



GUARDA COMPARTILHADA: RELAÇÕES ENTRE A RENDA FAMILIAR E O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA (BPC)

Lauro Ericksen¹

Renata Karla Coutinho da Silva²

RESUMO

Analisa o conceito de Poder Familiar na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002. Faz o recorte temático do Direito de Família, especificamente no que se refere à guarda compartilhada, tendo o Direito Previdenciário como substrato temático. Menciona a importância da proteção do menor, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Verifica a possibilidade de concessão do Benefício de Prestação Continuada (BPC), quando há filho menor havido de casamento anterior, na condição de guarda compartilhada. Analisa o termo “sob o mesmo teto”, presente no art. 20, § 1º, da Lei Federal nº 8.742 de 7 de dezembro de 1993, alterada pela Lei nº 12.435 de 6 de julho de 2011. Revela a insegurança jurídica e a não vinculatividade das decisões do Supremo Tribunal Federal e o Instituto

¹ Doutor, Mestre e Bacharel em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes - UCAM/RJ. Bacharel em Direito pela UFRN. Oficial de Justiça Avaliador Federal no Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Primeira Região (TRT-21), lotado na Vara do Trabalho de Macau - RN. Professor Universitário. E-mail: lauroericksen@yahoo.com.br Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8447713849678899> ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-4195-1799>

² Advogada. Pós-graduanda em Negociação, Conciliação, Mediação e Arbitragem (UFRN). E-mail: renatakarla-rk@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2377562040641016>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1399-6500>.

Nacional do Seguro Social (INSS). Conclui que é preciso estabelecer outros critérios que não somente o da renda *per capita* de ¼ do salário mínimo para se auferir a miserabilidade do núcleo familiar.

Palavras-chave: Poder Familiar. Guarda Compartilhada. Benefício de Prestação Continuada.

“Não existe nada mais forte do que a família”.

(Bert Hellinger)

1 INTRODUÇÃO

O principal objetivo da pesquisa é analisar a possibilidade de irmão unilateral em guarda compartilhada de casamento anterior poder integrar o grupo familiar do(a) requerente e assim adentrar no cômputo de renda *per capita* com o fito de concessão do Benefício de Prestação Continuada (BPC) a menor impúbere do casamento vigente. Não se pretende, contudo, dar uma resposta inconteste, até porque em se tratando de Direito, existem diversas vias de solução para um mesmo problema. Propõe-se, sim, desenvolver o início de um debate em torno da uma expressão específica ínsita na lei que garante a concessão do BPC à *pessoa portadora de deficiência* e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

A expressão *desde que vivam sob o mesmo teto* tem gerado dúvidas a estes pesquisadores quanto aos efeitos de contagem das pessoas que compõem o núcleo familiar, quando se trata de menor em guarda compartilhada, haja vista que inobstante viva sob o mesmo teto, não o faz de forma permanente, implicando diretamente na renda *per capita*, requisito imprescindível para caracterizar o direito ao benefício.

Então a pesquisa é ladeada pelo grande tema, o instituto da guarda compartilhada, tendo questões subjacentes ilustradas pelo direito previdenciário, dando um caráter interdisciplinar e transversal ao estudo, o que sugere uma hipótese de que pode haver negativas de concessão do benefício por parte do órgão administrativo, qual seja o INSS, uma vez que ele pode entender não ser cabível, posto que a criança pode não interferir tanto na contagem de renda *per capita*, em razão de não estar todo o tempo às expensas de um de seus genitores. E

há negativas nesse sentido, no âmbito administrativo, isto é, por parte do INSS, razão pela qual tem havido aumento significativo de demandas do BPC no Judiciário. De sorte que para a concessão do benefício são levados em consideração outros critérios que não somente a renda *per capita*. Ainda assim, a discussão é válida porque o órgão continua a negar benefícios, sendo que a família não tem condições de subsistir apenas com o salário que provém da atividade laboral, em geral do pai. Além disso, pessoas deficientes demandam uma atenção especial o que impede totalmente que a mãe – geralmente -, desenvolva atividades laborativas.

