

**O DIREITO DO MENOR SOB GUARDA  
À PENSÃO POR MORTE, NA JURISPRUDÊNCIA DO  
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**



*Mauro Campbell Marques*  
Ministro do Superior Tribunal de Justiça



**O DIREITO DO MENOR SOB GUARDA À PENSÃO POR MORTE,  
NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
*Ministro Mauro Campbell Marques*

A hermenêutica previdenciária deve ser dedicada à melhor entrega da prestação jurisdicional previdenciária, o que implica a proteção social adequada e a perene busca do completo abrigo social, muito embora o Estado Social Subsidiário, sucessor do Estado Social ou do *Welfare State*, inspirado na teoria do chanceler Otto Von Bismark, já tenha identificado que não é fácil a tarefa da ampla e perfeita correção dos desvios sociais.

O sistema jurídico que comporta o direito social está comprometido com a proteção social adequada, superando a simples técnica protetiva. Tem por núcleo a preocupação com o direito social subjetivo a ser garantido de forma eficaz.

Segundo acentua Fábio Zambitte Ibrahim<sup>1</sup>, a dicotomia clássica entre os direitos público e privado continua válida, mas, em razão das novas premissas normativas, tendo o Direito alcançado o *status* de ciência normativa orientada a valores, é cada vez mais difícil evidenciar a distinção entre os seus ramos tradicionais, à medida que vão sendo repensados dentro do novo arcabouço constitucional.

---

<sup>1</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desaposeñação**: o caminho para uma melhor aposentadoria. 5. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 11; 20-22.

Conclama Fábio Zambitte Ibrahim<sup>2</sup>, portanto, para a reflexão de que as normas de Direito Social são objeto de perquirição científica diferenciada.

O presente artigo tem por objeto de estudo a antinomia aparente entre a força normativa do artigo 33, § 3.º, da Lei 8.069/1990<sup>3</sup> (Estatuto da Criança e do Adolescente) — que confere à criança e ao adolescente, sob guarda, a condição de dependente para fins previdenciários — e a do § 2.º do art. 16 da Lei 8.213/1991, segundo alteração trazida pela Lei 9.528/1997, que retirou o menor sob guarda do rol de dependentes dos segurados do Regime Geral de Previdência Social, cotejando isso com a jurisprudência do STJ, privilegiando o enfoque de que a questão referente ao menor sob guarda deve ser analisada segundo as regras e princípios constitucionais sobremaneira consagradas no art. 227.

Confira-se, de início, o teor do art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, *in verbis*:

Art. 33. A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§ 1º (...)

§ 2º (...)

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

§ 4º (...)

Apesar de ainda persistir a redação expressa desse preceito legal, saliente-se que, diante da modificação realizada no § 2º do art. 16 da

---

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 22 ago. 2013.

Lei 8.213/1991, trazida pela Lei 9.528/1997 — no que foi seguida por diversos regimes próprios de previdência social dos entes federativos, observada a competência constitucional concorrente da União e Estados-Membros para legislar sobre previdência social —, surgiu a controvérsia acerca do direito ou não de a criança ou adolescente, sob guarda, permanecer como segurado e potencial beneficiário de pensão por morte.

A esse respeito, diga-se que a pensão por morte, conforme elucida Oscar Valente Cardoso<sup>4</sup>, tem fundamento constitucional no art. 201, V, da Constituição Federal, está prevista nos arts. 74 a 79 da Lei 8.213/1991 e regulamentada nos arts. 105 a 116 do Decreto 3.048/1999.

O benefício pensão por morte possui, por via de regra, três requisitos para a sua concessão: 1º) óbito do segurado; 2º) qualidade de segurado, não necessariamente na data do falecimento; 3º) qualidade de dependente do postulante ao benefício.

Relativamente ao requisito dependente do segurado, o art. 16 da Lei 8.213/1991 estabelece três classes distintas, a saber: 1ª) cônjuge, companheiro (a) e filho (a) não emancipado (a), de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido ou, ainda, que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente; 2ª) os pais; 3ª) o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente.

