

UMA ANÁLISE SOBRE A EXCLUSÃO DA FIGURA DO MENOR SOB GUARDA DA PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

AN ANALYSIS ABOUT THE EXCLUSION OF THE FIGURE OF THE MINOR UNDER GUARD OF THE SOCIAL SECURITY PROTECTION UNDER THE PERSPECTIVE OF THE SOCIAL FUNDAMENTAL RIGHTS

ANTONIO RICARDO SURITA DOS SANTOS¹

RESUMO

A lei federal n. 9.528/97 excluiu a figura do menor sob guarda da proteção previdenciária estabelecida pela lei ordinária federal n. 8.213/91 e afastou a sua equiparação com a condição de filho de segurado do Regime Geral de Previdência Social. Os Regimes Próprios de Previdência Social poderão seguir tal parâmetro legal. A lei federal n. 9.528/97 foi severamente criticada, especialmente pelo seu conflito com a lei federal n. 8.069/90 - o Estatuto da Criança e do Adolescente -, que determina a proteção dos menores para fins previdenciários. Apesar do Superior Tribunal de Justiça ter consolidado o entendimento de que a prevalência, para fins previdenciários, é da lei n. 9.528/97, o tema permanece polêmico, como se pode observar na recente Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.083, interposta pela Ordem dos Advogados do Brasil no Supremo Tribunal Federal, após mais de 16 anos de vigência da lei federal n. 9.528/97. Apesar da possibilidade excepcional da restrição de determinados direitos fundamentais, a palavra final sobre a constitucionalidade e a validade da exclusão da figura do menor sob guarda da proteção previdenciária será dada pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Direitos sociais. Direitos fundamentais. Proteção previdenciária. Menor sob guarda.

1 Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP), Especialista em Direito Civil e em Direito Processual Civil pela UNIMEP, Pós-Graduado (extensão) em Direito Previdenciário pela Escola Paulista de Direito (EPD) e em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Procurador Municipal (FUNSERV-Sorocaba/SP)

ABSTRACT

The federal law n. 9.528/97 excluded the figure of underage guard of the social security protection established by federal law n. 8.213/91 and removed your equivalence with the condition of son of insured of General Social Security System. The Special Social Security System may follow such legal parameter. The federal law n. 9.528/97 was severely criticized, especially by his conflict with federal law n. 8.069/90 – the Statute of Children and Adolescents -, that determines the protection of minors for social security purposes. Despite the Superior Court of Justice has consolidated the understanding that the prevalence, for social security purposes, it is the law n. 9.528/97, the theme remains polemical, as can be seen in the recent direct action of unconstitutionality n. 5.083, filed by the Brazilian Bar Association in the Supreme Court, after more than 16 years of the Federal Law n. 9.528/97. Despite the exceptional possibility of restrict some fundamental rights, the final word about the constitutionality and validity of the exclusion of the figure of underage guard of the social security protection will be given by the Supreme Court.

Keywords: Social rights. Fundamental rights. Social security protection. Minor under guard.

INTRODUÇÃO

A lei federal n. 9.528 (BRASIL, 1997) excluiu a figura do menor sob guarda da proteção previdenciária estabelecida pela lei ordinária federal n. 8.213 (BRASIL, 1991), afastando a sua equiparação com a condição de filho de segurado do regime previdenciário.

Já nos seus primeiros anos de vigência, a lei federal n. 9.528/97 foi severamente criticada sob o argumento de que a exclusão da proteção do menor sob guarda violava a lei federal n. 8.069 (Brasil, 1990) - o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) -, que prevê expressamente a proteção dos menores para fins previdenciários.

A colisão entre as normas citadas acabou sendo resolvida pelo Superior Tribunal de Justiça (2013) favoravelmente à lei federal n. 9.528 (BRASIL, 1997), pela aplicação do princípio da especialidade e da ausência de violação aos direitos fundamentais sociais das crianças e dos adolescentes.

Apesar da consolidação desse entendimento no Superior Tribunal de Justiça, o tema permaneceu polêmico. Essa polêmica se refletiu na recente Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.083, interposta pela Ordem dos Advogados do Brasil (2014) no Supremo Tribunal Federal (STF), apesar do transcurso de mais de 16 anos de vigência da lei federal n. 9.528 (BRASIL, 1997).

A Ordem dos Advogados do Brasil (2014) alega que a exclusão do menor sob guarda da proteção previdenciária violou o princípio da isonomia, da proteção integral dos menores e da isonomia.

Todavia, as crianças, os adolescentes e os jovens adultos (menores de 21 anos) permanecem protegidos previdenciariamente através da figura de seus pais, padrasto, madastra, irmãos e tutores, desde de que segurados do regime de previdência social.

O núcleo do direito fundamental do direito previdenciário em análise não foi afetado pela lei 9.528 (BRASIL, 1997) e a situação jurídica privilegiada que o menor sob guarda (pela guarda não exigir a suspensão ou a destituição do poder familiar, como exige a tutela) se encontrava em relação ao menor que se submetia apenas ao poder familiar e à tutela foi devidamente solucionada.

De qualquer maneira, a palavra final sobre a aplicabilidade da lei n. 9.528 (BRASIL, 1997) e a manutenção da figura do menor sob guarda equiparada à condição de filho será dada pelo Supremo Tribunal Federal.

1 A EXCLUSÃO DA FIGURA DO MENOR SOB GUARDA DO ROL DE DEPENDENTES PREVIDENCIÁRIOS E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Até a vigência da lei federal n. 9.528 (BRASIL, 1997), o menor sob guarda estava incluído no rol de dependentes previdenciários do art. 16, §2º., da lei federal n. 8.213 (BRASIL, 1991), que dispôs sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social:

Art. 16 [...]

§ 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.

Com a vigência da mencionada lei federal n. 9.528 (BRASIL, 1997), que alterou o art. 16, §2º. da lei federal n. 8.213 (BRASIL, 1991), a figura do menor sob guarda foi excluída da proteção previdenciária e a sua equiparação com o enteado e com o tutelado afastada:

Art. 16 [...]

§ 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.

