

## O MENOR SOB GUARDA E A PRESTAÇÃO PREVIDENCIÁRIA EM DECORRÊNCIA DO ÓBITO DO SEGURADO GUARDIÃO

Nelsi Aparecida de Oliveira<sup>1</sup>

**RESUMO:** O principal objetivo do presente trabalho é analisar a exclusão da figura do menor sob guarda do rol de dependentes previdenciários operada pela Lei 9.528/97, que deu nova redação ao artigo 16, § 2º da Lei previdenciária 8.213/91. Tal modificação foi operada com o fim de evitar fraudes ao sistema previdenciário, porém, a legislação reformadora confronta diretamente com o dispositivo 33 § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90), que prevê expressamente que o menor sob guarda é dependente previdenciário de seu guardião. Além disto, a Lei previdenciária também se mostra contrária ao princípio da proteção integral da criança e do adolescente inserido no ordenamento jurídico pela Constituição de 1988. Graças a este confronto legal, inúmeros menores sob guarda buscaram a justiça para ter o direito de receber a pensão por morte em face do óbito do guardião/segurado, porém, a jurisprudência dos Tribunais não se mostra pacífica, pelo contrário, se verificaram decisões contraditórias entre si. Ao final sugere-se que o benefício de pensão deve ser concedido ao menor sob guarda desde que provada a dependência econômica em relação ao guardião, e desde que os pais não possuem condições suficientes para prestar-lhes à assistência e sustento, sob pena de gerar prejuízos ao erário e transferir o dever de sustento do menor ao Estado.

**PALAVRAS-CHAVE:** MENOR SOB GUARDA; PROTEÇÃO INTEGRAL; PENSÃO POR MORTE.

The main objective point of this study is analyze the exclusion of the underage image under protection of the roster of Social Security dependents, exposed by the 9.528/1997 law, what rewrote the Article 16, §2º of the 8.213/91 law. This modification comes to avoid fraud on the Social Security system, but the reform legislation confronts directly with the Article 33, §3º of the Child and Teenager Status (Law 8069/90), what predicted that the underage under guard is dependent's Social Security tutor. Moreover the Social Security law also looks like against the principle of integral protection of the child and the teenager inserted on the juridical planning by the 1988 Federal Constitutional. Thanks to this legal confrontation , a lot of underage under guard have sought for justice to obtain the right of receive death pension because the death of the insured guardian, however the jurisprudence of the courts don't show itself pacific, quite the other side, it's easy verifies contradictory decisions between them. On the end suggests that the benefits of death pension must be granted to the underage, since the parents are financially unable to provide the assistance and support, otherwise harm the public treasury and transfer the duty to support the underage to the State.

**Key-Words:** Underage under guard; Integral Protection. Death Pension.

---

<sup>1</sup> Acadêmica de Direito, 10º Período – OPET. Contato. nelsia@paranaprevidencia pr.gov.br

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo investigar o posicionamento administrativo adotado pelo Regime Geral de Previdência Social – (RGPS) representado pela autarquia federal Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), bem como o entendimento da doutrina e da jurisprudência a respeito do instituto do menor sob guarda, especificamente quanto à concessão dos benefícios de pensão por morte a criança e adolescente sob a guarda de segurados, considerando que a legislação federal suprimiu o menor sob guarda do rol de dependentes do segurado.

E para chegar até a discussão previdenciária propriamente dita, será necessário estudar os direitos de proteção da criança e do adolescente consagrados como princípios pela Constituição Federal de 1988, já que estes são os sujeitos de direito que importam para o fim proposto nesta pesquisa

Sob o enfoque da legislação especial do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), intenta-se analisar como crianças e adolescentes que se encontram em situação de risco, dentro de sua família biológica ou mesmo em abrigos e nas ruas, podem ser colocadas em famílias substitutas, com a finalidade de que sejam sujeitos de direito, efetivamente.

A adoção, a tutela e a guarda se mostram como institutos voltados a colocar crianças e adolescentes em famílias que não são a biológica, ou seja, numa família substituta propriamente dita. Mas no caso da guarda, não se garante a mesma proteção previdenciária dada ao tutelado e ao adotado, revelando o tratamento diferenciado.

Em outros termos, os direitos previdenciários das crianças e dos adolescentes sob guarda vêm encontrando empecilhos jurídicos para inscrição como dependente previdenciário e para recebimento da pensão por morte oriunda do óbito segurado/guardião, tendo em vista o tratamento divergente dado ao tema pela Lei previdenciária e ECA.

