

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.411.258 - RS (2013/0339203-9)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
RECORRENTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL FEDERAL - PGF - PR000000F
RECORRIDO : TÁSSIA CRISTIANE FERREIRA DOS SANTOS
ADVOGADO : SÉRGIO LUÍS DA SILVA E OUTRO(S) - RS026828
INTERES. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO
PREVIDENCIÁRIO (IBDP) - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : ALEXANDRE S TRICHES E OUTRO(S) - RS065635
INTERES. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

RELATÓRIO

1. Trata-se de Recurso Especial interposto pelo INSS com fundamento no art. 105, III, *a* da CF, no qual se insurge contra acórdão do egrégio Tribunal Regional Federal da 4a. Região, assim ementado:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA.

1. A concessão do benefício de pensão por morte depende da ocorrência do evento morte, da demonstração da qualidade de segurado do de cujus e da condição de dependente de quem objetiva a pensão.

2. A nova redação dada pela Lei n.º 9.528/97 ao § 2º do art. 16 da Lei n.º 8.213/91 não teve o condão de derogar o art. 33 da Lei n.º 8.069/90 (ECA), sob pena de ferir a ampla garantia de proteção ao menor disposta no art. 227 do texto constitucional, que não faz distinção entre o tutelado e o menor sob guarda. Permanece, pois, como dependente o menor sob guarda judicial, inclusive para fins previdenciários.

3. Consoante entendimento predominante nesta Corte, o absolutamente incapaz não pode ser prejudicado pela inércia de seu representante legal, até porque não se cogita de prescrição em se tratando de direitos de incapazes, a teor do art. 198, inciso I, do Código Civil c/c os artigos 79 e 103, parágrafo único da Lei de Benefícios, não se lhe aplicando o disposto no artigo 74 da Lei 8.213/91 (fls. 125).

Superior Tribunal de Justiça

2. Os Embargos de Declaração opostos (fls. 129/143) foram rejeitados (fls. 144/148).

3. Em suas razões recursais, o INSS alega violação aos arts. 535 do CPC; 16, § 2o. da Lei 8.213/91, com a redação dada pela Lei 9.528/97, e 2o., § 1o. da LICC, sob os seguintes fundamentos: (a) o acórdão recorrido, a despeito da oposição de Embargos de Declaração, permaneceu omissos quanto à alegação de que o menor sob guarda não está incluído no rol dos dependentes previdenciários; (b) o fato gerador da pensão é o óbito do segurado, que ocorreu na vigência da Lei 9.528/97, que deixou de contemplar o menor sob guarda como dependente previdenciário, motivo pelo qual é indevida a concessão do benefício na presente demanda.

4. O presente Recurso Especial foi admitido na origem como representativo da controvérsia, a teor do art. 543-C do CPC, em face da multiplicidade de recursos especiais com fundamento em questão idêntica de direito e em razão da diversidade de fundamentos do acórdão e dos argumentos apresentados pelo recorrente.

5. Remetidos os autos a esta Corte Superior, submeti o julgamento deste Recurso Especial à Primeira Seção, em conformidade com o art. 543-C do CPC e com a Resolução 8/08 desta Corte.

6. O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da douta Subprocuradora-Geral da República ANA BORGES COELHO SANTOS, opina pelo não conhecimento do Recurso Especial, em parecer cuja ementa restou assim transcrita:

RECURSO ESPECIAL. ARTIGO 105, III, "A", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA DA AVÓ MATERNA.

- O aresto combatido, que manteve a sentença no sentido de que a autora faz jus à concessão do benefício de pensão por morte de sua guardiã (avó materna), dirimiu a questão com fundamentos de

Superior Tribunal de Justiça

ordem infraconstitucional (artigo 33 do ECA) e constitucional (artigo 227 da CF/88).

*- Ausência de interposição de recurso extraordinário.
Incidência da Súmula nº 126/STJ.*

- Parecer pelo não conhecimento do recurso especial.

7. É o relatório.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.411.258 - RS (2013/0339203-9)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
RECORRENTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL FEDERAL - PGF - PR000000F
RECORRIDO : TÁSSIA CRISTIANE FERREIRA DOS SANTOS
ADVOGADO : SÉRGIO LUÍS DA SILVA E OUTRO(S) - RS026828
INTERES. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO
PREVIDENCIÁRIO (IBDP) - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : ALEXANDRE S TRICHES E OUTRO(S) - RS065635
INTERES. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

VOTO

DIREITO PREVIDENCIÁRIO E HUMANITÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. PROCESSAMENTO NOS TERMOS DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO 08/STJ. DIREITO DO MENOR SOB GUARDA À PENSÃO POR MORTE DO SEU MANTENEDOR. EMBORA A LEI 9.528/97 O TENHA EXCLUÍDO DO ROL DOS DEPENDENTES PREVIDENCIÁRIOS NATURAIS OU LEGAIS DOS SEGURADOS DO INSS. PROIBIÇÃO DE RETROCESSO. DIRETRIZES CONSTITUCIONAIS DE ISONOMIA, PRIORIDADE ABSOLUTA E PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE (ART. 227 DA CF). APLICAÇÃO PRIORITÁRIA OU PREFERENCIAL DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI 8.069/90), POR SER ESPECÍFICA, PARA ASSEGURAR A MÁXIMA EFETIVIDADE DO PRECEITO CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO. PARECER DO MPF PELO NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO, A TEOR DA SÚMULA 126/STJ. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO, PORÉM DESPROVIDO.