Na atual vigência da lei federal n. 8.213 (BRASIL, 1991), apesar do menor não poder gozar do benefício de pensão por morte na hipótese de morte de seu guardião, permanece a sua proteção em decorrência de morte de pais, padrastos, madrastas, irmãos ou tutores, desde que estes, evidentemente, sejam segurados do regime de previdência social.

Não houve, como se pode perceber, completo aniquilamento da proteção previdenciária dos menores, ou seja, das crianças e adolescentes. Houve apenas a exclusão da figura do menor sob guarda do rol de dependentes previdenciários.

Observando que lei federal n. 8.069 (BRASIL, 1990) estabelece que são crianças as pessoas com até doze anos incompletos e que são adolescentes as pessoas entre doze anos completos até os dezoito anos, parece importante destacar que a lei federal n. 8.213 (BRASIL, 1991) também protege os jovens adultos, menores de vinte anos.

Ocorre que a exclusão da figura do menor sob guarda da proteção previdenciária prevista pela lei federal n. 8.213 (BRASIL, 1991) acabou se chocando frontalmente com o Estatuto da Criança e do Adolescente – a lei federal 8.069 (BRASIL, 1990):

Art. 33 [...]

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

É possível vislumbrar que os regimes próprios de previdência social seguirão o mesmo caminho, especialmente pelo art. 5º. da lei federal 9.717 (BRASIL, 1998) - que estabeleceu regras gerais para organização dos regimes próprios - vedar aos regimes próprios a instituição de benefícios previdenciários distintos daqueles previstos no regime geral (lei 8.213/91).

O conflito entre a norma previdenciária e a estatutária das crianças e adolescentes não demorou a chegar aos tribunais.

O Superior Tribunal de Justiça (2013), após analisar o referido conflito normativo e julgar diversas demandas, acabou consolidando o entendimento de que, para fins previdenciários, deve prevalecer a regra da lei federal n. 9.528 (BRASIL, 1997):

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENSÃO POR MORTE. ÓBITO DO INSTITUIDOR DA PENSÃO OCORRIDO APÓS ALTERAÇÃO LEGISLATIVA NO ART. 16 DA LEI N. 8.213/1991. MENOR SOB GUARDA EXCLUÍDO DO ROL DE DEPENDENTES PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS. BENEFÍCIO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ. INCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

- Esta Corte Superior firmou compreensão de que, se o óbito do instituidor da pensão por morte ocorreu após a alteração legislativa promovida no art. 16 da Lei n. 8.213/1991 pela Lei n. 9.528/97 - hipótese dos autos -, tal benefício não é devido ao menor sob guarda.

- Não há como afastar a aplicação da Súmula 83/STJ à espécie, pois a Corte a quo dirimiu a controvérsia em harmonia com a jurisprudência deste Tribunal Superior, que, em vários julgados, também já rechaçou a aplicabilidade do art. 33, § 3º, da Lei n. 8.069/1990, tendo em vista a natureza específica da norma previdenciária. Agravo regimental desprovido.

(Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.285.355)

Diversos outros julgados seguem em idêntico sentido, com a adoção do princípio da especialidade para a resolução do conflito entre as normas citadas, como o Agravo regimental no Recurso Especial n. 1.178.495/SP (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2011a) e Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.000.481/RJ (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2011b).

Apesar dessa consolidação realizada pelo Superior Tribunal de Justiça, o tema permanece polêmico, como se pode perceber do questionamento realizado pela Ordem dos Advogados do Brasil (2014) junto ao Supremo Tribunal Federal através da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.083.

Como será exposto adiante, nessa Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.083, a Ordem dos Advogados do Brasil (2014), sob o fundamento de proteção integral da criança e do adolescente, acaba buscando a máxima proteção possível, na esfera previdenciária, para os menores, de forma muito semelhante ao que se defende em relação aos direitos de defesa, apesar das distinções entre estes e o direitos a prestações positivas em sentido estrito: “o conceito de direito a prestações é exatamente o oposto do conceito de direito de defesa, na qual se incluem todos os direitos a uma ação negativa, ou seja, a uma abstenção estatal”. (ALEXY, 2011, p. 442).

Ocorre que, como se observará adiante a “justiciabilidade dos direitos a ações negativas (direitos de defesa) impõe menos problemas que a justiciabilidade dos direitos a ações positivas (direitos a prestações)” e que enquanto “o direito a proteção exige a utilização

de ao menos um *meio* de proteção, o direito de defesa exclui a utilização de todo e qualquer *meio* de destruição ou afetação negativa” (ALEXY, 2011, p. 461 e 462).

A problemática estabelecida envolve aspectos teóricos e judiciais, notadamente pela perspectiva de implantação de determinadas políticas sociais e de garantia de direitos sociais específicos pelo Poder Judiciário.

2 A ATUAL PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA DOS MENORES (CRIANÇAS E ADOLESCENTES) E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 5.083

Como mencionado, a proteção previdenciária das crianças e adolescentes (assim como o jovem adulto com menos de 21 anos) permanece intacta em relação aos pais, padrastos, madastras, irmãos e tutores, desde que segurados pelo regime previdenciário.

Diante da manutenção somente do menor tutelado no rol dos dependentes previdenciários (e da sua equiparação à condição de filho) no art. 16, §2º. da lei federal n. 8.213 (BRASIL, 1991), torna-se necessário distinguir a figura do menor sob guarda do menor sob tutela.

A guarda e a tutela de crianças e adolescentes estão previstas na lei federal n. 8.069 (BRASIL, 1990), respectivamente nos seus artigos 33 e 36:

Art. 33 [...]

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

Art. 36 [...]

Parágrafo único. O deferimento da tutela pressupõe a prévia decretação da perda ou suspensão do poder familiar e implica necessariamente o dever de guarda.

É possível perceber que enquanto a guarda não pressupõe qualquer afetação do poder familiar, a tutela exige a perda ou a suspensão do poder familiar, bem como o dever de guarda. A tutela, portanto, vai além da guarda.

