



Hélcio Corrêa

# DIREITO DA CRIANÇA OU ADOLESCENTE SOB GUARDA À PENSÃO POR MORTE

## *CHILDREN'S AND TEENAGERS' RIGHTS TO DEATH BENEFITS*

Oscar Valente Cardoso

### **RESUMO**

Aborda a pensão por morte, e o direito (ou não) da criança ou adolescente sob guarda ao seu recebimento, diante das modificações promovidas sobre a Lei n. 8.213/91 e da proteção conferida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Analisa a diferença entre a guarda e os demais institutos de inserção em família substituta, bem como o dissenso existente sobre o assunto.

### **PALAVRAS-CHAVE**

Direito Previdenciário; pensão por morte; criança e adolescente sob guarda; Lei n. 8.213/91; Estatuto da Criança e do Adolescente.

### **ABSTRACT**

*The author looks into the issue of death benefits and of whether (or not) they may be granted to the child or teenager with a legal guardian, considering the changes made on Law No 8,213/91 and the protection standards set forth in the Child and Adolescent Act. He considers the difference between custody and other institutes of foster care placement, as well as the lack of agreement on the matter.*

### **KEYWORDS**

*Social service law; death benefit; child or teenager with legal guardian; Law No. 8,213/91; Child and Adolescent Act.*

## 1 INTRODUÇÃO

Recentemente, a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais alterou seu entendimento acerca do direito da criança ou adolescente sob guarda ao benefício previdenciário de pensão por morte. A matéria, contudo, é polêmica em diversas turmas recursais e nos tribunais regionais federais, com decisões contraditórias em órgãos colegiados distintos da mesma Corte, ou até mesmo dentro de uma mesma Turma ou Seção.

ciente para atender o primeiro requisito (*caput* do art. 74 da Lei n. 8.213/91). Não somente a morte biológica gera direito ao benefício, mas também o óbito presumido, com ou sem declaração de ausência. Há controvérsia no direito civil e na medicina legal acerca do termo adequado para designar o óbito que põe fim à personalidade: morte biológica, clínica, natural, cerebral, encefálica etc. Por não se tratar de assunto com interesse para este artigo, opta-se por utilizar a primeira expressão, em contraposição à morte

art. 157 do Código Comercial e no art. 1.599 do Código Civil de 1916 (*novo*, art. 1.816). Por esse dispositivo do Código Civil, os excluídos da herança por indignidade são considerados como se mortos fossem: seus descendentes herdam normalmente.

Na primeira hipótese, eventual polêmica diz respeito à ocorrência e ao momento do óbito, o que é discutido no âmbito civil, na justiça comum, causando reflexos sobre o direito – ou não – do dependente à pensão por morte. Caracterizam o falecimento a paralisia da atividade circulatória, ou cerebral? Ou deve ocorrer a total cessação das atividades celulares? Tais assuntos são discutidos no direito civil, na bioética e na medicina legal, e também não serão aprofundados neste estudo. Salienta-se que a Resolução n. 1.480/97 do Conselho Federal de Medicina prevê, com base em critérios padronizados pela comunidade científica mundial, que a parada total e irreversível das funções encefálicas equivale à morte (ou seja, admite a morte encefálica), e lista critérios para a sua constatação. Outra questão que pode interessar ao direito previdenciário (mas tem efeitos principalmente sobre o direito sucessório) é a comoriência, prevista no art. 8º do Código Civil: *Se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos.*

A morte presumida com declaração de ausência possui um rito extenso, e tutela o patrimônio do ausente, pois o único indício do óbito é o afastamento da pessoa de seu domicílio. Mediante o requerimento de interessado ou do Ministério Público, o juiz liminarmente declara a ausência de pessoa que está desaparecida de seu domicílio, sem ter deixado representante ou procurador para administrar os seus bens, nomeando-lhe curador e fixando os poderes e obrigações deste (arts. 22 e 24, CC). A ausência também é declarada quando, mesmo havendo mandatário para administrar os bens, não tenha poderes suficientes ou deixe de desempenhar seu mandato (art. 23). Em regra, o curador deve ser o cônjuge do ausente, desde que não estejam separados (judicialmente ou de fato) há mais de dois anos anteriormente à declaração da ausência; não havendo cônjuge,

## ***A pensão por morte está prevista nos arts. 74/79 da Lei n. 8.213/91 e regulamentada nos arts. 105/116 do Decreto n. 3.048/99, além de ter fundamento constitucional no art. 201, V, que assegura, em seu § 2º, valor não inferior a um salário mínimo [...]***

A discussão ocorre em virtude de a Lei n. 9.528/97 ter alterado o § 2º do art. 16 da Lei n. 8.213/91, deixando de mencionar expressamente a criança ou adolescente sob guarda como dependente. Por outro lado, o § 3º do art. 33 do ECA, ainda em vigor, prevê que a criança ou adolescente sob guarda passa a ser dependente do guardião para quaisquer fins e efeitos de direito, inclusive os previdenciários.

Pretende-se, neste artigo, após abordar algumas questões essenciais à compreensão do benefício de pensão por morte, examinar a matéria controversa, com os fundamentos das duas correntes de opinião, a fim de contribuir para o debate.

## **2 PENSÃO POR MORTE: ASPECTOS ESSENCIAIS**

A pensão por morte está prevista nos arts. 74/79 da Lei n. 8.213/91 e regulamentada nos arts. 105/116 do Decreto n. 3.048/99, além de ter fundamento constitucional no art. 201, V, que assegura, em seu § 2º, valor não inferior a um salário mínimo (com exceção da divisão em cotas, a ser mencionada adiante).

Possui três requisitos para a sua concessão: a) óbito do segurado; b) qualidade de segurado (não necessariamente na data do falecimento); e c) qualidade de dependente do postulante do benefício.

Independentemente de estar aposentado ou exercendo atividades laborativas, o falecimento do segurado é sufi-

presumida. O art. 6º do atual Código Civil dispõe que *a existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva*. Por sua vez, conforme o art. 7º: *Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência:*

*I – se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida;*

*II – se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até 2 (dois) anos após o término da guerra.*

*Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.*

Verificam-se, assim, três situações de morte: biológica (art. 6º), presumida com declaração de ausência (art. 6º), e presumida sem decretação de ausência (art. 7º). Fala-se ainda em morte civil para designar a exclusão dos indignos da sucessão, nos termos do art. 1.816 do Código Civil, porém, tal situação não produz efeitos no direito previdenciário. O citado dispositivo prevê que *são pessoais os efeitos da exclusão; os descendentes do herdeiro excluído sucedem, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão*. Na lição de Sílvio de Salvo Venosa (2002, p. 188): *Não temos também a denominada morte civil, embora haja resquício dela, como, por exemplo, no*

ou diante da separação superior a dois anos, nomeiam-se os pais; na ausência destes, um descendente deve ser nomeado curador; não havendo nenhuma dessas pessoas, o juiz pode livremente escolher e nomear um curador (art. 25). O rito das sucessões provisória e definitiva está previsto nos arts. 22/39, do Código Civil; entre suas regras, salienta-se que dez anos após o trânsito em julgado da sentença que conceder a abertura da sucessão provisória, ou caso o ausente tenha pelo menos oitenta anos de idade, e esteja desaparecido há mais de cinco anos, os interessados podem requerer a sucessão definitiva (arts. 37/38). Com o deferimento da sucessão definitiva, o ausente é considerado presumidamente morto; caso retorne posteriormente, em até 10 anos após a abertura da sucessão definitiva (ou algum de seus sucessores), só terá direito a reaver os bens no estado em que se encontrarem, ou os sub-rogados em seu lugar, ou o preço que os herdeiros e demais interessados houverem recebido pelos bens alienados (art. 39); voltando após esse período, não fará jus a reaver qualquer bem.