O § 2º do citado art. 16 da Lei 8.213/1991<sup>5</sup> equipara ao filho o enteado e o menor *tutelado*, desde que comprovada a dependência

---

<sup>4</sup> CARDOSO, Oscar Valente. Direito da criança ou adolescente sob guarda à pensão por morte. **Revista CEJ**, v. 14, n. 48, p. 77-86, jan./mar. 2010.

<sup>5</sup> BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm)>. Acesso em: 22 ago. 2013.

econômica da forma estabelecida no Regulamento, mas retirou, em razão de alteração legislativa, o menor sob guarda desse rol.

A condição de dependente, seja da criança ou do adolescente, sob guarda, gera controvérsia provocada pela alteração promovida pela Lei 9.528/1997, de 11/12/1997 sobre o § 2º do art. 16 da Lei 8.213/1991, que excluiu do rol de dependentes a criança ou o adolescente sob guarda.

Como bem pontua Oscar Valente Cardoso<sup>6</sup>, a dificuldade em resolver a questão está no fato de que duas leis específicas, de igual hierarquia, abordam o assunto, uma de natureza previdenciária, outra destinada à proteção da criança e do adolescente, o que serve à conclamação da comunidade jurídica a refletir acerca da proteção à criança e ao adolescente sob a guarda de segurado da previdência.

Por um lado, não se pode ignorar a possibilidade da utilização irregular do instituto da guarda com o fito precípua de obtenção do benefício previdenciário fraudulento. Todavia, conforme adverte Oscar Valente Cardoso<sup>7</sup>, eventual desvirtuação do instituto da guarda não pode servir como fulcro de discriminação odiosa que acaba por excluir o menor sob guarda da proteção previdenciária.

Cumprido, então, definir os institutos da guarda e da tutela.

A tutela, na lição do professor doutor da UFMG Cesar Fiuza<sup>8</sup>, consiste no encargo cometido a certa pessoa, a fim de que gerencie a vida pessoal e patrimonial de menor incapaz, sobre o qual não se exerça poder familiar. Assim, estarão submetidos à tutela todos os menores incapazes cujos pais não possam exercer o poder familiar, seja por terem sido dele privados, seja por estarem mortos.

---

<sup>6</sup> CARDOSO, Oscar Valente. Direito da criança ou adolescente sob guarda à pensão por morte. **Revista CEJ**, v. 14, n. 48, p. 77-86, jan./mar. 2010.

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> FIUZA, Cesar. **Direito civil**: curso completo de acordo com o Código civil de 2002. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 1000.

A guarda de menores, de acordo com o Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas<sup>9</sup>, é deferida pelo juiz à pessoa notoriamente idônea da família em caso de separação judicial ou divórcio em que forem culpados ambos os cônjuges, ou de suspensão ou extinção do pátrio poder do pai e da mãe do menor.

De acordo com o Código Civil de 2002 a expressão pátrio poder foi substituída por poder familiar<sup>10</sup>.

Embora o menor sob guarda tenha sido excluído do rol de dependentes da previdência social, quem defende que deve o mesmo ser beneficiado no âmbito previdenciário, o faz em atendimento ao disposto nos arts. 6º e 227 da Constituição<sup>11</sup>, os quais dispõem *in verbis*:

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.

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.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

Aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

---

<sup>9</sup> DICIONÁRIO jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996. p. 381.

<sup>10</sup> BRASIL. **Código civil**. 53. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

<sup>11</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 22 ago. 2013.

criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

§ 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:  
idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola;

garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

obediência aos princípios de brevidade de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente ou abandonado;

programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins.

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§ 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

§ 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

§ 8º A lei estabelecerá:

o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens;

o plano nacional da juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas. (Destaque nosso)

A jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça, hoje, observa o Regime Geral da Previdência Social em detrimento do Estatuto da Criança e do Adolescente, não reconhecendo ao menor sob guarda o direito à pensão por morte.

A Quinta Turma do STJ tinha precedentes no sentido de que a alteração na lei 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, a exemplo do REsp 727.716/CE<sup>12</sup>, de Relatoria do Ministro Gilson Dipp, DJe 16/5/2005.