Pelo fato de que a guarda pode ser exercida concomitantemente com o poder familiar, o menor sob guarda estava duplamente protegido previdenciariamente até a vigência da lei federal n. 9.528 (BRASIL, 1997), pois era considerado dependente dos seus pais e dos seus guardiões.

Assim, o menor sob guarda acabava se encontrando numa posição jurídica privilegiada em relação ao menor que estava submetido somente ao poder familiar ou à tutela.

Importante reiterar que a tutela de menores é incompatível com o poder familiar anterior, que necessita ser suspenso ou extinto.

A distinção previdenciária em questão, por se tratar de violação ao princípio da isonomia, acabou sendo retificada pela mencionada lei federal n. 9.528 (BRASIL, 1997), que equiparou à condição de filho somente o enteado e o tutelado.

Comentando o parágrafo 4º., do artigo 33, da lei federal 8.069 (BRASIL, 1990), Cerqueira (2010, p. 74) ressalta:

Conforme se extrai do novo parágrafo, a intenção do legislador foi afastar de vez a possibilidade, ainda que jurisprudencial, da guarda possuir benefícios previdenciários, pois se os guardiões possuírem poucos recursos financeiros, deverá o juiz, a pedido destes ou do Ministério Público, deferir o dever dos pais de continuarem prestando alimentos, o que pode ocorrer nas guardas deferidas para avós. Também pode o juiz neste caso determinar o direito de visitação pelos pais.

Esta perspectiva é rejeitada pela Ordem dos Advogados do Brasil (2014) na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.083, que defende que a exclusão da figura do menor sob guarda do rol de dependentes previdenciários viola o princípio da isonomia, a proibição de retrocesso social e a proteção integral da criança e do adolescente.

É possível destacar nesta Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.083 (ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 2014):

Com efeito, a alteração legislativa instituída pela Lei Federal nº 9.528/97 na Lei de Benefícios da Previdência Social (Lei Federal nº 8.213/91) foi inconstitucionalmente concebida porque destruiu, drasticamente, o nível de proteção previdenciária instituído pelo Direito Brasileiro às crianças e aos adolescentes que, sob guarda, seriam dependentes dos segurados do INSS.

O legislador, no entanto, não observou que o princípio da proibição do retrocesso social impede e dá pela inconstitucionalidade de tais medidas, sobretudo quando suprimem níveis de dignidade humana, na dimensão do mínimo existencial, e de segurança social, cujos desideratos foram estabelecidos em concreção às elevadas tarefas constitucionais e

convencionais estabelecidas nos artigos 227, caput, e § 3º, inciso II da CF, bem como do artigo 26 da Convenção sobre os Direitos da Criança, de 20.12.89 (ver artigo 5º, § 2º, da CF), ratificada pelo Brasil em 24.09.1990.

Em relação ao princípio da isonomia, como mencionado anteriormente, o menor sob guarda, anteriormente à lei federal n. 9.528 (BRASIL, 1997), estava numa posição jurídica privilegiada em relação aos tutelados e aos que estavam somente submetidos ao poder familiar, ou seja, estavam protegidos duplamente na esfera previdenciária.

Argumenta-se que atualmente o menor sob guarda ficou desprotegido quando seus pais não são segurados da previdência social, apenas o seu guardião.

Contra tal argumentação, é possível lembrar que o guardião também pode não ser segurado da previdência social ou que ambas as figuras (pais ou tutores de um lado, e guardiões de outro) sejam seguradas.

Além disso, o exercício da guarda não impede a progressão da situação para a figura da tutela, o que parece ser um dos intuitos do legislador.

Ademais, não é possível visualizar violação ao art. 227, §3º. Constituição Federal (BRASIL, 1988), que prevê a “garantia de direitos previdenciários e trabalhistas” à criança e ao adolescente.

A interpretação deste dispositivo constitucional não permite concluir que todos os direitos previdenciários e trabalhistas devem ser garantidos e prestados às crianças e adolescentes, pelo menos nesse momento, sem que se observe as peculiaridades subjetivas (dos destinatários da prestação positiva) e objetivas (das limitações materiais da própria prestação) do caso em estudo. Há a necessidade uma interpretação sistemática da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Não se pode imaginar, por exemplo, que é possível estimular crianças, pessoas com menos de 12 anos de idade, a entrarem no mercado de trabalho, exigindo direitos trabalhistas, visto que tal trabalho é vedado pelo próprio artigo 7º., XXXIII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

A interpretação da Constituição, é importante repetir, deve ser sistemática.

Em relação ao retrocesso social alegado pela Ordem dos Advogados do Brasil (2014), a proteção previdenciária do menor foi mantida (através de seus pais, padrastos, madastras, irmãos e tutores, repita-se) e a situação de desigualdade entre o menor sob guarda e os menores submetidos somente ao poder familiar e à tutela foi reparada.

Todavia, o tema da retrocessão social é polêmico e o seu debate envolve a problemática das prestações positivas estatais, dos direitos fundamentais, do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana.

3 A PROBLEMÁTICA DAS PRESTAÇÕES POSITIVAS ESTATAIS

Seguindo a lição de Alexy (2011, p. 433), é preciso destacar que o presente artigo não envolve o conceito amplo de prestação positiva estatal, ou seja, não aborda o direito a procedimentos, o direito a proteção contra intervenção de terceiros e o direito a prestações normativas.

As prestações positivas podem ser observadas como relações triádicas entre o titular do direito fundamental, o Estado e uma ação estatal positiva, esta observada num sentido estrito (ALEXY, 2011, 445).

Robert Alexy (2011, p. 441) destaca a polêmica envolvendo o direito a prestação estatal:

“A polêmica sobre os direitos a prestações é marcada por uma profunda divergência de opiniões acerca da natureza e da função do Estado, do Direito e da Constituição – e também dos direitos fundamentais -, bem como acerca da percepção da atual situação da sociedade.

[...]

Na polêmica acerca dos direitos a prestações um acordo é dificultado não apenas em razão de concepções fundamentais diversas, mas também em virtude de obscuridades conceituais e dogmáticas fundamentais, caracterizadas, entre outras coisas, por um caos terminológico frequentemente criticado”.