No texto utiliza-se da doutrina civilista para analisar o conceito de poder familiar e guarda compartilhada, além das referências aos artigos da Constituição Federal de 1988 e dos artigos de lei que sustentam a tese da presente pesquisa.

Na primeira parte aborda-se o conceito de poder familiar no Código Civil de 2002, fazendo uma breve referência histórica no sentido de se verificar as transformações da lei, reflexo das transformações sociais e culturais.

Em seguida, na segunda parte discute-se a guarda compartilhada já com predições sob a égide do direito previdenciário, trazendo aprofundamentos acerca do teor da lei que consubstanciam a hipótese do trabalho, com foco na posição singular da criança e do adolescente diante do cenário em análise.

Por fim, na última parte analisa-se os critérios da concessão do Benefício de Prestação Continuada presentes na lei específica que dispõe sobre o tema, além de decisões da Suprema Corte que reverenciam a possibilidade de apropriação de outros critérios para auferir o grau de miserabilidade do núcleo familiar, de modo que limitar a concessão do benefício apenas com análise do requisito objetivo da lei, qual seja, a renda *per capita* igual ou inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo é desprezar o preceito fundamental da dignidade humana insculpidos em todos os dispositivos Constitucionais de garantia dos Direitos Fundamentais da Pessoa.

Por conseguinte, atesta-se que a pesquisa é eminentemente bibliográfica, caracterizada pelo método dedutivo, partindo-se das premissas gerais a fim de solucionar questões específicas.

2 O CONCEITO DE PODER FAMILIAR NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Direito de Família passou por diversas metamorfoses ao longo das Constituições, dada a natureza de possuir forte conteúdo moral e ético, sendo reflexo das transformações sociais do seu tempo. Não se pretende no presente estudo esgotar a análise da evolução do conceito de Família, mas situar o leitor naquilo que o legislador buscou auferir como Poder Familiar no afã de dar um ponto de partida para as reflexões deste artigo, mais especificamente nos estudos acerca do instituto da guarda compartilhada e do direito previdenciário naquilo que atine ao cômputo da renda familiar *per capita* para fins de concessão do Benefício de Prestação Continuada (BPC).

Com efeito, a partir da década de 1960 aceleraram-se as transformações no contorno da Família, chamada agora *moderna* em oposição à patriarcal. Ela é caracterizada pela transmutação da hierarquia vertical por uma hierarquia solidária e compartilhada, tendo o princípio da afetividade como âmago de sua constituição, com estrita preocupação quanto à felicidade e planejamento da vinda dos filhos e repartição do trabalho doméstico com o fito de resguardar a boa criação da prole, privilegiando o crescimento de todo o núcleo familiar (MOUSNIER, 2002, p. 245), à guisa de substituição da família-instituição para a família-instrumento (DIAS, 2010, p. 43), isto é, a família moderna atende a um anseio pautado na ideia de afetividade e busca pela felicidade.

Foi na configuração desse novo cenário que a Constituição Federal de 1988 exerceu um importante papel social, pois representou o impulsionamento à elaboração de leis ou microsistemas protetivos em defesa das minorias, por exemplo, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Leis de União Estável, Estatuto do Idoso, Lei Maria da Penha entre outros, sendo um efeito da verticalização dos direitos fundamentais e uma horizontalização deles em relação aos indivíduos (FERMENTÃO; CAPELARI, 2017, p. 101), isto é, inovações que sustentam a tese dos direitos de personalidade.