Posteriormente, a mesma Quinta Turma passou a seguir o entendimento da Sexta Turma, e, finalmente, rendeu-se ao entendimento uniformizado pela Terceira Seção no sentido de que a lei previdenciária de natureza específica deve prevalecer sobre o disposto no art. 33, § 3º, do ECA. Confirmam-se os EREsp 844.598/PI<sup>13</sup>, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJe 17/2/2009, e os EREsp 696.299/PE<sup>14</sup>, Relator Ministro Paulo Gallotti, DJe 4/8/2009.

Registre-se que nos autos dos EREsp 727.716/CE<sup>15</sup>, a Terceira Seção do STJ, por intermédio do Relator Ministro Desembargador Convocado do TJ/SP Celso Limongi, afetou questão de ordem arguida pelo Ministério Público Federal à Corte Especial, que decidiu não

---

<sup>12</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Arguição de inconstitucionalidade nos embargos de divergência em recurso especial 2005/0098940-3. AI nos EREsp 727716 / CE. Relator: Ministro Celso Limongi. Brasília, 16 de fevereiro de 2011. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 23 maio 2011.

<sup>13</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de divergência em recurso especial 2007/0001419-5. EREsp 844598 / PI. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Brasília, 26 de março de 2008. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 17 fev. 2009a.

<sup>14</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de divergência em recurso especial 2005/0082135-6. EREsp 696.299 / PE. Relator: Ministro Paulo Gallotti. Brasília, 23 de abril de 2008. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 04 ago. 2009b.

<sup>15</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Arguição de inconstitucionalidade nos embargos de divergência em recurso especial 2005/0098940-3. AI nos EREsp 727716 / CE. Relator: Ministro Celso Limongi. Brasília, 16 de fevereiro de 2011. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 23 maio 2011.

acolher a preliminar de inconstitucionalidade do art. 16, § 2º, da Lei 8.213/1991, na redação da Lei 9.528/1997, na medida em que a lei superveniente não teria negado o direito à equiparação do menor sob guarda, tendo apenas se omitido em prevê-lo.

Registre-se, ainda, que no âmbito da Terceira Seção, o Ministro Desembargador Convocado do TJ/PR Campos Marques, proveu o Incidente de Uniformização de Jurisprudência, autos da Petição nº 7.425/PE, reafirmando a jurisprudência no sentido de não ser possível a concessão de pensão por morte ao menor sob guarda, após a alteração legislativa.

Deslocada a competência da Terceira Seção para a Primeira Seção, para julgamento dos feitos em direito previdenciário, a Primeira Seção do STJ vem aplicando o entendimento uniformizado pela Terceira Seção do STJ.

Talvez seja, então, o momento adequado para outra reflexão acerca da jurisprudência do STJ, principalmente em observância ao aludido princípio da proteção integral do menor, consagrado no art. 227 da Constituição Federal de 1988<sup>16</sup>.

Conforme enfatizado por Fábio de Lucca Seghese<sup>17</sup>, trata-se de conferir máxima eficácia ao princípio constitucional da prioridade absoluta, que se projeta, no plano interpretativo, no sentido de exigir do operador jurídico uma leitura menos programática e mais garantista dos direitos da criança e do adolescente.

Com efeito, o Estatuto da Criança e do Adolescente não é uma simples lei, senão representando política pública de proteção à criança e ao adolescente, verdadeiro cumprimento da ordem constitucional, mercê do art. 227 da Constituição Federal de 1988 que dispõe acerca

---

<sup>16</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 22 ago. 2013.

<sup>17</sup> SEGHESE, Fábio de Lucca. A guarda e seus reflexos previdenciários: vigência do art. 33, § 3º do ECA. **Boletim dos Procuradores da República**, v. 5, n. 63, jul. 2001.

do dever do Estado em 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.

Em observância à proteção dos direitos da criança e do adolescente, o Ministério Público Federal, por intermédio do Procurador-Geral da República, ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal, ação direta de inconstitucionalidade, autuada sob o nº ADI 4.878/DF<sup>18</sup>, distribuída ao Ministro Gilmar Mendes, autos conclusos para decisão acerca do pedido de liminar, em que se requer a interpretação do § 2º do art. 16 da Lei 8.213/1991 conforme à Constituição, merecendo destaques as seguintes razões sustentadas na petição inicial da referida ação, *in verbis*:

4. Após a alteração legislativa levada a cabo pela MP nº 1.596/97, convertida na Lei nº 9.528/97, os menores sob guarda, equiparados aos filhos na redação original, deixaram de constar expressamente do rol de beneficiários contido na Lei nº 8.213/91.

