



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

“... as conquistas relativas aos direitos fundamentais não podem ser destruídas, anuladas ou combalidas, por se cuidarem de avanços de toda a humanidade, e não dádivas estatais que pudessem ser retiradas segundo opiniões de momento ou eventuais maiorias parlamentares.”

Carmem Lúcia Antunes Rocha

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – CFOAB, serviço público independente, dotado de personalidade jurídica nos termos da Lei nº 8.906/94, inscrito no CNPJ sob o nº 33.205.451/0001-14, por seu **Presidente, MARCUS VINÍCIUS FURTADO COÊLHO** (doc. 01), vem, à presença de Vossa Excelência, por intermédio de seus advogados infra-assinados, com instrumento procuratório específico incluso e endereço para intimações na SAUS Qd. 05, Lote 01, Bloco M, Brasília-DF, com base no art. 103, inciso VII, e art. 102, inciso I, alínea “a” da Constituição da República, c/c art. 2º da Lei nº 9.868/99, e de acordo com a decisão plenária tomada nos autos da Proposição n. 49.0000.2011.000362-8/COP em 09.12.12 – Conselho Pleno (certidão anexa), propor

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
C/C PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Em face da a) **CÂMARA DOS DEPUTADOS**, por intermédio de seu Presidente, com endereço para comunicações no Palácio do Congresso Nacional, Praça dos Três Poderes, Brasília-DF; b) **SENADO FEDERAL**, por intermédio de seu Presidente, com endereço para comunicações na Praça dos Três Poderes, Brasília-DF; c) **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, com endereço para comunicações no Palácio do Planalto, Praça dos Três Poderes, todos órgãos/autoridades responsáveis pela elaboração do **artigo 2º da Lei Federal nº 9.528/97**, no que toca à alteração realizada no **§ 2º do artigo 16 da Lei Federal nº 8.213/91** (Lei de Planos de Benefícios da Previdência Social), o que faz pelos 04 (quatro) fundamentos seguintes:

I - DO DISPOSITIVO LEGAL IMPUGNADO – E DO PARÂMETRO DE CONTROLE:

I.1 - INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 9.528/97 NO QUE TOCA AO DISPOSITIVO ALTERADOR DO ARTIGO 16, § 2º, DA LEI 8.213/91 - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL E AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SEGURANÇA JURÍDICA E SOCIAL, DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

O **artigo 2º da Lei Federal nº 9.528/97** (fruto da Medida Provisória nº 1.523/96, que entrou em vigor em 11.10.96, e depois foi convertida na referida lei), especialmente no que toca à **revogação parcial do § 2º do art. 16 da Lei Federal nº 8.213/91** é inconstitucional porque suprime os menores sob guarda do pensionamento por morte de segurado do INSS, conforme se vê da redação do dispositivo ora impugnado, a saber:

Lei Federal nº 9.528/97:

'(...)

Art. 2º Ficam restabelecidos o § 4º do art. 86 e os arts. 31 e 122, e alterados os arts. 11, 16, 18, 34, 58, 74, 75, 86, 94, 96, 102, 103, 126, 130 e 131 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, com a seguinte redação:

(...)

"Art. 16.....



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

§ 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.

....."

Lei Federal nº 8.213/91 – Redação anterior:

'(...)

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

(...)

~~§ 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](#))
(...)'

Como se vê, a relação lógica de incompatibilidade entre as normas constitucionais parâmetro e as normas legais objeto¹ está devidamente caracterizada. Isso porque as normas constitucionais parâmetro que foram violadas pelo art. 2º da Lei Federal nº 9.528/97, que revogou parcialmente o § 2º do artigo 16, da Lei Federal nº 8.213/91, são as seguintes: princípio constitucional implícito da proibição do retrocesso social, decorrente do sistema constitucional vigente, designadamente dos seguintes princípios e argumentos de matriz jurídico-constitucional²:

- princípio do Estado Democrático de Direito (artigo 1º da CF);

¹ conforme ensina ELIVAL DA SILVA RAMOS, *Inconstitucionalidade das Leis - Vício e Sanção*, São Paulo, Saraiva, 1994.