Por outro lado, considerando que o instituto da guarda não é revestido de muitas exigências, a previdência brasileira experimentou algumas fraudes, onde as crianças e adolescentes foram colocadas sob a guarda de um segurado com o único

fim de assegurar o futuro recebimento da pensão por morte. Esta manobra acaba por transferir o ônus do sustento do menor, que é dos pais, para o Estado, e por consequência, para a sociedade, causando prejuízos ao patrimônio público.

## 2. PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O ECA disciplina que criança é a pessoa que tenha até 12 anos incompletos e adolescente entre 12 a 18 anos. José Luiz M. da Silva<sup>2</sup> explica que “a distinção das idades é importante para que se possa atender as peculiaridades de cada fase da vida”.

No entanto, para o ECA o termo “menor” foi substituído por “criança e adolescente” sob a justificativa que o vocábulo “menor” trazia um significado discriminatório (delinquente, carente, abandonado, infrator, tendo em vista a antiga doutrina da “situação irregular”).<sup>3</sup>

A Constituição de 1988 disciplinou que as crianças e adolescentes necessitam de cuidados especiais em razão de sua situação peculiar de desenvolvimento, por isso, delegou a responsabilidade pelo bem estar dos menores aos pais, à sociedade e inclusive ao Estado. E por meio do princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, devem-se assegurar ao indivíduo em desenvolvimento os mesmos direitos do adulto, acrescidos de outros que venham a garantir a possibilidade de se integrar a sociedade e se desenvolver com qualidade de vida e educação.<sup>4</sup>

Quando os pais, por ação ou omissão, prejudicam o desenvolvimento dos filhos, podem ser suspensos ou destituídos do poder familiar. As causas de destituição e suspensão estão indicadas no ECA e só ocorre mediante processo judicial com contraditório e ampla defesa.

No caso de suspensão, destituição ou qualquer outra forma de opressão de direitos da criança ou adolescente poderá ocorrer a colocação dos mesmos em uma

<sup>2</sup> SILVA, José Luiz Mônaco. **Família Substituta no Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 2-3

<sup>3</sup> SILVA, José Luiz Mônaco. **Família Substituta no Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 2-3.

<sup>4</sup> SAUT, Roberto Diniz. **O novo direito da criança e do adolescente: uma abordagem possível**. Blumenau: Edifurb, 2008. p. 46.

família substituta, a qual deve zelar pelo menor e colocá-lo a salvo de qualquer negligência familiar e social.

Assim, por meio da guarda, tutela ou da adoção, crianças e adolescentes podem ser inseridos em uma família substituta, a qual deve atender requisitos legais previamente definidos, além de apresentar uma estrutura familiar adequada.<sup>5</sup> A criança ou adolescente será ouvida, e se ainda não for capaz de expressar sua vontade, far-se-á um estudo social acerca da conveniência da colocação no lar.

A colocação em família substituta só ocorre como medida excepcional verificado que a família natural não se revelar adequada. O procedimento é cercado de cuidados, visando a maior proteção e o menor impacto negativo à criança ou adolescente e os direitos que a família exerce sobre o menor dependerão do tipo de colocação na família.

É inconcebível uma criança ou adolescente sem guarda tendo em vista fatores biológicos e sociais inatos à sua condição. Via de regra a guarda emana do poder familiar, mas pode ser alterada por decisão judicial para melhor zelo dos interesses dos menores.<sup>6</sup> A guarda é a relação típica do poder familiar. Esta poderá ser concedida a terceiro [...]. Pode ocorrer a hipótese de os pais deterem o poder familiar, e a guarda ser atribuída a terceiro, as vezes por vontade dos próprios pais (aos avós, aos tios, etc).<sup>7</sup>

São muitas as situações de menores que convivem em famílias não biológicas sem definição judicial, ou mesmo abandonadas e órfãs, em contrapartida, a Constituição Brasileira<sup>8</sup>, determina que o Poder Público estimule o acolhimento da criança ou adolescente na forma da guarda. Ou seja, não se trata mais daquele dever da guarda natural inerente aos pais em relação à prole, nesta hipótese, os pais biológicos não tem a posse dos filhos.

O artigo 98 do ECA define quando será concedida a guarda como medida de proteção: ação ou omissão do Estado ou sociedade, falta, omissão ou abuso dos pais ou quando a conduta do menor indicar a necessidade.

A guarda é o meio mais simples de colocação de criança ou adolescente em

---

<sup>5</sup> SILVA, José Luiz Mônico, op. cit., p. 10-11.

