE DO SEGURADO. EQUIPARAÇÃO A FILHO. LEGISLAÇÃO DE PROTEÇÃO AO MENOR E ADOLESCENTE. OBSERVÂNCIA.

1. Incabível ação rescisória quando inexistente ofensa a literal disposição de lei (art. 485, inciso V, do CPC).

2. A Lei n.º 9.528/97, dando nova redação ao art. 16 da Lei de Benefícios da Previdência Social, suprimiu o menor sob guarda do rol de dependentes do segurado.

3. Ocorre que, a questão referente ao menor sob guarda deve ser analisada segundo as regras da legislação de proteção ao menor: a Constituição Federal – dever do poder público e da sociedade na proteção da criança e do adolescente (art. 227, *caput*, e § 3º, inciso II) e o Estatuto da Criança e do Adolescente – é conferido ao menor sob guarda a condição de dependente para todos os efeitos, inclusive previdenciários (art. 33, § 3º, Lei n.º 8.069/90).

Precedentes da Quinta Turma.

4. Recurso especial desprovido.”(STJ–5ª. Turma–REsp 817.978/RN – rel. Min. Laurita Vaz – un. – DJ 01.8.2006, p. 537).

Recentemente, na Apelação Cível em Ação Civil Pública n. / MA, a 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª. Região acolheu incidente de inconstitucionalidade da exclusão do menor sob guarda do rol dos dependentes previdenciários.

“PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MENOR SOB GUARDA. EXCLUSÃO DO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. INAPLICABILIDADE DO ART. 33, § 3º, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE.

1. Esta Corte já decidiu que, tratando-se de ação para fins de inclusão de menor sob guarda como dependente de segurado abrangido pelo Regime Geral da Previdência Social - RGPS, não prevalece o disposto no art. 33, § 3º do Estatuto da Criança e Adolescente em face da alteração introduzida pela Lei nº 9.528/97.

2. Precedentes.

3. Recurso provido.”(STJ – 6ª. Turma – REsp 503.019/RS – rel. Min. Paulo Gallotti – un. – DJ 30.10.2006, p. 426).

Em outra linha, a Procuradoria Federal Especializada junto ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS – interpôs embargos de divergência (EREsp n. 602.483/SC , rel. Min. Hamilton Carvalhido), visando uniformizar a jurisprudência sobre a matéria no seio do Superior Tribunal de Justiça.

A análise das premissas que fundamentam a tese pela inconstitucionalidade da exclusão do menor sob guarda é exposta a seguir.

3 DA COMPATIBILIDADE VERTICAL DO ART. 16, § 2º, DA LEI N. 8.213, DE 1991. ²

² Embora não tenha abordado o tema com base nas premissas ora combatidas, o STF já teve oportunidade de reconhecer a constitucionalidade do menor sob guarda, ao menos no que pertine à alegação de direito adquirido. Observe-se a seguinte decisão do Ministro Joaquim Barbosa:

AI 536909 / RN

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Relator(a)

Min. - JOAQUIM BARBOSA DJ DATA-28/04/2005 P 00017

Julgamento

11/04/2005

Despacho

DECISÃO: Trata-se de agravo de instrumento de decisão que inadmitiu recurso extraordinário (art. 102, III, a, da Constituição) por intempestividade. 2. O recurso extraordinário foi interposto pelo Ministério Público Federal - na qualidade de custos legis em ação ajuizada por menor incapaz - de acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª região cuja ementa tem o seguinte teor (fls. 141): “PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR DESIGNADO. ANTES DA LEI 9.032/95. EXPECTATIVA DE DIREITO. ÓBITO DO SEGURADO POSTERIOR A REFERIDA LEI. - A inscrição de menor, como dependente de segurado, realizada antes da vigência da Lei nº 9.032/95, que revogou o inciso IV, do art. 16, da Lei nº 8.213/91, não gera direito adquirido, mas, tão só, expectativa de direito. - Apelação e remessa oficial providas.” (fls. 51) 3. Alega-se, no recurso extraordinário, violação da proteção constitucional ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI).