Já na morte presumida sem declaração de ausência (art. 7º), inovação do Código Civil (sem previsão similar no CC/1916), possibilita a declaração do óbito sem o procedimento alongado visto anteriormente. Duas situações justificam essa modalidade: a) a genérica morte extremamente provável de quem estava em perigo de vida (corpo não encontrado após enchente, incêndio, acidente de avião etc.); b) e o específico desaparecimento de pessoa que, em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrada em até dois anos após o término do conflito. Considerando a relevância do evento para o direito civil, na sentença deve ser fixada a data provável do falecimento (parágrafo único do art. 7º). Anteriormente, a Lei n. 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos) já previa a possibilidade de realização de justificação judicial para o falecimento de pessoas desaparecidas em naufrágio, inundação, incêndio, terremoto ou outra catástrofe, desde que provada a sua presença no local do desastre e não for possível localizar o cadáver para exame (art. 88).

A Justiça Federal possui competência para declarar a ausência para fins previdenciários, desde que preenchidos os requisitos constantes do art. 78 da Lei n. 8.213/91, que trata da concessão de pensão provisória aos dependentes do segurado ausente por mais de seis meses: *Art. 78. Por morte presumida do segurado, declarada pela autoridade judicial competente, depois de 6 (seis) meses de ausência, será concedida pensão provisória, na forma desta Subseção.*

*§ 1º Mediante prova do desaparecimento do segurado em consequência de acidente, desastre ou catástrofe, seus dependentes farão jus à pensão provisória independentemente da declaração e do prazo deste artigo.*

*§ 2º Verificado o reaparecimento do segurado, o pagamento da pensão cessará imediatamente, desobrigados os dependentes da reposição dos valores recebidos, salvo má-fé.*

Acerca do tema, especialmente a competência:

[...] 1. *O reconhecimento da morte presumida do segurado, com vistas à percepção de benefício previdenciário (art. 78 da Lei n. 8.213/91), não se confunde com a declaração de ausência prevista nos Códigos Civil e de Processo Civil, razão pela qual compete à Justiça Federal processar e julgar a ação (STJ, REsp 256547/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 22/08/2000, DJ 11/09/2000, p. 303)*<sup>1</sup>.

Assim, para obter a declaração de morte presumida para fins previdenciários, o dependente deve comprovar: a) a ausência do segurado por mais de seis meses; b) ou o envolvimento do segurado em acidente, desastre ou catástrofe, com seu desaparecimento.

Por ser exigida somente a qualidade de segurado, a concessão da pensão por morte independe de carência (art. 26, I, da Lei n. 8.213/91, e art. 30, I, do Decreto n. 3.048/99), ou seja, basta que o segurado tenha recolhido uma contribuição, para que o benefício seja devido aos seus dependentes. Ainda, mesmo que não tenha recolhido contribuição no mês de sua morte, os dependentes terão direito ao benefício se estiver mantida a qualidade de segurado, conforme as regras do art. 15 da Lei n. 8.213/91. Sobre o assunto:

[...] 1. *A qualidade de segurado indica a existência de vínculo entre o trabalhador e a Previdência Social, cabendo ao art. 15 da Lei n. 8.213/91 estabelecer condições para que ele mantenha tal qualidade no chamado período de graça, no qual há a extensão da cobertura previdenciária, independentemente de contribuições.*

[...] 4. *Ocorrendo o óbito durante o chamado 'período de graça', não há falar em perda da qualidade de segurado do de cujus, razão pela qual seus dependentes fazem jus à pensão por morte (STJ, AgRgRD no REsp 439021/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 18/09/2008, DJe 06/10/2008).*

Da mesma forma:

[...] *Apenas é possível a concessão de pensão por morte nos casos em que falecido possua, na data do óbito, qualidade de segurado ou direito adquirido a qualquer aposentadoria (TNU, Incidente de Uniformização 200563060152932, Rel. Juiz Federal Cláudio Roberto Canata, j. 29/10/2008, DJ 16/01/2009)*<sup>2</sup>.

Além disso, entende-se que, caso o segurado preencha os requisitos e tenha o direito (em tese) ao recebimento de qualquer modalidade de aposentadoria (por invalidez, por tempo de serviço/contribuição, por idade e especial), seus dependentes têm direito à pensão por morte, ainda que ocorra a perda da qualidade de segurado na data do óbito<sup>3</sup>. Nesse sentido, o art. 102, § 2º, da Lei n. 8.213/91 prevê que *não será concedida pensão por morte aos dependentes do segurado que falecer após a perda desta qualidade, nos termos do art. 15 desta Lei, salvo se preenchidos os requisitos para obtenção da aposentadoria na forma do parágrafo anterior.*

***Por ser exigida somente a qualidade de segurado, a concessão da pensão por morte independe de carência [...] ou seja, basta que o segurado tenha recolhido uma contribuição, para que o benefício seja devido aos seus dependentes.***

Especificamente, caso se alegue que o falecido estava incapacitado e teria direito à aposentadoria por invalidez, deve-se demonstrar que a incapacidade teve início durante o período de manutenção da qualidade de segurado. Sobre o assunto: *PREVIDENCIÁRIO. PEDIDO DE PENSÃO POR MORTE DE SEGURADO FACULTATIVO. JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA. PERDA DA*

QUALIDADE DE SEGURADO ANTERIOR À ECLOSÃO DO MAL QUE RESULTOU NA MORTE. ADEQUADA APLICAÇÃO DO ART. 15, CAPUT E INCISO VI DA LEI N. 8.213/1991.

[...] A sentença de improcedência confirmada pela 1ª Turma Recursal do Paraná deu a solução jurídica adequada à realidade do caso. De fato, trata-se de pedido de pensão por morte, feito por dependente de segurado facultativo que perdeu a qualidade de segurado antes mesmo de contrair a doença que resultou em sua morte (Turma Regional de Uniformização da 4ª Região, Incidente de Uniformização 200670950031700/PR, Rel. Juíza Federal Maria Isabel Pezzi Klein, j. 13/03/2007, DJ 26/03/2007).