A Constituição Federal de 1988 também trouxe uma esteira de princípios, advindos do neoconstitucionalismo³ e que baliza o Direito de Família, um deles é o da dignidade da pessoa humana, o qual tem fundamento no imperativo categórico (KANT, 2003, p. 59), compreendendo dignidade como aquilo que está acima de qualquer equivalência, aquilo que não é negociado, e tendo como substrato a liberdade, ladeada pela autonomia da vontade, ou seja, liberdade como a faculdade de desejar (MONTE, 2017, p. 102). Outro princípio que dá

³ Fala-se em passagem de um Estado de Direito para um Estado Democrático de Direito ou Estado Social, uma vez que os princípios constitucionais, nos casos omissos em lei, trazem à baila a efetividade de Direitos e os conceitos de cidadania previstos na Carta Magna.

guarida ao Estado Democrático de Direito é o da igualdade, entendido aristotélicamente como dar um tratamento igual aos iguais e os desiguais desigualmente ou o direito à igual consideração e respeito (DWORKIN, 2002, p. 16). Fala-se, portanto, em uma igualdade material de modo que sopesse e compense as desigualdades “implícitas”, pois em que pese a Constituição salvaguardar a igualdade entre homens e mulheres, é sabido o abismo existente neste sintagma, de modo que são necessárias políticas sociais e leis protetivas com o objetivo de se chegar o mais próximo dessa igualdade.

No contexto das Famílias, há alguns avanços, os quais acompanham em certa medida a própria evolução do papel da mulher na sociedade, uma vez que ela se tornou mais independente, pelo menos do ponto de vista formal, de “emancipação”, o que naturalmente fez surgir novos modelos do que se entende como família. Assim, o art. 226 da Constituição Federal de 1988 trouxe o caráter protetivo do Estado no sentido de direito público, o que antes ficava adstrito à seara privada, reconheceu a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, fundando-se em princípios como o da dignidade da pessoa humana, de maneira que a família passou a ser reconhecida como uma entidade descentralizada e democrática, fundamentada no afeto e nas relações pessoais entre seus integrantes, vista de forma orgânica, preocupada com a liberdade, alçando o princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros (art. 226, §5º) e igualdade jurídica absoluta dos filhos, não importando sua origem ou a modalidade de vínculo (art. 227, § 6º). Por isso mesmo deve ser analisada sob o ponto de vista sociológico e afetivo antes de ser um fenômeno jurídico (VENOSA, 2017, p. 19), uma vez que as relações sociais precedem as relações jurídicas.

Além da Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002 estendeu os princípios ínsitos nela, por isso deve ser interpretado e aplicado conforme a Constituição, consequência da constitucionalização do direito civil, entendido como o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil (LÔBO, 2012, p. 49), e prevendo a igualdade entre os membros da família – ratificando o que dizia a Constituição –, compreendendo tanto a família fundada no casamento, como a união de fato, a família natural e a família adotiva (VENOSA, 2017, p. 32). Assim, o termo *poder familiar* inovado com o advento do Código Civil de 2002 é aquele que outrora foi chamado *pátrio poder* ou *pater potestas*, exercido exclusivamente pela figura do pai sobre os filhos, contudo, hoje é exercido tanto pelo pai quanto pela mãe, na busca por uma convivência familiar sincera e pacífica. Poder familiar ou poder paternal é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais com relação

aos filhos menores e não emancipados, com relação à pessoa destes e a seus bens, portanto, aquele exercido como um poder-dever em igualdade de condições por ambos os progenitores (VENOSA, 2017, p. 80). Essa nomenclatura ainda recebe críticas, porquanto o projeto do Estatuto das Famílias (PL nº 2.285/2007), orientado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família, apresenta o termo “autoridade parental”, na medida em que se pretende dissociar-se da idéia de poder no seio da família.