Dentre as objeções aos direitos fundamentais sociais, é possível citar o deslocamento da política social do poder parlamentar/político para o poder judiciário, a indeterminação desses direitos sociais e os custos financeiros na sua implementação (ALEXY, 2011, p. 507 e 508):

O argumento baseado na competência ganha um peso especial em virtude dos efeitos financeiros dos direitos fundamentais sociais. Por causa dos grandes custos financeiros associados a sua realização, a existência de direitos fundamentais sociais abrangentes e exigíveis judicialmente conduziria a uma determinação jurídico-constitucional de grande parte da política orçamentária. Visto que o Tribunal Constitucional Federal teria que

controlar o respeito a essa determinação, a política orçamentária ficaria em grande medida nas mãos do tribunal constitucional o que é incompatível com a Constituição.

Porém, a presença efetiva do Estado através de políticas públicas é essencial para a realização de diversos direitos sociais, como bem ressalta Schmidt (2007, p. 1989):

[...] há concordância crescente a respeito da imprescindível presença do Estado através de políticas públicas para viabilizar o desenvolvimento com inclusão social. Autores de variadas correntes de pensamento convergem a respeito da necessidade das instituições políticas terem uma atuação indutora no desenvolvimento e criadora das condições de equidade entre os cidadãos.

Lopes (2002, p. 136) lembra que a formação das políticas públicas e a garantia de diversos direitos sociais passa pela efetiva participação do Poder Judiciário. Desta maneira, a política pública para a implementação e a garantia de direitos sociais não deve mais ser observada meramente como um direito objetivo, ou seja, sem que se garanta ao beneficiário a possibilidade de reclamar judicialmente o seu adimplemento frente ao Estado.

Neste aspecto, tais direito devem ser subjetivos, ou seja, deve ser garantido aos beneficiários a tutela judicial dos seus interesses, ainda que haja, como mencionado, deslocamento parcial da competência sobre políticas públicas para o Poder Judiciário.

Dentro da análise sobre a natureza de direito subjetivo, parece importante mencionar a ideia dada por Alf Ross (1977, p. 171):

e) En resumen, podemos decir que el concepto de derecho subjetivo se usa típicamente para indicar una situación en la que el orden jurídico desea asegurar a una persona libertad y potestad para comportarse como le plazca, a fin de que proteja sus propios intereses. El concepto de derecho subjetivo indica la auto-afirmación autónoma del individuo.

Cristina Queiroz (2006, p. 136 e 137) também explica o significado do conceito de direito subjetivo e a sua relação com os direitos sociais fundamentais:

Gozar de um "direito subjetivo" significa ter o poder de pretender perante um outro sujeito um determinado comportamento.
[...]

A verdade é que se os "direitos sociais" podem ser configurados como "direitos fundamentais", isto é, direitos reconhecidos por normas de estalão constitucional, esses direitos podem igualmente ser constituídos como "posições jurídicas jusfundamentais", isto é, como "direitos subjetivos".

Reiterando a possibilidade de acionamento do Poder Judiciário para a garantia de determinado direito fundamental social como um traço marcante do que se deve entender como direito subjetivo:

Os direitos fundamentais sociais são "direitos subjectivos" sempre que possam ser feitos valer em justiça, isto é, desde que possam ser accionados judicialmente a requerimento do respectivo titular.
(QUEIROZ, 2006, p. 143)

Ainda sobre a concepção de direitos subjetivos:

De fato, sempre que a norma reconhece ou confere um direito às pessoas, físicas ou jurídicas, encontramos, frente a frente, um preceito atributivo e uma faculdade; ali, uma expressão da vontade geral, aqui, um poder de ação cujo exercício depende da vontade de seu titular - preceito e faculdade que nascem ao mesmo tempo, no mesmo instante em que a norma adquire força obrigatória, porque em reconhecer ou outorgar, disciplinar e proteger esta faculdade, a finalidade principal da norma consiste.
(RÁO, 1999, p. 527)

Ainda que haja certo consenso sobre a importância de se observar os direitos sociais fundamentais como direitos subjetivos, tuteláveis judicialmente através de pedidos de seus beneficiários, o problema ainda persiste: até que ponto é possível transmitir ao Poder Judiciário na implementação e garantias das políticas públicas e das prestações positivas do Estado?

O deslocamento total dessa competência para o Poder Judiciário, principalmente a questão financeira que envolve a implementação das políticas públicas, é incompatível com a Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Na questão da progressividade na implementação dos direitos sociais e das políticas públicas, há que se adotar uma postura intermediária, em que se permita a tutela judicial dos direitos sociais fundamentais, mas que a atuação judicial seja limitada e subsidiária à competência política/parlamentar nessa matéria, como sugere Robert Alexy (2011, p. 511):

“Considerados os argumentos contrários e favoráveis aos direitos fundamentais sociais, fica claro que ambos os lados dispõem de argumentos de peso. A solução consiste em um modelo que leve em consideração tanto os argumentos a favor quanto os argumentos contrários”.

Este é o pano de fundo no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.

5.083 (ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 2014) pelo Supremo Tribunal Federal.

4 CONSIDERAÇÕES SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS, MÍNIMO EXISTENCIAL E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Para se entender o debate sobre eventuais modificações em determinados direitos sociais, especialmente aqueles qualificados como fundamentais, é essencial entender, ainda que em linhas gerais, as características dos direitos fundamentais e quais as concepções sobre o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana.

Será possível observar que, apesar de ser inadmissível a destruição ou afetação do núcleo essencial dos direitos fundamentais, os contornos dos direitos sociais podem sofrer algumas alterações, desde que não sejam desfigurados ou destruídos.

No caso em análise, a proteção previdenciária do menor sob guarda permanece sólido, seja através da figura do poder familiar, seja da tutela.

A concepção dos direitos fundamentais exige não só a ausência de uma postura estatal negativa - no sentido de não atacar direitos individuais protegidos -, como também uma postura positiva e eficaz no sentido de fomentar e garantir o pleno gozo dos direitos individuais fundamentais.