A pensão por morte, ao lado do auxílio-reclusão, e dos serviços de reabilitação profissional e social, é um benefício concedido aos dependentes do segurado do RGPS. Enquanto os segurados possuem vinculação direta com a Previdência Social, por exercerem uma atividade considerada de filiação obrigatória (ou espontânea e facultativamente efetuarem sua inscrição), os dependentes têm uma ligação indireta, derivada do vínculo que têm com o segurado. Portanto, o benefício de pensão por morte é devido a quem tem uma ligação com o segurado, mas não qualquer espécie de vínculo.

A renda mensal da pensão por morte corresponde a 100% do valor da aposentadoria que o segurado estiver percebendo no momento do óbito; caso não seja aposentado, o benefício será de 100% do valor da aposentadoria por invalidez que seria devida ao segurado na data de seu falecimento. Nos termos do art. 75 da Lei n. 8.213/91: *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.* Igualmente dispõe o § 3º do art. 39 do regulamento: *O valor mensal da pensão por morte ou do auxílio-reclusão 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 § 8º do art. 32.*

**[...] caso o segurado preencha os requisitos e tenha o direito (em tese) ao recebimento de qualquer modalidade de aposentadoria (por invalidez, por tempo de serviço/contribuição, por idade e especial), seus dependentes têm direito à pensão por morte [...]**

Havendo mais de um dependente, o benefício é dividido em cotas individuais iguais, ainda que sejam inferiores ao salário mínimo (art. 77 da Lei n. 8.213/91, e art. 113 do Decreto n. 3.048/99).

O art. 74 da Lei n. 8.213/91 versa sobre o início do benefício: a) a data do óbito do segurado, se a pensão por morte for requerida até trinta dias após; b) a DER, caso o pedido seja formulado em prazo superior a trinta dias a partir da data do falecimento; c) a decisão judicial, nas hipóteses de declaração de morte presumida.

Se o dependente for incapaz, o benefício será devido desde

o óbito, mesmo que pleiteado em lapso temporal superior a 30 dias. O revogado art. 105, I, 'b', do regulamento, preceituava expressamente que o benefício de pensão por morte seria devido desde o óbito ao dependente menor de 16 anos de idade, independentemente da DER, e também caso formulasse o requerimento em até 30 dias após completar essa idade.

A extinção da pensão ocorre com a cessação da qualidade de dependente, em quatro principais situações: a) o óbito do pensionista; b) pela emancipação do filho ou do irmão, ou quando completar os 21 anos de idade; c) a cessação da invalidez do dependente que recebia o benefício em virtude dessa condição, verificada por meio de perícia; d) e a adoção, por outro, do filho que recebia o benefício de pai e/ou mãe biológicos (art. 77, § 2º, da Lei n. 8.213/91, e art. 114 do regulamento).

### 3 DEPENDÊNCIA DA CRIANÇA OU ADOLESCENTE SOB GUARDA

O art. 16 da Lei n. 8.213/91 (e o art. 16 do Regulamento) divide os dependentes dos segurados em três classes distintas: a) cônjuge, companheiro(a) e filho(a) não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido (dependentes preferenciais); b) os pais; c) o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido. Essa divisão assemelha-se à ordem de vocação hereditária existente no direito civil (art. 1.829, CC), na qual a existência de dependente de uma das classes afasta os dependentes das classes seguintes (ou mais remotas) do direito ao benefício previdenciário (art. 16, § 1º, da Lei n. 8.213/91).

O § 4º do art. 16 prevê que a dependência econômica daqueles listados na primeira classe é presumida, devendo os demais (pais e irmão) comprová-la. Dessa forma, o(a) cônjuge(a), companheiro(a), e filho(a) não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido, são considerados presumidamente dependentes do segurado. A essa classe acrescentam-se ainda o enteado e a criança ou o adolescente tutelado (equiparados ao filho), desde que haja declaração do segurado, e seja comprovada a dependência econômica (assim, para esses não é presumida).

A condição de dependente da criança ou o adolescente sob guarda gera controvérsia, em virtude da alteração promovida pela Lei n. 9.528/97, de 11/12/97, sobre o § 2º do art. 16 da Lei n. 8.213/91, deixando de mencionar expressamente a criança ou adolescente sob guarda como dependente. Conforme as duas redações do citado dispositivo:

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

[...]

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

*§ 2º. O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento (redação conferida pela Lei n. 9.528/97).*

Assim, a norma previdenciária restringiu a qualidade de dependente à criança e ao adolescente sob tutela, mas não àqueles sob guarda.

Dois dissensos relevantes podem ser destacados em decorrência da alteração legal: a) a aplicação da lei no tempo; b) e a revogação – ou não – da criança e do adolescente sob guarda da condição de dependente previdenciário, considerando o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei n. 8.069/90).

Em primeiro lugar, a exclusão da guarda promovida pela Lei n. 9.528/97 deve ser aplicada às guardas formalizadas após a modificação legal, ou se o óbito tiver ocorrido posteriormente? Há quem sustente que ficaria mantido o direito ao benefício se a guarda houver ocorrido na vigência da redação originária, e, por outro lado, defende-se que o fato determinante da lei incidente é o falecimento do segurado.

Sobre o assunto, a 3ª Seção do STJ entende que a criança não tem direito ao benefício de pensão por morte, considerando que o seu guardião faleceu após a modificação realizada pela Lei n. 9.528/97 (ou durante a vigência da MP n. 1.523/96, a partir de 14/10/96, que foi convertida na citada lei), ou seja, leva em consideração a norma vigente na data do óbito (e não da concretização da guarda): *Pensão por morte. Regime Geral de Previdência Social. Menor sob guarda. Incidência da lei previdenciária vigente ao tempo do óbito do instituidor do benefício. Inaplicabilidade do Estatuto da Criança e do Adolescente. Precedentes da Terceira Seção. Embargos de divergência conhecidos e recebidos* (REsp 801214/BA, 3ª Seção, Rel. Min. Nilson Naves, j. 28/05/2008, DJe 28/08/2008).

Nesse sentido:

[...] 3. Tendo o óbito ocorrido na vigência da Medida Provisória n. 1.523/96, inviável a concessão da pensão por morte ao menor sob guarda. Precedentes da Terceira Seção. 4. Inexiste direito adquirido do menor sob guarda designado antes da Medida Provisória n. 1.523/96, pois as condições para a percepção do benefício são aferidas ao tempo do óbito do segurado instituidor, fato gerador da pensão (AgRg no REsp 961230/SC, 3ª Seção, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 11/02/2009, DJe 20/02/2009)<sup>4</sup>.

A Súmula 340 do STJ dispõe que a lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado<sup>5</sup>.

