Instituto de Ensino Superior "Presidente Tancredo de Almeida Neves" - IPTAN

MARINA CRISTINA VANIN NEVES DA CUNHA

# PENSÃO POR MORTE AO MENOR SOB GUARDA

SÃO JOÃO DEL-REI

2014

MARINA CRISTINA VANIN NEVES DA CUNHA

# PENSÃO POR MORTE AO MENOR SOB GUARDA

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior “Pres. Tancredo de Almeida Neves – IPTAN – como requisito parcial à obtenção do Título de Graduada, sob a orientação do Prof. Msc. Matheus Bevilacqua Campelo Pereira.

SÃO JOÃO DEL-REI

2014

MARINA CRISTINA VANIN NEVES DA CUNHA

# PENSÃO POR MORTE AO MENOR SOB GUARDA

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior “Pres. Tancredo de Almeida Neves – IPTAN – como requisito parcial à obtenção do Título de Graduada em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

_____
Orientador: Prof. Msc. Matheus Bevilacqua Campelo Pereira

_____
Prof. Msc. Ciro di Benatti Galvão

_____
Prof. Esp. Fúlvio Jacowson Gomes

Dedico este trabalho à minha família, que sempre acreditou em meu potencial, me incentivou a sempre buscar conhecimento, deram suporte para a minha formação profissional e força para continuar quando pensei que não conseguiria. Em epecial, à minha mãe que sempre esteve do meu lado com uma palavra carinhosa pra me incentivar e fez de tudo para que esse sonho se realizasse.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por ter guiado meus passos até aqui, enviando luz e sabedoria para que eu buscasse o conhecimento.

Ao meu irmão e também professor e orientador Matheus Campelo, por compartilhar seu conhecimento, por sempre ser acessível, pela dedicação de todos os dias. Sem ele este trabalho não teria sido possível.

À professora Carla, por todo conhecimento e paciência.

Á minha família por existir, por me dar força a cada dia acreditar que eu conseguiria, pela compreensão, paciência e amor de cada dia.

Aos amigos e ao meu namorado, pela compreensão dos dias ausentes e por sempre me darem carinho e alegria nos meus dias.

## RESUMO

O presente trabalho aborda a pensão por morte ao menor sob guarda. A pensão por morte é o benefício da Previdência Social devido aos dependentes do segurado. A problemática, é que anteriormente, o menor sob guarda estava presente no rol de dependentes do segurado constante no art. 16 da Lei 8.213, porém, esse rol foi alterado por uma lei posterior, retirando-o do rol. Ocorre que, mesmo com essa retirada, o Estatuto da Criança e do Adolescente continua prevendo o direito previdenciário. Com isso, ficou claro que existe um conflito de normas, e que, se usássemos o critério cronológico para a resolução do conflito, o menor sob guarda não teria direito, pois lei posterior (Lei 9.527/97) derroga lei anterior (ECA/90). Contudo, baseando no art. 227 da CF onde dispõe que é dever da família, do Estado e da Sociedade resguardar os direitos e deveres da criança e do adolescente, e no art. 5º da Lei 4.657/42 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), onde diz que ao aplicar a lei o juiz deve observar os fins sociais a que ela se dirige, podemos defender que o menor sob guarda tem sim, direito à pensão por morte. Diante da divergência jurisprudencial, pudemos ver que o Tribunal oscila sobre o tema, porém, em julgado recente, o menor sob guarda, vem ganhando a pensão por morte.



**Palavras-chave:** Menor sob guarda, pensão por morte, benefício previdenciário.

**SUMÁRIO**

INTRODUÇÃO ..... 7

1. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ..... 9
   1.1 Dos Direitos Fundamentais de Primeira e Segunda Geração ..... 9
   1.2 Do Estado Social de Direito ..... 11
   1.3 Da Seguridade Social ..... 14
   1.4 Da Previdência Social ..... 16

2. REQUISITOS E CARACTERÍSTICAS DA PENSÃO POR MORTE ..... 20
   2.1 Conceito ..... 20
   2.2 Requisitos ..... 20
   2.2 Da renda mensal inicial do benefício ..... 25
   2.3 Do início do pagamento ..... 26
   2.4 Cessação do pagamento ..... 27

3. PENSÃO POR MORTE AO MENOR SOB GUARDA ..... 28
   3.1 Menor sob Guarda ..... 28
   3.2 Eventual Conflito de Normas ..... 34
   3.3 Da divergência jurisprudencial ..... 36

CONSIDERAÇÕES FINAIS ..... 43

REFERÊNCIAS ..... 46

# INTRODUÇÃO

Inicialmente, é importante salientar que a Constituição Federal destaca o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito e ainda impõe como objetivo de nossa República, a construção de uma sociedade justa, solidária e livre.

O direito à previdência social se insere nesse contexto de proteção do cidadão, previsto em nosso texto constitucional, que traça garantias para o trabalhador que, por alguma circunstância, não pode exercer suas atividades, prejudicando sua subsistência e de sua família.

Este trabalho trata sobre um benefício previdenciário específico, a pensão por morte, cujo objetivo é amparar os familiares do segurado falecido que eram seus dependentes.

A Lei 8.213 de 1991, em seu artigo 16, dispõe quem são os beneficiários do segurado e, a partir do artigo 74, preconiza os requisitos para concessão da pensão por morte.

A problemática do trabalho é se o menor sob guarda tem ou não direito ao benefício em comento, levando em conta os princípios previdenciários e constitucionais aplicáveis. A Lei 8.213/91 determinava que o menor sob guarda era dependente e fazia jus à pensão por morte, porém, com a Lei 9.528 de 1997, o menor foi retirado do rol, não sendo mais equiparado a filho e, consequentemente, sendo totalmente excluído da pensão por morte.

Não há impedimento constitucional para que os menores sob guarda sejam dependentes, pelo contrário, essa discriminação é inconstitucional por estar em desacordo com as normas e tratados constitucionais referentes aos direitos dos menores.

O objetivo é demonstrar que o menor sob guarda, frente ao Estatuto da Criança e do Adolescente e à Constituição Federal, tem os mesmos direitos que o enteado e tutelado para fins de obtenção da pensão por morte, na condição de equiparados aos filhos do falecido.

Com o intuito de sanar todas as lacunas e dúvidas do presente tema, o trabalho foi dividido em três capítulos. No primeiro, serão abordados os direitos fundamentais, mais especificamente, os de primeira e segunda geração. Desse

modo, o capítulo tratará dos aspectos sobre o Estado Social de Direito, demonstrando quando surgiu a necessidade de proteção do bem estar coletivo, com uma contextualização histórica da Seguridade Social e da Previdência Social.

O segundo capítulo abordará o conceito e os requisitos da pensão por morte, a renda mensal e início do pagamento do benefício e a cessação do pagamento.

Finalmente, no terceiro capítulo, definir-se-á quem é o menor sob guarda e será demonstrada a discussão e a posição jurisprudencial atual, inclusive sobre um possível conflito de normas.

# 1. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em um primeiro momento, destacamos que o objeto da presente monografia cinge-se à análise do direito à pensão por morte do menor sob guarda judicial. Desse modo, antes de abordarmos o presente tema, necessário se faz uma abordagem constitucional sobre os direitos fundamentais, para situarmos a seguridade social e previdência social dentro da Constituição Federal de 1988. Tal abordagem é relevante, pois a Constituição Federal de 1988 criou um Estado Social Democrático de Direito, com atuação marcante deste na área social, onde inegavelmente se insere o benefício previdenciário aqui objeto de pesquisa.

Nesse contexto, com o intuito de delimitarmos os direitos sociais na Constituição Federal, entendemos como também relevante uma menção histórica aos direitos fundamentais, para, com isso, evidenciarmos como a sociedade, em um determinado momento histórico, reivindicou a proteção de direitos sociais, com enfoque no bem-estar coletivo.

## 1.1 Dos Direitos Fundamentais de Primeira e Segunda Geração

Com o intuito de buscarmos uma referência histórica relevante para os direitos sociais, é necessário citarmos o marco referência para o constitucionalismo moderno, a Revolução Francesa. Isso porque, os direitos sociais, como adiante apresentaremos, foram concebidos como um avanço deste Estado Liberal de Direito.

Durante a Revolução Francesa em 1789, a burguesia buscava um poder que limitasse o Estado de forma que tivesse sua liberdade, demonstrando sua insatisfação com o Estado. Assim, surgiram os direitos civis e políticos norteados pela liberdade, igualdade e fraternidade, bases desta revolução.

A população, na verdade, exigia uma Constituição para que fossem regulamentados seus direitos fazendo com que eles fossem respeitados e cumpridos pelo Estado. Nesse sentido, Reinaldo Dias, *"*um Estado, para

afirmar-se com tal, deve ter uma Constituição cujos eixos principais sejam os direitos fundamentais e a divisão de poderes. (2010, p. 215).”

Nesse contexto histórico, o liberalismo fomentado pelas Revoluções Burguesas, em especial a Revolução Francesa e a Independência dos Estados Unidos, buscou um afastamento do Estado das questões sociais. Assim, é inegável que o Estado Liberal traçou novas diretrizes para a humanidade, ao proteger o cidadão do arbítrio do Estado. São traços deste momento, o respeito às leis e a separação do Poder Político, com a criação do Executivo, Legislativo e Judiciário. Desse modo, a Revolução Francesa rompe com o modelo de organização do Poder Político centralizador absolutista para um modelo de Estado pautado no respeito das leis.