5. Diante disso, o Instituto Nacional do Seguro Social passou a entender que as crianças e adolescentes sob guarda não possuem o direito à pensão por morte, posição confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça em diversos julgados.

6. Esta, contudo, não é a interpretação adequada a ser dada à nova redação do dispositivo impugnado.

7. A Constituição consagra o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, cabendo à família, à sociedade e ao Estado o dever de, solidariamente, assegurar-lhe os direitos fundamentais com absoluta prioridade.

8. E, no §3º do art. 227, arrola sete normas a serem seguidas pelo legislador ordinário, entre as quais se destacam aquelas que asseguram,

---

<sup>18</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 4878. Relator: Ministro Gilmar Mendes. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 239, 06 dez. 2012.

a crianças e adolescentes, garantia de direitos previdenciários e o estímulo do Poder Público, inclusive mediante incentivos fiscais e subsídios, ao acolhimento, sob a forma de guarda, dos órfãos ou abandonados.

9. Em casos em que as normas infraconstitucionais possuem múltiplos significados, faz-se necessário encontrar aquele que se amolde ao conteúdo da Constituição.

10. No caso do art. 16, § 2º, da Lei 8.213/91, existem duas possibilidades interpretativas: uma, segundo a qual a criança ou adolescente sob guarda perderam a condição de beneficiários da Previdência Social, ante a posterioridade e especificidade da lei previdenciária frente ao ECA, que a previa; e outra, que, apesar da omissão na legislação previdenciária, continua a encará-los como beneficiários.

11. Parece bastante evidente que a primeira interpretação é materialmente incompatível com os princípios constitucionais da proteção integral da criança e do adolescente e da isonomia. Quanto a este último, quando faz uma 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. Afinal, a dependência econômica do menor em relação ao segurado mostra-se invariável, seja ele enteado, tutelados ou menor sob guarda.

Aprende-se, a partir dessas premissas, que o menor sob guarda encontrar-se-ia, na atual interpretação do STJ acerca da legislação aplicável, em situação de vulnerabilidade porquanto aventadamente incompatível com a Constituição Federal de 1988.

Assim, haveria verdadeiro direito social subjetivo a ser garantido de forma eficaz.

Na lição de Marcelo Novelino<sup>19</sup>, crianças e adolescentes passaram a ser considerados pela Constituição titulares dos direitos fundamentais à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar

---

<sup>19</sup> NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Método, 2011.

e comunitária. E esclarece o doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)<sup>20</sup> *in verbis* “Em harmonia com este tratamento, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei 8.069/90) substituiu o antigo modelo da ‘situação irregular’ pelo da ‘proteção integral’, no qual as crianças e adolescentes são vistos como titulares de direitos e deveres”.

Conforme adverte o juiz federal do TRF-3ª Região Otávio Henrique Martins Port<sup>21</sup>, Mestre em Direito pela PUC/SP, ao se tratar dos dispositivos constitucionais definidores de direitos sociais, é preciso dar a adequada interpretação, isto é, ao direito social está relacionado um dever correlato exigível direta e imediatamente do Estado.

Confira-se a lição de Otávio Henrique Martins Port<sup>22</sup> *in verbis*:

Observe-se ainda que a responsabilidade em assegurar esses direitos à criança e ao adolescente é solidária, tendo sido distribuída igualmente entre família, sociedade e Estado, de modo que a assunção da responsabilidade por um deles não exclui a responsabilidade dos demais, cada um atuando no seu respectivo âmbito de competências, tudo voltado à ampla e irrestrita garantia de proteção ao menor.

De outra parte, no âmbito da Seguridade Social, que também constitui indissociável exemplo de direito social, sobreleva assentar que um dos seus objetivos é justamente assegurar a universalidade da cobertura e do atendimento, obedecendo à seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços, de acordo com o art. 194, parágrafo único, incisos I e III da Lei Maior.

---

<sup>20</sup> Ibid., p. 877.