Do mesmo modo, o TRF da 2ª Re-

gião decidiu que:

[...] em se tratando de pensão por morte, não há falar em direito adquirido, senão que mera expectativa de direito, enquanto não ocorrido o óbito do segurado, que, no caso, deu-se quando já havia sido revogado o art. 16, inciso IV, da Lei 8.213/91, pela Lei 9.032/95, ao passo que a Lei 9.528/97, ao introduzir nova redação ao § 2º, do referido dispositivo, fez referência apenas ao menor tutelado (AGTAC 200402010008288/RJ, 2ª Turma Especializada, Rel. Des. Federal Liliane Roriz, j. 20/08/2008, DJ 15/09/2008, p. 231)<sup>6</sup>.

### ***A condição de dependente da criança ou o adolescente sob guarda gera controvérsia, em virtude da alteração promovida pela Lei n. 9.528/97, de 11/12/97, sobre o § 2º do art. 16 da Lei n. 8.213/91, deixando de mencionar expressamente a criança ou adolescente sob guarda como dependente.***

No tocante à segunda controvérsia mencionada, em princípio a criança e o adolescente devem ser criados e educados por sua própria família, porém, a Lei n. 8.069/90 regulamenta a sua inclusão em família substituta, para que tenham direito à convivência familiar e comunitária (art. 19).

Essa colocação em família substituta possui três modalidades, que são: a guarda, a tutela e a adoção (art. 28). A guarda consiste na medida mais precária, e é deferida em situações de urgência e de modo provisório, incidentalmente em processos de tutela ou adoção, com o fim de proteger a criança ou o adolescente (art. 33). Por sua vez, a tutela também tem caráter de precariedade, porém, dura mais do que a guarda, e não possui a mesma urgência daquela. Já a adoção é uma medida definitiva e irrevogável, passando o adotado à condição de filho do adotante, com todos os direitos e deveres decorrentes, sem qualquer distinção em relação aos filhos biológicos (art. 41 do ECA). Em todos os casos, deve-se considerar a opinião da criança ou do adolescente, sempre que possível (§ 1º do art. 28).

Apesar da precariedade, o guardião possui alguns deveres, entre os quais estão os de prestar assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, além de ter o direito de oposição a

terceiros, inclusive os pais biológicos (art. 33). Excepcionalmente, a guarda pode ser conferida de modo não incidental aos pedidos de tutela ou adoção, quando for necessária em situações peculiares ou para suprir a falta eventual dos pais ou do responsável (§ 2º do citado dispositivo). Conforme o § 3º do art. 33 do ECA, a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

Assim, diante da modificação realizada sobre o § 2º do art. 16 da Lei n. 8.213/91, e da vigência do § 3º do art. 33

do ECA, surgiu a controvérsia acerca do direito – ou não – da criança ou adolescente sob guarda ao benefício de pensão por morte.

A 5ª Turma do STJ tinha precedentes no sentido de que a alteração na Lei n. 8.213/91 promovida pela Lei n. 9.528/97 não excluiu o direito à pensão por morte da criança e do adolescente sob guarda, diante da proteção específica ainda conferida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>7</sup>.

Posteriormente, passou a seguir o entendimento da 6ª Turma e da 3ª Seção, que uniformizou o assunto em sentido contrário, de que [...] a alteração trazida pela Lei 9.528/97, norma previdenciária de natureza específica, deve prevalecer sobre o disposto no art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (REsp 869635/RN, 3ª Seção, Rel. Des. convocada Jane Silva, j. 16/02/2009, DJe 06/04/2009)<sup>8</sup>.

Seguem tal orientação, além dos citados precedentes dos TRF da 1ª e 2ª Regiões acerca da lei aplicável, decisões do Tribunal Regional Federal da 3ª Região: AR 200303000774065/SP, 3ª Seção, Rel. Juíza Federal Eva Regina, j. 14/08/2008, DJ 05/09/2008. Do mesmo modo, o TRF da 5ª Região já decidiu que [...] a Lei n. 9.032/95 retirou do rol dos dependentes a figura do menor designado. E mesmo para os que advogam a manutenção en-

tre os dependentes, do menor sob guarda judicial, sobrevivendo à Lei n. 9.032/95, tal entendimento não pode ser mantido depois da edição da Lei n. 9.528/97, especificamente relativa aos menores sob guarda (AC 200681000148153/CE, 3ª Turma, Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, j. 05/02/2009, DJ 25/03/2009, p. 423)<sup>9</sup>.

Nesse sentido há julgado da 1ª Turma Recursal da Seção Judiciária de Santa Catarina: *Trata-se de recurso inominado interposto pela parte autora contra sentença que julgou improcedente pedido de concessão de pensão por morte formulado por neta menor de 21 anos sob guarda do avô, falecido em 15.11.2005.*

### **[...] a exclusão da guarda promovida pela Lei n. 9.528/97 deve ser aplicada às guardas formalizadas após a modificação legal, ou se o óbito tiver ocorrido posteriormente?**

*Confirmando a sentença por seus próprios fundamentos, nos termos do artigo 46 da Lei n. 9.099/95, c.c. artigo 1º da Lei n. 10.259/01. Com efeito, a partir da alteração do § 2º do art. 16 da Lei n. 8.213, de 1991, pela Lei n. 9.528, de 1997, o menor sob guarda deixou de ser equiparado ao filho menor, na relação de dependentes do segurado. É certo que o recorrente arrola inúmeros precedentes do TRF da 4ª Região equiparando o menor sob guarda ao tutelado, no rol de dependentes do segurado. Mesmo no caso de menor tutelado, porém, a nova lei exigiu a prova da dependência econômica, inexistente na espécie, como bem assentado na sentença (Processo n. 200772950063436, Rel. Juíza Federal Luísa Hickel Gamba, j. 26/03/2008).*

Ainda, assim entende a Turma Regional de Uniformização da 1ª Região: *PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA JUDICIAL. BENEFICIÁRIO. ÓBITO POSTERIOR À LEI 9.528/97. EXCLUSÃO DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. INAPLICABILIDADE. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE.*

*I – O art. 16, parágrafo 2º da Lei de Benefícios (Lei 8.213/91), com a redação dada pela Lei 9.528/97, não inclui, no rol de dependentes, o menor sob guarda judicial, o que infirma o direito à pensão por morte pleiteada, cuja guardiã faleceu após o advento da referida Lei.*

*II – O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8060/90), que em seu art. 33, § 3º prevê que ‘a guarda confere à criança ou a adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciário’, por ser lei de natureza geral, deve ser aplicada tão-somente quando uma norma de caráter mais específico sobre determinada matéria não se verificar no ordenamento jurídico. Trata-se do princípio da especialidade.*

*III – Considerando que a Lei de Benefícios (Lei n. 8.312/91) é de índole específica, esta sempre será aplicada em prejuízo do Estatuto da Criança e do Adolescente que foi editado para reger condutas de ordem geral.*

*IV – Honorários advocatícios indevidos (justiça gratuita).*

*V – Pedido de uniformização regional de jurisprudência conhecido e improvido (Processo n. 200640007050364, Rel.*

Juiz Federal José Magno Linhares Moraes, j. 19/10/2007, DJ 10/06/2008).