1. *A não interposição de Recurso Extraordinário somente tem a força de impedir o conhecimento de Recurso Especial quando (e se) a matéria decidida no acórdão recorrido apresenta dupla fundamentação, devendo a de nível constitucional referir imediata e diretamente infringência à preceito constitucional explícito; em tema de concessão de pensão por morte a menor sob guarda, tal infringência não se verifica, tanto que o colendo STF já decidiu que, nestas hipóteses, a violação à Constituição Federal, nesses casos, é meramente reflexa. A propósito, os seguintes julgados, dentre outros: ARE 804.434/PI, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe 19.3.2015; ARE 718.191/BA, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 17.9.2014; RE 634.487/MG, Rel. Min. ROSA WEBER, DJe 1.8.2014; ARE 763.778/RS, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, DJe 24.10.2013; não se apresenta razoável afrontar essa orientação do STF, porquanto se trata, neste caso, de questão*

Superior Tribunal de Justiça

claramente infraconstitucional.

2. *Dessa forma, apesar da manifestação ministerial em sentido contrário, entende-se possível, em princípio, conhecer-se do mérito do pedido recursal do INSS, afastando-se a incidência da Súmula 126/STJ, porquanto, no presente caso, o recurso deve ser analisado e julgado, uma vez que se trata de matéria de inquestionável relevância jurídica, capaz de produzir precedente de mais destacada importância, apesar de não interposto o Recurso Extraordinário.*

3. *Quanto ao mérito, verifica-se que, nos termos do art. 227 da CF, foi imposto não só à família, mas também à sociedade e ao Estado o dever de, solidariamente, assegurar à criança e ao adolescente os direitos fundamentais com absoluta prioridade. Além disso, foi imposto ao legislador ordinário a obrigação de garantir ao menor os direitos previdenciários e trabalhistas, bem como o estímulo do Poder Público ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado.*

4. *A alteração do art. 16, § 2º, da Lei 8.213/91, pela Lei 9.528/97, ao retirar o menor sob guarda da condição de dependente previdenciário natural ou legal do Segurado do INSS, não elimina o substrato fático da dependência econômica do menor e representa, do ponto de vista ideológico, um retrocesso normativo incompatível com as diretrizes constitucionais de isonomia e de ampla e prioritária proteção à criança e ao adolescente.*

5. *Nesse cenário, a jurisprudência desta Corte Superior tem avançado na matéria, passando a reconhecer ao menor sob guarda a condição de dependente do seu mantenedor, para fins previdenciários. Precedentes: MS 20.589/DF, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, Corte Especial, DJe 2.2.2016; AgRg no AREsp. 59.461/MG, Rel. Min. OLINDO MENEZES, DJe 20.11.2015; AgRg no REsp. 1.548.012/PE, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 20.11.2015; AgRg no REsp. 1.550.168/SE, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 22.10.2015; REsp. 1.339.645/MT, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 4.5.2015.*

6. *Não se deve perder de vista o sentido finalístico do Direito Previdenciário e Social, cuja teleologia se traduz no esforço de integração dos excluídos nos benefícios da civilização e da cidadania, de forma a proteger as pessoas necessitadas e hipossuficientes, que se encontram em situações sociais adversas; se assim não for, a promessa constitucional de proteção a tais pessoas se esvai em palavras sonoras que não chegam a produzir qualquer alteração no*

Superior Tribunal de Justiça

panorama jurídico.

7. *Deve-se proteger, com absoluta prioridade, os destinatários da pensão por morte de Segurado do INSS, no momento do infortúnio decorrente do seu falecimento, justamente quando se vêem desamparados, expostos a riscos que fazem periclitar a sua vida, a sua saúde, a sua alimentação, a sua educação, o seu lazer, a sua profissionalização, a sua cultura, a sua dignidade, o seu respeito individual, a sua liberdade e a sua convivência familiar e comunitária, combatendo-se, com pertinácia, qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, caput da Carta Magna).*

8. *Considerando que os direitos fundamentais devem ter, na máxima medida possível, eficácia direta e imediata, impõe-se priorizar a solução ao caso concreto de forma que se dê a maior concretude ao direito. In casu, diante da Lei Geral da Previdência Social que apenas se tornou silente ao tratar do menor sob guarda e diante de norma específica que lhe estende a pensão por morte (Lei 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 33, § 3o.), cumpre reconhecer a eficácia protetiva desta última lei, inclusive por estar em perfeita consonância com os preceitos constitucionais e a sua interpretação inclusiva.*

9. *Em consequência, fixa-se a seguinte tese, nos termos do art. 543-C do CPC/1973: O MENOR SOB GUARDA TEM DIREITO À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE DO SEU MANTENEDOR, COMPROVADA A SUA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA, NOS TERMOS DO ART. 33, § 3o. DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, AINDA QUE O ÓBITO DO INSTITUIDOR DA PENSÃO SEJA POSTERIOR À VIGÊNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA 1.523/96, REEDITADA E CONVERTIDA NA LEI 9.528/97. FUNDA-SE ESSA CONCLUSÃO NA QUALIDADE DE LEI ESPECIAL DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (9.069/90), FRENTE À LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA.*

10. *Recurso Especial do INSS desprovido.*

1. Cumpre esclarecer, inicialmente, que, apesar da manifestação ministerial em sentido contrário, entendo ser possível, em princípio, conhecer-se do mérito do pedido recursal do INSS, afastando-se a incidência da Súmula 126/STJ (*é inadmissível recurso especial quando o*

Superior Tribunal de Justiça

acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário), porquanto, no presente caso, o recurso deve ser analisado e julgado, uma vez que se trata de matéria de inquestionável relevância jurídica, capaz de produzir precedente de mais destacada importância.

