



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 36.034 - MT (2011/0227834-9)

RELATOR : **MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
RECORRENTE : A F P DE A (MENOR)
REPR. POR : C DA S F
ADVOGADO : SELMA PINTO DE ARRUDA GUIMARÃES E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DE MATO GROSSO
PROCURADOR : ANA CRISTINA COSTA DE ALMEIDA B TEIXEIRA E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA JUDICIAL. APLICABILIDADE DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ECA. INTERPRETAÇÃO COMPATÍVEL COM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E COM O PRINCÍPIO DE PROTEÇÃO INTEGRAL DO MENOR.

1. Caso em que se discute a possibilidade de assegurar benefício de pensão por morte a menor sob guarda judicial, em face da prevalência do disposto no artigo 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, sobre norma previdenciária de natureza específica.

2. Os direitos fundamentais da criança e do adolescente têm seu campo de incidência amparado pelo *status* de prioridade absoluta, requerendo, assim, uma hermenêutica própria comprometida com as regras protetivas estabelecidas na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

3. A Lei 8.069/90 representa política pública de proteção à criança e ao adolescente, verdadeiro cumprimento da ordem constitucional, haja vista o artigo 227 da Constituição Federal de 1988 dispor que é dever do Estado assegurar com absoluta prioridade à criança e ao adolescente o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

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

5. Embora a lei complementar estadual previdenciária do Estado de Mato Grosso seja lei específica da previdência social, não menos certo é que a criança e adolescente tem norma específica, o Estatuto da Criança e do Adolescente 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).

6. Havendo plano de proteção alocado em arcabouço sistêmico constitucional e, comprovada a guarda, deve ser garantido o benefício para quem dependa economicamente do instituidor.

7. Recurso ordinário provido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencidos o Sr. Ministro Ari Pargendler e a Sra. Ministra Assusete Magalhaes, dar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Arnaldo Esteves Lima, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de fevereiro de 2014(Data do Julgamento)

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 36.034 - MT (2011/0227834-9)

RELATOR : **MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
RECORRENTE : A F P DE A (MENOR)
REPR. POR : C DA S F
ADVOGADO : SELMA PINTO DE ARRUDA GUIMARÃES E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DE MATO GROSSO
PROCURADOR : ANA CRISTINA COSTA DE ALMEIDA B TEIXEIRA E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Trata-se de recurso ordinário interposto por A. F. P. de A., menor representada por sua genitora C. da S. F., contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, que assentou o entendimento de que a recorrente não preenche as condições exigidas pela Lei Complementar 04/90 (Estatuto dos Servidores Públicos do Estado de Mato Grosso) para auferir o benefício da pensão por morte e que, por ser norma de cunho genérico, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) não garante a qualidade de dependente do menor sob guarda judicial para fins previdenciários.

Nas razões recursais, a recorrente, amparando-se das disposições do artigo 33, § 3º, da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA), afirma que o sistema jurídico atual possibilita a concessão da pensão por morte ao menor sob guarda, devendo, por conseguinte, afastar-se a aplicação do artigo 245, II, da LC 04/90, em face da sua patente incompatibilidade com os princípios constitucionais que regem a matéria, principalmente o da proteção integral da criança e do adolescente, cuja responsabilidade é não só da família do menor, mas também da sociedade e do Estado.

Acrescenta que "embora a norma constante da Lei de Benefício, que veda a concessão do benefício ao menor sob guarda, tenha seu âmbito de incidência voltado de forma específica para os benefícios previdenciários, a norma protetiva dos menores também tem caráter específico, constituindo um verdadeiro subsistema normativo, composto pelo complexo de direito e obrigações conferidos às crianças e adolescentes" (fl. 115).

Em 19/3/2013, a Primeira Turma, por unanimidade, afetou o julgamento do feito à egrégia Primeira Seção, para rediscussão do tema.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 36.034 - MT (2011/0227834-9)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA JUDICIAL. APLICABILIDADE DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ECA. INTERPRETAÇÃO COMPATÍVEL COM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E COM O PRINCÍPIO DE PROTEÇÃO INTEGRAL DO MENOR.