<sup>6</sup> VENOSA. Sílvio de Salvo, op. cit., p. 21-23.

<sup>7</sup> KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 3 ed. Bahia: Podivm, 2007. p 248-249.

<sup>8</sup> CF Art. 227. (...) § 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:  
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;

família substituta, pois não exige a destituição do poder familiar. Mas é claro que a família deve ser estruturada e deve atender as formalidades legais pois “[...] a guarda prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente constitui um instrumento processual destinado a amparar o menor que se encontre em uma situação irregular ou precária..”<sup>9</sup>

A concessão da guarda, mesmo com o consentimento do menor, é medida excepcional e deve ser precedida de motivo sério. Tem natureza eminentemente provisória, uma vez que a sua concessão não extingue o poder familiar. “Na verdade, a guarda decorrente e inerente ao poder familiar tem a mesma compreensão; na guarda regida pelo estatuto, transferem-se algumas das prerrogativas próprias do poder familiar a outra pessoa.”<sup>10</sup>

O menor se torna dependente do guardião para todos os fins e efeitos de direitos, inclusive os previdenciários.<sup>11</sup> No entanto, Silvio de Salvo Venosa<sup>12</sup> destaca que “Os benefícios previdenciários e fiscais devem ser corolário natural da guarda, e não a sua causa.”

Depreende-se que a obrigação de zelar por todas as necessidades e direitos da criança ou adolescente incumbe aos pais, detentores do poder familiar. Ao guardião caberá, temporariamente, acautelar o bem estar da até que a situação seja regularizada. Ou seja, até que os pais tenham condições de zelar por seu filho ou, então, até que o jovem seja adotado ou tutelado.

### 3 DO CONFLITO DE NORMAS E AS DECISÕES JUDICIAIS

Há no ordenamento jurídico brasileiro duas leis de mesma hierarquia que são divergentes ao tratarem da mesma matéria: O ECA que garante o direito previdenciário do menor sob guarda e, por outro lado, a lei previdenciária do Regime Geral de Previdência Social que não assegura o menor sob guarda como dependente do segurado.

---

<sup>9</sup> BORGES Mauro Ribeiro. **Previdência Funcional Teoria Geral**. Curitiba: Editora Juruá 2008. p. 208.

<sup>10</sup> VENOSA. Sílvio de Salvo, op. cit., p. 278.

<sup>11</sup> ECA 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.

<sup>12</sup> VENOSA. Sílvio de Salvo, op. cit., p. 280.

Este fato vem gerando grandes discussões nos Tribunais nacionais, de modo que não há uma solução pacífica para os menores que se socorrem do judiciário para ver garantido o direito à percepção de pensão por morte oriunda do óbito de seus guardiões.

Por sua vez, o INSS tem recorrido às instâncias superiores nos casos em que os juízes de primeiro grau tem ordenado o pagamento de pensão a crianças e adolescentes sob guarda, cujo argumento é a falta de previsão legal para o pagamento e ocorrência de prejuízos atuariais.

Nestes casos, não se pode esquecer que há princípios constitucionais expressos que, indubitavelmente, devem servir de norte a qualquer decisão judicial ou mesmo administrativa. Ocorre que, não poucas vezes, os operadores do direito não se atentam para a existência destes princípios, os quais não devem ser tratados como mera utopia, mas ao contrário, devem ser efetivamente observados e aplicados aos casos concretos.

Assim, para demonstrar os fatos apresentados no decorrer do trabalho, passa-se à análise de algumas decisões proferidas por alguns dos Tribunais brasileiros, dando-se início pela Corte Superior.

No Mandado de Segurança (MS) nº 25.409 de 15/03/2007 o menor sob guarda do avô impetrou em face de ato do Tribunal de Contas da União (TCU) que determinou a suspensão do pagamento do benefício. O TCU utilizou como argumento o fato de o menor possuir pais presentes e com capacidade econômica para prover as suas necessidades. O Relator argumentou: “O fato de dar a guarda da criança a outrem não exime os pais do dever de atender às necessidades sentimentais, educacionais e econômicas dos filhos”<sup>13</sup>.