2. A alegação de não interposição pelo INSS de Recurso Extraordinário não pode ser empecilho à cognição do Recurso Especial, considerando-se que, neste caso, a interseção do acórdão recorrido com dispositivos da Carta Magna é apenas oblíquo, reflexa ou indireta, como, aliás, ocorre em todas as demandas que versem sobre o Direito Previdenciário, a proteção da criança e do adolescente e outras espécies jurídicas integrantes do grande continente do Direito Público ou Social.

3. A colenda Suprema Corte não tem conhecido dos Recursos Extraordinários interpostos em casos análogos (concessão de pensão por morte a menor sob guarda), por entender que a violação à Constituição Federal, nesses casos, é meramente reflexa. A propósito, os seguintes julgados, dentre outros: ARE 804.434/PI, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe 19.3.2015; ARE 718.191/BA, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 17.9.2014; RE 634.487/MG, Rel. Min. ROSA WEBER, DJe 1.8.2014; ARE 763.778/RS, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, DJe 24.10.2013; não se apresenta razoável afrontar essa orientação do STF, porquanto se trata, neste caso, de questão claramente infraconstitucional.

4. Com efeito, o interesse da Justiça - o maior interesse da Justiça - será, sem dúvida, o de julgar o recurso e prestar a devida jurisdição, decidindo a lide como entender de justiça, porquanto a disciplina do procedimento é de relevância menor, não projetando sombra sobre o acesso que a parte deve ter ao grau mais elevado do Poder Judiciário; não se confunde o exercício do poder jurisdicional com a prática de atos administrativos de impulsão do feito, fazendo a lei escrita incidir tal como soam

as suas palavras, sem levar em conta a sua finalidade, máxime quando o tema jurídico versado no processo cuida de matéria relevante ou de indagação jurídica complexa, a cujo respeito se imponha análise de mérito de feito verticalizado.

5. Superada a admissibilidade, passo à análise da questão de mérito objeto do Recurso Especial.

6. Cinge-se a discussão jurídica posta no presente estudo à possibilidade (ou não) do pagamento de pensão por morte ao menor sob guarda, quando o óbito do segurado tenha ocorrido após a vigência da MP 1.523/96, que alterou o art. 16, § 2o. da Lei de Benefícios da Previdência Social (Lei 8.213/96), excluindo-o (o menor sob guarda) da fruição do referido benefício previdenciário; a questão em análise perpassa pelo menos três problemas jurídicos de igual importância teórica e prática: (i) o da proibição de retrocesso de direitos sociais, (ii) o da especialidade e generalidade das leis e (iii) o da interpretação das regras subconstitucionais escritas, segundo as superiores diretrizes constitucionais.

7. A Lei 8.213/91, que trata dos benefícios previdenciários, dispõe acerca da pensão por morte em seus arts. 74 a 79 e estabelece 3 requisitos para a sua concessão aos beneficiários do segurado: (a) que tenha ocorrido o óbito do segurado; (b) que estivesse na condição ou na qualidade de segurado; e (c) que o postulante do benefício ostentasse a qualidade de beneficiário do segurado falecido.

8. Previa, ainda, na redação original do art. 16, § 2o., que o menor sob guarda judicial se equiparava a filho do segurado e, portanto, detinha (o menor sob guarda) a condição de dependente natural ou automático dele (do segurado), como beneficiário do RGPS, nessa precisa condição; eis a redação desse dispositivo:

Art. 16 - São beneficiários do Regime Geral de Previdência

Superior Tribunal de Justiça

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;

(...).

§ 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.

9. Ocorre que a MP 1.523/96, convertida na Lei 9.528/97, alterou o citado dispositivo e retirou do menor sob guarda a condição de dependente previdenciário. O citado § 2o. passou a dispor que:

§ 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.

10. Como se vê, o menor sob guarda perdeu a condição de beneficiário natural do seguro social do seu guardião, permanecendo, porém, com essa qualidade o menor sob tutela; a distinção entre as duas condições deve ser recordada e pode ser assim resumida, nas palavras do douto Professor SÉRGIO PINTO MARTINS:

Guarda é o processo inicial para a tutela e a adoção.

Na tutela, o menor é colocado em família substituta.

A tutela ocorre: (a) falecendo os pais ou com a sua ausência; (b) decaindo os pais do pátrio poder (art. 1.728 do Código Civil). Será prestada a tutela para os filhos menores de 18 anos (art. 1.728 do Código Civil).

A curatela é prestada a pessoas que, por enfermidade ou deficiência A curatela é prestada a pessoas que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil, que não puderem exprimir sua vontade, aos deficientes mentais, aos ébrios habituais e aos viciados em tóxico, aos excepcionais sem completo

Superior Tribunal de Justiça

desenvolvimento mental, aos pródigos (art. 1.767 do Código Civil).