1. Caso em que se discute a possibilidade de assegurar benefício de pensão por morte a menor sob guarda judicial, em face da prevalência do disposto no artigo 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, sobre norma previdenciária de natureza específica.

2. Os direitos fundamentais da criança e do adolescente têm seu campo de incidência amparado pelo *status* de prioridade absoluta, requerendo, assim, uma hermenêutica própria comprometida com as regras protetivas estabelecidas na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

3. A Lei 8.069/90 representa política pública de proteção à criança e ao adolescente, verdadeiro cumprimento da ordem constitucional, haja vista o artigo 227 da Constituição Federal de 1988 dispor que é dever do Estado assegurar com absoluta prioridade à criança e ao adolescente o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

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

5. Embora a lei complementar estadual previdenciária do Estado de Mato Grosso seja lei específica da previdência social, não menos certo é que a criança e adolescente tem norma específica, o Estatuto da Criança e do Adolescente 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).

6. Havendo plano de proteção alocado em arcabouço sistêmico constitucional e, comprovada a guarda, deve ser garantido o benefício para quem dependa economicamente do instituidor.

7. Recurso ordinário provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): O cerne da controvérsia reside na possibilidade de se assegurar benefício de pensão por morte a menor sob



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

guarda judicial, em face da prevalência do disposto no artigo 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, sobre norma previdenciária de natureza específica.

Ao negar o pleito autoral, o Tribunal de origem consignou que "não é aplicável o Estatuto da Criança e Adolescente no caso em apreço, pois a alteração procedida pela Lei Complementar nº 197/2004 (Estatuto dos Servidores Públicos do Estado de Mato Grosso), que é posterior, não incluiu no rol de dependentes para fins previdenciários o menor sob guarda, não sendo aplicável no caso, o artigo 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente" (fl. 105).

O questionamento a ser dirimido, portanto, é saber qual a legislação aplicável ao caso concreto, se o Estatuto da Criança e do Adolescente, que garante ao menor sob guarda a condição de dependente, inclusive para fins previdenciários, ou se a Lei Complementar Estadual 197/204, que se adequando à legislação do Regime Geral de Previdência Social, Lei 8.213/91, retirou o menor sob guarda do rol de dependentes.

A *quaestio juris* vinha sendo decidida nesta Corte Superior pelas Turmas que compõem a Terceira Seção, ao entendimento de que o critério que melhor soluciona a controvérsia é o da especialidade, ou seja, o diploma de regência do sistema de benefícios previdenciários, de caráter especial, deve prevalecer sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, este de caráter geral no confronto com aquele sobre o tema controvertido.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

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 (EREsp 801.214/BA, Rel. Ministro Nilson Naves, Terceira Seção, DJe 28/8/2008).

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PREVIDENCIÁRIO. MENOR SOB GUARDA. LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA E ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE. APLICAÇÃO.

1. A redação original do § 2º do artigo 16 da Lei de Benefícios equiparava a filho o menor que, por determinação judicial, estivesse sob a guarda do segurado. Ocorre que, por força da Medida Provisória nº 1.523, de 14/10/1996, posteriormente convertida na Lei nº 9.528, de 10/12/1997, foi o menor sob guarda excluído da relação de dependentes.

2. De outra parte, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.060/1990), reza,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no art. 33, § 3º, que "a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários".

3. Diante desse conflito aparente de normas, **o critério que melhor soluciona a controvérsia em exame é o da especialidade, ou seja, o diploma de regência do sistema de benefícios previdenciários, de caráter especial, deve prevalecer sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, este de caráter geral no confronto com aquele sobre o tema controvertido.**

4. Assim, uma vez que o óbito do segurado instituidor, fato gerador do benefício, ocorreu em 4/5/1999 (fl. 90), vale dizer, após a modificação legislativa que excluiu o menor sob guarda do rol de dependentes de segurado da Previdência Social, incabível a concessão da pensão.

5. Entendimento firmado por este Colegiado, na sessão de 26/3/2008, no julgamento do EREsp nº 844.598/PI, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido.