Esse também era o posicionamento da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais (TNU): *PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. IMPOSSIBILIDADE. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA.*

*Divergência com a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça inexistente. Comprovada contrariedade entre a Turma Recursal de SP e a Turma Recursal do Paraná.*

*Menor sob guarda judicial, nos moldes do art. 16, §2º da Lei 8.213/91, não tem direito a perceber pensão por morte.*

*Afastada a aplicação do art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente por ser norma de cunho genérico, cuja incidência é afastada pelas leis específicas.*

*Incidente de uniformização conhecido e provido (Pedido de Uniformização n. 200570510039066, Rel. Juiz Federal Hermes Siedler da Conceição Júnior, j. 26/03/2007, DJ 21/05/2007)<sup>10</sup>.*

Entre os argumentos dessa corrente, destaca-se o de que a Lei n. 8.213/91 é norma específica de direito previdenciário e deve ser observada na concessão dos benefícios. Logo, tendo em vista que excluiu do rol dos dependentes a criança ou o adolescente sob guarda, não pode lei sobre assunto diverso ampliar essa previsão, diante da necessidade da previsão de custeio para tanto.

Todavia, recentemente a TNU modificou seu entendimento, passando a entender que a criança ou o adolescente sob guarda deve ser considerado como dependente para fins previdenciários. Entre os julgados sobre o assunto, citam-se os seguintes: *PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. POSSIBILIDADE. QUALIDADE DE DEPENDENTE DO SEGURADO FALECIDO.*

*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 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente e não aquela constante no artigo 16, parágrafo 2º, da Lei 8213/91 (Pedido de Uniformização n. 200783005039533, Rel. Juiz Federal Cláudio Roberto Canata, j. 24/04/2009, DJ 22/05/2009).*

*PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. DEPENDENTE DO SEGURADO. EQUIPARAÇÃO A FILHO. ART. 16, PARÁGRAFO 2º, DA LEI 8213/91. REDAÇÃO ALTERADA PELA LEI 9528/97. ART. 33, PARÁGRAFO 3º, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL DO ART. 16, PARÁGRAFO 2º, DA LEI 8213/91, COM O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ART. 227, PARÁGRAFO 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. GUARDA E TUTELA. FORMAS TEMPORÁRIAS DE COLOCAÇÃO DE MENORES EM FAMÍLIAS SUBSTITUTAS. INEXISTÊNCIA DE DISCRÍMEN VÁLIDO ENTRE AS DUAS SITUAÇÕES PARA FINS DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO.*

*1. Constatação de divergência entre o acórdão impugnado e o julgado da Turma Recursal do Rio de Janeiro, colacionado como paradigma.*

*2. A Lei n. 9.528/97, dando nova redação ao art. 16, parágrafo 2º, da Lei de Benefícios da Previdência Social, suprimiu o*

menor sob guarda do rol de dependentes do segurado. O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 33, § 3º, da Lei n. 8.069/90, confere ao menor sob guarda a condição de dependente para todos os efeitos, inclusive previdenciários. Resta configurado, portanto, o conflito aparente de normas.

3. A questão referente ao menor sob guarda deve ser analisada segundo as regras e princípios constitucionais de proteção ao menor, principalmente em observância ao princípio da proteção integral do menor, previsto no art. 227 da Constituição Federal. Cabe ao poder público e à sociedade o dever de proteção da criança e do adolescente, garantindo-lhe direitos previdenciários e trabalhistas, nos termos do art. 227, caput, e § 3º, da Constituição Federal.

4. Incompatibilidade material do art. 16, parágrafo 2º, da Lei 8.213/91, em face dos princípios da proteção integral da criança e do adolescente, e da universalidade da cobertura e do atendimento da Seguridade Social.

5. O art. 16, parágrafo 2º, da Lei 8.213/91, faz ainda distinção injustificável entre o menor sob guarda e o menor sob tutela, ao preservar ao segundo a possibilidade de constar como dependente, excluindo o primeiro. Ambos os institutos são formas temporárias de colocação de menores em famílias substitutas, ferindo tal discriminação o princípio da isonomia, em virtude da flagrante discrepância do *discrimen* utilizado para a desequiparação em confronto com os princípios constitucionais, principalmente o já mencionado princípio da proteção integral ao menor.

6. O menor sob guarda também deve ser equiparado a filho, devendo-se conceder o benefício, desde que comprovada a sua dependência econômica, nos mesmos termos assegurados ao menor sob tutela.

7. Pedido de Uniformização conhecido e improvido (Incidente de Uniformização n. 200770950142990, Rel. Juiz Federal Otavio Henrique Martins Port, j. 16/02/2009, DJ 25/03/2009).

Extrai-se dos votos vencedores desse julgado que a norma do ECA prevalece sobre a omissão da Lei n. 8.213/91, apesar de esta tratar especificamente da legislação previdenciária de benefícios, tendo em vista que o art. 227 da

Constituição assegura à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida e à alimentação, que ficariam em risco com a negativa da pensão por morte. Ademais, entendeu-se que a distinção entre tutela e guarda pela Lei n. 8.213/91, protegendo somente a primeira, fere o princípio constitucional da isonomia. Porém, não se presume que a pessoa sob guarda depende economicamente de seu guardião, o que deve ser comprovado, a fim de que seja reconhecida a qualidade de dependente para fins previdenciários (conforme exige o § 2º do art. 16 da Lei n. 8.213/91 para o tutelado). Destaca o relator, em seu voto:

Nesse compasso, e em face da similitude dos institutos de guarda e de tutela, ambos voltados à proteção de menor afastado de sua família, a melhor exegese do artigo 16, §2º, da Lei 8.213/91, é no sentido de que o menor sob guarda também deve ser equiparado a filho, devendo-se conceder o benefício, desde que comprovada sua dependência econômica, nos mesmos termos assegurados ao menor sob tutela, sob pena de se ferir a garantia constitucional de proteção do menor. Não pode o Magistrado ignorar, nesse passo, a possibilidade da utilização irregular do instituto da guarda com o fito precípua da obtenção do benefício previdenciário. Entretanto, a eventual desvirtuação do instituto não pode servir como fulcro de discriminação odiosa que acaba por excluir o menor sob guarda da proteção previdenciária. Cabe ao Juiz analisar, no caso concreto, se restou regularmente comprovada a dependência econômica do menor sob guarda em relação ao segurado falecido, denegando a concessão do benefício previdenciário em caso de não comprovação.