Referência do liberalismo na Constituição Federal é tanto o artigo 1º quanto o artigo 5º. Aquele por fazer menção expressa ao “Estado de Direito”, ou seja, traço do Estado liberal, em que este passa a ser tanto produtor das regras jurídicas como sujeito destas. Já o artigo 5º da nossa Constituição Federal, seguindo os preceitos do Estado Liberal, impõe ao Estado uma série de restrições frente ao cidadão, por meio de setenta e sete incisos, consagrados pela doutrina como as liberdades civis clássicas.

Nesse contexto, chamamos a atenção para as seguintes proteções, a título exemplificativo:

- liberdade de consciência e de crença religiosa;

- vedação à tortura;

- liberdade de expressão nas atividades intelectuais, artísticas, científicas e de comunicação;

- garantia ao direito de propriedade;

- igualdade de direitos entre homens e mulheres;

- livre manifestação do pensamento;

- direito de herança, etc

Por fim, com o fito de buscarmos pertinência do tópico abordado na presente monografia, chamamos a atenção para que tal modelo de organização do Estado, em que pese sua inegável importância para o cidadão, entrou em grave crise. O que queremos aqui, desde já, enaltecermos é que o Estado Social de Direito, não esgotou o Estado Liberal de Direito, mas sim

surgiu como complementação necessária a este modelo de organização estatal.

Sendo assim, em um determinado momento histórico, mais precisamente pelo surgimento das máquinas na sociedade Ocidental, o modelo liberal foi insuficiente para resolver os problemas sociais advindo desta transformação nas relações intersubjetivas. Com isso, essa política de afastamento estatal foi colocada em xeque pela própria sociedade, que passou a cobrar intervenção estatal, seja para regulamentação da relação laboral, seja pela concessão de benefícios previdenciários a esta nova classe trabalhadora, seja pela assistência aos necessitados, etc.

## 1.2 Do Estado Social de Direito

Como já adiantamos previamente, tal forma de organização do Estado é pautada fortemente por sua atuação positiva na área social, com preocupação inegável de um bem estar coletivo.

Desse modo, o Estado Social de Direito se apresenta como uma definição ou qualificação do próprio Estado de Direito, aonde demonstra que a atuação deste passa a ser pautada sob outra perspectiva. Nesse novo contexto, a efetivação de alguns direitos passa a ser um fim a ser perseguido pelo Estado, agora atuante e provedor. Com isso, o Estado Social de Direito, foi concebido para sanar os problemas sociais ocorridos no séc XX, em especial com a Revolução Industrial, o que fez eclodir na Europa Ocidental uma nova realidade, aonde a postura de afastamento do liberalismo se mostrava perigosamente ineficiente. Ilustrado tal passagem, citamos Mendes (2009, p.758):

> Tal como esses sucessivos modelos de organização política, que só se impuseram após intensa luta contra estruturas arcaicas, também os direitos, que emergiram nesse contexto, expandiram-se e consolidaram-se, vencendo duros combates entre o velho e o novo, entre o outrora e o amanhã.

Com tal referência, inegável que o Estado Social de Direito é elemento histórico, como marco inestimável para uma nova concepção de Estado, que com esta nova estrutura normativa passar a olhar o cidadão não

só como elemento integrante deste, mas sim, como destinatário de direitos que não poderiam mais ser negligenciados. Desse modo, o Estado Social buscou corrigir uma omissão histórica do liberalismo, que só fez acentuar as desigualdades sociais, a fome, o desemprego, o analfabetismo, a indigência, a doença na sociedade européia.

Nesse prisma, surge à social democracia com essa forte inspiração de justiça social e de igualdade material, justamente como princípios norteadores desta nova concepção estatal. Nesse contexto citamos Bovavides (2003, p.157):

> Ao empregar meios intervencionistas para estabelecer o equilíbrio na repartição dos bens sociais, institui ele, ao mesmo passo, um regime de garantias concretas e objetivas, que tendem a fazer vitoriosa uma concepção democrática de poder, vinculada principalmente com a função e fruição dos direitos fundamentais, concebidos doravamente em dimensão por inteiro distinta daquela peculiar ao feroz individualismo das teses liberais e subjetivistas do passado.

Ainda, Dias (2010, p. 224) aponta como sendo também uma das características do Estado Social de Direito:

> Prestação de serviços públicos de caráter universal (educação, saúde, previdência social, habitação, etc.), com os quais se pretende garantir um nível mínimo de atendimento à população. A responsabilidade estatal na manutenção desse nível mínimo deve ser entendida como um direito e não como um direito e não como caridade publica para uma minoria.

Cumpre aqui destacar que nossa Constituição Federal traçou contornos de formação do Estado, que inegavelmente a inserem como uma constituição cidadã. Como referências constitucionais de tal formação política, podemos citar o artigo 1º, III, da CF, que traz a seguinte redação:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
> III - a dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 1988).

Também o artigo 3º aduz que:

> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
> I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
> II - garantir o desenvolvimento nacional;
> III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
> IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988).

E, por fim, os artigos 6º e 7º, este exemplificativamente em seus incisos I, XXIV, XXV, XXVIII, XXIX, XXXI, respectivamente:

> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988).

> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
> I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;
> XXIV - aposentadoria;
> XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas;
> XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;
> XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho
> XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência. (BRASIL, 1988).

Como mencionado no artigo 1º da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado Democrático de Direito, além de ser núcleo do constitucionalismo. Assim, “é ela o valor supremo que irá informar a criação, interpretação e aplicação de toda a ordem normativa constitucional, sobretudo o sistema de direitos fundamentais” (NOVELINO, 2008, p. 205).

Com esse contexto histórico e constitucional, evidenciamos que o Estado Social de Direito rompeu com a postura de abstenção estatal, pois a

partir desse momento o Estado passou a ter obrigações constitucionais frente ao cidadão.

### 1.3 Da Seguridade Social

Para situar o tema, aqui objeto de pesquisa, dentro do ordenamento jurídico, imprescindível se faz uma abordagem da seguridade social na Constituição Federal de 1988. Desse modo, a seguridade social é descrita, como expoente desse Estado Social e de Direito. Com tal referência, a seguridade social se mostra com um fazer do Estado frente ao cidadão, no que diz respeito às prestações envolvendo saúde, previdência e assistência social, como impõe o artigo 6º da CF, supracitado.

Buscando estabelecer uma referência para a legislação infraconstitucional, o artigo 194 impõe os seguintes princípios extensivos a seguridade social, que aqui trazemos a colação:

> Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.
> Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:
> I - universalidade da cobertura e do atendimento;
> II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
> III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
> IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;
> V - eqüidade na forma de participação no custeio;
> VI - diversidade da base de financiamento;
> VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (BRASIL, 1988).

A universalidade da cobertura e atendimento garante que a proteção do Estado alcance todos no nosso país, incluindo os estrangeiros, além de todos os fatos cuja reparação seja urgente e necessária para quem necessite dela e a prestação de serviço e ações da assistência social. Assim, este princípio faz com que o art. 5º da Constituição Federal seja respeitado, que a

igualdade seja respeitada. “Está em plena congruência com o principio da igualdade, pois a todos é reservado igual lugar para recebimento de cobertura segundo a respectiva necessidade” (SANTOS, 2011, p.16).

No que tange à uniformidade e à equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais, visa à igualdade entre todos os trabalhadores, sendo rurais ou urbanos e que todos tenham os mesmos benefícios para todos os fatos existentes no sistema, observando a peculiaridade de cada um, uma vez que o valor de um benefício por ser diferenciado.

Os benefícios da Seguridade Social serão devidos a quem realmente necessite obedecendo a requisitos específicos de cada um, visando sempre o bem estar social, é o que dispõe o princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços. É a seleção que será feita para distribuir prestações econômicas e financeiras, pois acaba reduzindo as desigualdades sociais e econômicas. A pensão por morte é um exemplo da aplicação do princípio da seletividade, pois pressupõe que ela seja concedida a quem dela necessitar, selecionando quem tem ou não direito ao benefício previdenciário.

A irredutibilidade do valor dos benefícios impede que o valor do benefício concedido não seja reduzido e nem sujeito a arresto, seqüestro e penhora, inclusive deverá ser reajustado constantemente para que sempre tenha seu valor real. Este princípio teve como “razão histórica os altos índices de inflação, que por décadas assolaram a economia nacional aviltando salários e benefícios previdenciários” (SANTOS, 2011, p.18).

A equidade quanto à participação no custeio, é a participação dos indivíduos com a contribuição à assistência social quando possível.

Através do princípio da diversidade da base de financiamento, a seguridade social é financiada por várias fontes de renda e não só pelos trabalhadores, empregadores e Poder Público.

O último princípio versa sobre a descentralização na administração, sendo criados órgãos colegiados, para que sejam feitas discussões com a sociedade em todos os níveis de poder.

Desse modo, ficou evidente a participação e preocupação do Estado com a proteção social, a seguridade social levou à sociedade garantias universais e benefícios uniformes, valores fixos de benefício.

Além dos princípios apresentados, a seguridade social, é tratada como direito humano, uma vez que esses direitos são criados pela sociedade com o intuito de garantir um mínimo de dignidade ao cidadão. O processo de reconhecimento da seguridade social no âmbito internacional foi um pouco demorado, tendo sua primeira previsão em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, mesmo não sendo uma aparição específica.