EMENTA: I. Mandado de segurança. Tribunal de Contas da União. Pensão temporária (L. 8.112/90, art. 217, inciso II, alínea 'b'): suspensão liminar: presença dos seus pressupostos. 1. Ato do Tribunal de Contas da União que, liminarmente, **determinou a suspensão de quaisquer pagamentos decorrentes de pensão temporária instituída em favor de menor cuja guarda fora confiada ao servidor falecido, seu avô.** 2. Caracterização do *periculum in mora*, **dada a necessidade de prevenir lesão ao Erário** e garantir a eficácia de eventual decisão futura, diante de **grave suspeita de vícios na sua concessão e, principalmente, quando a sua retirada não**

---

<sup>13</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno. Mandado de Segurança n.º 25.409-2. Partes: Karel Willis Rêgo Guerra X TCU. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Brasília: julgado em 15/03/2007, publicado em 17/05/2007. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=456064> . Acesso em: 27 de abril de 2011.

**significa o desamparo de pretensão titular.** 3. Plausibilidade da tese que **exige a comprovação da dependência econômica** para recebimento da pensão temporária prevista na letra b do inciso II do art. 217 da L. 8.112/90, tendo em vista que, no caso, à **vista da capacidade econômica dos pais do beneficiário, apurada** pela equipe de auditoria, não se pode inferir que a dependência econômica tenha sido a única causa para a concessão da guarda do requerente aos avós. II. [...].<sup>14</sup>

Dois anos depois desta decisão, em ação de mesma natureza (MS n.º 25823), o STF opinou por condenar o órgão previdenciário a restabelecer o benefício em favor do menor sob guarda do segurado até decisão final.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, QUE EXTINGUIU PAGAMENTO DE **PENSÃO A NETA DE EX-SERVIDORA**. 1. **O menor que, na data do óbito do servidor, esteja sob a guarda deste último, tem direito à pensão temporária até completar 21 (vinte e um) anos de idade** (alínea "b" do inciso II do art. 217 da Lei nº 8.112/90). Irrelevante o fato de a guarda ser provisória ou definitiva. 2. Segurança concedida.

Em abril de 2011 o Tribunal de Justiça (TJ) de São Paulo decidiu pela concessão de benefício de pensão à neta de segurada com base o artigo 33, § 3º do ECA. Neste caso foi considerado que a neta era dependente da guardiã, além de que a menor estava em companhia da segurada há 14 anos:

APELAÇÃO CÍVEL - Pensão por morte - Servidora pública estadual falecida que detinha a guarda judicial de sua neta - Comprovada a dependência econômica desta, injustificável a recusa do réu em conceder-lhe o benefício - Inteligência do artigo 33, parágrafo 3º, do ECA - Honorários fixados equitativamente - Negado provimento ao recurso voluntário e ao reexame necessário.<sup>15</sup>

Do inteiro teor desta decisão, destaca-se o seguinte trecho:

De fato, tutela e guarda são institutos diversos.

<sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno. Mandado de Segurança n.º 25.409-2 op cit.

<sup>15</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça .Apelação Cível n.º 990.10.088859-0. Partes: Gabriely Medeiros dos Santos Brito X INSS.Relatora Min. De Paula Santos. Julgado em 11/04/2011, publicado em 15/04/2011. Disponível em

Contudo, **não se pode exigir, para a concessão da pensão, que a autora estivesse sob tutela e não sob a guarda da servidora falecida.** Como bem anotado pela douta magistrada *a quo*, **o que importa, para fins previdenciários, é a dependência econômica.** E, uma vez que esta é uma dos efeitos do instituto da guarda, a teor dos documentos carreados aos autos, não há outra solução possível que não a concessão do benefício à autora.<sup>16</sup>

Neste julgado é possível perceber que o Relator pretendeu extirpar as diferenças de tratamento trazidas pela Lei previdenciária no que tange ao tutelado e ao menor sob guarda, pois se considera importante que se tenha por base o princípio da isonomia no trato com os filhos, enteados, tutelados.

Recentemente a Segunda Câmara Cível do TJ do Rio Grande do Sul julgou um caso dando prevalência ao ECA:

**Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDÊNCIA PÚBLICA. PENSÃO POR MORTE. MUNICÍPIO DE DOM PEDRITO. **MENOR SOB GUARDA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA.** Reconhecida pela Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) a condição de dependência do menor sob guarda para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários, deve a Lei previdenciária municipal ser interpretada de acordo com a legislação federal. Reconhecida a dependência econômica do autor, é devido o pensionamento por morte de sua guardiã até o atingir da maioria previdenciária. Precedentes. APELAÇÃO CÍVEL PROVIDA. UNÂNIME.<sup>17</sup>

Decisões desta natureza revelam que é necessária a apreciação da dependência econômica do menor em relação ao segurado, e que, estando provada a referida dependência é necessário que haja valoração ao princípio da proteção integral da criança e do adolescente, de modo a não deixar que estes menores padeçam em suas necessidades básicas.