O poder familiar não é absoluto. O Código Civil traz as hipóteses de suspensão e extinção, por exemplo, na falta ou impedimento de um dos progenitores, o outro exercerá com exclusividade, conforme aduz o art. 1.631 do Código Civil, sendo que na divergência entre eles é que se pode recorrer ao juiz para a solução do desacordo. Vale destacar que não se perde o exercício do poder familiar com a separação ou o divórcio, uma vez que ele é decorrente da paternidade e filiação e não do casamento, ou seja, ele é irrenunciável. A extinção do poder familiar se dá pela morte dos pais ou do filho, pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único, pela maioridade, pela adoção, por decisão judicial, na forma do artigo 1.635 do CC/02. Já a perda do poder familiar, considerada a mais grave sanção imposta aos pais, cujas hipóteses estão elencadas no rol do art. 1.638, do Código Civil 2002, dispõe que perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que castigar imoderadamente o filho, deixar o filho em abandono, praticar atos contrários à moral e aos bons costumes e incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente (suspensão do poder familiar).

Importante lembrar que se tem como objetivo curial a manutenção da incolumidade da criança e do adolescente, por oportuno a Declaração Universal dos Direitos da Criança, aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1959, buscou a conscientização global no que se refere à defesa dos direitos da criança, aprovando a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 1989, a qual foi ratificada pelo Brasil no ano seguinte. Nesse passo, o art. 21 da Lei Federal nº 8.069 de 13 de julho de 1990 ou Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) dispõe que o pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Subsume-se que se trata de um instituto tão importante que o Estatuto da Criança e do Adolescente, informa no art. 23 que a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou suspensão do pátrio poder, oportunidade em que o juiz, diante do caso concreto e com a técnica do sopesamento, tendo em vista as vantagens e desvantagens

ocasionadas pela restrição a um direito fundamental e a realização de outro direito fundamental que fundamenta a adoção dessa técnica (ERICKSEN; LUCENA FILHO; 2011, p. 171), irá, no caso, constituir a melhor decisão, atendendo aos melhores interesses da criança ou do adolescente.

Compreendido o conceito de poder familiar, pergunta-se como a legislação trata do instituto da guarda compartilhada e quais seus reflexos sobre o outro ramo do direito, aquele que dispõe sobre a seguridade social, mas especificamente, a assistência, visto que o BPC faz parte da Política Nacional de Assistência Social (PNAS) que integra a proteção social básica no âmbito do Sistema Único de Assistência Social (SUAS).

3 O INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA À LUZ DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Para uma melhor compreensão do conceito de guarda compartilhada faz-se necessário tecer breves comentários acerca do divórcio no Brasil. Assim como a Família, o instituto do Divórcio também passou por transformações ao longo das décadas. Se em um dado momento a regra impunha a indissolubilidade do casamento, tendo em vista a moral, a religião e o costume social, em outro intermediário passou para a prévia separação de corpos (*divortium quoad vinculum aut foedus*) ou o desquite por mais de três anos, fazendo cessar a eficácia do casamento no que tange ao regime de bens e aos deveres conjugais antes da dissolução definitiva (ALBUQUERQUE, 2017, p. 210), com a Lei Federal nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977 (Lei do Divórcio).

Mais à frente com a Constituição Federal de 1988, houve a diminuição do prazo de separação de três para um ano (art. 226, §6º) e a relevância jurídica da separação de fato, regra atualizada pela Lei Federal nº 7.841 de 17 de outubro de 1989, que revoga o art. 358 da Lei Federal nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (Código Civil), assim como altera dispositivos da Lei Federal nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, e pela Lei Federal nº 8.408 de 13 de fevereiro de 1992, dando nova redação à Lei do Divórcio no que se refere àquele prazo.

Já com o Código Civil de 2002, houve mais uma evolução efetivamente com a Emenda Constitucional nº 66 de 2010, a qual modificou redação do § 6º do artigo 226 da Constituição, passando a dispor que “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”, sem a necessidade

de esperar o período excruciante de separação prévia para a dissolução do vínculo conjugal. O debate acerca dessa alteração gerou “querelas” entre os principais doutrinadores familiaristas brasileira (ALBUQUERQUE, 2017, p. 213), quando finalmente a Lei Federal nº 13.105 de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), previu expressamente a ação de separação judicial entre as ações de família (art. 693).