Nos dias de hoje, a seguridade já tem previsão em várias declarações internacionais, inclusive de forma mais específica, como na Convenção nº 102 da OIT, desse modo Zambitte (2013, p. 81) descreve:

> Enfim, a proteção social é direito fundamental, já que reconhecido pela Constituição, mas também direito humano adotado em diversas declarações e pactos internacionais. Merece destaque, ainda, a Convenção nº 102 da OIT, que trata especificamente sobre seguridade social, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 269/08.

Desse modo, a Seguridade Social além de direito fundamental, é também direito humano.

### 1.4 Da Previdência Social

Este instituto tem a natureza jurídica institucional, uma vez que o Estado por meio legal, vincula automaticamente o beneficiário independente de sua vontade no sistema beneficiário. Em relação a manifestação de vontade do beneficiário, é importante dizer que "[...] não há qualquer pacto de vontades no seguro social [...]" (ZAMBITTE, 2013, p. 29).

Desta forma, há uma relação de proteção do Estado, que usa as contribuições do segurado para custear a segurança econômica em caso de morte, invalidez, velhice, etc.

A previdência na Constituição Federal é abordada em dois momentos. Em uma primeira situação, o texto constitucional faz previsão de um sistema de previdência aplicável aos servidores públicos, como se denota pelo seu artigo 40:

> Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (BRASIL, 1988).

Já no artigo 201 faz previsão de um regime de previdência social residual e geral, ou seja, aplicável somente para aquelas pessoas que não estejam vinculadas a um regime próprio, ou se o próprio ente da federação não possuir regime de previdência para os seus servidores. Importante também destacarmos que a previdência social é o único serviço prestado pela seguridade social que reclama contribuição previdenciária, ou seja, conforme o artigo 201 que abaixo transcrevemos a previdência social será de caráter contributivo. Assim citamos:

> Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:
> I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada
> II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;
> III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;
> IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;
> V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º. (BRASIL, 1988).

Fabio Zambitte ( 2013, p. 33) discorre sobre o Regime Geral:

> O Regime Geral é o mais amplo, responsável pela proteção da grande massa de trabalhadores brasileiros. Como visto, é organizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, autarquia vinculada ao Ministério da Previdência Social.

O direito previdenciário oriundo da seguridade social já citada visa oferecer mecanismos que auxiliem o segurado e seus familiares, contra possíveis perdas ou redução da sua remuneração, seja ela temporária ou permanente diante das contribuições já realizadas. Assim destacamos:

> Trata-se de um seguro social compulsório, eminentemente contributivo, mantido com recursos dos trabalhadores e de toda sociedade – que busca propiciar meios indispensáveis à subsistência dos segurados e seus dependentes quando não podem obtê-los ou não for socialmente desejável que eles sejam auferidos pelo trabalho por motivo de maternidade, morte, invalidez, etc. (NEVES, 2012, p. 28).

Porém, em relação à sociedade mais carente, a Previdência não esgota todas as necessidades, uma vez que os benefícios só atingem àqueles que têm um emprego e àqueles que trabalham em mercado informal desde que tenham exercido atividade laborativa.

A proteção previdenciária surge com o direito do trabalho, busca por meio de sua legislação diminuir diferenças entre as classes, garantindo ao trabalhador e seus familiares uma vida digna. Assim, a pensão por morte é recepcionado em harmonia, pois neste benefício, temos a figura de um trabalhador falecido que deixa seus dependentes sem uma fonte de renda para sua subsistência.

Porém, não são todos que têm esta proteção da Previdência Social, como os desempregados, os inválidos que nunca trabalharam, os idosos sem aposentação e os menores carentes. Para estes que não têm atividade, a proteção é dada pela assistência social, uma vez que não é preciso contribuições dos beneficiários.

Diante do exposto, a seguridade social se aperfeiçoa por meio do direito previdenciário, relação jurídica para assegurar a remuneração para o segurado ou seus dependentes sobreviverem ou dar um apoio quando for insuficiente.

Quanto ao objeto da presente monografia, destacamos que a previsão de cobertura pela previdência social, em decorrência da morte, encontra arrimo em seu artigo 201, V, da CF, da seguinte forma:

> Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a
> V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

Enfim, cumpre aqui destacar que coube a lei 8.213 de 1991, disciplinar a concessão dos benefícios previdenciários, trazendo critérios que impõe, como vimos, inegável seletividade para a concessão dos mesmos. Nesses termos, quanto ao objeto da presente monografia, citamos os artigos 16 e 74 da lei em comento:

> Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:
> I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;
> II - os pais;
> III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;
> IV - (Revogada pela Lei nº 9.032, de 1995)
> § 1º A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.
> § 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
> § 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.
> § 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.
> Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data:
> I - do óbito, quando requerida até trinta dias depois deste;
> II - do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior;
> III - da decisão judicial, no caso de morte presumida.

Os detalhes técnicos sobre a concessão da pensão por morte serão vistos no próximo capítulo.

# 2. REQUISITOS E CARACTERÍSTICAS DA PENSÃO POR MORTE

## 2.1 Conceito

A Constituição Federal, quando trata a previdência social, destaca que esta terá caráter contributivo. E, entre todos os outros fatores que merecem proteção, está o fator morte.

A pensão por morte é o benefício previdenciário direcionado aos dependentes do falecido, com o objetivo de manter o sustento familiar.

A função deste benefício é dar ao dependente um meio para manter o seu sustento, uma vez que possuía a renda mensal do segurado para executar sua subsistência.

Assim, segundo Martins (2005, p. 363), “em sentido amplo, pensão é uma renda paga a certa pessoa durante toda sua vida”.

O mesmo autor, ainda define a pensão por morte como “o benefício previdenciário pago aos dependentes em decorrência do falecimento do segurado” (MARTINS, 2005, p. 363).

A pensão por morte tem previsão constitucional no art. 201 da Constituição Federal e é disciplinada nos arts. 74 a 79 da Lei. 8.213/91. Como aponta Lazzari e Castro (2008, p. 583), “trata-se de prestação de pagamento continuado, substituidora da remuneração do segurado falecido. Em face disso, considera-se direito irrenunciável dos beneficiários que fazem jus a ela”.

Ocorrendo a morte, o direito à pensão por morte já vale, estando o segurado aposentado ou não. Assim, aqueles que têm direito à pensão por morte, têm de requerer o benefício para que tenham a remuneração devida e a subsistência mantida.

## 2.2 Requisitos

O art. 74 da Lei 8.213 de 1991 dispõe que a pensão por morte será devida aos dependentes do segurado falecido, independente de ser ou não aposentado, contando da data do óbito ou da decisão judicial em caso de morte presumida.

Os requisitos para a concessão do benefício são a existência de beneficiários na condição de dependentes e a condição de segurado do falecido.

Os beneficiários, “são as pessoas naturais que fazem jus ao recebimento de prestações previdenciárias. no caso de serem atingidas por algum dos riscos sociais previstos em lei” (IBRAHIM, 2013, p. 174).

O dependente não precisa ser contribuinte, ou seja, não é necessário que ele esteja vinculado à Previdência Social, basta ser dependente, segundo o rol do art. 16 da aludida Lei:

> Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:
> I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;
> II - os pais;
> III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;
> § 1º A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.
> § 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.
> § 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.
> § 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada. (Grifos do original).

O que é levado em consideração é a dependência econômica das pessoas arroladas no art. 16. Sendo essa, presumida nos casos do inciso I, e nos incisos II e III a dependência deve ser comprovada, mediante prova documental, conforme dispõe o §3º do artigo 22, do Decreto 3.048:

> § 3º Para comprovação do vínculo e da dependência econômica, conforme o caso, devem ser apresentados no mínimo três dos seguintes documentos:
> I - certidão de nascimento de filho havido em comum;

> II - certidão de casamento religioso;
> III - declaração do imposto de renda do segurado, em que conste o interessado como seu dependente;
> IV - disposições testamentárias;
> V - (Revogado pelo Decreto nº 5.699, de 2006)
> VI - declaração especial feita perante tabelião;
> VII - prova de mesmo domicílio;
> VIII - prova de encargos domésticos evidentes e existência de sociedade ou comunhão nos atos da vida civil;
> IX - procuração ou fiança reciprocamente outorgada;
> X - conta bancária conjunta;
> XI - registro em associação de qualquer natureza, onde conste o interessado como dependente do segurado;
> XII - anotação constante de ficha ou livro de registro de empregados;
> XIII - apólice de seguro da qual conste o segurado como instituidor do seguro e a pessoa interessada como sua beneficiária;
> XIV - ficha de tratamento em instituição de assistência médica, da qual conste o segurado como responsável;
> XV - escritura de compra e venda de imóvel pelo segurado em nome de dependente;
> XVI - declaração de não emancipação do dependente menor de vinte e um anos; ou
> XVII - quaisquer outros que possam levar à convicção do fato a comprovar. (Grifos do original).

Os enteados e o menor tutelado que são equiparados a filhos, conforme previsão do art. 16 da Lei 8.213 supracitado, devem de acordo com o Decreto 3.048/99 art. 22, I, “c”, provar a condição de dependente mediante certidão judicial de tutela e, em se tratando de enteado, certidão de casamento do segurado e de nascimento do dependente, observado o disposto no § 3º do art. 16 da Lei.