É o breve relatório. Decido. 4. O recurso extraordinário é tempestivo e merece ser conhecido. Com efeito, a intimação pessoal do Ministério Público deu-se em 18.04.2001, conforme informa a certidão de fls. 56, esgotando-se o prazo para o recurso apenas em 18.05.2001. Assim, mostra-se tempestivo o recurso interposto em 17.05.2001. 5. Quanto, ao mérito, contudo, entendo que o Tribunal a quo aplicou corretamente o art. 5º, XXXVI, da Constituição federal. 6. O Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência acerca da inexistência de direito adquirido a regime jurídico (cf. o recente julgamento da ADI 3.105). 7. Se, na ação, pleiteia-se concessão de benefício de pensão por morte a menor designado como dependente nos termos do art. 16, IV, da Lei 8.213/1991, e verificando-se que esse tipo de designação foi extinta, em 1995, pela Lei 9.032, não há direito adquirido ao benefício nos casos em que o falecimento do beneficiário tenha ocorrido depois da alteração legislativa. 8. É o que ocorre na espécie, visto que o beneficiário que designou a menor faleceu em 08.10.1998, depois, portanto, da alteração do regime jurídico aplicável. 9. Do exposto, nego seguimento ao agravo. Publique-se. Brasília, 11 de abril de 2005. Ministro JOAQUIM BARBOSA Relator”. No mesmo sentido: REX n. 414.993/PB, rel. Min. Joaquim Barbosa e AI n. 532.396/RN, rel. Min. Joaquim Barbosa.

A - CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Para precisar o conteúdo do princípio da proteção especial da criança e do adolescente, verdadeiro subprincípio do Princípio da Dignidade da Vida Humana, socorremos-nos da legislação específica:

Assim, o art. 1º. diz que o ECA cuidará da proteção integral à criança e ao adolescente; o art. 3º. anota que as disposições normativas contidas na Lei n. 8.069, de 1990 não esgota o rol de medidas de proteção e que esta decorre diretamente do Princípio da Dignidade da Vida Humana; já o art. 4º. cuida do dever solidário da família, sociedade e Estado de assegurar a prioridade das crianças e adolescentes. Essa prioridade é delimitada no parágrafo único. O art. 6º dirige-se aos aplicadores e determina que a interpretação dos dispositivos legais devem levar em conta os fins sociais a que se dirige e as exigências do bem comum.

No Capítulo II, como expressão do direito à dignidade, diz o inciso V que a criança e o adolescente têm direito a participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação. No art. 18, reafirma o dever solidário de todos (família, sociedade e Estado) de pôr as crianças e adolescentes a salvo de qualquer tratamento desumano, violento etc.

No Capítulo III, logo no início, afirma, o ECA, que toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes, consubstanciando verdadeiro norte interpretativo à definição do princípio da proteção integral.

Diz que o dever de sustento é, em princípio, atribuído aos pais, assim como a guarda e a educação dos menores. E que a necessidade financeira não é motivo suficiente para a perda ou suspensão do pátrio poder.

Prevê, o Código, a possibilidade de colocação do não-emancipado em família substituta. É da teleologia do ECA a manutenção do menor numa estrutura familiar, como condição *sine qua non* para a proteção integral. Diz que isso se dará por meio de guarda, tutela e adoção.

Tanto a guarda como a tutela implicam no reconhecimento do encargo, mediante termo nos autos.

Ao dispor especificamente sobre a guarda, no ponto que nos interessa, prescreve os deveres que lhe são inerentes: prestação de assistência material, moral e educacional à criança e ao adolescente.

Esclarece que a guarda destina-se a regularizar situação da posse de fato e que tem lugar, em regra, nos procedimentos de tutela e adoção. Tem natureza provisória, temporária. Pode-se concedê-la, excepcionalmente, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

Em preceito dirigido ao Poder Público, acentua a sua forma de participação, que deverá incentivar o acolhimento das crianças e dos adolescentes em forma de guarda, por meio de medidas de renúncia fiscal, subsídios e assistência jurídica.

Lá nas disposições gerais de Acesso à Justiça, o art. 142 prescreve que a representação e assistência dos menores de 21 anos dar-se-á por seus pais, tutores e curadores, na forma da legislação civil.

Então, o Princípio da Proteção Integral se constitui numa série de diretrizes, providências e incumbências, dirigidas à Família, à Sociedade e ao Estado, que tem por objeto a prioridade das crianças e dos adolescentes na eleição das políticas públicas, de modo a que venham a se desenvolver num ambiente sadio e promissor.