Na guarda, o filho fica com o cônjuge que estiver em condições de assumir os cuidados com ele ou em cuja companhia já estavam os filhos. 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 (§ 1º do art. 33 da Lei nº 8.069/90). Excepcionalmente, deferir-se-á 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 (§ 2º do art. 33 da Lei nº 8.069/90) (Comentários à Lei 8.213/91 - Benefícios da Previdência Social, São Paulo, Atlas, 2013, p. 59).

11. Diante da alteração normativa, a egrégia 3a. Seção deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp. 844.598/PI, realizado em 26.3.2008, DJe 17.2.2009, de relatoria do ilustre Ministro HAMILTON CARVALHIDO, achou de manifestar o entendimento de que, quando o óbito do segurado ocorre em data posterior à citada MP 1.523/96, não faz jus o menor sob guarda à concessão do benefício de pensão por morte; essa orientação passou a ser seguida por esta Corte Superior, sem maiores questionamentos, pelo que se pode ter essa questão como pacificada nesse sentido, até o momento; foi assim que esse julgamento restou ementado:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. INCABIMENTO.

1. "Esta Corte já decidiu que, tratando-se de ação para fins de inclusão de menor sob guarda como dependente de segurado abrangido pelo Regime Geral da Previdência Social - RGPS, não prevalece o disposto no art. 33, § 3º do Estatuto da Criança e Adolescente em face da alteração introduzida pela Lei nº 9.528/97." (REsp nº 503.019/RS, Relator Ministro Paulo Gallotti, in DJ 30/10/2006).

2. Embargos de divergência acolhidos.

12. Entretanto, em que pese o virtuosismo dessa orientação jurisprudencial, reverencianda por todos os títulos, reputa-se não ser esta a solução de melhor justiça a ser dada à questão, conforme se passa a

Superior Tribunal de Justiça

demonstrar, levando em consideração, sobretudo, as mais recentes e universalizadas percepções do elenco dos direitos fundamentais, com destaque para aqueles que se destinam à proteção das crianças e dos adolescentes, inclusive os listados em tratados e convenções internacionais de que o Brasil é signatário.

13. Nesse cenário, a jurisprudência desta Corte tem avançado na matéria, passando a reconhecer ao menor sob guarda a condição de dependente para fins previdenciários, como depreende-se da leitura dos mais recentes julgados:

CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA JUDICIAL DA FALECIDA. SERVIDORA PÚBLICA. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO INTEGRAL A CRIANÇAS E ADOLESCENTES (CF, ART. 227). PREVALÊNCIA DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. O menor sob guarda judicial de servidor público do qual dependa economicamente no momento do falecimento do responsável tem direito à pensão temporária de que trata o art. 217, II, b, da Lei 8.112/90.

2. O art. 5º da Lei 9.717/98 deve ser interpretado em conformidade com o princípio constitucional da proteção integral à criança e ao adolescente (CF, art. 227), como consectário do princípio fundamental da dignidade humana e base do Estado Democrático de Direito, bem assim com o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90, art. 33, § 3º).

3. Segurança concedida (MS 20.589/DF, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, Corte Especial, DJe 2.2.2016).



PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. MENOR SOB GUARDA. ALINHAMENTO DO ACÓRDÃO COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 83/STJ.

1. Não se conhece de recurso especial quando o acórdão

Superior Tribunal de Justiça

recorrido está alinhado com a jurisprudência do STJ. É conferida ao menor sob guarda a condição de dependente para fins previdenciários (AgRg no REsp 1.476.567/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques - DJe 08/10/2014)

2. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp. 59.461/MG, Rel. Min. OLINDO MENEZES, DJe 20.11.2015).



ADMINISTRATIVO. PENSÃO POR MORTE. SERVIDORA PÚBLICA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVADA. MENOR SOB GUARDA JUDICIAL. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ.

1. Hipótese em que o Tribunal de origem afirmou que, "comprovada a dependência econômica da Apelada, forçoso é reconhecer-lhe o direito à obtenção da pensão pleiteada e ao pagamento das parcelas atrasadas, desde o requerimento administrativo, como determinado na sentença, até a data em que completar os 21 anos de idade" (fl. 177, e-STJ).

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a concessão da pensão por morte deve observar os requisitos previstos na legislação vigente ao tempo do evento morte.

3. Uma vez reconhecido que foram preenchidos todos os requisitos para concessão da pensão por morte, ao tempo de sua instituição, não cabe ao STJ, na estreita via do Recurso Especial, adotar posicionamento diverso, pois, para isso, seria necessário adentrar no contexto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.

4. Ademais, a Primeira Seção desta Corte, na assentada de 26/2/2014, no julgamento do RMS 36.034/MT, de Relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, consignou que "a criança e adolescente tem norma específica, o Estatuto da Criança e do Adolescente que 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)".

5. Agravo Regimental não provido (AgRg no REsp.

Superior Tribunal de Justiça

1.548.012/PE, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 20.11.2015).



PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EX-COMBATENTE. REVERSÃO DA PENSÃO ESPECIAL. PRELIMINAR DE SOBRESTAMENTO REJEITADA. NETO SOB GUARDA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO DA CONDIÇÃO DE DEPENDENTE NO ART. 5º DA LEI 8.059/1990. APLICAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES PROTETIVAS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ART. 33, § 3º, DA LEI 8.069/1990. PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA (ART. 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL) E DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PRECEDENTE DA 1ª TURMA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Preliminar de sobrestamento rejeitada diante do indeferimento liminar do EREsp 1.339.645/MT, rel. Min. Herman Benjamin, por ausência de similitude jurídica (Dje 23/9/2015).

2. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que, a despeito da omissão no art. 5º da Lei 8.059/1990 da condição de dependente do neto/menor sob guarda, dita omissão não tem o condão de afastar o direito à pensão especial de ex-combatente, diante do disposto no art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, pelo qual o vínculo da guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente para todos os efeitos, inclusive previdenciário, bem como tendo em vista o Princípio da Prioridade Absoluta assegurada pela Constituição Federal (art. 227, caput e § 3º, II) e à Doutrina da Proteção Integral do menor e do adolescente, estampada no art. 1º do ECA, dispensando-se o exame de eventual dependência econômica, a qual é presumida por força da guarda do menor pelo instituidor do benefício.

3. Precedentes: REsp 1.339.645/MT, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 03/03/2015, DJe 04/05/2015; AgRg no REsp 1081938/PR, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 11/12/2008, DJe 30/03/2009; AgRg no REsp 785.689/PB, Rel. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), Sexta Turma, julgado em 28/08/2008, DJe 15/09/2008.

4. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp. 1.550.168/SE, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe

Superior Tribunal de Justiça

22.10.2015).



DIREITO ADMINISTRATIVO. PENSÃO ESPECIAL DE EX-COMBATENTE. ÓBITO DO TITULAR. REVERSÃO DO BENEFÍCIO A NETOS MENORES QUE SE ACHAVAM SOB SUA GUARDA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NA LEI Nº 8.059/90 QUE DEVE SER SUPRIDA PELA APLICAÇÃO DO ECA (ART. 33, § 3º). CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA (ART. 227 DA CF/88) E DA DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL (ART. 1º DO ECA). CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA (ONU/1989). RECURSO DESPROVIDO.

1. Nos termos do art. 33, § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA (Lei nº 8.069/90), "A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciário";

2. O art. 5º da Lei nº 8.059/90, por sua vez, não relaciona os menores sob guarda como beneficiários de pensão especial de ex-combatente, detentor da guarda, que vai a óbito;

3. Tal omissão legislativa, contudo, não tem o condão de impedir que os infantes percebam referida pensão, vez que, pelo critério da especialidade, terá primazia a incidência do comando previsto no referido art. 33, § 3º do ECA, cuja exegese assegura que o vínculo da guarda conferirá à criança ou adolescente a condição de dependente para todos os fins e efeitos de direito (e não apenas previdenciário), sendo, portanto, desinfluyente que a pensão do ex-combatente não se revista de natureza previdenciária;

4. O princípio da prioridade absoluta no atendimento dos interesses e direitos de crianças e adolescentes, positivado no art. 227 da Constituição Federal, conclama a soluções interpretativas que, no plano concreto, assegurem, em favor daqueles sujeitos vulneráveis, a efetiva proteção integral prometida pelo art. 1º do ECA, compromisso, aliás, solenemente adotado pelo Estado brasileiro ao ratificar a Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança.

5. Recurso especial da União desprovido (REsp. 1.339.645/MT, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 4.5.2015).

14. Não se deve perder de vista que a condição de

Superior Tribunal de Justiça

dependência do menor resulta de situação essencialmente fática, cabendo-lhe o direito à pensão previdenciária sempre que o mantenedor (segurado do INSS) faleça, a fim de não se deixar o hipossuficiente ao desabrigo de qualquer proteção, máxime quando se achava sob guarda, forma de tutela que merece estímulos, incentivos e subsídios do Poder Público, conforme compromisso constitucional assegurado pelo art. 227, § 3o., VI da Carta Magna, além de atentar contra a proteção da confiança com aquele já devidamente cadastrado como dependente do segurado, mediante a prática de ato jurídico administrativo perfeito, pelos agentes do INSS.

15. Assim, a alteração do art. 16, § 2o. da Lei 8.213/91, pela Lei 9.528/97, não elimina o substrato fático da dependência econômica do menor e representa, do ponto de vista ideológico, um retrocesso normativo nas diretrizes constitucionais de isonomia e proteção à criança e ao adolescente. Os direitos da criança e do adolescente estão consagrados na Constituição Federal nos seguintes termos:

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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

(...).

§ 3o. - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

(...).

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

Superior Tribunal de Justiça

(...).

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

16. Da leitura do citado dispositivo, constata-se que foi imposto não só à família, mas também à sociedade e ao Estado o dever de, solidariamente, assegurar à criança e ao adolescente os direitos fundamentais com absoluta prioridade. Além disso, foi imposto ao legislador ordinário a obrigação de garantir ao menor os direitos previdenciários e trabalhistas, bem como o estímulo do Poder Público ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado.

17. Percebe-se claramente que a exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes da Previdência Social, por meio de lei infraconstitucional, investe contra a eficácia de normas da Carta Magna, a pretexto de minudenciar as hipóteses ou situações de sua incidência ou aplicabilidade.

18. É certo que, a não ser raramente, a Constituição Federal não traz a disciplina direta e imediata utilizada na solução dos conflitos concretos, mas é igualmente fora de dúvida que essa mesma normatividade inferior não tem a força de subtrair, modificar ou encurtar o alcance daquelas normas magnas, entendendo-se por *alcance* não apenas o comando explícito, mas sobretudo o espírito da Constituição, que se colhe e se apreende pelas suas disposições garantísticas e de proteção às pessoas e aos seus interesses.