Ainda, conforme ditame do §13 do artigo 22 do referido Decreto tem-se que:

> § 13. No caso de equiparado a filho, a inscrição será feita mediante a comprovação da equiparação por documento escrito do segurado falecido manifestando essa intenção, da dependência econômica e da declaração de que não tenha sido emancipado.

Com isso, ao contrário dos filhos, aqueles que são equiparados a filhos, para fins de recebimento da pensão por morte, necessitam de comprovar, seja na via administrativa ou judicial, não só sua qualidade de dependente, como também, a prova da dependência econômica.

Destacamos que o objeto da presente monografia cinge-se justamente a análise do artigo 16 da lei já mencionada, em especial a análise do §2º do referido artigo que impõe que “o enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho” (Lei 8.213, 1991).

Anteriormente, o menor sob guarda era equiparado a filho, estando presente no rol do § 2º tendo assim direito à pensão por morte. Porém, como melhor abordaremos em nosso terceiro capítulo, a lei n.º 9.528 de 1997 deu nova redação ao parágrafo em análise, que possuía a seguinte redação:

> § 2º Equiparam-se a filho, nas condições do inciso I, mediante declaração do segurado: o enteado; o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda; e o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação. (Lei 8.213, 1991).

Como se denota da redação atual do artigo 16, §2º da lei 8.213, o menor sob guarda foi retirado do rol de dependentes o que será objeto de análise por nós no presente estudo, frente à previsão do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069 de 1990, que prevê em seu artigo 33, §3º, que a guarda judicial impõe ao menor à condição de dependente, inclusive para fins previdenciários. Desse modo, trazemos tal artigo a colação:

> 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) Vigência
> § 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.

Por fim, na presente monografia, nossa indagação se reflete justamente na questão da inclusão ou não, do menor sob guarda, no rol de dependentes para fins previdenciários, no que tange o recebimento ou não de pensão por

morte. Esse é o objeto de nosso estudo, responder a tal importante questão, com reflexos práticos relevantes ao menor sob guarda.

Seguindo, na abordagem dos requisitos para a concessão da pensão por morte, dissemos, que os mesmos são o respeito à condição de dependente, bem como, a condição de segurado do falecido. Quanto a este último elemento, frisamos que, a concessão da pensão por morte, independe de carência, ou seja, não precisa de um número mínimo de contribuições mensais para que o benefício seja concedido.

Ibrahim (2013, p. 558) define o que é o período de carência:

> Período de carência é número de contribuições mensais mínimas que o segurado deve efetivar para ter direito a beneficio, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências.

Por tais razões dispõe a lei 8.213 da seguinte maneira, em seu art. 24:

> Art. 24. Período de carência é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências.
> Parágrafo único. Havendo perda da qualidade de segurado, as contribuições anteriores a essa data só serão computadas para efeito de carência depois que o segurado contar, a partir da nova filiação à Previdência Social, com, no mínimo, 1/3 (um terço) do número de contribuições exigidas para o cumprimento da carência definida para o benefício a ser requerido. (Vide Medida Provisória nº 242, de 2005). (Grifos do original).

Os arts. 25 e 26 da mesma lei dispõem que:

> Art. 25. A concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral de Previdência Social depende dos seguintes períodos de carência, ressalvado o disposto no art. 26:
> I - auxílio-doença e aposentadoria por invalidez: 12 (doze) contribuições mensais;
> II - aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de serviço e aposentadoria especial: 180 contribuições mensais.
> III - salário-maternidade para as seguradas de que tratam os incisos V e VII do art. 11 e o art. 13: dez contribuições mensais, respeitado o disposto no parágrafo único do art. 39 desta Lei.
> Parágrafo único. Em caso de parto antecipado, o período de carência a que se refere o inciso III será reduzido em número de contribuições equivalente ao número de meses em que o parto foi antecipado."

> Art. 26. Independe de carência a concessão das seguintes prestações:
> I - pensão por morte, auxílio-reclusão, salário-família e auxílio-acidente;

Durante o período de carência, o que não é o caso do benefício estudado, o beneficiário ainda não faz jus à prestação previdenciária

A ausência do período de carência se dá pelo fato de que a morte é imprevisível, podendo ocorrer no primeiro dia de participação no sistema previdenciário.

Para os dependentes terem direito ao benefício basta que o segurado tenha na data da morte a qualidade de segurado.

Se a morte acontecer depois da pessoa perder a qualidade de segurado, será devida a pensão por morte se até o dia da morte, o trabalhador tiver cumprido todos os requisitos para a aposentadoria ou se a aposentadoria por invalidez seja reconhecida no período de regulamentação da qualidade do segurado.

## 2.2 Da renda mensal inicial do benefício

A renda mensal, ou seja, o valor a ser recebido, será cem por cento do valor da aposentadoria do aposentado falecido ou se estivesse aposentado por invalidez a data do seu falecimento, do valor da aposentadoria por invalidez. Essa é a regra do artigo 75 da Lei 8.213:

> Art. 75. O valor mensal da pensão por morte será de cem por cento do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela a que teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data de seu falecimento, observado o disposto no art. 33 desta lei.

Tavares (2005, p. 195), no mesmo sentido, destaca:

> Se o segurado falecer quando aposentado, a renda será de cem por cento do valor da aposentadoria. Neste caso, haverá mera conversão desta pensão. Estando ativo, será de cem por cento do valor da aposentadoria por invalidez a que teria

> direito, se a esta fizesse jus, ou seja, cem por cento do salário de benefício.

Caso haja mais de um pensionista, será dividida entre todos de forma igual e se a pensão cessar para um deles, a sua parte será revertida em favor dos outros.

No mesmo sentido, Lazzari (2008, p. 591) descreve:

> A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em partes iguais, cujas parcelas do rateio poderão ser inferiores ao salário mínimo. [...] As cotas serão sempre iguais, embora, em muitos casos, essa forma de partilha não seja a mais justa para as partes.

Assim, mesmo que o valor de cada parte fique inferior ao salário mínimo após a partilha, não gera ponto para discussão, pois o que é relevante é que a divisão seja igual para todos os pensionistas.

Se for filho ou irmão inválido, tem que ter comprovação da incapacidade por perícia médica para que a pensão seja concedida, e ainda precisa da comprovação do início da incapacidade, para apurar se foi antes ou simultaneamente com o óbito do segurados.

A pensão por morte deixada pelo trabalhador rural, será equivalente a um salário mínimo, caso não tenha contribuído de forma facultativa.

## 2.3 Do início do pagamento

O início do pagamento pode ser da data do óbito ou da data do requerimento. No primeiro caso, será quando requerida por maior de 16 anos até 30 dias do falecimento ou quando for requerida por menor de 16 anos até 30 dias após completar esta idade. Na segunda hipótese, será quando pleiteada passados os prazos mencionados, em hipótese de morte presumida, contado da data da decisão judicial e em casos de catástrofe ou desastre, se requerida até 30 dias desta, na data da ocorrência, como impõe o artigo 74 lei de benefícios previdenciários.

> Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data:
> I - do óbito, quando requerida até trinta dias depois deste;
> II - do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior;
> III - da decisão judicial, no caso de morte presumida.

O termo inicial do benefício é contado da data do óbito, da declaração judicial de ausência ou da data que se chegou á conclusão que a pessoa pereceu.

## 2.4 Cessação do pagamento

Visto o início do pagamento da pensão por morte, é importante salientar quando cessa o pagamento da mesma. São quatro as hipóteses de cessação do pagamento, aduzida por Kertzman (2011, p. 434):

> I-Pela morte do pensionista;
> II-ao completar 21 anos, salvo se for inválido, ou pela emancipação, ainda que inválido, exceto, neste caso, se a emancipação for decorrente de colação de grau científico em curso de ensino superior;
> III-para o pensionista inválido, pela cessação da invalidez, verificada em exame medido-pericial a cargo da Previdência Social;
> IV-pela adoção, para o filho adotado que receba pensão por morte dos pais biológicos.

Assim, percebe-se que a cessação da pensão por morte será automática se houver a perda da qualidade de dependente. E como já citado anteriormente, caso sejam mais de um pensionista, a cota do que perdeu a qualidade de segurado passará para os demais.

Finalizada a análise dos requisitos e características da pensão por morte, no terceiro capítulo trataremos do menor sob guarda analisando se estes fazem ou não jus ao benefício da pensão por morte.

# 3. PENSÃO POR MORTE AO MENOR SOB GUARDA

## 3.1 Menor sob Guarda

Em um primeiro momento, faz-se necessário conceituar a guarda e o poder familiar.

Como forma introdutória, destacamos que o instituto do poder familiar, se refere ao conjunto dos direitos e deveres, dos pais, em igualdade de condições, referentes ao filho, aplicáveis sobre seus direitos e seus bens. Nesse cotejo, trazemos que o Código Civil disciplina tal direito, nos seguintes artigos:

> Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.
>
> Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.
>
> Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.
>
> Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.
>
> Art. 1.633. O filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor.

Desse modo, o estatuto civilista, traz a ideia de que a “criação e a educação dos filhos competem ao pai e a mãe em igualdade de condição, assim determina a Constituição em seus arts. 226 e 229” (BARROS. 20011. p. 41).