Em sentido contrário o Superior Tribunal de Justiça (STJ) negou o direito ao benefício ao menor sob guarda entendendo que prevalece a Lei previdenciária por ser norma de cunho especial. E mesmo tendo sido levantada a inconstitucionalidade

<sup>16</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça .Apelação Cível n.º 990.10.088859-0. op. cit.

<sup>17</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 70037702651. Partes [?]. Relatora Denise Oliveira Cezar. Julgado em 19/01/2011. Publicado em 17/03/2011. Disponível em [http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=70037702651&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requrdfields=&as\\_q=](http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=70037702651&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requrdfields=&as_q=). Acesso em 29/04/2011.



da atual redação do artigo 16 § 3.º da Lei 8.213/91, argumentou que tal matéria somente pode ser discutida perante o STF:

**PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. MENOR SOB GUARDA. EXCLUSÃO DO ROL DE DEPENDENTES. PREVALÊNCIA DA NORMA PREVIDENCIÁRIA SOBRE O ECA.**

1. A Corte Especial, no julgamento do REsp 905.771/CE (rel. Min. Teori Zavascki, publicado no DJ de 19.8.2010), afastou a tese da preclusão lógica e adotou o entendimento de que a Fazenda Pública pode interpor Recurso Especial, ainda que não tenha apresentado recurso de apelação contra a sentença que lhe foi desfavorável.

2. A **alteração trazida pela Lei 9.528/1997, norma previdenciária de natureza específica, deve prevalecer sobre o disposto no art. 33, parágrafo 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.** Precedentes do STJ.

3. Agravo Regimental não provido.<sup>18</sup>

Do inteiro teor da decisão destacamos o trecho em que o Relator reitera que esta é posição firme e pacífica do STJ:

Ademais, consoante anotado na decisão ora agravada, **a jurisprudência desta Corte se consolidou no sentido de que, "tratando-se de ação para fins de inclusão de menor sob guarda como dependente de segurado abrangido pelo Regime Geral da Previdência Social - RGPS, não prevalece o disposto no art. 33, parágrafo 3º do Estatuto da Criança e Adolescente em face da alteração introduzida pela Lei nº 9.528/97.**<sup>19</sup>

Em datas próximas, mas em decisão diferente da anterior, o Tribunal Regional Federal da (TRF) da 3ª Região mostrou entendimento de prevalência pelo princípio da proteção integral, de modo a ponderar os ditames constitucionais relativos:

**PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO.**

[...].

<sup>18</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n.º 1.347.407 - PI (2010/0163327-0). Partes Maria Tavares Alves da Silva X Instituto de Previdência e Assistência do Piauí. Relator Min. Herman Benjamín. Julgado em 15/02/2011. Publicado em 16/03/2011 Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=13147672&formato=PDF>. Acesso em: 29/04/2011 .

<sup>19</sup> Idem

II - Restou consignado na decisão ora embargada que **a Lei nº 9.528/97 não teve o condão de revogar o parágrafo 3º, do art. 33, do ECA, pois não poderia o legislador ordinário contrariar os princípios e valores constitucionais em matéria de promoção do melhor interesse da criança e do adolescente.** A alteração legislativa deve, pois, ser interpretada de modo a se considerar que apenas nos casos de colocação do menor sob guarda, no sentido formal, mas sem a correspondente constituição da família assistencial, é que não haverá o direito à pensão previdenciária. Entretanto, **nos casos em que a criança ou o adolescente foi regular e corretamente colocado em família substituta sob a forma da guarda, haverá direito à pensão.**

(...)

V - Embargos de declaração do INSS rejeitados.<sup>20</sup>

Se mostra conveniente a transcrição do voto do Relator do caso, tendo em vista sua posição de proteção à criança e adolescente:

Restou consignado na decisão ora embargada que **no texto do artigo 227, parágrafo 3º, VI, Constituição da República, foi estabelecido que a proteção especial em favor da criança e do adolescente abrangerá o estímulo do Poder Público, através da assistência jurídica, incentivos e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente, órfão ou abandonado.**<sup>21</sup>

Ao contrario disto, TRF/4 (PR, SC e RS) vem acompanhando as decisões do STJ e nega provimento reiteradamente aos pedidos dos menores:

Trata-se de apelação interposta por Marissol Rodrigues Ferreira, nascida em 12-06-2000, representada por seu pai Claudionor de Souza Ferreira, contra sentença (fls. 31-33) que julgou improcedente ação de concessão de **pensão por morte de sua avó**, Maria dos Santos Ferreira, cujo óbito ocorreu em 05-03-2009, por ela ajuizada contra o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), sob o fundamento de não possuir a qualidade de dependente previdenciária. Em suas razões recursais (fls. 37-38), **a recorrente sustenta que desde pequena até o óbito da avó encontrava-se sob sua dependência econômica, pelo que tem direito à pensão por morte.** Sem contrarrazões, subiram os autos a esta Corte para julgamento. A Procuradoria Regional da República da 4ª Região opinou pelo provimento da apelação. Fundamentação **A apelação está em manifesto contraste com a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça (STJ),**

<sup>20</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3.ª Região. Agravo de Instrumento n.º 2010.03.00.037344-0. Partes [?]. Relator: Des. Federal Sergio Nascimento. Julgado em 10/05/2011. Publicado em 18/05/2011. Disponível em <<http://www.trf3.jus.br/NXT/Gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=trf3e:trf3ve>> Acesso em 25 de maio de 2011.

<sup>21</sup> Idem

segundo a qual a criança ou adolescente sob guarda, ainda que designados pelo segurado, não são dependentes previdenciários deste último, se o óbito houver ocorrido na vigência da Medida Provisória nº 1.523, de 1996, como sucede no caso dos autos (óbito em 2008). (...) Dispositivo **Ante o exposto, nego seguimento à apelação**, com base no caput do art. 557 do Código de Processo Civil, **por estar em manifesto contraste com a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça** (STJ).<sup>22</sup>

Conforme se observa, não há uma posição pacífica sobre o tema nos tribunais pesquisados, que muitas vezes decidem conforme as peculiaridades dos casos apresentados, ou seja, se há indicação no processo de que o menor efetivamente encontrava-se sob os cuidados e sob a dependência do segurado, as chances de que o benefício seja concedido é maior. Ao contrário disto, verificada que a guarda teria sido transferida ao segurado, normalmente avô ou outro parente do menor, com o fim exclusivo de vir a receber a pensão, o tato dos julgadores indica que não haverá deferimento.

#### 4 DO DIREITO A PENSÃO DO MENOR SOB GUARDA

A Constituição, como também o ECA, determina que o Estado tem o dever de garantir o bem-estar social das crianças e dos adolescentes.

O art. 227 da CF prescreve:

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

parágrafo 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:  
[...]

<sup>22</sup> BRASIL. Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais. Apelação Cível n.º 0002018-35.2011.404.9999. Partes: Marissol Rodrigues Ferreira X INSS. Relator Romulo Pizzolatti. Julgado em 11/04/2011. Publicado em 26/04/2011. Disponível em [http://jurisprudencia.trf4.jus.br/proxy/public/index.php?q=menor+guarda+pens%C3%A3o+morte&btnG=Pesquisar&partialfields=selecionados%3AN.%28id\\_tipo%3A1|id\\_tipo%3A3|id\\_tipo%3A2%29&requiredfields=&as\\_q=&client=juris\\_int&output=xml\\_no\\_dtd&proxystylesheet=juris&sort=date%3AD%3AL%3Ad1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&exclude\\_apps=1&sort=date%3AD%3AL%3Ad1&filter=0&getfields=\\*&site=juris](http://jurisprudencia.trf4.jus.br/proxy/public/index.php?q=menor+guarda+pens%C3%A3o+morte&btnG=Pesquisar&partialfields=selecionados%3AN.%28id_tipo%3A1|id_tipo%3A3|id_tipo%3A2%29&requiredfields=&as_q=&client=juris_int&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=juris&sort=date%3AD%3AL%3Ad1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&exclude_apps=1&sort=date%3AD%3AL%3Ad1&filter=0&getfields=*&site=juris). Acesso em 29 de abril de 2011.

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

Por sua vez, o art. 33 do ECA:

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.

[...]

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

Vê-se que a intenção do constituinte e do legislador é conferir uma política de Estado objetivando uma ampla e irrestrita proteção à criança e ao adolescente. Alias, verifica-se que o texto constitucional não traz qualquer tipo de distinção referente à condição do menor, mas dispõe apenas em criança e adolescente.

Assim, as questões referentes às crianças e adolescentes devem ser tratadas segundo os princípios constitucionais de proteção integral. E dando cumprimento ao preceito constitucional, o ECA é expresso ao mencionar que o menor sob guarda tem direitos previdenciários. Neste sentido:

Esta exclusão não pode ser considerada em face de determinação constitucional de que 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 cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.<sup>23</sup>

Entretanto, a Lei previdenciária que regulamenta o Regime Geral, Lei 8.213/91, não prevê no rol de dependentes o menor sob guarda, visto que a Lei 9.528/97 excluiu a previsão de concessão, porém, a matéria encontra-se pendentes de decisão por parte do STF.