<sup>21</sup> PORT, Otávio Henrique Martins. O direito à pensão por morte previdenciária do menor sob guarda sob a óptica do princípio constitucional da proteção especial ao menor. In: LIMA, Fernando Rister de Sousa; PORT, Otávio Henrique Martins; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de (Coord.). **Poder judiciário, direitos sociais e racionalidade jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

<sup>22</sup> PORT, Otávio Henrique Martins. O direito à pensão por morte previdenciária do menor sob guarda sob a óptica do princípio constitucional da proteção especial ao menor. In: LIMA, Fernando Rister de Sousa; PORT, Otávio Henrique Martins; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de (Coord.). **Poder judiciário, direitos sociais e racionalidade jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 253.

Vê-se, portanto, que, no âmbito constitucional, não há qualquer antinomia principiológica. Tanto os princípios que regem o subsistema da Seguridade Social como aqueles que informam o subsistema da proteção da criança e dos adolescentes apontam no mesmo sentido, vale dizer, na cobertura do atendimento aos menores e adolescentes, representada pela garantia de seu direito básico, qual seja, o direito à subsistência.

Sobre a antinomia em si, parece que o critério da especialidade não é hábil a dirimir a controvérsia. O magistrado, ao prestar a atividade jurisdicional, deve atender ao fim social a que se destina a lei; o fim social da lei previdenciária é abarcar as pessoas que foram acometidas por alguma contingência da vida.

Nesse aspecto, o Estado deve cumprir seu papel de assegurar a dignidade da pessoa humana a todos, em especial ao menor, cuja proteção tem absoluta prioridade.

A qualificação dos princípios como norma jurídica, conforme acentua Gisela Gondin Ramos<sup>23</sup>, é importante na medida em que, com a evolução do pensamento jurídico, eles deixaram de ser postulados meramente indicativos, quando muito subsidiários, ou simplesmente supletivos do ordenamento, para se tornarem verdadeiramente indispensáveis, vinculantes, o que significa dizer com capacidade de impor obrigações e direitos no mundo fático.

E é esta reconhecida e festejada juridicidade dos princípios que vai lhes permitir, segundo a lição da doutrinadora da qual compartilhamos, alcançar genuína efetividade e eficácia.

Com efeito, o art. 33, § 3º, da Lei 8.069/1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, determina que a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

Conforme elucidado pela Segunda Turma do STJ, nos autos do RMS 33.620/MG, de Relatoria do Ministro Castro Meira, não é dado

---

<sup>23</sup> RAMOS, Gisela Gondin. **Princípios jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 34-35.

ao intérprete atribuir à norma jurídica conteúdo que atente contra a dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, contra o princípio de proteção integral e preferencial a crianças e adolescentes, na medida que esses postulados são a base do Estado Democrático de Direito e devem orientar a interpretação de todo o ordenamento jurídico.

Conforme bem ponderado por Gisela Gondin Ramos<sup>24</sup>, o Direito não se interpreta isolando o texto do contexto, o que negaria a própria unidade do ordenamento jurídico.

Se realmente há conflito de leis e se a lei previdenciária é a lei específica para embasar a concessão de pensão por morte ao menor sob guarda do segurado, não é menos certo que a criança e o adolescente têm norma específica, qual seja, o Estatuto da Criança e do Adolescente, norma que representa a política pública de proteção ao menor, embasada na Constituição Federal de 1988, que consagra a proteção integral à criança e ao adolescente.

Acrescente-se um dos pilares do Estado Democrático de Direito que é o princípio da igualdade ou princípio da isonomia.

Nesse aspecto, merece menção a doutrina de Paulo Leandro Silva<sup>25</sup>, *in verbis*: “Tanto a guarda como a tutela encontram-se disciplinadas na Lei 8.069/90, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente, na seção que trata da família substituta”.

A doutrina conceitua a tutela como um instituto de nítido caráter assistencial e que visa a substituir o pátrio poder em face das pessoas cujos pais faleceram ou foram suspensos ou destituídos do poder paternal<sup>26</sup>.

A guarda teve seu conceito ampliado e aperfeiçoado com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente e, ainda que não importe na

---

<sup>24</sup> RAMOS, Gisela Gondin. **Princípios jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 157.