² Segundo ensina o grande constitucionalista INGO WOLFGANG SARLET, em seu artigo “A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição do Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro”, p. 113/115, publicado no livro: *Constituição e Segurança Jurídica – estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*, Belo Horizonte, 2004, p. 85 a 129, obra coordenada pela Professora Carmem Lúcia Antunes Rocha, Ministra do STF.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

- princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 3º, III, CF);
- princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais (artigo 5º, § 1º, CF);
- princípio da segurança jurídica (artigo 5º, *caput*, CF);
- princípio da proteção integral da criança e do adolescente como medida protetiva de direitos previdenciários (inciso II, do § 3º, do artigo 227 da CF); e
- princípio da proteção da confiança, como elemento nuclear do Estado de Direito.

De fato, a norma legal objeto da presente Ação Direta (artigo 2º da Lei Federal nº 9.528/97), que instituiu *indevido retrocesso no plano dos direitos fundamentais da criança e do adolescente*, **viola** os princípios constitucionais acima elencados porque a norma revogada bem atendia ao plexo de direitos fundamentais da criança e do adolescente, especialmente em seu garantismo de direitos previdenciários.

No entanto, a norma revogadora³ (*instituinte de medida retrocessiva na Lei Federal nº 8.213/91* - Lei de Planos de Benefícios da Previdência Social) revela-se inconstitucional porque desnaturou situação jurídica de vantagem protetiva da criança e do adolescente.

Ora, a **norma revogada** colocava o menor sob guarda na qualidade dependente do segurado do INSS, isto é, apto a receber, no caso de morte do instituidor do benefício, pensão por morte, situação que, contudo, foi suprimida da ordem jurídica --- inconstitucionalmente --- pelo artigo 2º da Lei Federal nº 9.528/97, estando nessa supressão indevida de garantia previdenciária ao menor o objeto do juízo de inconstitucionalidade “in abstrato”.

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)

³ A revogação, como dissemos, é fruto da Medida Provisória nº 1.523/96, que entrou em vigor em **11.10.96**, depois convertida na Lei Federal nº 9.528/97:

“§ 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 (incluso pela Lei 9.528, de 10 de dezembro de 1997).”



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

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,⁴ bem como do artigo 26 da Convenção sobre os Direitos da Criança, de 20.12.89⁵ (ver artigo 5º, § 2º, da CF), ratificada pelo Brasil em 24.09.1990.

A pensão por morte de segurado, garantida originariamente pela redação anterior da Lei Federal nº 8.213/91, ao menor sob guarda, era (e é!) direito previdenciário conquistado e garantido em face do inciso II do § 3º do 227 da Carta Maior, não podendo sofrer retrocessão na forma insculpida pela Lei Federal nº 9.528/97.

Nesse ponto, a **norma revogada** seguia a filosofia constitucional já concretizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) no seu artigo 33, § 3º⁶, e por ela reforçada em sede de legislação tipicamente previdenciária.

⁴ **Art. 227 da Constituição Federal:** “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
(...)

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

(...)

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

(...)

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

⁵ **Artigo 26 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança:** “Os Estados Partes reconhecerão a todas as crianças o direito de usufruir da previdência social, inclusive do seguro social, e adotarão as medidas necessárias para lograr a plena consecução desse direito, em conformidade com a legislação nacional. Os benefícios deverão ser concedidos, quando pertinentes, levando-se em consideração os recursos e a situação da criança e das pessoas responsáveis pelo seu sustento, bem como qualquer outra consideração cabível no caso de uma solicitação de benefícios feita pela criança em seu nome.”

⁶ **Artigo 33, § 3º, da Lei 8.069/90:** “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. § 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.”



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Em outras palavras, esta *dimensão normativa que constitui conquista de nossa ordem jurídica* não pode ser impunemente retirada pelo legislador ordinário, sem, ao menos, medidas compensatórias, que protejam, de outras formas, os menores sob guarda em seus direitos previdenciários.

Contudo, a medida retrocessiva atingiu, substancialmente, quanto aos menores sob guarda, o núcleo essencial dos direitos previdenciários das crianças e dos adolescentes, direitos fundamentais de assento constitucional e convencional, patrimônio do constitucionalismo brasileiro e de seu Direito Social.