Proporcionar um ambiente sadio ao desenvolvimento das crianças e dos adolescentes é dever jurídico da Família, da Sociedade e do Estado. Na ausência de cada um destes entes, os outros assumem as atribuições do ente ausente, de modo que jamais o menor se encontre desamparado ou haja riscos à sua integral proteção. Ou seja, há casos de responsabilidade concorrente, há casos de responsabilidade subsidiária.³

Assim, há inconstitucionalidade quando um ato legislativo fere uma norma constitucional.

A norma tida por malferida é o art. 227, que cuida do Princípio da Proteção Integral das Crianças e Adolescentes.

José Afonso da Silva comenta:

Essa família, que recebe a proteção estatal, não tem só direitos. Tem o *grave dever*, juntamente com a sociedade e o Estado, de assegurar, com absoluta prioridade, os direitos fundamentais da criança e do adolescente enumerados no

³ É o que parece defender Dalmo de Abreu Dallari, em comentário ao art. 4º. da Lei n. 8.069, de 1990. In **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. Comentários Jurídicos e Sociais**. CURI, Muniz (coord.), 4ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 37-41.

art. 227: 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. Colocá-los à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão é exigência indeclinável do cumprimento daquele dever.

[...]

A Constituição é minuciosa e redundante na previsão de direitos e situações subjetivos de vantagens das crianças e adolescentes, especificando em relação a eles direitos já consignados para todos em geral, como os direitos previdenciários e trabalhistas, mas estatui importantes normas tutelares dos menores, especialmente dos órfãos e abandonados e dos dependentes de drogas e entorpecentes (art. 227, § 3º) (grifo nosso)”⁴

Tomando como base o texto do mestre, vê-se que inúmeros direitos foram estendidos à criança e ao adolescente. Aliás, a Constituição Federal foi pródiga na distribuição de direitos e sovina na indicação dos meios para obtenção das receitas que fazem frente a tais direitos.

Tal situação já está sendo sentida, não só no Brasil, como nos demais países que adotaram a Social Democracia, vindo talvez a cuminar no princípio da reserva do possível, cuja essência é limitar a concretização de normas programáticas e veiculadoras de direitos subjetivos em face da insuficiência de recursos do Estado.

Em vista disso, constatou-se que não só o Estado deve zelar pela Proteção Integral da Criança e do Adolescente, mas também a sociedade e, principalmente, a Família.

Na prática previdenciária, a sociedade brasileira, fértil em criar mecanismos de sobrevivência, enxergou no art. 33 da Lei n. 8.069, de 1990, uma oportunidade a mais: estender a percepção de pensão por morte.⁵

⁴ AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 849.

⁵ Esta situação já foi sentida pela Jurisprudência:

“Guarda de menor pela avó. Fins previdenciários. Precedentes da Corte.

1. São inúmeros os precedentes da Corte no sentido de que a “conveniência de garantir benefício previdenciário ao neto não caracteriza a situação excepcional que justifica nos termos do ECA (art. 33, parágrafo 2º), o deferimento de guarda à avó” (REsp nº 82.474/RJ, de minha relatoria, DJ de 29/9/97).

Um parente, geralmente os avós, titular de benefício previdenciário, acolhia outro parente para que quando ocorresse o óbito, o menor continuasse a perceber a pensão, evitando assim a extinção do benefício em função do Fundo, mantendo a renda familiar no patamar existente.⁶

A guarda, como cediço, é um estado de fato. Após ser traduzido em linguagem competente (sentença judicial) confere direitos e estabelece obrigações para o guardião e para o menor.

Muitas vezes sequer existe lide. O processo é voluntário. Há anuência dos pais. O juízo declara o estado de fato. Não se perde o poder parental. A previdência social sequer atua no feito, embora o documento possa ser contra ela utilizado.⁷

Ou seja, embora judiciliizada, a guarda rendia ensejo a fraudes e a utilização do documento contra a Previdência importava em ofensa à ampla defesa.

A responsabilidade do Estado, enquanto Previdência, de subsidiária passava para principal. Subvertia-se a ordem prestigiada na Constituição – do privado ao público, para responsabilizar o Estado pela ausência familiar.

A interpretação pela inconstitucionalidade do novo § 2º. do art. 16 da Lei n. 8.213, de 1991 não leva em conta que ao lado do princípio da proteção integral vige o princípio da solidariedade entre família,

2. Recurso especial não conhecido." (STJ – 3ª. Turma – REsp 696.204/RJ – rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – un. – DJ 19.9.2005, p. 325).