O poder familiar cessará com a morte dos pais ou do filho, emancipação, maioridade e a adoção. No último caso, o poder familiar passará para os pais adotivos. Em contrapartida, a perda do poder familiar, ocorre por atitudes dos

pais, como castigos imoderados, abandono, prática de atos imorais e a prática de atos exagerados que causam a suspensão, como dispõe o Código Civil em seus artigos 1.635 a 1.638, com a seguinte redação:

> Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:
> I - pela morte dos pais ou do filho;
> II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;
> III - pela maioridade;
> IV - pela adoção;
> V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.
>
> Art. 1.636. O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.
> Parágrafo único. Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável.
>
> Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.
> Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.
>
> Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
> I - castigar imoderadamente o filho;
> II - deixar o filho em abandono;
> III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
> IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

A suspensão ocorrerá por determinação do Juiz, Ministério Público ou algum parente, como afirma Fiuza (2010, p. 1011):

> Ocorre por ato *ex officio* do próprio Juiz, a requerimento do Ministério Público ou de algum parente, quando houver abuso ou mau exercício do poder familiar, ou quando o pai ou mãe forem condenados a pena de prisão superior a dois anos.

Tanto na perda quanto na suspensão, será nomeado um tutor para o menor, e a perda é definitiva.

A guarda é a relação do poder familiar, é a relação direta dos filhos com os pais, decorrendo vários direitos e deveres.

Porém, a guarda poderá ser dada a terceiro, a um tutor ou a quem não exerça a tutela, no caso da guarda provisória em processo de adoção, ou quando dada a um parente de forma provisória ou de forma definitiva, quando por decisão judicial, fica claro que os pais não têm condição de terem a guarda dos filhos.

Caberá ao titular da guarda, prezar pelas necessidades do menor, como alimentação, segurança, etc. Porém, pode acontecer dos pais terem o poder familiar e a guarda ser de terceiros.

Na suspensão e na perda do poder familiar, a guarda será passada para um tutor ou terceiro, ou ainda é possível, que o menor seja criado por um tio ou avó ou avô.

A guarda pode decorrer de um processo autônomo ou por um pedido de adoção, no Estatuto da Criança e do Adolescente é aquela dada a terceiro.

Nesse momento, destacamos que a guarda de fato, ou seja, àquela que carece de reconhecimento judicial, e não vem sendo reconhecida pelo judiciário como apta a ensejar o direito a pensão por morte. Nesse sentido, trazemos a colação decisões do E. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que corroboram tal entendimento:

> PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. INEXISTÊNCIA DE GUARDA JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE
> 1. Este Tribunal tem decidido que, sendo a guarda decorrente de decisão judicial proferida na vigência da lei que equiparava o menor sob guarda a filho, não há como modificar a situação. (Precedentes: AC 1999.01.00.086339-5/MG, Rel. Juiz Federal Manoel José Ferreira Nunes (conv.), Primeira Turma Suplementar, DJ de 15/04/2004, p.113; AMS 2000.01.00.080916-1/PI; Rel. Juiz Federal Convocado César Augusto Bearsi; DJ 23/09/2005, p.54; AC 2002.40.00.000122-2/PI, Rel. Desembargador Federal Francisco De Assis Betti, Segunda Turma, e-DJF1 p.516 de 04/06/2009).
> 2. Ocorre que tal entendimento não se aplica ao caso em exame, tendo em vista que na data do óbito, o instituidor da pensão não era detentor de guarda judicial, mas, tão-só, a guarda de fato do neto. Ademais, a genitora do menor, possuidora de renda própria e sem relato de qualquer incapacidade para o trabalho, assumiu o pátrio poder que lhe cabia.

3. Apelação improvida.

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE DO TIO. AUSÊNCIA DE GUARDA LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. INTERVENÇÃO DO MPF SUPRIDA EM SEGUNDA INSTÂNCIA.
1. Afigura-se desnecessário o retorno dos autos à primeira instância a fim de possibilitar a participação do Ministério Público no feito, porquanto o processo e suas formalidades atendem ao princípio da instrumentalidade e objetivam a concreção da finalidade almejada com a efetiva entrega da prestação jurisdicional. Assim, se irregularidade houve, foi sanada com a intervenção do Ministério Público Federal nesta instância, sem que da omissão da intimação do Parquet no Juízo a quo tenha originado qualquer prejuízo para a parte.
2. A teor do disposto no art. 16, § 2º, da Lei nº 8.123/91 c/c art. 33 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto de Criança e do Adolescente) o menor sob guarda é equiparado ao filho, inclusive com presunção de dependência econômica, tendo assegurada esta condição para todos os fins e efeitos previdenciários. Entretanto, para gozar dessa presunção deve o menor estar sob a guarda de direito do guardião, não bastando com ele conviver ou dele receber assistência.
3. Na hipótese, verifica-se que, a despeito do suporte afetivo e financeiro oferecido pelo falecido tio, o autor foi criado sob a guarda de sua mãe, que, nos termos da inicial, detém profissão que lhe permite auferir rendimentos próprios (costureira), não se podendo cogitar de tutela ou guarda de fato pelo de cujus.
4. O pensionamento temporário em comento tem caráter excepcional e, por isso, a circunstância de o falecido ter auxiliado na criação do autor, por si só, não tem o condão de estabelecer elo de dependência, uma vez que aquele não exercia um múnus público, o que ocorreria caso o autor fosse órfão ou abandonado. Hipótese que se traduz em ato por questão de trato afetivo, sem qualquer compromisso legal.
5. Recurso de apelação improvido.

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. GUARDA DE FATO. PEDIDO IMPROCEDENTE. PRECEDENTES. REEXAME NECESSÁRIO E APELO PROVIDOS.
1. A disposição contida no § 2º, do art. 16, da Lei n. 8.213/91 refere-se ao menor que, por determinação judicial, esteja sob guarda, exigindo procedimento/manifestação jurisdicional constitutiva específica, disciplinada pelo art. 33 da Lei n. 8.069/90 (ECA), não bastando para tanto o reconhecimento da dependência econômica.
2. O instituidor da pensão, à época de seu óbito, não detinha a guarda judicial do apelado, razão pela qual não subsiste fundamento para a concessão da pensão pleiteada. Precedentes. (AC 0004486-

> 28.1999.4.01.4000/PI, Rel. Desembargador Federal Francisco De Assis Betti, Segunda Turma, e-DJF1 p.177 de 15/10/2010).
> 3. Reexame Necessário e Apelo providos.

Como anteriormente mencionado, o menor sob guarda, até a vigência da Lei 9.528/97, constava como dependente do segurado, tendo direito, desse modo, ao beneficio da pensão por morte, sendo equiparado ao filho, junto com o menor tutelado e o enteado.

Porém, com o advento da Lei 9.528/97, o menor sob guarda, foi excluído do rol de dependentes do segurado.

Ocorre que o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 33 caput e seu §3º, de 1990 dá ao menor sob guarda todos os fins de direito, inclusive, direito previdenciário, com a seguinte redação:

> Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.
> § 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

O artigo em comento, ao dizer que o detentor pode se opor a terceiro, inclusive aos pais, quer dizer que é transferido ao titular da guarda atributo do poder familiar, dando-lhe o direito de ter o menor sob sua responsabilidade e companhia.

Ainda, no mesmo sentido, incorre no art. 227, § 3º, II da Constituição Federal:

> 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.
> § 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:
> II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

Por este motivo, nos causa estranheza a exclusão do menor sob guarda

do rol de dependentes insertos no artigo 16 da lei de benefícios previdenciários, pela lei 9.528/97. O caput do art 227 da CF, nos remete ao princípio da proteção integral que visa a proteção de forma prioritária do menor pela família, Estado e sociedade, em relação a saúde, direito a vida, alimentação, educação, lazer, etc, além de colocá-los a salvo de qualquer discriminação, exploração e demais crueldades.

O Professor Wagner Balera (2011, p. 276), um respeitado autor previdenciário, se manifestou da seguinte forma:

> É estranhíssima a exclusão de menor sob guarda do rol de dependente, consoante dispunha a primitiva redação do § 2º do art.16. O pretexto utilizado pelo Poder Executivo para propor a exclusão foi o comum em todas as distintas fórmulas de redução de direitos sociais: a existência de fraudes. Contra essa cabal afronta aos direitos da criança e do adolescente carentes insurgiu-se o Ministério Publico que aforou diversas ações civis públicas propugnando pelo retorno à proteção social do menor sob guarda.

O Professor Federal Hermes Arrais Alencar (2010, p. 227), dispôs com clareza a intenção do legislador:

> A alteração legislativa buscou reverter o quadro crescente de avós que postulavam a guarda judicial dos netos, com o fim único de garantir a estes o direito de pensão por morte junto à previdência. Manipulavam o instituto da guarda judicial como se fosse instrumento de disposição de ultima vontade, na busca de outorgar ao neto o direito a beneficio previdenciário, consistente na pensão por morte.

Assim, percebe-se que o legislador quis combater a má fé e o mau uso da guarda judicial. Lembramos nesse momento, que o próprio Código Civil traz normas específicas para a concessão da guarda judicial, o que atrelada a atuação do Ministério Público como fiscal da aplicação das leis, consoante o artigo 82, I, do Código de Processo Civil e a prestação da adequada tutela jurisdicional, inibem, por si só, a má utilização de tal instituto, para fins diversos daqueles previstos em lei.