A doutrina do festejado constitucionalista **Ingo Wolfgang Sarlet**, nos dá luzes para compreensão desta tese. Diz o Constitucionalista gaúcho:

“... a dignidade da pessoa humana não exige apenas uma proteção em face de atos de cunho retroativo (...), mas também não dispensa (...) uma proteção contra medidas retrocessivas, mas que não podem ser tidas como propriamente retroativas, já que não alcançam as figuras dos direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Basta lembrar aqui a possibilidade de o legislador, seja por meio de uma emenda constitucional, seja no plano legislativo, suprimir determinados conteúdos da Constituição ou revogar normas legais destinadas à regulamentação de dispositivos constitucionais, notadamente em matéria de direitos sociais, ainda que com efeitos meramente prospectivos. Com isso, deparamo-nos com a noção que tem sido ‘batizada’ pela doutrina (...) como proibição (ou vedação) de retrocesso (...).” (sublinhamos e negritamos)⁷

O Constitucionalista Sarlet lembra que cada vez mais existem, na prática normante dos parlamentos, medidas inequivocamente retrocessivas, embora sem caráter retroativo, pelo fato de não alcançarem posições jurídicas já consolidadas, não atingirem situações de vantagem anteriores, mas, todavia, em matéria de direitos sociais são, paradoxalmente, prospectivas e indevidamente retrocessivas, pois atingem níveis de satisfação de direitos sociais já legislativamente consolidados.⁸

E, em ponto importante para esta inicial, afirma o Professor Doutor Ingo Sarlet:

⁷ SARLET, A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição do Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro, obra citada, p. 98.

⁸ Idem, p. 99/100.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

“... nos parece dispensar maiores considerações, o quanto medidas tomadas com efeitos prospectivos podem representar um grave retrocesso, não apenas (...) sob a ótica dos direitos de cada pessoa considerada na sua individualidade, quanto para a ordem jurídica e social como um todo. (...) Há que reconhecer (...) que é na seara da justiça social, e acima de tudo, dos direitos fundamentais sociais, que a problemática tem alcançado a sua maior repercussão (...), notadamente naquilo em que estão em causa as noções de segurança jurídica, proteção da confianças e a dignidade da pessoa, no âmbito de uma proteção do retrocesso.”⁹ (acrescentamos itálico!)

“... os defensores de uma proibição do retrocesso (...), sustentam que após sua concretização em nível infraconstitucional, os direitos fundamentais sociais assumem, simultaneamente, a condição de direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e de uma garantia institucional, de tal sorte que não se encontram mais na (plena) esfera de disponibilidade do legislador, no sentido de que os direitos adquiridos não mais podem ser reduzidos ou suprimidos, sob pena de flagrante infração do princípio da proteção da confiança (...), que, de sua parte, implica a constitucionalidade de todas as medidas que inequivocamente venham a ameaçar o padrão de prestações já alcançado.”¹⁰ (sublinhamos e negritamos!)

Assim, concretamente, a medida retrocessiva inaugurada com a Lei Federal nº 9.528/97 excluiu os menores sob guarda da proteção do seguro social no que toca a pensão por morte de segurado, *mas manteve no sistema previdenciário os enteados e menores sob tutela na qualidade de possíveis pensionistas no caso de morte de segurado do INSS.*

Essa exclusão inconstitucional retrocessiva dos menores sob guarda de proteção previdenciária, *data venia*, lembra caso julgado pelo Tribunal Constitucional português (acórdão n. 509/2002, de 19.12.2002), em precedente registrado pelo Professor Ingo Sarlet, que é precioso argumento de Jurisprudência Comparada à presente impugnação:

“... encontra-se na base do recente (...) acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal (...), a respeito da inconstitucionalidade (por violação do princípio da proibição de retrocesso) do Decreto da Assembléia da República que, ao substituir o antigo rendimento mínimo garantido por um novo rendimento social de inserção, exclui

⁹ Idem, p. 101.

¹⁰ Idem, p. 106.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

da fruição do benefício (ainda que mediante a ressalva de direitos adquiridos) pessoas com idade entre 18 a 25 anos.

Em termos gerais e para o que importa neste momento, a decisão, ainda que não unânime, entende que a legislação revogada, atinente ao rendimento mínimo garantido, concretizou o direito à segurança social dos cidadãos mais carentes (incluindo os jovens entre 18 e 25 anos), de tal que a nova legislação, ao excluir do novo rendimento social de inserção as pessoas nesta faixa etária, sem a previsão e/ou manutenção de algum tipo de proteção social similar, estaria a retroceder no grau de realização já alcançado do direito à segurança social a ponto de violar o conteúdo mínimo desse direito já que atingido o conteúdo nuclear do direito a um mínimo de existência condigna, não existindo outros instrumentos jurídicos que o possam assegurar com um mínimo de eficácia.