**[...] existem três maneiras de resolver uma antinomia quando dois ou mais critérios são conflitantes: o critério hierárquico prevalece sobre o cronológico, e o critério da especialidade tem primazia sobre o cronológico.**

A Turma Regional de Uniformização da 4ª Região, ao apreciar o assunto, igualmente decidiu que a criança ou adolescente sob guarda tem direito à pensão por morte, contudo, deve comprovar a dependência econômica:

**PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MOR-**

**TE. MENOR SOB GUARDA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. LEI 8213/91. LEI 9528/97.**

1 – O acórdão recorrido e os acórdãos indicados como paradigmas convergiram no que toca à conclusão de que a Lei 9528/97 não veda a concessão de pensão por morte ao menor sob guarda. Assim, esta questão não constitui objeto do incidente de uniformização, que só deve avançar sobre a matéria em que residir a divergência.

2 – Divergência comprovada no que se refere à questão de prova da condição de dependente econômico do menor sob guarda. Enquanto os paradigmas consideraram suficiente o termo judicial de guarda, daí presumindo a dependência, o acórdão recorrido exigiu outras provas da condição de dependente. Incidente conhecido nos estritos limites da divergência.

3 – É necessário que o menor sob guarda, na vigência da Lei 9528/97, comprove por outros meios, além do termo judicial, a condição de dependente do segurado para que possa fazer jus ao benefício de pensão (Incidente de Uniformização n. 200772500120056, Rel. Juíza Federal Luciane Merlin Clève Kravetz, j. 13/02/2009, DE 03/03/2009).

A Turma Recursal do Sergipe já decidiu que prevalece a proteção especial concedida à criança e ao adolescente pela Constituição e pela Lei n. 8.069/90 sobre a Lei n. 8.213/91. Acrescenta ainda a relatora que o art. 26 da Convenção Internacional sobre Direitos Humanos da Criança prevê que os Estados Partes reconhecerão a todas as crianças o direito de usufruir da previdência social, e adotarão as medidas necessárias para lograr a plena consecução desses direitos, em conformidade com sua legislação nacional (Rel. Juíza Federal Telma Maria

Santos, j. 24/09/2008).

Conforme precedente da 1ª Turma Recursal de Goiás, embora o menor sob guarda tenha sido excluído do rol de dependentes da Previdência Social pela Lei n. 9.528/97, comprovada a dependência econômica, deve o mesmo ser beneficia-

do [...] (Processo n. 200635007249624, Rel. Juiz Federal Jesus Crisóstomo de Almeida, j. 13/12/2006, DJ 24/01/2007).

Para a 1ª Turma Recursal da Bahia: [...] *em que pese poder a Lei Previdenciária estabelecer, de forma genérica, quem são os dependentes dos segurados do Regime Geral, o Estatuto próprio da Criança e do Adolescente é explícito ao conferir aos mesmos, que estiverem sob guarda, a qualidade de dependentes de seus guardiões para todos os fins, inclusive previdenciários, inexistindo qualquer ressalva discriminadora ou distintiva nesse aspecto* (Processo n. 200433007602331, Rel. Juiz Federal Carlos D'Avila Teixeira, j. 28/02/2005, DJ 04/03/2005).

Também há julgado da 1ª Turma Recursal do Mato Grosso: [...] *1. A nova redação dada ao art. 16, I, § 2º, da Lei 8.213/91, pela Lei n. 9.528/97, suprimindo a equiparação do menor sob guarda a filho, não teve o condão de excluí-lo do rol de dependentes para fins previdenciários, em face do disposto no art. 33, do ECA, ainda vigente, que lhe confere a condição de dependente para todos os fins, inclusive previdenciários* (Processo n. 200336007037020, Rel. Juiz Federal José Pires da Cunha, j. 17/09/2003, DJ 23/09/2003).

Ainda, cita-se acórdão da 1ª Turma Recursal de Rondônia:

[...] *II – A Lei 8.213/91, na redação original, vigente à época da outorga da guarda ao titular de benefício previdenciário, equiparava o menor ao filho, mas, modificada pela Lei 9.528/97, deixou-o à orla da proteção previdenciária. A Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), porém, confere à criança sob guarda todos os direitos previdenciários.*

*III – O conflito entre as normas previdenciárias se resolve do modo mais favorável ao menor, tanto mais quando em pauta recursos necessários à sua formação* (Processo n. 200641007002489, Rel. Juiz Federal Elcio Arruda, j. 26/05/2006, DJ 19/09/2006).

**[...] é inegável que a controvérsia gera insegurança aos dependentes previdenciários, que nessa hipótese são crianças e adolescentes que, diante do falecimento de seu guardião, poderão ficar sem apoio [...]**

A 1ª Turma Recursal de Santa Catarina alterou seu entendimento, e também passou a apreciar o assunto dessa forma:

[...] *1. A Lei n. 9.528/97 não teve o efeito de excluir o menor sob guarda do rol de dependentes do segurado da Previdência Social, apenas retirou sua condição de dependente econômico presumido. É que o menor sob guarda pode ser equiparado ao menor tutelado, sendo certo ainda que a Lei n. 8.069/90 (ECA) prevê o menor como dependente previdenciário (art. 33), conforme jurisprudência dominante no TRF da 4ª Região. Assim, para ter direito ao benefício de pensão por morte o menor sob guarda, da mesma forma que o menor tutelado, deverá fazer prova de sua dependência econômica, nos termos do §2º do art. 16 da Lei 8.213. 2. Recurso improvido* (Processo n. 200872580031633, Rel. Juíza Federal Luísa Hickel Gamba, j. 29/04/2009).

Igualmente, entende a 1ª Turma Recursal de Santa Catarina que há proteção previdenciária, mesmo que a guarda não tenha

sido formalizada em juízo: Processo n. 200872950003225, Rel. Juiz Federal Rodrigo Koehler Ribeiro, j. 11/03/2009.

A 1ª Turma Recursal de Minas Gerais já decidiu do mesmo modo, todavia, ressaltou a necessidade de formalização da guarda judicial para o reconhecimento da dependência (Processo n. 200238007096524, Rel. Juíza Federal Sônia Diniz Viana, j. 30/04/2003, DJ 13/05/2003).

Seguindo essa corrente existem decisões do TRF da 2ª Região<sup>11</sup>. Há, porém, do mesmo tribunal, precedente não reconhecendo o direito ao benefício se não houver tido decisão judicial acerca da guarda (AGTAC 200151050008112/RJ, 2ª Turma Especializada, Rel. Des. Federal Sandra Chalu Barbosa, j. 20/09/2007, DJ 28/09/2007, p. 291).

Da mesma forma, encontram-se precedentes do Tribunal Regional Federal da 3ª Região: [...] *II – O menor sob guarda pode ser enquadrado na expressão ‘menor tutelado’, constante do § 2º do art. 16 da Lei n. 8.213/91, com as alterações introduzidas pela Lei n. 9.528/97, desde que comprovado nos autos a existência da guarda, bem como da dependência econômica da neta em relação ao avô falecido* (AC 200503990476001/SP, 10ª Turma, Rel. Juiz Federal Sergio Nascimento, j. 24/03/2009, DJ 15/04/2009, p. 1228)<sup>12</sup>.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região possui diversos acórdãos nesse sentido, admitindo inclusive a guarda de fato como suficiente para motivar a concessão da pensão por morte<sup>13</sup>.