## 3.2 Eventual Conflito de Normas

Como já destacamos na presente monografia, o menor sob guarda foi excluído do rol de dependentes, da lei de Benefícios, criando-se um inegável conflito aparente de normas. Isso porque o ECA dispõe, que a guarda assegura à criança e ao adolescente todos os direitos, inclusive previdenciários. Contudo, a lei geral de benefícios, tirou do menor sob guarda esse importante direito, de cunho constitucional.

No mesmo sentindo, Barros (2011. p. 61), discorre sobre o conflito de normas:

> Há um aparente conflito de normas, pois a lei previdenciária inclui entre seus dependentes apenas o jovem tutelado, não se referindo àquele que está sob a guarda do segurado, ao passo em que o Estatuto declara que a guarda tem alcance previdenciário.

Diante desse conflito aparente de normas, presenciamos a existência de uma antinomia entre o ECA e a Lei Previdenciária.

Seguindo os ensinamentos de Norberto Bobbio (2000, p. 105), temos a existência de três critérios básicos para a solução de antinomias entre normas, são eles: 1) Cronológico; 2) Hierárquico; 3) Especialidade.

O critério cronológico é a preponderância de uma norma posterior sob uma anterior, em caso de conflito entre normas que foram criadas em momentos cronológicos diferentes. Uma lei posterior, que trate sobre o mesmo tema, derroga lei anterior.

No caso em tela, a primeira lei, o ECA, diz que o menor sob guarda é dependente previdenciário para fins de pensão, esta lei foi promulgada em 1990; a segunda lei, Lei nº 8.213, promulgada em 1991, ratifica o disposto no ECA, dispondo que o menor sob guarda é dependente previdenciário para fins de pensão. Já a Lei nº 9528/97, ou seja, posterior, inovou no sentido de prescrever que o menor sob guarda não é mais dependente previdenciário para fins de pensão. Neste sentido, conforme tal critério deve prevalecer a Lei nº 9528/97, como solução do conflito de normas, como bem assevera o Juiz Federal Substituto Fábio Soares Pereira.

Tal conclusão é amparada pelo disposto no art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42): “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

O segundo critério é a preferência de uma norma que é hierarquicamente superior à outra, como por exemplo, uma norma constitucional em relação a lei ordinária, que é inferior no que tange a hierarquia. Quanto a este critério, em um primeiro momento, poderíamos justificar que o mesmo, não se aplica ao caso, pois as duas leis conflitantes são leis ordinárias nacionais e portanto, possuem a mesma hierarquia.

Ocorre que no presente conflito, inegável é a aplicação da Constituição Federal sobre o tema. Assim, novamente trazemos ao debate, que o direito a previdência social, foi expressamente previsto nos artigo 6º e 201 da Carta Magna. Ainda, nesse ponto, também não podemos negligenciar que a proteção do menor também não passou incólume no texto constitucional, onde o regime de proteção do mesmo passa também, pela garantia "de direitos previdenciários", conforme impõe o artigo 227,§3º, II.

Nesse aspecto, uma interpretação, conforme a constituição, pelas razões aqui delineadas, é a que deverá prevalecer.

O terceiro e último critério é o específico, o qual tem como base a especificidade de um norma em relação a outra, ou seja, é a supremacia relativa a uma autonomia da norma mais especifica a um caso específico. Se tiver duas normas em conflito, o intérprete tem que analisar se alguma é mais específica que a outra.

As leis aqui analisadas, se apresentam de certa forma, como gerais, pois uma trata de forma geral dos benefícios prestados pela Previdência Social, e a outra trata de forma geral acerca da proteção à criança e do adolescente. Entretanto, ambas tratam de um ponto em comum: o direito a pensão por morte do menor sob guarda. Neste ponto, podemos considerar, ao menos sob esse aspecto, que elas são específicas.

Apesar de o critério cronológico impor a exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes do segurado, aptos a receberam pensão por morte, isso representa um retrocesso social, e uma afronta aos Princípios Constitucionais

de proteção à criança e ao adolescente, já mencionados na presente monografia.

Suprimir o menor sob guarda do direito à pensão por morte confronta diretamente com o artigo 227 da Carta Magna, que faz previsão aos deveres de proteção a criança e ao adolescente impostos à Sociedade, ao Estado e as famílias, conforme amplamente explanado no subitem anterior, não deverá prosperar.

A Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro nº 4.657/42 ratifica nosso entendimento, ao dispor que na aplicação da lei, o juiz deverá se atender aos fins sociais a que ela se dirige. Em seu art. 5º da Lei, dispõe: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

Nesse sentido, diante do artigo supracitado, fica ainda mais claro que o menor sob guarda ainda tem direito a pensão por morte, uma vez que este direito concedido pelo ECA e pela redação anterior da Lei 8.213/91, estavam obedecendo a função social de se proteger uma criança ou adolescente menor, que estão desamparadas, pela extinção do vínculo com seus parentes de sangue.

Além disso, a exclusão do menor sob guarda feriu o princípio constitucional da isonomia, previsto no art. 5º, caput da Constituição Federal, pois os menores sob a guarda judicial dependem dos mesmos cuidados e atenção do Estado que os tutelados, que continuaram tendo direito ao benefício.

### 3.3 Da divergência jurisprudencial

Quanto ao tema em estudo, destacamos que a jurisprudência correlata ainda se mostra em demasia oscilante, o que para nós, só demonstra a pertinência da presente monografia.

Trazemos à baila os precedentes do STJ que possuía o entendimento de que não existia o direito, ao menor sob guarda, de auferir pensão por morte, quando o óbito do segurado ocorresse anteriormente à vigência da Lei de nº 9528/1997, conforme decisão abaixo colada:

> **PENSÃO. MENOR SOB GUARDA**. Seção conheceu dos embargos e os acolheu, reiterando o entendimento de que não existe direito do menor sob guarda à pensão por morte quando o falecimento do instituidor do benefício ocorre na vigência da Lei n. 9.528/1977. Não se aplica aos benefícios mantidos pelo Regime Geral de Previdência Social o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, norma de cunho genérico. Há lei específica sobre a matéria, o que faz com que prevaleça, nessa hipótese, o estatuído pelo art. 16, § 2º, da Lei n. 8.213/1991, alterado pela Lei n. 9.528/1997. Precedente citado: EREsp 696.299-PE, DJ 25/8/2005. EREsp 801.214-BA**, Rel. Min. Nilson Naves, julgados em 28/5/2008. (Grifos do Original).**

Entretanto, em recente julgamento, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, reformulou sua posição, no sentido de admitir o direito a pensão por morte do menor sob a guarda, conforme a seguinte ementa:

> **PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA JUDICIAL. APLICABILIDADE DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ECA. INTERPRETAÇÃO COMPATÍVEL COM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E COM O PRINCÍPIO DE PROTEÇÃO INTEGRAL DO MENOR.**
> 1. Caso em que se discute a possibilidade de assegurar benefício de pensão por morte a menor sob guarda judicial, em face da prevalência do disposto no artigo 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, sobre norma previdenciária de natureza específica.
> 2. Os direitos fundamentais da criança e do adolescente têm seu campo de incidência amparado pelo status de prioridade absoluta, requerendo, assim, uma hermenêutica própria comprometida com as regras protetivas estabelecidas na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.
> 3. A Lei 8.069/90 representa política pública de proteção à criança e ao adolescente, verdadeiro cumprimento da ordem constitucional, haja vista o artigo 227 da Constituição Federal de 1988 dispor que é dever do Estado assegurar com absoluta prioridade à criança e ao adolescente 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.
> 4. Não é dado ao intérprete atribuir à norma jurídica conteúdo que atente contra a dignidade da pessoa humana e, consequentemente, contra o princípio de proteção integral e preferencial a crianças e adolescentes, já que esses postulados são a base do Estado Democrático de Direito e devem orientar a interpretação de todo o ordenamento jurídico.
> 5. Embora a lei complementar estadual previdenciária do Estado de Mato Grosso seja lei específica da previdência social, não

> menos certo é que a criança e adolescente tem norma específica, o Estatuto da Criança e do Adolescente q
> ue confere ao menor sob guarda a condição de dependente para todos os efeitos, inclusive previdenciários (art. 33, § 3º, Lei n.º 8.069/90), norma que representa a política de proteção ao menor, embasada na Constituição Federal que estabelece o dever do poder público e da sociedade na proteção da criança e do adolescente (art. 227, caput, e § 3º, inciso II).
> 6. Havendo plano de proteção alocado em arcabouço sistêmico constitucional e, comprovada a guarda, deve ser garantido o benefício para quem dependa economicamente do instituidor.
> 7. Recurso ordinário provido.
> (RMS 36034/MT, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/02/2014, DJe 15/04/2014)

Diante do entendimento atual do Egrégio Tribunal, fica claro que o menor sob guarda judicial tem sim o direito à pensão por morte, como já ressaltado por nós no presente trabalho, com fulcro nos Princípios Constitucionais destinados à proteção da Criança e do Adolescente.