Ocorre que, tanto a doutrina como a jurisprudência ainda não firmaram entendimento uniforme a respeito da prevalência das disposições previstas no ECA ou na Lei de Previdência, ou seja, qual a norma que deve dispor sobre matéria previdenciária ao menor sob guarda.

Sobre o assunto, Marina Vasques Duarte destaca:

---

<sup>23</sup> DUARTE, Marina Vasques, op. cit., p.62.

O artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, dando efetividade à Norma Maior determina que a guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente [...]. E, em face dos princípios constitucionais protetivos dos interesses do menor, a omissão constante na nova redação do art. 16, parágrafo 2º da Lei 8.213/91, relativamente ao menor sob guarda judicial, é suprida pelo parágrafo 3º do art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90, que assegura à criança ou adolescente sob guarda todos os direitos, inclusive previdenciários.<sup>24</sup>

Portanto, a Lei 9.528/97, que deu nova redação ao art. 16 da Lei de benefícios do Regime Geral (8.213/91), ao suprimir o menor sob guarda do rol de dependentes não se harmoniza, seja com o princípio constitucional que confere ao Estado o dever de proteger o menor e o adolescente, seja também ao princípio da própria lei do Regime Geral que prevê a universalidade de cobertura e do atendimento da Seguridade Social.

Ainda, a exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes da lei de benefícios impôs uma distinção injustificável entre o próprio menor sob guarda e o menor sob tutela, ao prever que este mantenha a condição de dependente.

Ora, como mencionado nos capítulos anteriores, ambos os institutos são formas de colocação temporária de crianças e adolescente em famílias substitutas, ferindo diretamente o princípio da isonomia, tendo em vista a discrepância de tratamento.

Como é cediço, o princípio da isonomia encontra-se previsto no art. 5º, caput, da CF, onde se lê: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

O texto guarda preocupação em concretizar o direito a igualdade de tratamento entre os iguais. Por força do princípio, não deve ocorrer qualquer discriminação da aplicação da lei, sob o enfoque que todos nascem e vivem com direitos e obrigações perante o Estado.

Neste diapasão, a doutrina traça ensinamentos:

[...] no texto da nossa Constituição, esse princípio é enunciado com referência à Lei – *todos são iguais perante a Lei* -, alguns juristas construíram uma diferença, porque a consideram importante, entre a igualdade na Lei e igualdade *diant*e da Lei, a primeira tendo por destinatário precípuo o legislador, a quem seria vedado valer-se da Lei para fazer

---

<sup>24</sup> DUARTE, Marina Vasques, op. cit., p. 63.

discriminações entre pessoas que mereçam idêntico tratamento; a segunda dirigida principalmente aos intérpretes/aplicadores da Lei, impedir-lhes-ia de concretizar enunciados jurídicos dando tratamento distinto a quem a Lei encarou como iguais.<sup>25</sup>

E Alexandre de Moraes nos ensina:

A igualdade se configura como uma eficácia transcendente, de modo que toda situação de desigualdade persistente à entrada em vigor da norma constitucional deve ser considerada não recepcionada, se não demonstrar compatibilidade com os valores que a Constituição, como norma suprema, proclama.<sup>26</sup>

Na prática, uma criança ou adolescente que se encontra sob guarda de um segurado, que além de assegurar a dependência econômica, também estabelece laços afetivos intrínsecos à família. Assim, com o óbito do segurado não é aceitável que o órgão previdenciário não conceda o benefício, uma vez presente todo o requisito de concessão, se o dependente já se encontrava na dependência do guardião.

Como já mencionado, a negativa do benefício por parte do Instituto, estabelece entre o menor sob guarda e o tutelado uma discriminação de tratamento entre institutos semelhantes.

Logo, a criança e o adolescente sob guarda devem ser tratados nos mesmos moldes do menor tutelado para os fins previdenciários, desde que comprovada a sua dependência econômica em relação ao segurado.

Portanto, a negativa da concessão do benefício de pensão a um menor sob guarda que fique em situação de risco na eminência de faltar-lhe o necessário básico para a própria subsistência, em face do óbito do segurado/guardião constitui negligência do Estado. Quando a escusa acontece, resta evidente que o próprio Poder Público não submete aos ditames constitucionais, permanecendo inerte às suas obrigações sociais, e omisso em relação ao menor-cidadão.