Toda essa dialética se faz importante porque o divórcio traz em seu bojo os efeitos, em certa medida, sobre o poder familiar, não é que aquele vá desconstituir este, não é a hipótese aqui suscitada, contudo, haverá uma modificação, uma perturbação na ordem estabelecida, sobretudo com relação aos frutos do casamento: os filhos. Nesse sentido, é fundamental passar à análise da guarda compartilhada sob os auspícios desse novo regramento.

3.1 A proteção da criança e do adolescente sob guarda compartilhada no Código Civil de 2002

O termo “guarda” designa um direito-dever que os pais exercem sobre os filhos. É um direito porque é indispensável a guarda para que possa ser exercida a vigilância, eis que o genitor é civilmente responsável pelos atos do filho e é um dever, pois cabe aos pais criarem e guardarem o filho, sob pena de abandono (RODRIGUES, 1995, p. 344). De acordo com o que dispõe 1.583, caput, do Código Civil de 2002, a guarda será *unilateral* ou *compartilhada*. A guarda será unilateral quando for atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua, e compartilhada em situações nas quais há responsabilização conjunta, e exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns, sempre levando em consideração o melhor interesse da criança, e não a vontade dos genitores.

Assim, a guarda compartilhada é a regra geral após a dissolução do casamento/união estável, contudo, diante da impossibilidade de acordos entre os genitores, que promova efetivamente o melhor interesse da criança e do adolescente, uma medida que pode se mostrar eficaz é a mediação familiar, só depois de frustrada a autocomposição é que se recomenda a fixação da guarda exclusiva como medida excepcional.

Uma questão que se levanta sobre a guarda compartilhada é a que se associa ao Direito Previdenciário. Imagine-se, por exemplo, duas famílias, sendo que em uma delas, o genitor detém a guarda compartilhada do filho, fruto de casamento anterior. Quais as consequências

jurídicas desse arranjo familiar? A criança faz parte do poder familiar do pai junto com a nova família ou pertence apenas ao núcleo familiar da mãe, ex-cônjuge daquele? É possível que ela entre no cômputo de renda familiar *per capita* para fins do Benefício de Prestação Continuada (BPC) de irmã deficiente? É o que se pretende analisar a partir de agora.

3.2 Pressupostos de concessão do Benefício de Prestação Continuada (BPC) a pessoas com Deficiência na Lei Federal nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993

Um dos princípios que regem a Assistência Social no Brasil é o da Universalização dos Direitos Sociais, com vistas a dar acesso ao destinatário da ação assistencial alcançável pelas demais políticas públicas, uma vez que é com base nesse princípio que o segurado não fica submetido à regra de contrapartida, de modo que não realiza contribuições e não há carência para ser beneficiado. É exatamente isso o que dispõe a Constituição Federal de 1988 no art. 203, isto é, a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, tendo como um de seus objetivos a proteção à *família*, à maternidade, à *infância*, à *adolescência* e à velhice. Nesse sentido, a Assistência é custeada por toda a sociedade direta e indiretamente mediante recursos oriundos dos orçamentos da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, nos termos do artigo 195 da Constituição Federal de 1988.

Dado o caráter assistencial, o artigo 203 da Constituição Federal de 1988 também define, no inciso cinco, que é um dos objetivos da assistência social a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à *pessoa portadora de deficiência* e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família nos termos da Lei. Essa norma constitucional é regulamentada, para fins deste estudo, pela Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), pela Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência ou Estatuto da Pessoa com Deficiência, e pelo Decreto nº 6.214, de 26 de setembro 2007, que regulamenta o BPC devido à pessoa com deficiência e ao idoso. O auxílio tem como objetivo proteger as pessoas idosas e as pessoas com deficiência (PcD) frente às vulnerabilidades impactadas pela insuficiência de renda, assegurando-lhes o sustento e favorecendo o acesso às políticas, programas e serviços de assistência social.

