

**Excelentíssimo Ministro Dias Toffoli do Colendo Supremo Tribunal Federal**

ADI/5083 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE/DF

*(...) A ordem constitucional consagra a prioridade do interesse da criança e do adolescente, devendo suas necessidades receberem todo o cuidado e a atenção. O menor de idade é cidadão, sujeito de direitos, devendo estes serem respeitados. O atual paradigma familiar segue os princípios da afetividade e da solidariedade, o que deve sempre ser observado (...)(TJSC, Agravo de Instrumento n. 2012.076140-4, Relator: Des. Ronei Danielli, 6ª Câmara de Direito Civil, j. 08/08/2013)*

**O INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA – IBDFAM,** associação civil sem fins lucrativos, CNPJ/MF nº 02.571616/0001-48, com sede em Belo Horizonte - MG, na Rua Tenente Brito Melo, nº1. 215/ 8º andar, por intermédio de seus procuradores<sup>1</sup>, vem requerer sua admissão na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, na condição de *AMICUS CURIAE*, o que faz nos termos do art. 7º, §2º, da Lei nº 9.868/1999, e para os fins que passa a expor:

**I. Da possibilidade da intervenção**

A legislação brasileira, ao dispor sobre o processo e julgamento das ações de controle normativo abstrato da lei, ainda que não admita a intervenção de terceiros, confere legitimidade para participar do processo a órgãos e entidades que representem interesses pertinentes com a relevância da matéria objeto da ação. É o que passou a chamar-se de *amicus curie*, ou seja, a possibilidade de manifestação da sociedade civil por meio de instituições que efetivamente expressem valores essenciais e relevantes e possam oferecer

---

<sup>1</sup> Os procuradores são Advogados e presidente e vice-presidente do instituto.

subsídios para o julgamento das ações cujo objetivo é democratizar o controle concentrado da constitucionalidade de leis federais.

Dita participação está prevista, de modo expresso, na Lei nº 9.868/1999, que dispõe sobre a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade.

Art. 7º [...]

§ 2º: *O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.*

Essa Egrégia Corte vem emprestando interpretação extensiva aos permissivos legais, ampliando as possibilidades de participação de organizações da sociedade civil na qualidade de *amicus curiae*:

*ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO AMICUS CURIAE. POSSIBILIDADE. LEI Nº 9.868/99 (ART. 7º, § 2º). SIGNIFICADO POLÍTICOJURÍDICO DA ADMISSÃO DO AMICUS CURIAE NO SISTEMA DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE ADMISSÃO DEFERIDO.*

*No estatuto que rege o sistema de controle normativo abstrato de constitucionalidade, o ordenamento positivo brasileiro processualizou a figura do amicus curiae (Lei nº 9.868/99, art. 7º, § 2º), permitindo que terceiros – desde que investidos de representatividade adequada - possam ser admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional.*

*- A admissão de terceiro, na condição de amicus curiae, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre **sob uma perspectiva eminentemente pluralística**, a possibilidade de participação formal de entidades e de **instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais**. Em suma: a regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99 - que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do amicus curiae - **tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional**. (STF - ADInMC 2130-3/SC - Rel. Min. Celso de Mello - j. 20.12.2000 - DJU 2.2.2001 - p.145).*

Da evolução interpretativa dessa figura se extraem os fundamentos para justificar a intervenção do requerente. Seja pela relevância da matéria discutida, seja pela representatividade do postulante como a maior entidade voltada às questões envolvendo o Direito das Famílias.

Assim, imperiosa a participação do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM na presente ação, na qualidade de *amicus curiae*, em face da expressiva contribuição que pode trazer para o deslinde da causa, além de pluralizar o debate sobre tema de enorme impacto sócio-político democratizando a prestação jurisdicional.

## **II. Da representatividade do postulante**

O Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, fundado em 1997, é uma associação civil sem fins lucrativos registrado no Registro Civil das Pessoas Jurídicas da comarca de Belo Horizonte, sob nº 97.499, no Livro A, em 26/03/1998. Entre seus objetivos institucionais destacam-se: promover, em caráter interdisciplinar, estudos, pesquisas e discussões, sobre questões de família e direito sucessório; divulgar e transmitir conhecimentos a todos os seus membros e à sociedade em geral; atuar como força representativa nos cenários nacional e internacional, como instrumento de intervenção político-científica, ajustado aos interesses da família e ao exercício da cidadania. *In casu*, devido à proteção à infância e juventude, resta patente a possibilidade de participação institucional no feito.