A implantação de políticas públicas sociais adequadas permite que direitos fundamentais sejam gozados efetivamente, não apenas de modo formal.

Em seu art. 1º, III, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) prevê que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil e do próprio Estado Democrático de Direito.

A dignidade da pessoa humana tem íntima ligação com o mínimo existencial (ALEXY, 2011, p. 505), constituindo-se num núcleo invulnerável (SARLET, 2006, p. 572), ou seja, num direito fundamental que não pode ser destruído, inclusive por determinadas maiorias parlamentares.

Apesar da ideia de dignidade da pessoa humana ser compreensível, sua conceituação é muito difícil, por envolver diversas facetas como bem ressaltam Tejerina Velázquez e Gonzalez (2012, p. 89):

O conceito dos direitos humanos é difícil de ser apreendido nas suas

múltiplas facetas: político, ideológico, filosófico e jurídico, pois a cada uma dessas dimensões correspondem discursos específicos em aparência inconciliáveis, pois se situam em planos diferentes.

Moraes (2004, p. 52) conceitua a dignidade da pessoa humana:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*.

Comparato (2011) entende que a dignidade da pessoa impõe que o ser humano seja tratado como um fim em si mesmo, não como um mero instrumento para a obtenção de resultados não que visem a própria felicidade da humanidade:

Ora, a dignidade da pessoa não consiste apenas do fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado, em si mesmo, como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita.

(p. 34)

[...]

Por outro lado, a ideia de que o princípio do tratamento da pessoa como um fim em si mesma implica não só o dever negativo de não prejudicar ninguém, mas também o dever positivo de obrar no sentido de favorecer a felicidade alheia constitui a melhor justificativa do reconhecimento, a par dos direitos e liberdades individuais, também dos direitos humanos à realização de políticas públicas de conteúdo econômico e social, tal como enunciados nos artigos XVIII a XXII da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

(p. 37)

Enquanto Taiar (2009, p. 235) entende que a "dignidade humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do ser humano desde o direito à vida", Barongeno (2009, p. 24) declara que "todas essas concepções trazem em comum o desenvolvimento da ideia de que a pessoa não se perde no todo do *corpus* social, mas é, individualmente, dotada de direitos - direitos subjetivos".

Taiar (2009, p. 234) também destaca a crescente atenção dada à pessoa humana desde

o tratado de paz de Westfália do século XVII, inclusive quanto aos poderes para atuar ativamente nas relações internacionais independentemente do Estado que pertence:

Cada vez mais o direito internacional direciona suas atenções no sentido de ampliar a extensão dos poderes conferidos à pessoa humana, de modo diverso do que dispunha os textos dos tratados de paz de Westfália (1648-1659), nos termos dos quais apenas e tão-somente os Estados possuíam legitimidade para figurar como partes ativas nas relações internacionais reconhecidas pelos tratados e manifestações políticas, diplomáticas e jurídicas.

Atualmente, o valor da dignidade humana é concebido como pressuposto dos direitos humanos.

Outro aspecto a ser destacado tem relação com o "processo de fundamentalização, constitucionalização e positivação dos direitos fundamentais colocou o indivíduo, pessoa, o homem, como centro da titularidade de direitos" (CANOTILHO, 2003, p. 416).

São características dos direitos fundamentais a historicidade - evolução e consolidação histórica -, universalidade - destinam-se, indiscriminadamente, a todos os seres humanos -, irrenunciabilidade - o que pode ocorrer é o seu não exercício, não sua renúncia -, inalienabilidade - são indisponíveis por ato próprio - e imprescritibilidade - não se perde pelo decurso do tempo (LENZA, 2012, p. 962 e 963).

Uma das causas da evolução histórica dos direitos humanos e da concepção da dignidade da pessoa humana tem relação com a superação de eventos geradores de grande dor física e/ou moral, como entende Comparato (2011, p. 50):

[...] a compreensão da dignidade suprema da pessoa humana e de seus direitos, no curso da História, tem sido, em grande parte, o fruto da dor física e do sofrimento moral. A cada grande surto de violência, os homens recuam, horrorizados, à vista da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos; e o remorso pelas torturas, pelas mutilações em massa, pelos massacres coletivos e pelas explorações aviltantes faz nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos.

Ainda em relação à evolução histórica dos direitos fundamentais, Canotilho (2003, p. 380 e 382) destaca a importância da Declaração de Direitos da Virgínia de 1776 e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, relativizando a Carta Magna Inglesa de 1215:

Em geral, costuma fazer-se um *corte histórico* no processo de

desenvolvimento da ideia de direitos fundamentais, conducente a uma separação absoluta entre duas épocas: uma, anterior ao *Virgínia Bill os Rights* (12-6-1776) e à *Déclaration des Droit de L'Homme et du Citoyen* (26-8-1789), caracterizada por uma relativa cegueira em relação à ideia dos direitos do homem; outra, posterior a esses documentos, fundamentalmente marcada pela chamada *constitucionalização* ou *positivação* dos direitos do homem nos documentos constitucionais.

[...]

A proto-história dos direitos fundamentais costuma salientar a importância das **cartas de franquias medievais** dadas pelos reis aos vassallos, a mais célebre das quais foi a *Magna Charta Libertatum* de 1215. Não se tratava, porém, de uma manifestação da ideia de direitos fundamentais inatos, mas da afirmação de direitos corporativos da aristocracia feudal em face do seu suserano.

Apesar da importância da Declaração de Direitos da Virgínia (1776) e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), Piovesan (2003, p. 80 e 81), observando a pluralidade de concepções sobre os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana e o seu caráter indivisível, histórico, universal e interdependente, entende que a Declaração dos Direitos do Homem de 1948 é o maior marco dos direitos humanos:

Considerando a historicidade destes direitos, pode-se afirmar que a definição de direitos humanos aponta a uma pluralidade de significados. Tendo em vista tal pluralidade, destaca-se neste estudo a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, que veio a ser introduzida com o advento da Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993.