<sup>25</sup> SILVA, Paulo Leandro. Menor sob guarda e dependentes da lei previdenciária. **Scientia FAER**, v. 1, 2º sem. 2009.

<sup>26</sup> RODRIGUES, 1991 apud SILVA, Paulo Leandro. **Menor sob guarda e dependentes da lei previdenciária**. Scientia FAER, v. 1, p. 336, 2º sem. 2009.

destituição do pátrio poder, obriga o guardião à prestação de assistência material, moral e educacional ao menor, conferindo ao seu detentor o direito de opor-se a terceiros inclusive aos pais (art. 33 – ECA).

Importante ressaltar que na esteira dos preceitos constitucionais que conferem direitos e garantias à criança e ao adolescente, o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente reconhece, expressamente, a condição de dependente do menor sob guarda, para todos os fins e efeitos de direito, **inclusive previdenciários** (art. 33, § 3º do ECA<sup>27</sup>, grifo nosso), o que não pode ser desconhecido.

Com a exclusão do menor sob guarda e a manutenção do menor sob tutela, teria havido clara violação ao princípio em questão, pois não há motivo algum para diferenciar o menor que se encontra em uma ou outra situação.

Cumpra ainda apontar que o art. 26 da Convenção Internacional sobre Direitos Humanos da Criança, ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto 99.710/1990, assim prescreve *in verbis*: “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”.

Acrescente-se a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, comprometendo-se com a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas sociais.

Esses ajustes internacionais são compromissos assumidos pelo Estado brasileiro que não permitem o retrocesso social.

Destarte, ao menor sob guarda parece ser devida a proteção previdenciária, ora representada pela concessão do benefício

---

<sup>27</sup> BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 22 ago. 2013.

previdenciário pensão por morte de seu guardião, sob pena de ser um menor órfão e faminto, assim por que, comprovadas a guarda e a dependência econômica do menor em relação ao segurado, deve ser garantido o benefício pensão por morte, nesse contexto devendo prevalecer o Estatuto da Criança e do Adolescente, em observância ao princípio da proteção integral do menor.

### REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código civil**. 53. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 22 ago. 2013.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 22 ago. 2013.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm)>. Acesso em: 22 ago. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Arguição de inconstitucionalidade nos embargos de divergência em recurso especial 2005/0098940-3. AI nos EREsp 727716 / CE. Relator: Ministro Celso Limongi. Brasília, 16 de fevereiro de 2011. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 23 maio 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de divergência em recurso especial 2007/0001419-5. EREsp 844598 / PI. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Brasília, 26 de março de 2008. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 17 fev. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de divergência em recurso especial 2005/0082135-6. EREsp 696.299 / PE. Relator: Ministro Paulo Gallotti. Brasília, 23 de abril de 2008. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 04 ago. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 4878. Relator: Ministro Gilmar Mendes. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 239, 06 dez. 2012.

CARDOSO, Oscar Valente. Direito da criança ou adolescente sob guarda à pensão por morte. **Revista CEJ**, v. 14, n. 48, p. 77-86, jan./mar. 2010.

DICIONÁRIO jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996. p. 381.

FIUZA, Cesar. **Direito civil**: curso completo de acordo com o Código civil de 2002. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 1000.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desapontação**: o caminho para uma melhor aposentadoria. 5. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 11; 20-22.

NOVELINO, Marcel. **Direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Método, 2011.

PORT, Otávio Henrique Martins. O direito à pensão por morte previdenciária do menor sob guarda sob a óptica do princípio constitucional da proteção especial ao menor. In: LIMA, Fernando Rister de Sousa; PORT, Otávio Henrique Martins; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de (Coord.). **Poder judiciário, direitos sociais e racionalidade jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

RAMOS, Gisela Gondin. **Princípios jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 34-35.

SEGHESE, Fábio de Lucca. A guarda e seus reflexos previdenciários: vigência do art. 33, § 3º do ECA. **Boletim dos Procuradores da República**, v. 5, n. 63, jul. 2001.

SILVA, Paulo Leandro. Menor sob guarda e dependentes da lei previdenciária. **Scientia FAER**, v. 1, 2º sem. 2009.