Destaque-se, ainda, que o Tribunal Constitucional português reiterou pronunciamentos anteriores, reconhecendo que no âmbito da concretização do direitos sociais o legislador dispõe de ampla liberdade de conformação, podendo decidir a respeito dos instrumentos e sobre o montante dos benefícios sociais a serem prestados, sob o pressuposto de que, em qualquer caso a escolha legislativa assegure, com um mínimo de eficácia jurídica, a garantia do direito mínimo de existência condigna para todos os casos.”
(sublinhamos)¹¹

Ainda quanto ao precedente judicial português, destaca o Mestre Ingo Sarlet:

“... as tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam também a não aboli-los uma vez criados (...). Após ter emanado uma lei requerida pela Constituição para realizar um direito fundamental, é interdito ao legislador revogar a lei, repondo o estado de coisa anterior. A instituição, serviço ou instituto jurídico por ela criados passam a ter a sua existência constitucionalmente garantida. Uma nova lei pode vir a alterá-los ou reformá-los nos limites constitucionalmente admitidos; mas não pode vir a extinguí-los ou revogá-los”.¹² (negritamos e sublinhamos!)

¹¹ Idem, p. 122.

¹² Idem, p. 115.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Tendo em conta o exemplo lusitano, cabe-nos perguntar, quanto ao legislador brasileiro de *reforma previdenciária*:

- a) qual a proteção similar, reservada ao menor sob guarda, que lhe dedicou a lei previdenciária, no que toca ao suprimido direito à pensão por morte do segurado?
- b) tal supressão não afetou o mínimo existencial dos menores para uma existência condigna?

Diante desse quadro argumentativo, *data venia*, é flagrante a inconstitucionalidade da medida retrocessiva desencadeada pelo **artigo 2º da Lei Federal nº 9.528/97**, especialmente no que toca à alteração da redação do § 2º do artigo 16 da Lei Federal nº 8.213/91, em face do princípio constitucional da proibição do retrocesso social.

I.2 - INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI FEDERAL Nº 9.528/97 NO QUE TOCA AO DISPOSITIVO ALTERADOR DO ARTIGO 16, § 2º, DA LEI FEDERAL Nº 8.213/91 - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA:

Igualmente, por outro fundamento de invalidade merece ser reconhecida a inconstitucionalidade do dispositivo legal reclamado.

É que outras normas constitucionais parâmetro foram também violadas pelo dispositivo da Lei Federal nº 9.528/97 que revogou parcialmente o § 2º do artigo 16 da Lei Federal nº 8.213/91.

E, por esta razão, caso não acatada a tese anterior, o Requerente apresenta esta impugnação com distinto fundamento e diversa dimensão paramétrica, agora servida pelo princípio constitucional da isonomia (art. 5º, *caput*, CF).

Com efeito, há inconstitucionalidade no artigo 2º da Lei Federal nº 9.528/97 no ponto em que revogou em parte o artigo 16, § 2º, da Lei Federal nº 8.213/91, por violação ao princípio constitucional da isonomia (art. 5º, *caput*, CF), *eis que a criança sob guarda está na mesma posição jurídica que o filho, enteado, ou menor sob tutela e dependência econômica, não havendo razão legítima para a discriminação introduzida pela Lei Federal nº 9.528/97, que forá desigualitária e anti-isônômica.*



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Com todo respeito, não há interesse legítimo apto a justificar o tratamento jurídico desigual.

O argumento de contraste da Lei Federal nº 9.528/97 ao princípio da isonomia está devidamente sumariado no parágrafo anterior, não necessitando maiores considerações, a não ser a seguinte: não se justifica a discriminação de menores sob guarda, diante da reforma legislativa, até mesmo porque a Constituição Federal, no inciso VI¹³ do § 3º do artigo 227, elegeu a guarda como instrumento de política pública protetiva do menor.

Nesse véis, e lembrando as lições de Celso Antonio Bandeira de Mello em seu clássico livro *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, o fator de *descriminem* – guarda - é ilegítimo, pois contrasta com o valor constitucional que a Constituição conferiu ao instituto jurídico da guarda, como instrumento de proteção do menor.