Por fim, o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região decidiu conforme esse entendimento<sup>14</sup>.

Doutrinariamente, o assunto também é polêmico. Sustentando a exclusão da criança ou adolescente sob guarda da qualidade de dependente previdenciário estão Roberto Luchi Demo e Maria Somariva (2005), e Sergio Pinto Martins (2004, p. 97). Já Wladimir Novaes Martinez (2001, p. 137-138), Nilton Oliveira Gonçalves e Rosemary Christina Pila (2001, p. 50), Ítalo Romano Eduardo, Jeane Eduardo e Amauri Teixeira (2005, p. 250) não discutem a validade – ou não da norma do ECA, mas listam como equiparados a filho somente o enteado e o tutelado. Ivan Kertzman (2006, p. 243-244) menciona a controvérsia, mas igualmente só arrola o enteado e o tutelado. Lamartino França de Oliveira (2005, p. 212-213) salienta que o rol de dependentes do art. 16 da Lei n. 8.213/91 é taxativo, mas ressalta a existência de decisões judiciais reconhecendo a dependência da criança ou adolescente sob guarda.

Por outro lado, para Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari (2004, p. 186-187) a exclusão da guarda afronta os arts. 6º e 227 da Constituição, e o art. 33 do ECA. Marina Vasques Duarte (2005, p. 62-63), do mesmo modo, sustenta que deve prevalecer a Lei n. 8.069/90, mantendo-se a pessoa sob guarda no rol dos equiparados a filho.

Marcelo Leonardo Tavares (2007, p. 77-78) realiza a seguinte distinção: a) quando a guarda for deferida incidentalmente em pedidos de tutela ou de adoção, a criança ou adolescente deve ser reconhecida como dependente, sob pena de violação ao princípio da isonomia, considerando que, se não ocorresse o óbito do segurado, seria efetivada a proteção principal no processo judicial; b) porém, não se pode reconhecer a dependência previdenciária quando a guarda houver sido concedida nos termos do citado § 2º do art. 33 do ECA, de modo excepcional em situações peculiares ou para suprir a falta eventual dos pais ou do responsável,

pois não há dependência econômica nessa situação.

Para auxiliar a resolver a questão, é importante lembrar as regras de Norberto Bobbio (1996, p. 81-97 e 107-110) sobre a resolução das antinomias. A antinomia acontece quando existem duas normas divergentes, uma contrária a outra, sobre determinada conduta, num mesmo ordenamento jurídico. Ocorre quando uma norma ordena e outra proíbe fazer algo; quando uma norma ordena fazer e outra permite não fazer; quando uma proíbe e outra permite fazer. Bobbio propõe a solução das antinomias por meio dos critérios cronológico (lei posterior derroga lei anterior), hierárquico (a lei hierarquicamente superior prevalece sobre a anterior) e da especialidade (a lei específica prepondera sobre a lei geral).

Ainda, existem três maneiras de resolver uma antinomia quando dois ou mais critérios são conflitantes: o critério hierárquico prevalece sobre o cronológico, e o critério da especialidade tem primazia sobre o cronológico. O critério hierárquico, na prática, deveria prevalecer sobre o critério da especialidade, o que nem sempre ocorre, pois, em algumas situações, um princípio geral não necessariamente abrange todas as situações que uma regra específica pode regular, o que leva à precedência desta.

A dificuldade em resolver a questão está no fato de que duas leis específicas de igual hierarquia abordam o assunto, uma previdenciária e outra destinada à proteção da criança e do adolescente; ainda, a regra da lei posterior também é insuficiente para solucionar o problema, pois a Lei n. 9.528/97 modificou o § 2º do art. 16 da Lei n. 8.213/91, mas não revogou o § 3º do art. 33 do ECA (que pode ser compreendido tanto como conflitante, quanto como complementar à norma previdenciária).

#### 4 CONCLUSÕES

Como visto, existem decisões opostas na maior parte dos tribunais regionais federais, nas turmas recursais e na Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais.

De um lado, sustenta-se que a Lei n. 8.213/91 é norma específica de direito previdenciário e deve ser observada na concessão dos benefícios. Portanto, considerando que excluiu a criança ou

o adolescente sob guarda do rol dos dependentes, não pode lei sobre assunto diverso ampliar essa previsão, diante da necessidade da previsão de custeio para tanto.

Por outro, defende-se que a norma do ECA prevalece sobre a omissão da Lei n. 8.213/91, apesar de esta tratar especificamente da legislação previdenciária de benefícios, tendo em vista que o art. 227 da Constituição assegura à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida e à alimentação, que ficariam em risco com a negativa da pensão por morte. Também se salienta que a distinção entre tutela e guarda pela Lei n. 8.213/91, protegendo somente a primeira, fere o princípio constitucional da isonomia. Contudo, não se presume que a pessoa sob guarda dependa economicamente de seu guardião, o que deve ser comprovado, a fim de que seja reconhecida a qualidade de dependente para fins previdenciários (conforme exige o § 2º do art. 16 da Lei n. 8.213/91 para o tutelado).

Independentemente da opinião a que se filie, é inegável que a controvérsia gera insegurança aos dependentes previdenciários, que nessa hipótese são crianças e adolescentes que, diante do falecimento de seu guardião, poderão ficar sem apoio (afetivo, educacional, financeiro etc.) e sem a concretização de seus direitos fundamentais assegurados pela Constituição e pelo ECA, sem qualquer renda para sua sobrevivência. Em uma conjuntura ideal, situações de fato similares merecem decisões análogas pelos tribunais, o que não vem ocorrendo nesses casos. Considerando que o STJ enfrenta a matéria na perspectiva infraconstitucional, a edição de uma súmula pode minimizar a disparidade de entendimentos e uniformizar o assunto nos tribunais regionais federais e nas turmas recursais, afastando a insegurança que afeta pessoas em desenvolvimento que merecem um tratamento diferenciado, nos termos do art. 6º do ECA.