E nesse sentido, considerando os preceitos contidos na Constituição Federal, art. 227, e ainda as determinações previstas no ECA, não há dúvida que a referida norma deve prevalecer sobre a lei previdenciária, até porque esta prejudica a

---

<sup>25</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 157.

<sup>26</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 83.

criança e adolescente sob guarda, não atendendo as necessidades básicas de sobrevivência, que o Estado deve assegurar. Ora, os Institutos de Previdência devem cumprir o seu papel social de amparar os necessitados, inclusive os menores sob guarda.

Sendo assim, concedida a guarda, e uma vez comprovado a dependência econômica em relação ao guardião, mediante a comprovação de proteção, acesso a educação, saúde e lazer, os Institutos de previdências devem conceder o benefício de pensão quando do fato gerador do benefício.

## **5 CONCLUSÃO**

Considerando todo o emaranhado de normas jurídicas que foram elaboradas com o passar dos anos até a promulgação da Constituição de 1988, que assegurou o princípio da proteção integral, e posteriormente com a edição do ECA, ficou claro que crianças e adolescentes independente de classe social têm direitos e garantias legais que devem ser respeitados e assegurados seja: por sua família, pela sociedade ou pelo Estado.

Entende-se assim, que a Lei previdenciária deve ser adaptada à Constituição e ao ordenamento jurídico, de modo a contemplar a criança e o adolescente sob guarda como dependente preferencial, isto é, em termos idênticos ao menor sob tutela, porém, obedecidos os requisitos de efetiva convivência, dependência econômica em relação ao segurado e a real carência do menor em relação à sua família biológica.

Porém, enquanto a lei não sofre os ajustes, a questão mereceria ser decidida em sede (in)constitucionalidade, de modo a atender o que é correto e justo: se houver comprovação que a criança ou o adolescente convivia de fato com o segurado/guardião; e que dependia economicamente dele, além de se demonstrar que a família natural deste não possui condições de promover o sustento digno, a pensão por morte deve ser paga como meio de subsidiar as necessidades básicas o qual não pode padecer de alimentos e de educação.

A solução apresentada permite que o sistema previdenciário se defenda de eventuais fraudes neste contexto, e também possibilita que o Estado não se omita

frente ao seu dever de zelar pela vida do menor, que terá a garantia de receber a verba alimentar e subsidiar o seu sustento, atendendo, desta forma, aos princípios da dignidade da pessoa humana, da seguridade social, da previdência social e principalmente, ao princípio da proteção integral da criança e do adolescente.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

\_\_\_\_\_. Lei 8.069 de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

\_\_\_\_\_. Lei 9.528 de 10 de dezembro de 1997.

\_\_\_\_\_. Lei 8.213 de 24 de julho de 1991.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n.º 1.347.407 - PI (2010/0163327-0). Partes Maria Tavares Alves da Silva X Instituto de Previdência e Assistência do Piauí. Relator Min. Herman Benjamín. Julgado em 15 de fevereiro de 2011. Publicado em 16/03/2011 no DJU.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno. Mandado de Segurança n.º 25.409-2. Partes: Karel Willis Rêgo Guerra X TCU. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Brasília: julgado em 15/03/2007, publicado em 17/05/2007 no DJU.

\_\_\_\_\_. Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais. Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal n.º 200471950213029. Partes [...]. Relatora Juíza Federal Joana Carolina Lins Pereira. Julgado em 30/08/2009. Publicado em 15/09/2009. DJU.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 3.<sup>a</sup> Região. Agravo de Instrumento n.º 2010.03.00.037344-0. Partes [?]. Relator: Des. Federal Sergio Nascimento. Julgado em 10/05/2011. Publicado em 18/05/2011

BORGES Mauro Ribeiro. **Previdência Funcional Teoria Geral**. Curitiba: Editora Juruá 2008.

DUARTE, Marina Vasques. **Direito Previdenciário**. 6 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 3 ed. Bahia: Podivm, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça .Apelação Cível n.º 990.10.088859-0. Partes: Gabriely Medeiros dos Santos Brito X INSS.Relatora Min. De Paula Santos. Julgado em 11/04/2011, publicado em 15/04/2011 no DJE.

SAUT,Roberto Diniz. **O novo direito da criança e do adolescente: uma abordagem possível**. Blumenau: Edifurb, 2008.

SILVA, José Luiz Mônaco. **Família Substituta no Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 1995.

VENOSA, Silvio Salvo. **Direito de Família**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas , 2004.