Assim, se a lei deve incentivar o seu uso como determina o comando constitucional do inciso VI do § 3º do artigo 227 da CF, não pode a lei previdenciária, revogando disposição anterior que pressupunha a guarda como instrumento social de política-jurídica previdenciária, tomá-lo como desvalor aos fins de asseguramento de pensão previdenciária para crianças e adolescentes.

Por essas razões é flagrante a violação ao princípio da igualdade pela Lei Federal nº 9.528/97, na alteração procedida no artigo 16, § 2º, da Lei Federal nº 8.213/91.

I.3 - INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI FEDERAL N° 9.528/97 NO QUE TOCA AO DISPOSITIVO ALTERADOR DO ARTIGO 16, § 2º, DA LEI FEDERAL N° 8.213/91 - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE:

Há, igualmente, inconstitucionalidade da Lei Federal nº 9.528/97, no ponto em que revogou o artigo 16, § 2º da Lei Federal nº 8.213/91, por violação ao princípio constitucional da proporcionalidade (artigo 5º, inciso LIV, CF), tendo em conta os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

¹³ “VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado”



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Lembre-se, nessa quadra argumentativa, a obra clássica de **Suzana de Toledo Barros**, *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, Brasília, Brasília Jurídica, 1996, da qual tiramos subsídios para a presente impugnação, especialmente das páginas 72 a 84 nas quais trata dos subprincípios que integram o princípio da proporcionalidade: **princípio da adequação ou da idoneidade; princípio da necessidade ou da exigibilidade; princípio da proporcionalidade em sentido estrito**.

Em verdade, a contrariedade do artigo 2º da Lei Federal nº 9.528/97, no que toca à alteração promovida no § 2º do art. 16 da Lei Federal nº 8.213/91, ao referido princípio resulta nas seguintes conclusões:

a) **a medida legislativa não é adequada ao sistema constitucional**, no que tange ao plexo de direitos fundamentais protetivos da criança e do adolescente. Isto é, revela-se demais gravosa às crianças e adolescentes e não se compadece dos milhares de casos de menores sob guarda no País, especialmente a guarda para fins previdenciários.

A medida ocasiona um mal maior do que aquele que queria evitar: reduzir gastos da previdência para otimizá-los com que mais precisasse deles.

Com todo respeito, *há alguém que precise mais de pensão por morte do que o menor sob guarda quando do falecimento do seu guardião, que lhe deve prestar assistência moral, material e educacional?*

b) **a medida não é necessária**, pois existem outras posturas econômico financeiras a otimizar o caixa da previdência (cobrar os devedores contumazes e intensificar o combate a sonegação, *e. g.*).

Também, para fins de prevenção de fraudes, outras medidas poderiam ser tomadas, que não a supressão do benefício dos menores sob guarda, como são as medidas de estudo social e oitiva de testemunhas em processo judicial idôneo de guarda. Outros caminhos deveriam ter sido tomados pelo Legislador e pela Chefia do Executivo Federal (*Medida Provisória nº 1.523/96, convertida na Lei 9.528/97*), mas não a drástica medida levada a efeito pela lei impugnada.

c) **a Lei Federal nº 9.528/97 foi tão desproporcional em sentido estrito que sequer estabeleceu regras de transição**, de direito



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

intertemporal, a proteger a confiança, a estabilidade das expectativas e a continuidade da ordem jurídica, para que os atingidos pela inovação pudessem se preparar para as mudanças desenhadas no Direito Positivo.

É dizer, não se vislumbra, no caso sob exame, o que justificaria a adoção da medida restritiva da lei ora impugnada em comparação com a norma até então em vigor, mormente à vista da ausência de qualquer benefício dela decorrente para os menores sob o Instituto da Guarda, expressamente valorado pela Constituição da República, em seu artigo 227, § 3º, inciso VI.

Ainda mais em caso de pensão por morte, em que o segurado, falecido, nada mais poderá fazer para alterar o título de dependência do menor que esteve sob sua guarda, pois faleceu confiante na legislação que regera suas expectativas e esperanças, a bem das crianças e adolescentes que guarnecera. Ora, a morte já contém o seu grau aterrorizante de imprevisão e incerteza; agravá-la, por obra do claudicante legislador previdenciário, é extrapolar os limites exigidos pelo princípio constitucional da proporcionalidade.

Por essas razões, é flagrante a violação ao princípio da proporcionalidade pela Lei Federal nº 9.528/97, na alteração procedida no artigo 16, § 2º, da Lei Federal nº 8.213/91.