6. Embargos de divergência acolhidos (EREsp 696.299/PE, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Terceira Seção, DJe 4/8/2009, grifo nosso).

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. ECA. ROL DE DEPENDENTES. EXCLUSÃO. PREVALÊNCIA DA NORMA PREVIDENCIÁRIA.

1. **Em consonância com julgados prolatados pela Terceira Seção deste Tribunal, 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 Adolescente.**

2. Embargos de divergência acolhidos (EREsp 869.635/RN, Rel. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), Terceira Seção, DJe 6/4/2009, grifo nosso).

Com a Emenda Regimental n. 14/2011, os feitos relativos à questão em debate, passaram a ser da competência da Primeira Seção, a qual acompanhou o entendimento até então prevalecente.

Confira-se:

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

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

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

3. Agravo Regimental não provido (AgRg no Ag 1.347.407/PI, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 16/3/2011, grifo nosso).

PREVIDENCIÁRIO. MENOR SOB GUARDA. EXCLUSÃO DO ROL COMO DEPENDENTE PREVIDENCIÁRIO DE SERVIDOR PÚBLICO. PREVALÊNCIA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DA NORMA ESPECÍFICA SOBRE O ECA.

1. **Esta Corte já se pronunciou no sentido de que a norma previdenciária específica deve prevalecer sobre o disposto no art. 33, § 3º, da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).**
2. Na espécie, a Lei Complementar Estadual n. 41/2001 retirou o menor sob guarda do rol de dependentes do segurado, no Sistema de Previdência dos Servidores do Estado de Pernambuco. Logo, tal norma deve prevalecer sobre o disposto no ECA.
3. Recurso especial provido (REsp 1.244.561/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 5/5/2011, grifo nosso).

Assim, com a alteração ou mudança de competência dos órgãos julgadores desta Corte e diante da relevância do tema, entendo que o mesmo deve submeter-se a um novo debate.

Diversamente ao entendimento que vinha sendo adotado por esta Corte, o critério da especialidade, a meu ver, não se mostra como o mais adequado à solução da controvérsia, mormente considerando que os direitos fundamentais da criança e do adolescente têm seu campo de incidência amparado pelo *status* de prioridade absoluta, requerendo, assim, uma hermenêutica própria comprometida com as regras protetivas estabelecidas na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

O juiz, como cediço, tem a função social de pacificar os conflitos sociais intersubjetivos que lhe são apresentados, resultantes, quase sempre, da polissemia dos termos que compõem a norma jurídica, passível, portanto, de múltiplas interpretações, cabendo-lhe, por conseguinte, adotar a exegese da norma que melhor atende aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem coletivo, tal como previsto na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro-LINDB.

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, conforme ressaltado, tem absoluta prioridade.

De fato, o princípio da proteção integral da criança ou adolescente, afigura-se como corolário da dignidade da pessoa humana, tido como valor constitucional supremo, o próprio núcleo axiológico da Constituição, em torno do qual gravitam os direitos fundamentais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente não é uma simples lei, representa política pública



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de proteção à criança e ao adolescente, verdadeiro cumprimento da ordem constitucional, haja vista o artigo 227 da Constituição Federal de 1988 dispor que é dever do Estado assegurar com absoluta prioridade à criança e ao adolescente o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Tratando-se, portanto, de postulado central do Estado Democrático de Direito, para o qual devem convergir os poderes estatais, as leis devem atentar para a dignidade da pessoa humana e os juízes dela não podem se apartar quando as aplicam no caso concreto.

Em suma, não é dado 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, já que esses postulados são a base do Estado Democrático de Direito e devem orientar a interpretação de todo o ordenamento jurídico.

Desse modo, embora a lei complementar estadual previdenciária do Estado de Mato Grosso seja lei específica da previdência social, não menos certo é que a criança e adolescente tem norma específica, o Estatuto da Criança e do Adolescente 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).

Assim, havendo plano de proteção, como antes demonstrado, alocado, aliás, em arcabouço sistêmico constitucional e, comprovada a guarda, deve ser garantido o benefício para quem dependa economicamente do instituidor, como ocorre na hipótese dos autos.