Assim, para a concessão do Benefício de Prestação Continuada (BPC) deverá ser comprovada, cumulativamente, a existência de impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial e que impeçam a participação plena e efetiva na sociedade, família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo e não possuir outro benefício no âmbito da Seguridade Social ou de outro regime, inclusive o seguro-desemprego, salvo o de assistência médica e a pensão especial de natureza indenizatória (CASTRO; LAZZARI, 2020, p. 1284). Além disso, o requerente deve estar inscrito no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) e no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (CadÚnico).

Chama-se a atenção especificamente para o requisito de ordem econômica, quando se aduz que a família deve ter renda mensal *per capita* inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo. Isso porque a Lei nº 12.435 de 6 de julho de 2011 prevê no art. 20, § 1º que a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, *desde que vivam sob o mesmo teto*.

Essa última expressão tem suscitado dúvidas no sentido de saber como é feito ou que critérios são levados em consideração no cálculo de renda *per capita* quando há guarda compartilhada, uma vez que a criança não vive de forma *permanente* sob o mesmo teto. Os filhos havidos de outro casamento são inseridos no cômputo de renda *per capita* para fins de concessão de BPC à irmão unilateral?

Ainda que não se tenha, no Poder Judiciário, decisão que negue a concessão do benefício em razão da última parte do dispositivo⁴, o debate é válido, pois, pelo princípio da eventualidade, caso venha a ocorrer alguma negativa, o operador do direito já terá alguma base de discussão para se valer do argumento. O entendimento aqui presente é o de que ainda que a criança ou adolescente não viva sob o mesmo teto de forma permanente, mesmo assim o habita, contribuindo de certa maneira no cálculo das despesas daquele núcleo familiar, o que interfere diretamente na renda *per capita*. Além disso, para fins de concessão do benefício outros fatores devem ser levados em consideração para auferir a hipossuficiência da família e não só o critério de renda *per capita*, disposto no art. 20 da Lei Federal nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993.

⁴ É comum ter decisões negando o benefício, no âmbito administrativo, ou seja, pelo INSS, razão pela qual a demanda recai no Poder Judiciário, que se utiliza, conforme a Lei, de outros critérios para se auferir a miserabilidade do núcleo familiar.

Nesse contexto, a Turma Nacional de Uniformização (TNU) editou a Súmula nº 79, a qual informa que nas ações em que se postula benefício assistencial, é necessária a comprovação das condições socioeconômicas do autor por laudo de assistente social, por auto de constatação lavrado por oficial de justiça ou, sendo inviabilizados os referidos meios, por prova testemunhal, ou seja, a renda familiar *per capita* não deve ser o único meio de provas para atestar a miserabilidade do núcleo familiar.

Como o tema é bastante controverso, a Suprema Corte, em abril de 2013, ao julgar os Recursos Extraordinários 567.985 e 580.963 – Tema 27 (meios de comprovação do estado de miserabilidade do idoso para fins de percepção de benefício de assistência continuada), decretou a inconstitucionalidade material incidental do § 3º do artigo 20 da Lei 8.742/1993 (LOAS) que prevê o critério legal da renda *per capita* familiar inferior a ¼ do salário mínimo para a caracterização da miserabilidade. Mas, como a decisão não é vinculante, não impede que o INSS continue a utilizar o critério da renda *per capita* de ¼ do salário mínimo como requisito, motivo pelo qual, até hoje este critério vigora na concessão realizada no âmbito administrativo, sendo inclusive reforçado com o Decreto nº 8.805, de 7 de Julho de 2016, que alterou o Decreto nº 6.214 de 26 de setembro de 2007, incluindo o parágrafo 5º no artigo 15, isto é, na hipótese de ser verificado que a renda familiar mensal *per capita* não atende aos requisitos de concessão do benefício, o pedido deverá ser indeferido pelo INSS, sendo desnecessária a avaliação da deficiência. Essa contextualização foi só para demonstrar os efeitos da não-vinculatividade, pois o caso apresentado neste estudo é um pouco diferente⁵.