6 No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

"DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE GUARDA E RESPONSABILIDADE. GUARDA COMPARTILHADA ENTRE OS AVÓS MATERNOS E OS GENITORES. NÃO COMPROVAÇÃO DE SITUAÇÃO PECULIAR ELENCADE NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

01. A guarda de infante somente pode ser concedida para atender situações peculiares ou suprir eventual falta dos pais, ressalvadas as hipóteses de procedimentos de tutela ou adoção.

02. Não há previsão legal para guarda apenas em razão de situação econômica privilegiada dos avós maternos, se a criança reside na companhia de seus genitores, que exercem regularmente o poder familiar.

03. O fato dos pais não possuírem condições financeiras para cuidar da criança não autoriza a concessão da sua guarda aos avós maternos, apenas para que o menor possa ser eventualmente incluído como beneficiário de assistência médica e previdenciária.

04. Recurso de apelação conhecido e não provido."

7 Anuindo à forma do procedimento, mas ressalvando a necessidade de justificação, é a posição de [...] In Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado e Interpretado de acordo com o Novo Código Civil. 2ª. ed., São Paulo: LEUD, 2004, p. 50: "A guarda, ainda, confere à criança e ao adolescente a condição de dependentes para todos os fins de direito, inclusive previdenciários (§ 3º); destaca-se, quando for requerida para este único fim, a desnecessidade de contraditório, não se dispensando, entretanto, justificação.

sociedade e Estado e que este deve ser a ultima ratio, pois seus recursos são escassos e há demanda enorme de necessitados para fazer frente.

Em países desenvolvidos o Estado não assume funções familiares típicas – dever de sustento –, estas ficam a cargo da família. O Estado intervém quando há o abandono do menor, acolhendo-o em suas instituições ou fornecendo-lhe uma família substituta. E é este espectro que fora desenhado na Carta Magna. Esta é a diretriz que um país e uma sociedade, que pretendem se desenvolver, devem aplicar.

Se há prioridade da família com relação ao Estado, não há como se declarar a inconstitucionalidade da norma revogadora, pois cabe à família, em primeira instância, zelar pela subsistência do menor sob guarda.

Com esse entendimento não concorda João Ernesto Aragonés Vianna, mas por outra razão, por entender que a exclusão do menor sob guarda discrimina os filhos e qualquer forma de discriminação entre os filhos é vedada pela Constituição Federal.⁸ Ou seja, equipara o menor sob guarda ao filho. Tal ilação, contudo, não se sustenta diante da necessidade de demonstração da dependência econômica para aquele e sua dispensa para este.

Portanto, há de se questionar: uma situação de fato, provisória, atende ao princípio da proteção integral da criança e do adolescente ou é do interesse dos princípios que informam a Constituição Federal fornecer à criança e ao adolescente mecanismos mais perenes, estáveis e de regulamentação jurídica mais extensa?

A inscrição como dependente de segurado exige mais que uma situação de fato, como observaremos na impugnação à próxima premissa.

B. DA SUPOSTA OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Não há ofensa ao princípio da isonomia e o menor sob guarda não nos parece equiparado aos filhos.

Os traços do Princípio da Isonomia foram descritos de forma insuperável por Celso Antônio Bandeira de Mello, na sua obra *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. Afirma, com prioridade, o Mestre:

8 O Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069/90 –, entretanto, determina no art. 33, § 3º, que a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários. Por essa razão, entendemos que o menor sob guarda, comprovada a dependência econômica, é equiparado a filho para efeitos previdenciários." (VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de Direito Previdenciário*. São Paulo: Editora LTr, 2006. p. 206).

Parece-nos que o reconhecimento das diferenças que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões:

- a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação;
- b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado;
- c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.

Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.”⁹

Assim, há de se ter um fator de desigualação razoável, um fundamento racional ou lógico a justificar a discriminação e que o tratamento jurídico diferenciador seja albergado por princípio ou norma constitucional.

Com base nessas premissas, não vislumbramos qualquer inconstitucionalidade entre a possibilidade de se inscrever o tutelado e não o menor sob guarda como dependente.

No primeiro plano de pesquisa apontado pelo festejado autor, temos que o fator de desigualação é o direito à inscrição como dependente junto à Previdência Social. Os menores sob guarda pura não o têm; os tutelados o possuem.