I.4 - CONTRASTE AOS PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS (E CONVENCIONAIS) QUE TRATAM DA PROTEÇÃO PRIORITÁRIA, ESPECIAL, INTEGRAL E EFETIVA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - VIOLAÇÃO AO ARTIGO 227, CAPUT, § 3º, II E VI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, MAIS AO ARTIGO 26 DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA APROVADA PELO DECRETO LEGISLATIVO N. 28, DE 14 DE SETEMBRO DE 1990:

Por fim, a medida legislativa inaugurada pela Lei Federal nº 9.528/97 viola o art. 227, *caput*, e §3º, incisos II e VI da Carta Magna, haja vista que retira o benefício pensão por morte a todos os menores em idêntica situação de guarda para fins previdenciários.

Assim, *reclama-se interpretação conforme a Constituição ou declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto* para fins de fixar exegese que mantenha o pensionamento dos menores sob guarda em face do sistema próprio à proteção da criança e do adolescente.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Referido sistema, como se sabe, é densificado pelas normas constitucionais, convencionais e legais aplicáveis¹⁴ e **não** pode ser quebrantado pelo subsistema previdenciário ordinário, com ele necessariamente harmonizável por imposição da norma do inciso II do § 3º do artigo 227, da CF, e de todo o sistema de direitos fundamentais que protege a pessoa humana em geral e algumas em especial, como *as crianças e os adolescentes deste País*.

Desrespeitando o parâmetro constitucional do inciso II do § 3º do artigo 227, da CF, a lei em crítica se sujeita à invalidação por decisão desta Excelsa Corte em controle concentrado, o que ora se requer.

II - DA CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR:

Os artigos 10 e 11, da Lei n. 9.868, de 1999, permitem a concessão de liminar em ação direta de inconstitucionalidade.

Como afiança a doutrina, trata-se de liminar que visa a antecipar os efeitos de eventual decretação de inconstitucionalidade ao final do processo¹⁵, cujos requisitos para concessão da medida são os tradicionais: i) *fumus boni iuris* e ii) *periculum in mora*.

¹⁴ **Artigo 26 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança:** “Os Estados Partes reconhecerão a todas as crianças o direito de usufruir da previdência social, **inclusive do seguro social, e adotarão as medidas necessárias para lograr a plena consecução desse direito**, em conformidade com a legislação nacional. Os benefícios deverão ser concedidos, quando pertinentes, levando-se em consideração os recursos e a situação da criança e das pessoas responsáveis pelo seu sustento, bem como qualquer outra consideração cabível no caso de uma solicitação de benefícios feita pela criança em seu nome.”

Artigo 33, § 3 , da Lei 8.069/90: “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.

(...)

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

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

(...)

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

(...)

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

(...)

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

¹⁵ **Teori Zavascki**, Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 61/64.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Ambos estão presentes no caso concreto, Excelências.

É que o dispositivo ora impugnado (art. 2º da Lei Federal nº 9.528/97, no que altera a redação do § 2º do art. 16 da Lei Federal nº 8.213/91), ao apresentar total contrariedade ao texto constitucional, conforme demonstrado acima, deve ser imediatamente afastado do ordenamento jurídico pátrio, eis que nulo.

Como leciona o Professor e hoje Ministro desse e. Tribunal, Dr Luís Roberto Barroso¹⁶:

“(…)

Nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. E a falta de validade traz como consequência a nulidade ou a anulabilidade. No caso da lei inconstitucional, aplica-se a sanção mais grave, que é a de nulidade. Ato inconstitucional é ato nulo de pleno direito.

(…)”

Nesse sentido, sobejamente demonstrados os requisitos autorizadores para deferimento de cautelar.

Evidente o *fumus boni juris*, pois o dispositivo guerreado desnatura a proteção constitucional dada aos menores sob guarda, sendo translúcido que referida alteração legislativa instituiu *indevido retrocesso no plano dos direitos fundamentais da criança e do adolescente*. É dizer, **viola** os princípios constitucionais acima elencados porque a norma revogada bem atendia ao plexo de direitos fundamentais da criança e do adolescente, especialmente em seu garantismo de direitos previdenciários.

No que concerne ao *periculum in mora*, é preciso perceber que a cada dia em que se perpetua o estado de inconstitucionalidade ocasionado pela lei ora impugnada diversos menores e adolescentes, que estiverem sob guarda em razão de determinação judicial, não têm direito ao benefício previdenciário.