Esta concepção é fruto do movimento de internacionalização dos direitos humanos, que constitui um movimento extremamente recente na história, surgindo, a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Apresentando o Estado como o grande violador de direitos humanos, a era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, que resultou no envio de 18 milhões de pessoas a campos de concentração, com a morte de 11 milhões, sendo 6 milhões de judeus, além de comunistas, homossexuais, ciganos, ... O legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeito de direitos, à pertinência a determinada raça – a raça pura ariana. No dizer de Ignacy Sachs, o século XX foi marcado por duas guerras mundiais e pelo horror absoluto do genocídio concebido como projeto político e industrial.

É neste cenário que se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Se a 2ª Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução.

Neste sentido, em 10 de dezembro de 1948, é aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, como marco maior do processo de reconstrução dos direitos humanos. Introduz ela a concepção contemporânea de direitos humanos, caracterizada pela universalidade e

indivisibilidade destes direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem assim uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais.

Nesse mesmo sentido, Tejerina Velázquez e Gonzalez (2012, p. 107 e 108) ressaltam os impactos das atrocidades da II Guerra Mundial e a importância da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 para os Direitos do Homem:

Na era moderna dos DD. HH., as atrocidades cometidas na II Guerra Mundial. fizeram com que a maioria das nações tomasse consciência da necessidade proteger, pelo direito, determinados valores fundamentais. Direito e valor não podem ser tratados de modo hermético e fechado, isolado. Porém, o mais importante foi reconhecer e assegurar-se a proteção internacional a certos valores fundamentais. Assim, a universalização (universalismo) dos DD. HH. aparece imediatamente após a II Guerra Mundial como a melhor maneira de se preservar o futuro dessas barbáries. Eis a característica marcante a partir da adoção, em 1948, da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Longe de ser um fim em si mesmo, este novo texto de referência constitui nada mais nada menos do que uma primeira etapa na prática internacional dos Direitos do Homem.

É mesma opinião de Fábio Konder Comparato (2011, p. 68):

Ao emergir da Segunda Guerra Mundial, após três lustros de massacres e atrocidades de toda sorte, iniciados com o fortalecimento do totalitarismo estatal nos anos 30, a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da História, o valor supremo da dignidade humana.

Também merece destaque a Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993 (PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2013) sobre direitos e dignidade da pessoa humana:

Considerando que a promoção e proteção dos direitos humanos são questões prioritárias para a comunidade internacional e que a Conferência oferece uma oportunidade singular para uma análise abrangente do sistema internacional dos direitos humanos e dos mecanismos de proteção dos direitos humanos, para fortalecer e promover uma maior observância desses direitos de forma justa e equilibrada,

Reconhecendo e afirmando que **todos os direitos humanos têm origem na**

dignidade e valor inerente à pessoa humana, e que esta é o sujeito central dos direitos humanos e liberdades fundamentais, razão pela qual deve ser a principal beneficiária desses direitos e liberdades e participar ativamente de sua realização,

[...]

1. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos reafirma o compromisso solene de todos os Estados de promover o respeito universal e a observância e proteção de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas, em conformidade com Carta das Nações Unidas, outros instrumentos relacionados aos direitos humanos e o direito internacional. [...]

Os direitos humanos e as liberdades fundamentais são direitos naturais de todos os seres humanos; sua proteção e promoção são responsabilidades primordiais dos Governos.

[...]

5. **Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados.** A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.

6. Os esforços do sistema das Nações Unidas para garantir o respeito universal e a observância de todos direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas contribuem para a estabilidade e bem-estar necessários à existência de relações pacíficas e amistosas entre as nações e para melhorar as condições de paz e segurança e o desenvolvimento social e econômico, em conformidade com a Carta das Nações Unidas.

7. O processo de promoção e proteção dos direitos humanos deve ser desenvolvido em conformidade com os propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas e o direito internacional.

(sem negritos no original)

Ademais, a doutrina vem distinguindo os conceitos de "direitos do homem" e de "direito fundamental", apesar da frequência com que são utilizadas como sinônimos:

As expressões "direitos do homem" e "direitos fundamentais" são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: **direitos do homem** são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos(dimensão jusnaturalista-universalista); **direitos fundamentais** são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza do homem e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. (CANOTILHO, 2003, p. 393)

A distinção entre "direitos humanos" e "direitos fundamentais" vem gerando vários problemas na própria defesa da dignidade da pessoa humana, nos seus diferentes aspectos, como na necessidade de incorporação de determinados direitos humanos à esfera interna de cada país (ou seja, a "conversão" de direitos humanos em direitos fundamentais), apesar do seu conteúdo pedagógico e da maior segurança jurídica (garantia de atuação do Poder Judiciário, por exemplo). Tais aspectos podem resultar tanto na criação de falsos direitos humanos pelos Estados quanto na supressão de determinado direitos humanos fundamentais (COMPARATO, 2011, p.70 a 73).

Tais ensinamentos evidenciam que é importante não deixar que regras formais se distanciem da realidade e que a liberdade fática seja efetivamente buscada.

Como destacado anteriormente, os direitos fundamentais exigem não só a ausência de uma postura estatal negativa, como também uma postura positiva no sentido de implementar e garantir o pleno gozo dos direitos individuais fundamentais, permitindo que direitos fundamentais sejam gozados efetivamente, não apenas de modo formal.

Sobre as liberdades substantivas, Amartya Sen (2000, apud BITTAR; ALMEIDA, 2012, p. 550) entende que:

O adulto que não dispõe de recursos para receber tratamento médico para uma doença que o aflige não só é vítima da morbidez evitável e da morte possivelmente escapável, como também pode ter negada a liberdade para realizar várias coisas - para si mesmo e para outros - que ele pode desejar como ser humano responsável.

Uma das principais pretensões dos direitos sociais é garantir que ninguém se encontre abaixo do mínimo existencial e que todos possam gozar de uma vida digna, não mais bastando que as normas constitucionais que prevejam direitos individuais fundamentais sejam apenas consideradas programáticas e sem qualquer efeito imediato.