O IBDFAM é uma das mais conceituadas e reconhecidas entidades voltadas ao estudo e ao debate do Direito das Famílias e Sucessões, contando com a participação de juristas de notório saber jurídico, Professores, Magistrados, membros do Ministério Público, Advogados, Psicólogos e Psicanalistas. Compõem o seu quadro social quase 8.000 (oito mil) associados de todos os Estados do País.

Já poderia até ser o suficiente para autorizar o seu ingresso na qualidade de *amicus curiae* no presente feito. Mas a atuação do IBDFAM vai

muito além. O Instituto tem abraçado como causa, desde seu início, novos paradigmas familiares, haja vista as mudanças operadas na própria sociedade brasileira, sobretudo criando comissões temáticas, notadamente a Comissão da Infância e Juventude que poderá prestar importantes subsídios ao deslinde do feito. Nada obstante, o requerente tem participado em importantes ações desta Egrégia Corte, trazendo informações relevantes nos processos: ADPF 132/ ADI 4277 (Homoafetividade); ADC 19 (Lei Maria da Penha); ADI 4275 (Transexualidade); e ARE692186 (Prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica).

O IBDFAM tem participado diretamente na elaboração de diversos anteprojetos de lei com vistas ao estabelecimento de um cenário jurídico mais coerente com os avanços da sociedade contemporânea. Em síntese, lutando por um ordenamento jurídico condizente com os valores e princípios constitucionais. Notadamente, o IBDFAM elaborou o “Estatuto das Famílias”, importante Projeto de Lei<sup>2</sup> em tramitação no Congresso Nacional – Senado Federal. Trata-se de uma nova legislação que visa positivar um Direito das Famílias mais adequado às necessidades e à realidade da sociedade contemporânea.

Assim, sobejamente demonstrado que o IBDFAM, por sua natureza e objetivos, bem como por sua notória representatividade nacional e internacional, preenche os requisitos legais de modo a ser aceito como *amicus curiae* nos presentes autos.

### **III- Da Relevância da matéria**

Trata-se do questionamento, à luz constitucional da Lei 9528/1997, no que tange ao dispositivo alterador do artigo 16 § 2º da lei 8.213/1991<sup>3</sup>, que

---

<sup>2</sup> PLS 470/2013.

<sup>3</sup> **Redação anterior:** Lei Federal nº 8.213/91: ‘(...) 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

Tenente Brito Melo, 1215/ - Santo Agostinho - Belo Horizonte (MG) - CEP: 30180-070 - Tel: (31) 3324-9280

suprimiu os menores sob guarda do pensionamento por morte de segurado do INSS, na condição de dependentes.

Como é sabido, a Lei de Benefícios com as modificações supracitadas não elencou dentre os beneficiários da Previdência Social, o menor sob guarda, embora faça com relação ao enteado e ao menor tutelado, nos termos do parágrafo 2º do artigo 16, com a seguinte redação:

*Lei 8.213/1991: 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. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)*

Por outro lado, o Estatuto da Criança e Adolescente estabelece em seu artigo 33, § 3º, que a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários. Eis a redação do citado artigo:

*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. (Vide Lei nº 12.010, de 2009) (...) § 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários. Grifamos*

Os dispositivos supracitados merecem uma releitura constitucional,

---

**guarda;** e o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação.

à luz do princípio constitucional de proteção especial à criança e adolescente previsto no artigo 227 da CR/88, sobretudo para essa finalidade específica percebida no *caput* e em seu parágrafo 3º, inc. II, os quais são transcritos:

*Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)*

(...)

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

(...)

*II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas; grifamos*

Logo, as modificações supervenientes com o advento da Lei 9528/1997, no que tange ao dispositivo alterador do artigo 16 § 2º da lei 8.213/1991, padece de inconstitucionalidade, por ofender a proteção do mínimo assistencial para crianças e adolescentes, maculando a proteção especial da garantia de direitos previdenciários e trabalhistas. Muito embora seja uma legislação específica, antes de sua aplicação deve-se observar os critérios da hierarquia, pois a ordem constitucional deve prevalecer sobre todo o ordenamento jurídico. Além, é claro, dos princípios constitucionais que permitem aplicar técnicas de ponderação e otimização do ordenamento jurídico.