As consequências é que além de evidenciar a insegurança jurídica, o cenário denuncia o considerável aumento das demandas no Poder Judiciário (TEIXEIRA; VIANA, 2018, p.13), e claro indo de encontro ao que apregoa a Constituição Federal, no que tange à dignidade da pessoa humana e vários outros dispositivos, a exemplo do art. 25 da Declaração Universal de Direitos Humanos, o qual preceitua que toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, tendo direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade. Dispõe também que a maternidade e a infância têm direito à ajuda e à assistência

⁵ O artigo levanta a hipótese de irmão unilateral em guarda compartilhada entrar no cálculo de renda familiar *per capita* de ¼ do salário mínimo, supondo que essa fosse a única hipótese de se auferir a condição socioeconômica do núcleo familiar.

especiais, sendo que *todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social* (ONU, 2018).

Negar isso é afirmar que a pobreza é, por assim dizer, um impedimento às relações sociais e capacidades do homem, posto que promove o processo de exclusão social, dado que as crianças e os idosos são os que mais sofrem tendo em vista as limitações físicas e dependências associadas (PEROBELI; ALMEIDA JÚNIOR, 2018, p. 104). Apesar do nome *guarda compartilhada*, em termos patrimoniais, subentende-se que não há muita diferença dos termos aventados na sentença da ação de guarda, vale dizer, supõe-se que o genitor e a genitora terão paridade de despesas, circunstância em que a criança deve entrar no cômputo de ambos os núcleos familiares para fins de concessão de benefício.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se pretendeu dar uma solução incontestada. O problema existe nas entrelinhas da Lei, contudo ainda não se teve um caso concreto, no âmbito do Poder Judiciário, segundo as pesquisas. Buscou-se, sim, pelo menos trazer o problema para a superfície do debate e tentar nortear o operador do direito, haja vista que pelo princípio da eventualidade ele já terá um norte ou pontos de inflexão, caso depare com uma demanda dessa natureza.

Foram suscitados temas interdisciplinares que, dada a natureza sociológica, se comunicam muito bem. De um lado há as reflexões sobre o conceito de família e poder familiar, o divórcio e a posição da criança e do adolescente nesse cenário no que se refere à guarda compartilhada, e de outro se tem as questões previdenciárias, sabidamente, a concessão de Benefício de Prestação Continuada (BPC), caracterizado por ser um benefício assistencial, que consiste na garantia de um salário mínimo à *pessoa portadora de deficiência* e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

O debate girou em torno da possibilidade de negativa do BPC quando em um dado cenário houver um núcleo familiar composto por genitor e genitora, filho absolutamente incapaz, sendo considerado Pessoa com Deficiência (PcD), e irmão unilateral deste, advindo de um casamento anterior, em guarda compartilhada. Depreende-se que o foco central do problema foi basicamente investigar se a guarda compartilhada influencia no cômputo de renda *per capita*

para fins de concessão do BPC. Isso porque a lei é clara ao conceituar família, designando aquela composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, *desde que vivam sob o mesmo teto*.

A lei provoca uma espécie de dúvidas quanto à expressão última, qual seja, “*desde que vivam sob o mesmo teto*”, uma vez que o menor em guarda compartilhada não vive nessa circunstância – sob o mesmo teto –, de forma permanente. A depender de como os genitores acordaram, há períodos em que a criança permanece com um ou outro dos pais. E isso pode impactar diretamente no cálculo da renda *per capita* para fins de concessão de BPC.

Com efeito, isso vai depender muito da interpretação jurídica que se dará ao caso concreto. A bem da verdade, pelo princípio da dignidade da pessoa humana, é imprescindível que se faça uma interpretação teleológica à guisa de salvaguardar o direito tutelado. De sorte que em casos dessa natureza, há outros métodos para se auferir a miserabilidade, como já foi decidido. O grande problema é que embora a Suprema Corte tenha se manifestado a favor de se levarem outros critérios em consideração, trata-se de uma decisão sem força vinculativa, logo o INSS continua negando benefícios dessa natureza no âmbito administrativo, o que faz com que a demanda, inevitavelmente, chegue ao Poder Judiciário.