19. Além disso, os direitos fundamentais possuem inquestionável preeminência dentro do sistema jurídico, motivo pelo qual os dispositivos constitucionais definidores de um direito fundamental devem ser interpretados de forma a garantir a plena eficácia desses direitos. No caso dos direitos sociais, que exigem um dever correlato do Estado, torna-se indispensável ao aplicador da norma uma especial atenção visando à

Superior Tribunal de Justiça

conformação ao caso concreto, a fim de concretizar a pretensão de eficácia insita à Carta Maior, de forma a garantir a maior efetividade possível.

20. A alteração de uma norma concessiva ou ampliativa de direito fundamental previsto na CF atentam contra a proibição de retrocesso, princípio constitucional implícito que se destina justamente para os casos em que o direito fundamental exija a edição de normas para a consecução do seu fim, visando evitar que o legislador ordinário suprima arbitrariamente a disciplina infraconstitucional concretizadora de um direito fundamental social, sem criar alternativas que conduzam ao objetivo social.

21. O douto jurista JOSÉ GOMES CANOTILHO conceitua o princípio de proibição ao retrocesso como sendo *o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzem, na prática, numa anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial* (Direito constitucional e teoria da constituição, Coimbra, Almedina, 2003, p. 338/340).

22. Conforme observou NARBAL ANTÔNIO MENDONÇA FILETI, a colenda Corte Suprema, no julgamento da ADI 2.065/DF, DJU 4.6.2004, já teve a oportunidade de invocar a aplicação do princípio da proibição de retrocesso social, tendo reconhecido a vedação genérica de retrocesso, nos seguintes termos do voto vencido do relator originário, Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE:

O mesmo cabe dizer em tese, mutatis mutandis, da viabilidade da arguição posta nesta ação direta, malgrado aqui a lei cuja revogação pura e simples se tacha de inconstitucional, por violar o referido art. 194, VII da CD, seja posterior à Lei Fundamental vigente.

Pouco importa. Certo, quando, já vigente à Constituição, se editou lei integrativa necessária à plenitude da eficácia, pode subseqüentemente o legislador, no âmbito de sua conformação, ditar

Superior Tribunal de Justiça

outra disciplina legal igualmente integrativa do preceito constitucional programático ou de eficácia limitada; mas não pode retroceder - sem violar a Constituição - ao momento anterior de paralisação de sua efetividade pela ausência da complementação legislativa ordinária reclamada para implementação efetiva de uma norma constitucional.

(...).

Ao contrário do que supõem as informações governamentais, com o admiti, em tese, a inconstitucionalidade da regra legal que a revogue, não se pretende emprestar hierarquia constitucional à primeira lei integradora do preceito da Constituição, de eficácia limitada. Pode, é óbvio, o legislador ordinário substituí-la por outra, de igual função complementadora de Lei Fundamental; o que não pode é substituir a regulação integradora precedente - pré ou pós constitucional - pelo retorno ao vazio normativo que faria retroceder a regra incompleta da Constituição à sua quase impotência originária (A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social, São José/SC, Conceito, 2009, p. 144 e 145).

23. Por sua vez, o eminente jurista JOSÉ AFONSO DA SILVA reconhece a noção de proibição de retrocesso como sendo um direito subjetivo negativo, admitindo que *todas as normas que reconhecem direitos sociais, ainda que sejam programáticas, vinculam os órgãos estatais: ao Poder Legislativo, é proibida a emanção de leis contrárias a esses direitos e está vinculado à adoção de medidas necessárias à sua efetivação; ao Poder Judiciário, é vedado o prejuízo da consistência desses direitos por meio de suas decisões; e, ao Poder Executivo, é imposta, tal como ao legislativo, atuação de forma a proteger e impulsionar a realização concreta desses direitos* (Aplicabilidade das normas constitucionais, Malheiros, São Paulo, 2007, p. 160).

24. Deve-se considerar, ainda, as peculiaridades do Estado Democrático de Direito, que visa a consecução da segurança nas relações sociais, garantida por meio de ações estatais, e, por consequência, a

Superior Tribunal de Justiça

concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, convém registrar, ainda, o posicionamento do douto Professor INGO WOLFGANG SARLET, que defende que a proteção dos direitos fundamentais só será possível quando garantido um mínimo de segurança jurídica, que guarda íntima relação com a proibição de retrocesso:

(...) a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas. Dito de outro modo, a plena e descontrolada disponibilização dos direitos e dos projetos de vida pessoais por parte da ordem jurídica acabaria por transformar os mesmos (e, portanto, os seus titulares e autores) em simples instrumentos da vontade estatal, sendo, portanto, manifestamente incompatível mesmo com uma visão estritamente kantiana da dignidade (A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2012, p. 443).

25. Em contrapartida ao princípio da proibição ao retrocesso, lança-se mão do princípio da reserva do possível, a fim de justificar a adoção de medidas que visam a adequação de políticas sociais a gastos orçamentários. Entretanto, conforme pondera de forma valorosa o Professor MÁRIO DE CONTO, o princípio da reserva do possível deve ser aplicado em consonância com os valores tutelados pelo Estado Democrático de Direito, no qual o princípio da Dignidade da Pessoa Humana é basilar:

Deve-se atentar para que o princípio não seja utilizado como um discurso político autorizador de medidas retrocessivas, notadamente em países periféricos como o Brasil, onde a escassez de recursos públicos em face das necessidades da sociedade é geralmente apresentada como justificadora do desrespeito às diretrizes constitucionais e da ineficiência em implementar direitos sociais.