Isto é, a lei ora vergastada exclui o direito do menor sob guarda da relação de dependentes da pensão por morte, cuja conquista já estava positivada na legislação previdenciária e representa verdadeiro retrocesso social.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência, 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 15



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Neste contexto fático, além de presente a conveniência da suspensão liminar da eficácia do ato normativo impugnado em face da relevância qualificada e profilática, atrelado à plausibilidade jurídica do direito invocado, faz-se presente o “periculum in mora”.

Em sede de medida cautelar (art. 10, § 3º, da Lei nº 9.868/99), **impõe-se a concessão de medida cautelar para suspender a eficácia do art. 2º da Lei Federal nº 9.528/97, na parte que promoveu alteração na redação do §2º do art. 16 da Lei Federal nº 8.213/91.**

Urge, portanto, a concessão de medida liminar que suspenda a eficácia da legislação ora submetida ao controle desse e. Supremo Tribunal Federal - STF.

III - DOS PEDIDOS E REQUERIMENTOS:

ANTE O EXPOSTO, o **Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB** requer:

(i) a concessão de medida liminar para suspender a eficácia do artigo 2º da Lei Federal nº 9.528/97, na parte em que altera a redação do §2º do art. 16 da Lei Federal nº 8.213/91, com base no artigo 10 da Lei Federal nº 9.868/99, em razão dos fundamentos acima elencados e, notadamente, *em face da alta relevância social e moral da questão ora versada, a repercutir na esfera de milhares de crianças e adolescentes sob guarda judicial em toda a federação brasileira;*

(ii) a notificação da **PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA**, da **CÂMARA DOS DEPUTADOS** e do **SENADO FEDERAL**, por intermédio de seus Presidentes, para que, como órgãos/autoridades responsáveis pela elaboração do dispositivo ora impugnado manifestem-se, querendo, no prazo de 5 (cinco) dias, sobre o pedido de concessão de medida cautelar, com base no art. 10 da Lei nº 9.868/99;

(iii) a notificação do Exmo. Sr. Advogado-Geral da União para se manifestar sobre o mérito da presente ação, no prazo de 15 (quinze) dias, nos termos do Art. 8º da Lei nº 9.868/99 e da exigência constitucional do Art. 103, § 3º;



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

(iv) a notificação do Exmo. Sr. Procurador Geral da República para que emita o seu parecer, nos termos do art. 103, § 1º da Carta Política;

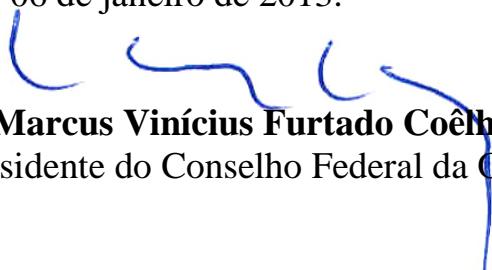
(v) após o devido processamento, seja julgado procedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Federal nº 9.528/97, no ponto em que alterou o artigo 16, § 2º, da Lei Federal nº 8.213/91 (revogou em parte), ou lhe seja conferida interpretação conforme a Constituição ou haja declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, para o fim de se garantir o pensionamento ao menor sob guarda, por morte de segurado do INSS;

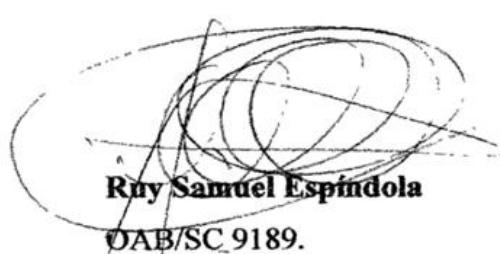
(vi) caso necessário, seja deferida a produção de elementos de instrução nas formas do art. 9º, § 1º, da Lei nº 9.868/99.

Deixa-se de atribuir valor à causa, em face da impossibilidade de aferi-lo.

Termos em que, aguarda deferimento.

Brasília, 06 de janeiro de 2013.


Marcus Vinícius Furtado Coêlho
Presidente do Conselho Federal da OAB


Ruy Samuel Espíndola
OAB/SC 9189.


Oswaldo Pinheiro Ribeiro Júnior
OAB/DF 16.275

Rafael Barbosa de Castilho
OAB/DF 19.979