Disso depreende-se que pode haver um possível equívoco legislativo, de tal modo que induz a possíveis soluções. Uma delas e talvez a mais radical seria revogar o artigo, dando uma redação mais clara. Outra seria que a Suprema Corte proferisse uma decisão vinculativa a todos os órgãos da Administração Pública no que se refere ao cálculo de renda *per capita*, cenário em que talvez, dirimisse a dúvida, e conseqüentemente fizesse cessar o surgimento de demandas em razão desse dispositivo, que ocorre, frise-se, na via administrativa, ou seja, no INSS.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Raul César de. Morte e vida da separação judicial: um lembrete da autonomia do direito civil. **Revista Eletrônica Direito e Conhecimento**, Arapiraca-AL, v. 1, n. 2. p. 203-223, semestral, 2017.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ERICKSEN, Lauro; LUCENA FILHO, Humberto Lima de. Os efeitos da proporcionalidade e do devido processo legal substantivo sobre a ilicitude das provas no processo penal. **Revista Do Direito Público**, Londrina. v. 6, n. 3, p.168-190, 2011.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues; CAPELARI, Elaine Cristina de Moraes. Guarda de fato no âmbito das famílias reconstituídas: um olhar sob a dignidade humana. **Revista de Direito de Família e Sucessão**, v.3, n. 2, p. 99-120, jul/dez, 2017.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Trad. de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003. p.141.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTE, Hilda Maria Couto. Liberdade, Direito e Moralidade em Kant. **Revista Eletrônica Direito e Conhecimento**, Arapiraca, v. 1, n. 2, p. 94-117, Semestral, 2017.

MOUSNIER, Conceição A. A nova família à luz da Constituição Federal, da Legislação e do Novo Código Civil. **Revista da EMERJ**, v. 5, n. 20, 2002.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: Direito de família, São Paulo: Saraiva, 1995.

TEIXEIRA, Vagner dos Santos; VIANA, José Guilherme Ramos Fernandes. A Inaplicabilidade dos Direitos Humanos Fundamentais pelo Instituto Nacional de Seguridade

Social (INSS) na concessão do BPC (Benefício de Prestação Continuada). **Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social**, Salvador-BA, v. 4, n. 1, p. 1-17, Semestral, 2018.

PEROBELI, Ana Luiza Poletine; ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo. O Benefício de Prestação Continuada como instrumento na erradicação da pobreza. **Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social**, Salvador-BA, v. 4, n. 1, p. 96-114, Semestral, 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: família**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 518

SHARED CUSTODY: RELATION BETWEEN FAMILY LAW AND THE CONTINUOUS PAYMENT BENEFIT (BPC)

ABSTRACT

The paper analyzes the concept of Parental Rights in the Constitution of 1988 and on the 2002 Brazilian Civil Code. The research themes Family Law, specifically on shared custody, with Social Security Law as a main theme. It mentions the importance of minors protection, on the terms of the Statute of Child and Teenager (ECA). It also verifies the possibility of concession of the Continuous Payment Benefit (BPC), when there is a minor child of a previous marriage, on shared custody. It analyzes the ‘under the same roof’ term, found on the art. 20, § 1º of the Federal Law nº 8.742/1993, altered by Federal Law 12.435/2011. The paper reveals the conceptual uncertainty and non-binding decisions of the Supreme Federal Court and the National Institute of Social Security. It concludes on the necessity of adoption of more criteria other than per capita income of ¼ of the minimum wage, by itself, to measure the poverty of the familiar nucleus.

Keywords: Parental Rights. Shared Custody. Continuous Payment Benefits