Em suma, a atribuição de sentido ao princípio da proibição do retrocesso social perpassa pela pré-compreensão de uma Teoria da Constituição dirigente e compromissária, adequada ao modelo

Superior Tribunal de Justiça

constitucional brasileiro e da necessidade de atribuir máxima efetividade aos princípios constitucionais, sem a qual o ordenamento constitucional passa a ser um mero protocolo de intenções, um mero ideário, sem o compromisso das promessas da modernidade (O princípio da proibição de retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008, p. 93/94).

26. Vem muito a propósito rememorar a construção contemporânea do *diálogo das fontes*, que vai nesse mesmo caminho evolutivo e prega, com apoio nas ideias do jurista alemão ERIK JAYME que o surgimento de normas gerais positivas *mais benéficas* a certos destinatários (ou a detentores de certos direitos) faz submergir o anterior estatuto – ainda que firmado em *lex specialis* – destronando a proposta hermenêutica de que *a norma geral não pode revogar a norma especial*, e que constitui uma conhecida *técnica* de solucionar aparentes conflitos internormativos; a noção que subjaz a essa teoria, contudo, é a do *fortalecimento das garantias – nunca o contrário – por isso que essa concepção tem fortes laços com a proibição de retrocessos jurídicos*.

27. Outra reflexão instigante diz respeito ao fato de alteração normativa veicular entendimento adverso, claramente maculador do princípio que deve permear as leis reconhecedoras de direitos sociais, como os previdenciários, ou seja, o da proibição de retrocesso; assim, se já definida uma orientação legal mais favorável à proteção dos hipossuficientes, não se afigura aceitável, do ponto de vista jurídico e sistêmico que, a partir da adoção de lei restritiva ocasional, dê-se a inversão da orientação até então vigente.

28. Apresso-me em ressaltar que os autores mais consagrados teorizam a respeito da proibição de retrocesso enfatizando a sua incidência no trato normativo da seguridade social, da assistência e da prevenção contra infortúnios; contudo, deve-se anotar que a visão restritiva da proibição de retrocesso não é compatível com a largueza do instituto, que deve ser estendido à proteção das garantias individuais e, portanto, aplicável, por

Superior Tribunal de Justiça

extensão principiológica, a quaisquer relações jurídicas que provoquem a redução de direitos subjetivos.

29. O princípio da proibição de retrocesso – convém ser lembrado – tem assento substantivo na Carta Magna de 1988, derivando diretamente, dentre outros dispositivos, dos que fixam o perfil do Estado Social e Democrático de Direito, os que proclamam a máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, os que protegem a segurança jurídica e a confiança e os que tutelam o valor social e a adequada valorização do trabalho humano.

30. É correto assegurar, no desenvolvimento das ideias garantísticas, que uma das mais firmes pilstras do Estado de Direito Democrático é a que sustenta que o poder estatal não pode surpreender o indivíduo, tese que já fora exposta pelo reverenciado Professor GERALDO ATALIBA, que expressa em palavras de imperecível atualidade a necessidade de serem as ações estatais previsíveis, isto é, moldadas em formas pré-sabidas que as estruturam e conformam, representando, sobretudo, um antídoto contra as surpresas desagradáveis; diz esse notável jurista e mestre:

O quadro constitucional que adota os padrões do constitucionalismo – do ideário francês e norte-americano instalado no mundo ocidental, nos fins do século XVIII – e principalmente a adoção de instituições republicanas, em inúmeros Estados, cria um sistema absolutamente incompatível com a surpresa. Pelo contrário, postula absoluta e completa previsibilidade da ação estatal pelos cidadãos e administrados (República e Constituição, São Paulo, Malheiros, 2004, p. 171).

31. Essa refinada advertência é dirigida a qualquer alteração prejudicante, seja no domínio do Direito Tributário, do Direito Sancionador ou de outra seara jurídica; no Direito Penal, como se sabe, esse princípio da proibição de retrocesso aponta que não apenas se regem os crimes e as penas pela lei do tempo da sua consumação, como ainda que a lei revogada, quando mais favorável, produz efeitos no futuro, mesmo depois de retirada do

Superior Tribunal de Justiça

ordenamento (exceção da ultratividade); faço essas considerações somente para melhor ilustrar a minha compreensão dessa temática e o seu sentido juridicamente multiabrangente.

32. Assim, cabe ao Poder Judiciário o controle da efetivação dos direitos sociais e impedir o retrocesso social, buscando por meio de hermenêutica encontrar a solução que melhor concretize os preceitos constitucionais.

33. Tratando-se de questão ligada à Previdência Social (acesso a prestações sociais) que deve, portanto, ater-se ao sentido finalístico desse ramo jurídico, cuja teleologia se traduz no esforço de integração dos excluídos nos benefícios da civilização e da cidadania, de forma a proteger as pessoas necessitadas e que se encontram em situações sociais adversas.

34. Nessa linha de orientação, deve-se prevenir, com absoluta prioridade, que os destinatários da pensão por morte, no momento do infortúnio da morte do seu guardião em que justamente se encontram desamparados, se exponham a riscos que façam periclitar a sua vida, a sua saúde, a sua alimentação, a sua educação, o seu lazer, a sua profissionalização, a sua cultura, a sua dignidade, o seu respeito individual, a sua liberdade e a sua convivência familiar e comunitária, combatendo-se, com pertinácia, qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, *caput* da Carta Magna).