Podemos destacar ainda, a jurisprudência da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, que vem decidindo no sentido da prevalência do ECA em face à Lei Previdenciária, como verificamos nos julgados abaixo:

> PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO DO PRESIDENTE DA TNU QUE INADMITIU PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO. RESTABELECIMENTO DE PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. CONDIÇÃO DE DEPENDENTE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA PELA TURMA RECURSAL DO AMAZONAS. PARADIGMAS DESTA TNU. SIMILITUDE FÁTICO-JURÍDICA ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E PARADIGMAS. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL DEMONSTRADA. RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO DE DEPENDENTE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.
> – [...]Hipótese na qual a recorrente alega que a decisão da Turma de origem, confirmando a sentença de improcedência do seu pedido de restabelecimento de **pensão por morte,** divergiu da jurisprudência dominante desta TNU, segundo a qual o **menor sob guarda** se equipara ao filho para fins previdenciários, **por** força do art. 33, §3.º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. - Identificada a similitude fática entre o acórdão da Turma de origem, que entendeu incabível o benefício de **pensão por morte** em razão da exclusão do **menor sob guarda** do rol de dependentes da Lei de Benefícios da Previdência Social (Lei n.º 8.213/91, art. 16, § 2.º) e os paradigmas desta TNU, reconhecedores da condição de dependente do **menor sob guarda, sob** o fundamento de

prevalência do ECA sobre a LBPS. - Conhecimento do incidente de uniformização **por** divergência entre acórdão impugnado e decisões paradigmas. [...] Nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente, 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; e reconhece ainda à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários (Lei n.º 8069/90, art. 33, § 2.º). - Esta TNU já firmou jurisprudência no sentido de que o ECA, ao prever que "a **guarda** confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários" (Lei n.º 8069/90, art. 33, §3.º), deve prevalecer sobre o art. 16, §2.º, da Lei n.º 8.213/91, atribuindo a condição de dependente ao **menor sob guarda,** em função da proteção conferida à criança e ao adolescente pelo ordenamento jurídico pátrio [...] No julgamento do PEDILEF n.º 200783005039533, de fato decidiu-se que: "De acordo com os princípios constitucionais que regem a matéria, principalmente o da proteção integral da criança e do adolescente, cuja a responsabilidade é não só da família do **menor** mas também da sociedade e do Estado, é de rigor a aplicação da norma constante do art. 33, parágrafo 3.º, do Estatuto da Criança e do Adolescente e não aquela constante no artigo 16, parágrafo 2.º, da Lei n.º 8213/91". - Reforma da decisão agravada, dando-se provimento parcial ao pedido de uniformização, para reiterar-se a tese da condição de dependente do **menor sob guarda**. [...] - Não examinados na sentença ou no acórdão os pressupostos fáticos para a concessão da **pensão por morte,** impõe-se o retorno dos autos às instâncias ordinárias para análise, em concreto, do preenchimento ou não dos demais requisitos exigidos para a concessão do benefício, não cabendo tal análise em sede de pedido de uniformização (TNU – Questão de Ordem n.º 20; e Súmula n.º 42 desta TNU). Prejudicada a análise do pedido de antecipação dos efeitos da tutela. - Agravo Regimental provido e Pedido de Uniformização conhecido e parcialmente provido.(TNU - PEDILEF 00056181220104013200. JUIZ FEDERAL JANILSON BEZERRA DE SIQUEIRA, DOU 11/05/2012). (Grifos do original).

E M E N T A PREVIDENCIÁRIO. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA JUDICIAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. LEI Nº 9.528/97. EQUIPARAÇÃO AO FILHO E AO MENOR TUTELADO. AUSÊNCIA DE CONTRARIEDADE À JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1. A Turma de origem não concedeu a **menor** que estava **sob** a **guarda,** judicialmente determinada, de falecido segurado o benefício de **pensão por morte,** em hipótese onde o óbito ocorreu após a edição da Lei nº 9.528/97, que excluiu o **menor sob guarda** do rol de beneficiários da referida **pensão**. 2. **Este Colegiado, em incidentes de uniformização que se reportavam à divergência entre Turmas Recursais de diferentes regiões, entendeu que, diante do que dispõe o artigo 33, § 3º, da Lei nº 8.069/90, tendo em vista a proteção**

> **conferida à criança e ao adolescente, no ordenamento jurídico pátrio, impõe-se a equiparação do menor sob guarda ao filho, para fins previdenciários**. 3. No entanto, no caso concreto, o incidente não pode ser admitido, considerando que se invocou apenas a vulneração à jurisprudência dominante do Colendo Superior Tribunal de Justiça, que inexiste, já que a Terceira Seção do mesmo já se posicionou no mesmo sentido da decisão atacada. 4. Pedido de uniformização não conhecido.( TNU - PEDILEF 200481100039432. JUIZ FEDERAL ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO. Dj 09/09/2009). (Grifos do original).

Nesse sentido, citamos precedentes do E. Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

> PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. REMESSA OFICIAL. PENSÃO POR MORTE. ÓBITO EM 03.12.2004, POSTERIOR À LEI Nº 9.528/97. MENOR SOB GUARDA. QUALIDADE DE DEPENDENTE. ART. 16, § 2º DA LEI 8.213/91 COM ALTERAÇÃO DADA PELA LEI Nº 9.528/97. INCOMPATIBILIDADE COM A CF/88. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. CORTE ESPECIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA.
> 1. Remessa Oficial conhecida de ofício: inaplicabilidade do §§ 2º e 3º do artigo 475 do CPC, eis que ilíquido o direito reconhecido e não baseando em jurisprudência ou Súmula do STF ou do STJ.
> 2. Decisão da Eg. Corte Especial deste Tribunal, ao julgar a Arguição de Inconstitucionalidade na Remessa Oficial n. 1998.37.00.001311-0/MA, Relatora Desembargadora Federal Assusete Magalhães, acolheu o pleito de arguição de inconstitucionalidade quanto à supressão da expressão "menor sob guarda por decisão judicial" do art. 16, §2º, da Lei 8.213, na redação da Medida Provisória 1.523, de 11 de outubro de 1996, reeditada e convertida na Lei nº 9.528, de 1997, dispensada aos tutelados, diante do infortúnio da morte do guardião ou tutor, conforme o caso.
> 3. O falecido detinha a guarda do autor, conforme termo de compromisso de guarda de menor, lavrado em 1º.06.2004 pela Secretaria do Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Coronel Fabriciano (fl. 19).
> 4. Correção monetária e juros de mora nos termos do MCCJF.
> 5. Implantação imediata do benefício, nos termos do art. 461 do CPC - obrigação de fazer.
> 6. Apelação não provida. Remessa oficial parcialmente provida, nos termos dos itens 5.

> PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. MENOR SOB GUARDA. QUALIDADE DE DEPENDENTE. ART. 16, § 2º DA LEI 8.213/91 COM ALTERAÇÃO DADA PELA LEI Nº 9.528/97. INCOMPATIBILIDADE COM A CF/88. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. CORTE ESPECIAL. TERMO INICIAL. DATA DO ÓBITO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CUSTAS. APELAÇÃO PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA. PEDIDO INICIAL PROCEDENTE.
> 1. Decisão da Eg. Corte Especial deste Tribunal, ao julgar a Arguição de Inconstitucionalidade na Remessa Oficial n. 1998.37.00.001311-0/MA, Relatora Desembargadora Federal Assusete Magalhães, acolheu o pleito de arguição de inconstitucionalidade quanto à supressão da expressão "menor sob guarda por decisão judicial" do art. 16, §2º, da Lei 8.213, na redação da Medida Provisória 1.523, de 11 de outubro de 1996, reeditada e convertida na Lei nº 9.528, de 1997, dispensada aos tutelados, diante do infortúnio da morte do guardião ou tutor, conforme o caso.
> 2. A avó detinha a guarda da autora, conforme verifico da certidão lavrada pela Secretaria do Juízo de Direito da 2ª Vara Judicial da Comarca de Além Paraíba/MG (fl. 11).
> 3. DIB: data do óbito, eis que requerida no prazo de trinta dias depois do falecimento.
> 4. Correção monetária e juros de mora nos termos do MCCJF.
> 5. Honorários advocatícios: 10% sobre o valor da condenação, correspondente às parcelas vencidas até o momento da prolação do acórdão, de acordo com a Súmula n. 111 do STJ e art. 20, § 3º, do CPC.
> 6. Sem custas, porque nas causas ajuizadas perante a Justiça Estadual, no exercício da jurisdição federal (§3º do art. 109 da CF/88), o INSS está isento delas quando lei estadual específica prevê o benefício, o que se verifica nos estados de Minas Gerais, Goiás, Rondônia e Mato Grosso.
> 7. Implantação imediata do benefício, nos termos do art. 461 do CPC - obrigação de fazer.
> 8. Apelação provida, para, reformando a sentença, julgar procedente o pedido inicial, concedendo à parte autora pensão por morte, nos termos dos itens 3 a 6.

Com tais referências, a exclusão do menor sob guarda da cobertura previdenciária simboliza uma ofensa ao comando constitucional de que o Estado brasileiro deve tratar com absoluta prioridade o direito à alimentação da criança e do adolescente, assegurar-lhes os direitos previdenciários e, demais proteções previstas no artigo 227 da Constituição Federal, considerando que o

menor vive sob as dependências do segurado e, na sua ausência ficará absolutamente desamparado, necessitando da proteção estatal.

Com o objetivo de ratificarmos nossa tese, além de ressaltarmos os princípios constitucionais que amparam o menor, podemos destacar também o princípio da universalidade, enfatizando que os benefícios previdenciários deverão abarcar o maior número de destinatários, o que possibilita a proteção do Estado a todos os indivíduos, de uma forma geral, além de todos os fatos cuja reparação seja urgente e necessária para quem necessite dela e a prestação de serviço e ações da assistência social, conforme o artigo 194, I, da CF.

# CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como já apresentado neste trabalho, a Previdência Social, regida pela Lei 8.213 de 1991, trata de vários benefícios, estabelecendo critérios objetivos para sua concessão. Entre eles, encontra-se a pensão por morte, benefício a que têm direito os dependentes do segurado falecido.

Seguindo, a Lei 8.213 de 1991 dispunha que eram beneficiários na condição de dependente do segurado falecido, de uma forma geral, o cônjuge, o companheiro (a), o irmão, os pais e ainda equiparava aos filhos, o enteado, o menor que, por decisão judicial, estivesse sob a sua guarda e o menor tutelado.

Dentre as diversas mudanças da Lei de Benefícios, a Lei 9.528 de 1997 alterou o dispositivo que dava ao menor sob guarda o direito à pensão por morte, retirando-o do rol dos dependentes do segurado falecido, deixando-o, portanto, desprotegido no caso de falecimento do seu guardião.

Essa mudança gerou intensa discussão na comunidade jurídica, acerca da constitucionalidade ou não dessa exclusão do menor sob guarda, no rol de dependentes do segurado. Desse modo, frente às posições estabelecidas nesse embate, o objeto de pesquisa da presente monografia cinge-se justamente a análise dessa importante alteração da legislação previdenciária.

Desse modo, o artigo 33 do ECA de 1990, com a finalidade de corrigir tal distorção fez menção expressa a possibilidade de concessão de pensão por morte ao menor sob guarda. Assim, inegável que esta lei causou um conflito normativo com lei geral de benefícios, ao restabelecer a concessão de pensão por morte, na presente situação fática.

Assim, com o fito de trazer luz a tal embate, abordamos em nossa monografia, que a pensão por morte é amparada pela Constituição Federal, visando à igualdade social dos hipossuficientes, de modo a amparar os dependentes do falecido em um dos momentos mais difíceis que uma família pode enfrentar, além de preservar a dignidade da pessoa humana, dando uma forma de sobrevivência àqueles que perderam quem os sustentava.

Os princípios específicos norteadores da previdência são muitos, os quais já foram citados, o que nos autoriza a afirmar que o além desses, é

importante destacar mais um princípio constitucional que é violado nesse caso. Tal princípio é o da igualdade, também conhecido como Princípio da Isonomia. Entendemos assim, pois a restrição imposta pela Lei de Benefícios impõe tratamentos dispare às crianças e adolescentes frente à previdência social, não podendo assim, os menores em questão serem excluídos.

Além do princípio da igualdade, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Constituição Federal também amparam o menor sob guarda.

Apesar de o menor sob guarda estar amparado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pelo artigo 227 da Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana é violado e o Estado brasileiro tem o objetivo de garantir o bem de todos, independente de qualquer diferença, sendo necessária a concessão da pensão por morte a este menor, como é garantido aos enteados ou menores de 21 anos sob tutela do segurado.

Foi demonstrado que há um conflito aparente de normas entre a Lei 9.528/97 e o ECA/90. Ao analisar este ponto, foi possível ver, que apesar do critério cronológico fazer prevalecer a lei 9.528 e retirar do menor sob guarda o direito à pensão por morte, constatamos que, com base em princípios constitucionais, o menor sob guarda permanece com tal direito.

Ainda há controvérsias na doutrina e na jurisprudência sobre os direitos dos menores sob guarda em relação à pensão por morte. Com a mudança trazida pela Lei 9.528/97, o menor sob guarda, que estava inscrito no rol de dependentes, foi excluído dessa condição.

Com essa alteração, várias ações foram ajuizadas contra a autarquia previdenciária, com o objetivo de pleitear a inscrição de dependentes sob guarda, mostrando assim, que não são poucos os indignados com a retirada do direito à pensão por morte dos menores sob guarda judicial.

Alguns julgados têm considerado que o direito desse dependente ainda persiste, ou seja, defendem que o menor sob guarda ainda possui os direitos previdenciários com base no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Diante de todo o exposto, observa-se, portanto, que há a necessidade de amparar o menor sob guarda.

Ainda que exista divergência nas opiniões tanto da doutrina como da jurisprudência brasileira, podemos concluir que o menor sob guarda, mesmo

não estando no rol de dependentes ou beneficiários, ainda pode ser considerado dependente do segurado, pelos motivos aqui expostos.

Uma vez que pilares de determinado instituto são violados, não tem por que ser mantida uma determinação, ainda mais uma determinação que prejudique uma criança ou um adolescente.

Os pilares supracitados são a violação do princípio da igualdade, pois, com a exclusão do menor sob guarda e a manutenção do menor sob tutela, ficou clara a violação a tal princípio, não havendo, como já dito, motivo para essa diferenciação entre os menores. Outro ponto importante a ser destacado, é a Constituição Federal, que no seu artigo 227, destaca os direitos e garantias destinados às crianças e aos adolescentes, inclusive o reconhecimento dos direitos previdenciários e trabalhistas. O ECA também foi violado, quando reconhece o menor sob guarda como dependente para todos os fins legais, inclusive o previdenciário.

Dessa forma, é de suma importância que nossos menores sob guarda, sejam amparados, principalmente pela pensão por morte uma vez que se perde um ente querido e que precisa de um apoio econômico, tendo em vista que, por ser menor, não pode prover seu próprio sustento.

## REFERÊNCIAS

ALENCAR, Hermes Arrais. *Benefícios Previdenciários*. 4. ed. São Paulo: EUD. 2010. p.227.

BALERA, Wagner. *Legislação Previdenciária Anotada*. São Paulo: Conceito. 2011.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. Estatuto da criança e do adolescente comentado. 4ª ed. Bahia: JusPodivm. 2011.

BOVAVIDES, Paulo. Teoria Cosntitucional da Democracia Participativa. São Paulo: Malheiros. 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ERESP 801.214-BA. Relator: Min. Nilson Naves. Brasília, Eresp de 25 ago. 2005. *Site do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>. Acesso em: 10 set. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ORDINÁRIO. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Brasília, Recurso ordinário de *15 abr. 2014*. *Site do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em < http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ> Acesso em: 10 set. 2014.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª região. APELAÇÃO. Relator: Desemb. federal Francisco de Assis Betti. Brasília, Apelação *de 04 jun. 2014.* Site do Tribunal Regional Federal da 1ª região. Disponível em http://portal.trf1.jus.br/portaltrf1/pagina-inicial.htm Acesso em: 10 set. 2014.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª região. APELAÇÃO. Relator: Juíza federal Rogéria Maria Castro Debelli. Brasília, Apelação *de 19 out. 2011.* Site do Tribunal Regional Federal da 1ª região. Disponível em http://portal.trf1.jus.br/portaltrf1/pagina-inicial.htm Acesso em: 10 set. 2014.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª região. APELAÇÃO. Relator: Desemb. federal Francisco de Assis Betti. Brasília, Apelação *de 15 out. 2014.* Site do Tribunal Regional Federal da 1ª região. Disponível em http://portal.trf1.jus.br/portaltrf1/pagina-inicial.htm Acesso em: 10 set. 2014.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª região. APELAÇÃO. Relator: Desemb. federal Francisco de Assis Betti. Brasília, Apelação *de 27 ago. 2014.* Site do Tribunal Regional Federal da 1ª região. Disponível em http://portal.trf1.jus.br/portaltrf1/pagina-inicial.htm Acesso em: 10 set. 2014.

_____. Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO. Relator: Juíz. federal Élio Wanderley de Siqueira Filho. Brasília, Pedido de Uniformização *de 09 set. 2009.* Site da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. Disponível em http://www.cjf.jus.br/cjf/tnu. Acesso em: 18 set. 2014.

_____. Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. RECURSO REGIMENTAL. Relator: Juiz Federal Janilson Bezerra de Siqueira. Brasília, Recurso Regimental *de 11 mai. 2012.* Site da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. Disponível em http://www.cjf.jus.br/cjf/tnu. Acesso em: 18 set. 2014.

_____. (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília, DF: Senado Federal. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15. mar. 2014.

_____ (1990). *Lei nº 8.069, 13 de julho de 1990.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 14 mai. 2014

_____ (1991). *Lei nº 8.213, 24 de julho de 1991*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm >. Acesso em: 25. mar. 2014.

_____ (1991). *Lei nº 8.213, 24 de julho de 1991*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 14 mai. 2014

_____ (1997). *Lei nº 9.528, 10 de dezembro de 1997.* Disponível em: <http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1997/9528.htm>. Acesso em: 14 mai. 2014

_____ (1999). *Decreto nº 3.048, 06 de maio de 1999.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048compilado.htm>. Acesso em: 14 mai. 2014

DIAS, Reinaldo. *Ciência política.* São Paulo: Atlas, 2010.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário.* Rio de Janeiro: Impetus, 20013.

KERTZMAN, Ivan. *Curso prático de direito previdenciário.* 8. ed. Bahia: Jus Podivm, 2011.

LAZZARI, João Batista; CASTRO. Carlos Alberto Pereira de. *Manual de direito previdenciário.* 10. ed. Santa Catarina: Conceito Editorial, 2008.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da seguridade social*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEVES, Gustavo Bregalda. *Manual de direito previdenciário:* direito da seguridade social. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito Previdenciário.* Coleção Sinopses Jurídicas. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário.* 6. .ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

TRF. Tribunal Regional Federal. *Revista de Doutrinas do TRF4*. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao055/Fabio_Pereira.html>. Acesso em: 10 se. 2014.