Robert Alexy (2011, p. 505) salienta a importância de se garantir o mínimo existencial para todos os indivíduos, ou seja, de que não haja ninguém vivendo abaixo desse patamar social mínimo:

[...] para o indivíduo é de importância vital não viver abaixo do mínimo existencial, não estar condenado a um desemprego de longo prazo e não estar excluído da vida cultural de seu tempo. É certo que, para aquele que se encontra em uma situação de necessidade, os direitos fundamentais não são totalmente sem valor.

Apesar do conceito de mínimo existencial não poder ser definido matematicamente, tampouco sem se observar a realidade de cada sociedade e de cada país, Sarlet (2006, p. 572) expressa a ideia de mínimo existencial, defendendo a impossibilidade de alteração do seu núcleo essencial:

Neste contexto, há que se enfatizar que o mínimo existencial - compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna (portanto, saudável) tem sido identificado - por muitos - como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade.

Diante da natureza dos direitos sociais, que visam impedir que o indivíduo viva abaixo do mínimo existencial, inúmeros autores defendem o caráter fundamental desses direitos sociais, ainda que não positivados expressamente:

[...] todos os direitos sociais são fundamentais, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, estejam eles sediados no Título II da CF (dos direitos e garantias fundamentais) ou dispersos pelo restante do texto constitucional ou mesmo que estejam (também expressa e/ou implicitamente) localizados nos tratados internacionais regularmente firmados e incorporados pelo Brasil.
(SARLET, 2006, p. 560)

O caráter fundamental dos direitos sociais também pode ser comprovado diante do tratamento especial dado pela carta constitucional:

Una vez que los derechos humanos, o mejor dicho, determinados derechos humanos, se positivizan, adquiriendo categoría de verdaderos derechos protegidos procesalmente, pasan a ser "derechos fundamentales" en un determinado ordenamiento jurídico. Ahora bien, esto solamente sucede cuando dicho ordenamiento les dota de un *status* especial que les hace distintos, más importantes, que los demás derechos. Si no fuera así no habría modo de distinguir los derechos fundamentales de aquellos otros que son, por decirlo así, derechos corrientes.
(ROBLES, 1997, p. 20)

A elevadíssima importância dos direitos fundamentais e seu "status" constitucional acarretam a impossibilidade de que sejam abolidas ou reduzidas sensivelmente por uma maioria parlamentar simples - diferentemente do que pode ocorrer com outros direitos "ordinários" -, como bem salienta Robert Alexy (2011, p. 446):

Uma possível perspectiva ou ideia-guia seria um conceito geral e formal de direitos fundamentais, que pode ser expresso da seguinte forma: direitos fundamentais são posições tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples.

A ideia de que o núcleo essencial desses direitos são invulneráveis - verdadeiras cláusulas pétreas - é endossada por Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 562), que afirma que o núcleo essencial dos direitos sociais sequer pode sofrer limitações:

Isso não significa, por elementar, que se possa falar em proteção absoluta dos direitos fundamentais (sociais, ou não) contra alterações constitucionais, já que, em princípio, não podem ser tratados como absolutamente infensos a qualquer limitação. A exemplo do que ocorre em termos de proteção contra as restrições legislativas de direitos fundamentais em termos gerais, apenas o núcleo essencial dos princípios e direitos fundamentais integrantes do rol das "cláusulas pétreas" encontra-se salvaguardado (no sentido "blindado") contra uma atuação do poder de reforma constitucional.

Numa leitura apressada, seria possível imaginar um conflito entre os direitos fundamentais, cujo núcleo essencial não permite alterações por maiorias parlamentares, e o princípio democrático, caracterizado pelo poder político que as maiorias parlamentares têm de alterar determinados regramentos e determinadas políticas sociais.

Esse mesmo questionamento "democrático" acaba se estendendo à atuação do Poder Judiciário (não composta diretamente por voto popular), que vem garantindo os direitos fundamentais e restringindo a liberdade da maioria parlamentar (composta por votação popular) nessa sensível área, como bem detectou Robert Alexy (2011, p. 447).

Porém, essa tensão deixa de existir dentro de uma concepção material da democracia, que exige uma igualdade substancial (não meramente formal), pois não se deve aceitar um Estado Democrático de Direito formado por cidadãos ignorantes, doentes e miseráveis.

Canotilho e Correia (2010, p. 19) são esclarecedores sobre a importância dos direitos fundamentais sociais para a democracia:

A articulação da socialidade com a democracia torna-se, assim, clara: só há verdadeira democracia quando todos têm iguais possibilidades de participar no governo da polis. Uma democracia não se constrói com fome, miséria, ignorância, analfabetismo e exclusão. A democracia só é um *processo* ou *procedimento justo de participação política* se existir uma *justiça distributiva* no plano dos bens sociais. A juridicidade, a sociabilidade e a democracia pressupõem, assim, uma base jusfundamental incontornável, que começa nos direitos fundamentais da pessoa e acaba nos direitos sociais.

Não se pode olvidar que o verdadeiro Estado Democrático de Direito deve sempre buscar a igualdade substancial entre os indivíduos, propiciando a participação efetiva de todos os indivíduos (não apenas de alguns) no debate político através da adoção de todas as medidas adequadas e necessárias para colocar os seus cidadãos acima do patamar mínimo existencial, não mais bastando a mera igualdade formal.

Aceitar a igualdade formal como único critério democrático será aceitar que pessoas miseráveis, famintas, doentes e analfabetas tenham idêntica necessidade das pessoas abastadas frente ao Estado, bem como tenham igual capacidade de escolha dos destinos do Estado.

Essa é a importância dos direitos sociais fundamentais: perseguir, sem descanso, a igualdade material entre os indivíduos.

Virgílio Afonso da Silva (2011, p. 24) afirma que a "declaração de um conteúdo essencial destina-se, sim, ao legislador ordinário, pois é esse que, em sua tarefa de concretizador dos direitos fundamentais, deve atentar àquilo que a constituição chama de 'conteúdo essencial'".