#### NOTAS

- 1 Igualmente, no STJ: CC 20120/RJ, 2ª Seção, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 14/10/1998, DJ 05/04/1999, p. 74; CC 22684/RJ, 2ª Seção, Rel. Min. Nilson Naves, j. 11/11/1998, DJ 18/12/1998, p. 284.
- 2 Nesse sentido: 1ª Turma Recursal do Ama-

- zonal, Processo 200232007002245, Rel. Juiz Federal Vallisney de Souza Oliveira, j. 02/09/2002, DJ 12/09/2002; 1ª Turma Recursal da Bahia, Processo 200433007246010, Rel. Juiz Federal Cynthia de Araújo Lima Lopes, j. 24/09/2004; 1ª Turma Recursal de São Paulo, Processo 200261840024665, Rel. Juiz Federal Aroldo José Washington, j. 25/05/2004; 2ª Turma Recursal de São Paulo, Processo 200361840067801, Rel. Juiz Federal Ricardo de Castro Nascimento, j. 02/03/2004.
- 3 STJ, Ag no REsp 775352/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Nilson Naves, j. 30/10/2008, DJe 15/12/2008; Ag no REsp 964594/SC, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 28/02/2008, DJe 31/03/2008; REsp 263005/RS, 3ª Seção, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 24/10/2007, DJe 17/03/2008; TNU, Incidente de Uniformização 200563060152932, Rel. Juiz Federal Cláudio Roberto Canata, j. 29/10/2008, DJ 16/01/2009; Incidente de Uniformização 2002618400070558, Rel. Juiz Federal Joel Ilan Paciornik, j. 10/10/2005, DJ 14/11/2005.
- 4 Ainda: AgRg no AgRg no REsp 627474/RN, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 02/08/2005, DJ 29/08/2005, p. 404; AgRg no REsp 750520/RS, 6ª Turma, Rel. Min. Nilson Naves, j. 04/05/2006, DJ 05/06/2006, p. 327; REsp 354240/RS, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, j. 01/10/2002, DJ 21/10/2002, p. 414.
- 5 Também há precedentes do TRF da 1ª Região com o mesmo entendimento: AC 200101990174189/MG, 1ª Turma, Rel. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista, j. 11/06/2008, DJ 09/09/2008, p. 15; AC 200501990029874/MG, 2ª Turma, Rel. Juiz Federal Iran Velasco Nascimento, j. 16/04/2008, DJ 29/05/2008, p. 93; AG 200301000247449/BA, 1ª Turma, Rel. Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes, j. 28/05/2007, DJ 09/07/2007, p. 34.
- 6 Da mesma forma: AC 200151120004151/RJ, 2ª Turma Especializada, Rel. Des. Federal Sandra Chalu Barbosa, j. 19/07/2007, DJ 25/07/2007, p. 40; AGV 200602010100323/ES, 2ª Turma Especializada, Rel. Des. Federal Messod Azulay Neto, j. 20/06/2007, DJ 28/06/2007, p. 189.
- 7 AgRg no REsp 684077/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 14/12/2004, DJ 21/02/2005, p. 226. Ainda: AgRg no REsp 684077/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 14/12/2004, DJ 21/02/2005, p. 226; AgRg no REsp 1081938/PR, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 11/12/2008, DJe 30/03/2009; REsp 642915/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 22/08/2006, DJ 16/10/2006, p. 416; AgRg no REsp 684077/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 14/12/2004, DJ 21/02/2005, p. 226.
- 8 Igualmente: REsp 642915/RS, 3ª Seção, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 26/03/2008, DJe 30/06/2008; REsp 894258/RN, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 05/02/2009, DJe 09/03/2009; REsp 503019/RS, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 15/04/2004, DJ 30/10/2006, p. 426.
- 9 Ver também: AG 200805000358205/CE, 3ª Turma, Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, j. 13/11/2008, DJ 28/11/2008, p. 232; AC 200781010001908/CE, 3ª Turma, Rel. Des. Federal Vladimir Carvalho, j. 04/09/2008, DJ 30/09/2008, p. 658; EDAC 20058308001065701/PE, 4ª Turma, Rel. Des. Federal Ivan Lira de Carvalho, j. 19/08/2008, DJ 02/10/2008, p. 165.
- 10 Em igual sentido: Pedido de Uniformização n. 200563060150935, Rel. Juiz Federal Renata Andrade Lotufo, j. 26/03/2007, DJ

21/05/2007; Incidente de Uniformização n. 200382100028717, Rel. Juiz Federal Guilherme Bollorini Pereira, j. 12/12/2005, DJ 22/02/2006; Pedido de Uniformização n. 200472950017619, Rel. Juiz Federal Joel Ilan Paciornik, j. 25/04/2005, DJ 20/10/2005.

- 11 AG 200702010055334/RJ, 1ª Turma Especializada, Rel. Des. Federal Guilherme Calmon, j. 27/11/2007, DJ 19/12/2007, p. 254; AC 200150010100945/ES, 2ª Turma Especializada, Rel. Des. Federal Messod Azulay Neto, j. 23/08/2005, DJ 23/01/2008, p. 216; AC 200803990059300/MS, 9ª Turma, Rel. Juíza Federal Vanessa Mello, j. 30/06/2008, DJ 20/08/2008
- 12 Iguamente: AC 200503990212654/SP, 7ª Turma, Rel. Juiz Federal Herbert de Bruyn, j. 20/10/2008, DJ 12/11/2008; AC 19996002000024/MS, 7ª Turma, Rel. Juiz Federal Walter do Amaral, j. 01/09/2008, DJ 01/10/2008.
- 13 APELREEX 200772990042304/SC, Turma Suplementar, Rel. Juíza Federal Maria Isabel Pezzi Klein, j. 21/01/2009, DE 03/02/2009; AC 200404010161836/SC, 5ª Turma, Rel. Des. Federal Celso Kipper, j. 10/06/2008, DE 30/06/2008; AC 200571080010108/RS, 6ª Turma, Rel. Des. Federal Victor Luiz dos Santos Laus, j. 01/08/2007, DE 06/09/2007; AC 200004011121634/RS, 5ª Turma, Rel. p/ acórdão Des. Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira, j. 25/06/2003, DJ 06/08/2003.
- 14 EAC 20008100010584003/CE, Pleno, Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias, j. 04/03/2009, DJ 30/04/2009, p. 253.

## REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 7. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1996.
- CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2004.
- DEMO, Roberto Luis Luchi; SOMARIVA, Maria Salute. Pensão por morte previdenciária. Aspectos materiais e processuais. Atualidades, sucessão legislativa e jurisprudência dominante. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 735, 10 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6977>>. Acesso em: 07 jun. 2009.
- DUARTE, Marina Vasques. *Direito previdenciário*. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005.
- EDUARDO, Ítalo Romano; EDUARDO, Jeane Tavares Aragão; TEIXEIRA, Amauri Santos. *Curso de direito previdenciário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- GONÇALVES, Nilton Oliveira; PILA, Rosemary Christina. *Benefícios da previdência social*. Porto Alegre: Síntese, 2001.
- KERTZMAN, Ivan. *Curso prático de direito previdenciário*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2006.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários à lei básica da previdência social*. Tomo II. 5. ed. São Paulo: LTr, 2001.
- OLIVEIRA, Lamartino França de. *Direito previdenciário*. São Paulo: RT, 2005.
- TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito previdenciário*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: parte geral. 2. ed. v. 1. São Paulo: Atlas, 2002.

Artigo recebido em 8/6/2009.

Artigo aprovado em 10/11/2009.

---

Oscar Valente Cardoso é juiz federal substituto na 4ª Região.