A propósito, os institutos da guarda e tutela estão intimamente relacionados, pois ambas são modalidades, assim como a adoção, de colocação da criança e do adolescente em família substituta, nos termos do art. 28, *caput*,

do ECA<sup>4</sup>. Além disso, a guarda pode ser deferida, liminarmente, em procedimentos de tutela e de adoção, embora a eles não se limite (art. 33, §§ 2º e 3º)<sup>5</sup>. Nada obstante, o deferimento da tutela implica necessariamente o dever de guarda (art. 36, parágrafo único<sup>6</sup>). E mais, ambos os institutos obrigam à 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.

Por essa similitude dos institutos e por essa relação entre guarda e tutela, e a preocupação do legislador pátrio de ambos para a educação, a convivência familiar, a dignidade, o respeito e a assistência material e moral da criança e do adolescente, não justifica dar tratamento previdenciário diverso aos menores que se encontrem sob uma ou outra modalidade de colocação em família substituta. Logo, a luz dos princípios constitucionais da proteção especial, melhor interesse da criança e do adolescente e absoluta prioridade, o menor sob guarda pode e deve ser considerado dependente previdenciário do segurado, nos termos dos arts. 227, § 3º, II da CR/1988 e 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nada obstante e pela importância normativa é premente colacionar

---

<sup>4</sup> Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

<sup>5</sup> 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. (Vide Lei nº 12.010, de 2009). § 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. § 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

<sup>6</sup> Art. 36. A tutela será deferida, nos termos da lei civil, a pessoa de até 18 (dezoito) anos incompletos. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)

Parágrafo único. O deferimento da tutela pressupõe a prévia decretação da perda ou suspensão do poder familiar e implica necessariamente o dever de guarda. (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009).

alguns dos documentos relevantes à defesa dos interesses da criança e do adolescente: Declaração de Genébra (1924), Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959), Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1989), Regras de Beijing (1985), Diretrizes de Riad (1990), Regras de Tóquio (1990) e Convenção de Haia. Já no Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), sufragado na Lei Federal n. 8.069/90, reveste-se de um importante instrumento referente à matéria, sendo um dos documentos mais avançados da esfera internacional, inserindo a denominada diretriz da proteção integral.

Pela matriz da absoluta prioridade e proteção integral, muda-se o foco da matriz constitucional, no sentido de que todas as crianças e adolescentes são tidas como sujeitos de direitos<sup>7</sup>, pessoas em peculiar condição de desenvolvimento, permitindo o entrelaçar de conceitos que permitem abordar essa questão sob a ótica dos direitos humanos, sobretudo para garantia do mínimo existencial.

#### **IV - Da necessidade de aplicar o direito com foco na dignidade da pessoa humana e no princípio de proteção integral e preferencial ao menor incapaz**

A luz dos critérios da hermenêutica jurídica é a observância não apenas dos princípios basilares do Direito, mas também dos fundamentos em que se ampara a República Federativa do Brasil, dentre eles a dignidade da pessoa humana, como consta do art. 1º, inciso III, da Constituição da República.

---

<sup>7</sup> A Constituição Federal alterou o anterior Sistema de Situação de Risco então vigente, reconhecendo a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, protegidos atualmente pelo Sistema de Proteção Integral. 2. O corpo normativo que integra o sistema então vigente é norteado, dentre eles, pelos Princípio da Absoluta Prioridade (art. 227, caput, da CF) e do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente. 3. Não há olvidar que, na interpretação do Estatuto e da Criança "levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento" (art. 6º). STJ - REsp: 1199587 SE 2010/0101307-5, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 21/10/2010, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/11/2010

Deve-se se atentar que não se trata de vagas promessas, mas, sobretudo, rumo norteador de toda a atividade estatal para perpetrar a efetivação de políticas públicas na garantia do mínimo existencial que permita a todos viver com dignidade, presentes, no mínimo, saúde, educação e segurança. Luís Roberto Barroso, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal e Professor de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, bem analisa a dignidade da pessoa humana como princípio:

*(...) identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independentemente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. Não tem sido singelo, todavia, o esforço para permitir que o princípio transite de uma dimensão ética e abstrata para as motivações racionais e fundamentadas das decisões judiciais. Partindo da premissa anteriormente estabelecida de que os princípios, a despeito de sua indeterminação a partir de um certo ponto, possuem um núcleo no qual operam como regras, tem-se sustentado que no tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana esse núcleo é representado pelo mínimo existencial. Embora existam visões mais ambiciosas do alcance elementar do princípio, há razoável consenso de que ele inclui pelo menos os direitos à renda mínima, saúde básica, educação fundamental e acesso à justiça. (Interpretação e Aplicação da Constituição, p. 381).*

A Ministra Carmem Lúcia Antunes Rocha leciona:

*Dignidade é o pressuposto da ideia de justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não se há de ser mister ter de fazer*

*por merece-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal<sup>8</sup>.*

Assim, a dignidade da pessoa humana é uma pretensão teleológica, pois preexiste à proclamação constitucional e tem o sentido de instituí-la como centro do Estado, para o qual deve convergir toda a atividade estatal. Além disso, o princípio da proteção integral da criança ou adolescente – que deriva do postulado da dignidade da pessoa humana – assegura o exercício de todos os direitos fundamentais em condições de liberdade e dignidade. É justamente o que preceituam os arts. 1º e 3º, da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA), *verbis*:

*Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.*

*Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.*

O art. 4º desse diploma legal veicula o princípio da proteção preferencial, em regime de absoluta prioridade, sobretudo na efetivação de direitos referentes à vida, à saúde, à educação e à dignidade, assim preconizando:

*Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação,*

---

<sup>8</sup> ANTUNES ROCHA, Carmem Lúcia. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. In: Anais do XXVI Conferência Nacional dos Advogados- Justiça: realidade e utopia. Brasília: OAB, Conselho Federal, p. 72, v.I, 2000.

*ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.*

*Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.*

Já o art. 5º dispõe que "*nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência ou discriminação (...), por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais*".

Por óbvio que a norma não deve limitar os princípios que tutelam os interesses dos menores, sobretudo, incapazes, e mais grave, permitir a negligência dos direitos fundamentais. Portanto, a interpretação dessas normas previdenciárias que cerceiam os menores que vivem sob guarda na qualidade de dependentes, proibindo o recebimento de pensão por morte, afrontam os princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção integral e preferencial de crianças e adolescentes, colocando em risco a integridade do Estado Democrático de Direito.

Assim, a doutrina da proteção integral encontra estreita consonância com a cláusula de tutela da pessoa humana. Justifica-se a doutrina da proteção integral, principalmente, na razão de se acharem em peculiar condição de pessoa humana em desenvolvimento, isto é, encontram-se em situação especial de maior fragilidade e vulnerabilidade, que autoriza atribuir-lhes um regime especial de proteção, para que consigam se estruturar enquanto pessoa humana e se autogovernar.

Em outras palavras, a imperatividade absoluta da ordem constitucional, em seu art. 227, § 3º, II prevê que o princípio da proteção especial

abrangerá a garantia dos direitos previdenciários e trabalhistas. Além disso, o art. 33, *caput*, da Lei 8.069/90, ao tratar da guarda de menores, deixa claro o dever do responsável de prestar assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, ao mesmo tempo em que lhe assegura o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. Se assim perfaz, não é justo cercear direitos previdenciários dos menores que vivem sob guarda, sob pena de afrontar a principiologia constitucional da proteção integral da criança e do adolescente.

Por essas razões e fundamentos supracitados, com a devida vênia, razão assiste a procedência da respectiva Ação Direta de Inconstitucionalidade-ADI 5083 ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Assim, o requente acredita ter fornecido importantes subsídios para o deslinde da causa.

#### **V - DOS PEDIDOS**

Ante o exposto, o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, em nome de sua representatividade requer:

- a) que seja admitido na qualidade de *amicus curiae* para trazer importantes subsídios para o deslinde da causa
- b) que lhe seja assegurado o direito de proferir sustentação oral em audiência pública ou quando do julgamento da ação;

Termos em que pede e espera deferimento.

Belo Horizonte, 20 de março de 2014.

Rodrigo da Cunha Pereira

Presidente Nacional do IBDFAM

OAB/MG n. 37.728

Maria Berenice Dias

Vice-Presidente Nacional do IBDFAM

OAB/RS n. 74.024