Esse fator de desigualação é justificável racionalmente? Sim, porque a tutela e a adoção são o instrumento por excelência de colocação em família substituta, melhor medida de proteção aos órfãos e abandonados. E também porque a tutela atende melhor ao princípio da proteção integral.

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Melheiros Editora, 2001. p. 21-22.

Desse modo, observa-se que a supressão do menor sob guarda do rol dos dependentes previdenciários decorre de uma coerência lógica da incompatibilidade da guarda com o benefício em tela, pois a guarda é um instituto de proteção provisória que antecede um processo principal de tutela ou adoção. Ou seja, a proteção do ECA para fins previdenciários se limita ao tempo em que o menor não tem quem o assista até a definição de um processo principal.

A tutela, de outro lado, ao mesmo tempo que permite a concessão de benefícios previdenciários na qualidade de dependente, exige requisitos próprios para o reconhecimento.

De fato, assim estabelece o artigo 36, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art.36 [...]

Parágrafo único. O deferimento da tutela *pressupõe a prévia decretação da perda ou suspensão do pátrio poder* e implica necessariamente o dever de guarda. (grifo nosso)

Vimos, nas palavras do mestre constitucionalista, que mereceu especial atenção da Constituição a proteção aos órfãos.

A tutela é forma de colocação do menor em família substituta. A guarda é passo preparatório nos processos de tutela e adoção.

Neste ínterin prescreve o art. 227, § 3º, da Constituição:

§ 3º O direito à proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

VI – estímulo do Poder Público, através da assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado.

Esse inciso é de suma importância para a interpretação da relação entre guarda e proteção especial.

Fixada a primeira premissa no sentido de que a responsabilidade do Estado é subsidiária em relação à família e à sociedade (a ordem contida no art. 227 é relevante para fins interpretativos), e interpretando sistematicamente todo o artigo 227, observa-se que a guarda judicial, em procedimentos preparatórios para colocação em família substituta (tutela e adoção), visando tutelar especialmente os órfãos e menores abandonados, confere o direito à inscrição do menor como dependente previdenciário.

Esta é a solução que melhor resguarda os interesses do menor e que viabiliza a proteção especial, pois lhe confere não só uma vantagem financeira, mas a inserção em outra estrutura familiar, que por sua vez lhe proporcionará toda a gama de direitos prescritos pela Constituição. Esta é a teleologia do dispositivo e a forma pela qual se compatibilizam os diversos enunciados normativos, constitucionais ou infraconstitucionais.¹⁰

Não é por qualquer razão que o Estatuto da Criança e do Adolescente começa a Seção III com o Título Da Família Substituta.

Dentro dessa ótica, não há como enxergar inconstitucionalidade na nova redação do § 2º. do art. 16 da Lei n. 8.213, de 1991, já que lá se encontra transcrito o direito do menor tutelado ser inscrito como dependente previdenciário.

Ressalte-se que a concessão de incentivos será feita na forma da lei, de modo que não se pode alegar qualquer ofensa a direito adquirido quando o óbito ocorreu após a primeira edição da Medida Provisória n. 1.523, de 1996.

4 CONCLUSÃO

Retira-se do exposto que seja no plano horizontal ou vertical, a alteração procedida no art. 16, § 2º. da Lei n. 8.213 é plenamente compatível com o Sistema Normativo e presta-se a conciliar os diversos interesses e princípios incindíveis na relação previdenciária, pois confere segurança jurídica e dignidade à criança e ao adolescente, quando lhe proporciona o ingresso em família substituta; atende à norma programática prevista no art. 227, § 4º, da Constituição da República e ao princípio do equilíbrio atuarial da Previdência Social, quando previne fraudes de toda sorte.

¹⁰ Como leciona Yussef Said Cahali: “De qualquer forma, o dispositivo serve para reafirmar a opção do legislador pelo sistema de guarda do menor em família substituta como sendo a melhor maneira de ensinar à criança ou adolescente órfão ou abandonado a preservação de um ambiente familiar propício ao seu desenvolvimento pessoal, afetivo e psicológico, em consonância, aliás, com o princípio enunciado no art. 19 do Estatuto [...]. (Comentários ao art. 34 da Lei n. 8.069, de 1990. **In Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. Comentário s Jurídicos e Sociais. CURY, Munir (coord). 6ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p 149.