Cristina Queiroz (2006, p. 206) também expressa que um dos papéis da Constituição é garantir que determinados direitos fundamentais, principalmente seus núcleos, não sejam destruídos por processos políticos conduzidos por maiorias:

A função básica da Constituição é retirar certas decisões ao processo político, isto é, colocar os direitos acima das decisões da maioria. fazendo do *sistema dos direitos fundamentais* o critério último de validade de toda a ordem jurídica.

O exercício de diversas liberdades individuais pressupõe que o direito fundamental à saúde seja garantido pelo Estado, pois o indivíduo somente conseguirá cumprir seu papel social e melhorar sua situação social e econômica se a sua vida e a sua saúde tiverem sido preservadas, especialmente pelo acesso aos medicamentos essenciais disponíveis no mercado.

Como se pode observar, pelas características dos direitos fundamentais sociais, da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial, a lei federal n. 9.528 (BRASIL, 1997) não apresenta incompatibilidade com a Constituição Federal (BRASIL, 1988), tendo preservado a proteção previdenciária das crianças, dos adolescentes e dos jovens adultos - através de seus pais, padrastos, madastras, irmãos e tutores - e dirimido a situação de

desigualdade entre o menor sob guarda e os menores submetidos somente ao poder familiar e à tutela foi reparada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A lei federal n. 9.528 (BRASIL, 1997), que alterou o conteúdo do art. 16, §2º. da lei federal 8.213 (BRASIL, 1991), não apresenta qualquer incompatibilidade com a Constituição Federal (BRASIL, 1988), principalmente por não ter destruído ou afetado o núcleo essencial da proteção previdenciária das crianças e dos adolescentes.

A preservação da proteção previdenciária dos menores, seja através de seus pais, seja através de seus padrastos, madastras, irmãos e tutores, afasta a alegação de que a mencionada lei federal n. 9.528 (BRASIL, 1997) viola direitos fundamentais das crianças e adolescentes.

Ademais, a manutenção somente do menor tutelado como figura equiparada à condição de filho também acaba com a posição jurídica privilegiada que o menor sob guarda se encontrava, recompondo o princípio constitucional da impessoalidade.

Todavia, a posição consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça (2013), no sentido da plena aplicabilidade da lei federal n. 9.528 (BRASIL, 1997) diante do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), pela aplicação do princípio da especialidade e por não ter sido vislumbrado qualquer violação aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, ainda permanece sob forte discussão.

A palavra final sobre a aplicabilidade da lei federal n. 9.528 (BRASIL, 1997) será dada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.083, interposta pela Ordem dos Advogados do Brasil (2014).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. SP: Malheiros. 2011.

BARONGENO, Maria Cristina de Luca. **Direitos Humanos Sociais: necessidade de positivação das regras de interpretação?** SP. 2009. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-06072011-093810/pt-br.php>>. Acesso em 15 de abril de 2013.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 10ª ed. SP: Atlas. 2012.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Diário Oficial da União. 05 de outubro de 1988.

_____. Lei n. 9.717, de 27 de novembro de 1998. **Diário Oficial da União**, Brasília. 28 de novembro de 1998.

_____. Lei n. 9.528, de 10 de dezembro de 1997. **Diário Oficial da União**, Brasília. 11 de novembro de 1997.

_____. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. **Diário Oficial da União**. 25 de julho de 1991.

_____. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. **Diário Oficial da União**. 16 de julho de 1990.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina. 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Erica Paula Borchia (coord.). **Direitos Fundamentais Sociais**. SP: Saraiva. 2010.

CERQUEIRA, Thales Tácito. **Manual do Estatuto da Criança e do Adolescente: Teoria e Prática**. 2ª. ed. Niteroi: Impetus. 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7ª ed., rev. e atual. SP: Saraiva. 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16a. ed. rev. atual. e ampl. SP: Saraiva. 2012.

LOPES, José Reinaldo de Lima Lopes. Direito Subjetivo e Direitos Sociais: o Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. SP: Malheiros. 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 16a. ed. SP: Atlas. 2004.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.083**. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/oab-entra-adi-stf-garantir-pensao.pdf>>. Acesso em 29 de janeiro de 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção internacional dos Direitos Humanos: desafios e perspectivas**. In: Revista de Direito Internacional e Econômico. ano 1, n. 2. Instituto Nacional do Contencioso Econômico. 2003.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Declaração e Programa de**

Ação de Viena (1993). Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>>. Acesso em 22 de abril de 2013.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais Sociais.** Coimbra: Coimbra Editora. 2006.

RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos.** 5ª ed. anot. e atual. SP: RT 1999.

ROBLES, Gregório. **Los Derechos Fundamentales y la Ética em La Sociedad atual.** Madrid: Editorial Civitas. 1997.

ROSS, Alf. **On Law and Justice.** 4ª ed. Buenos Aires: Editorial Universitária. 1977.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais, "Mínimo Existencial" e Direito Privado: Breves Notas sobre Alguns Aspectos da Possível Eficácia dos Direitos Sociais nas Relações entre Particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. **Direitos Fundamentais: Homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres.** RJ: Renovar. 2006.

SCHMIDT, João Pedro. Gestão de Políticas Públicas: Elementos de um Modelo Pós-Burocrático e Pós-Gerencialista. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (org.) **Direitos Sociais e Políticas Públicas.** Tomo 7. Santa Cruz do Sul: Edunisc. 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia.** 2ª ed. SP: Malheiros. 2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.285.355. Rel. Min. Marilza Maynard. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 04 de março de 2013.

_____. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.178.495. Rel. Min. Jorge Mussi. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 08 de novembro de 2011(a).

_____. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1000.481. Rel. Min. Adilson Vieira Macabu. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 03 de maio de 2011(b).

TAIAR, Rogério. **Direito Internacional dos Direitos Humanos: uma discussão sobre a relativização da soberania em face à efetização da proteção internacional dos Direitos Humanos.** SP. 2009. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-24112009-133818/pt-br.php>>. Acesso em 15 de abril de 2013.

TEJERINA VELÁZQUEZ, Victor Hugo; GONZALEZ, Everaldo Tadeu Quilici. **Direitos Humanos, Propriedade Intelectual e Desenvolvimento.** Curitiba: Juruá. 2012.