35. Além disso, não se deve perder de vista que a Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) que, convém ressaltar, é norma específica e em perfeita harmonia com o mandamento constitucional, assim dispõe:

Art. 30. - A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições

Superior Tribunal de Justiça

de liberdade e dignidade.



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 previdenciário.

36. Da leitura da evolução cronológica da legislação referente à criança e ao adolescente, especialmente no que diz respeito aos benefícios previdenciários, verifica-se que, se, por um lado, deixou-se de mencionar expressamente o menor sob guarda no rol dos beneficiários previdenciários, há no ordenamento jurídico uma norma que estende os benefícios previdenciário a eles (Lei 8.069/90).

37. Impõe-se concluir que, se fosse a intenção do legislador infraconstitucional excluir o menor sob guarda da pensão por morte, teria alterado também a Lei 8.069/90 o que, como visto, não ocorreu; parece fora de dúvida que essa atitude do legislador não deve ser posta de lado na análise da situação do menor sob guarda, no que se refere ao seu direito à percepção do benefício previdenciário da pensão por morte.

38. Assim, considerando que os direitos fundamentais devem ter, na medida do possível, eficácia direta e imediata, deve-se priorizar a solução ao caso concreto que mas dê concretude ao direito. *In casu*, diante da Lei Geral da Previdência Social que apenas é silente (ou se tornou silente) ao tratar do menor sob guarda e diante de norma específica que estende a pensão por morte aos menores nessa situação (sob guarda), deve ser reconhecida a eficácia desta última, por estar em perfeita consonância com os preceitos constitucionais e sobretudo com a ideologia do sistema jurídico que

Superior Tribunal de Justiça

prioriza a proteção ao menor e ao adolescente.

39. Essa orientação encontra-se em sintonia com a manifestação da Corte Especial do STJ que, em Questão de Ordem suscitada pelo Ministério Público Federal no julgamento dos EREsp. 727.716/CE perante a 3a. Seção, foi provocada a se manifestar sobre a constitucionalidade da nova redação dada ao art. 16, §3o. da Lei 8.213/91 pela Medida Provisória 1.523/1996, que retirou o menor sob guarda do rol de beneficiários da pensão por morte.

40. Apesar de não conhecer do incidente, ficou consignado, nos votos do douto Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Relator para o acórdão, que *se a Constituição assegura, como se alega, a mencionada equiparação, o eventual vazio normativo da lei ordinária é suscetível de ser colmatado, se for o caso, pela aplicação direta do próprio preceito constitucional* (AI nos EREsp. 727.716/CE, DJe 23.5.2011). O voto do eminente Ministro deixa à mostra que não há a menor necessidade de se questionar a validade constitucional dessa lei, mas apenas de interpretá-la conforme a Constituição, de modo a assegurar a primazia desta.

41. Corroborando esse entendimento, cite-se a doutrina de DANIEL MACHADO DA ROCHA E JOSÉ PAULO BALTAZAR JÚNIOR:

No sistema do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13 de julho de 1990) foram previstas três formas de colocação em família substituta para as crianças que, por abandono dos pais ou orfandade, necessitam ser protegidas: adoção (que é definitiva), tutela e guarda (que são temporárias).

Segundo o caput do artigo 33 da Lei 8.069/90: "A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional a criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais." A guarda prevista no estatuto da Criança e do Adolescente pode ser deferida nas seguintes hipóteses: a) incidentalmente nos procedimentos de tutela e adoção (§1º do art. 33 do ECA); e b) excepcionalmente, para atender situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsáveis (§2º do art. 33 do ECA).

Superior Tribunal de Justiça

A tutela, por sua vez, destina-se, principalmente, à preservação dos bens do órfão. Nos termos do parágrafo único do art. 36 do ECA, pressupõe a prévia decretação da perda ou suspensão do pátrio poder e implica necessariamente o dever de guarda. Como se vê, a tutela é um plus em relação à guarda, já que esta não requer a suspensão ou destituição do pátrio poder.

O preceito equiparativo do §2º do artigo em comento teve seus contornos restritos, retirando-se do menor sob guarda a condição de dependente previdenciário por força da MP 1.523/96, de 14 de outubro de 1996. Depois, a MP nº 1.523-3, de 10 de janeiro de 1997, passou a exigir a comprovação de dependência econômica que até então era presumida. Este preceito, após sucessivas reedições, acabou sendo convertido na Lei 9.528/97. Entretanto, esta Lei não revogou expressamente o §3º do art. 33 do ECA, que confere a condição de dependente para todos os efeitos, inclusive previdenciários, concretizando a proteção especial prevista pelo legislador constituinte no caput do art. 227 e ao inciso II do §3º do mesmo artigo, ambos da CF (Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social, Atlas, 13a. ed., 2015, p. 112).

42. Diante dessas considerações, entendo que a questão deve ser analisada no sentido de dar incondicional proteção ao menor, em respeito à orientação do art. 227, *caput* da CF devendo incidir, na espécie, a Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) que, convém ressaltar, é norma específica e que guarda perfeita sintonia com o mandamento constitucional.

43. Ante o exposto, nega-se provimento ao Recurso Especial do INSS.

44. É como voto.