Com essas considerações, **dou provimento** ao recurso ordinário.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 36.034 - MT (2011/0227834-9)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Sr. Presidente, havia acompanhado o eminente Relator, em seu voto original, quando S. Exa. negava provimento ao recurso ordinário. Não havia fundamentado o meu voto, porque a fundamentação já se encontrava no voto do eminente Relator. Mas, efetivamente, na medida em que S. Exa. reformulou o seu voto, eu pretendia, efetivamente, divergir, embora achasse até que ficaria só, nessa minha divergência, em função de dois fundamentos básicos.

O primeiro deles é de que estamos a cuidar de um benefício, de uma pretensão de natureza previdenciária, e, assim sendo, em face do art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, há de se observar a lei especial, no caso, a lei previdenciária. No caso, a lei especial é a Lei Complementar Estadual, que cuida da concessão desse benefício previdenciário. O Ministro Ari Pargendler lembrou bem. As normas programáticas, os princípios vetoriais que estão a reger a Seguridade Social, nas três esferas de poder – federal, estadual e municipal –, estão na Constituição. E o princípio básico está no art. 195, § 5º, da Constituição Federal. Não se cria, majora, estende ou se implementa qualquer benefício, sem que lhe seja prevista a respectiva fonte de custeio. Como se poderá prever a concessão de uma pensão por morte para o menor sob guarda judicial se a lei não previu a concessão desse benefício e, muito menos, a sua fonte de custeio? Daí a necessidade de observância de critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, na organização da Previdência Social, necessidade imposta pela Constituição, em seu art. 201. A observância de tais princípios e critérios é que permitirá a manutenção de qualquer sistema de Previdência e Seguridade Social. Os sistemas de Previdência e Seguridade Social dos Estados somente poderão se manter à medida que haja a respectiva fonte de custeio, para cada benefício, sob pena de sucumbirem.

Tenho o maior apreço à necessidade de proteção que se deve dar ao menor. É uma norma programática, inserta na Constituição, mas, como se sabe, a própria Constituição estabelece o princípio da legalidade: Ninguém é obrigado a fazer nada, senão em virtude de lei. Então, se não existe uma lei, que imponha ao Estado a necessidade de se conceder esse benefício, e se essa lei não prever, além da concessão desse benefício, a respectiva fonte de custeio, penso que não se pode impingir ao Estado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a concessão desse benefício.

E penso que o entendimento que dá suporte à conclusão majoritária do julgamento, com a mais respeitosa vênia, se estenderá, posteriormente, a um campo muito mais alargado, porque isso se estenderá também no âmbito do Regime Geral de Previdência Social. Também não se prevê, no âmbito do Regime Geral de Previdência Social, a concessão de pensão ao menor sob guarda. Também não há previsão e também não há fonte de custeio para tal no âmbito da Previdência Social do servidor federal. A Lei 8.112/90 também não prevê esse benefício e também não há fonte de custeio para tal benefício.

Então, embora entenda e me sensibilize com a necessidade de se dar proteção ao menor sob guarda, em face do art. 227 da Constituição, penso que tal proteção há de estar pautada no princípio da legalidade. Assim, vou pedir licença ao Ministro Ari Pargendler, para ratificar os fundamentos de S. Exa., para também acompanhar sua divergência e, no caso, pedindo a mais respeitosa vênia ao eminente Relator e aos entendimentos em contrário, nego provimento ao Recurso Ordinário em Mandado de Segurança.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 36.034 - MT (2011/0227834-9)

VOTO

O MINISTRO SÉRGIO KUKINA: Sr. Presidente, em primeiro lugar, obrigado pelo atendimento da solicitação, a qual se prende exatamente a essa circunstância, de se tratar aqui, a parte interessada, de menor de dezoito anos que, em conformidade com a Constituição Federal, art. 227, deve merecer atenção em regime de prioridade absoluta. É o que se define no art. 227, da Constituição.

No caso concreto, chama-me a atenção o fato de que, na ementa, envereda-se por dizer do conflito entre a legislação previdenciária local [aqui estamos tratando de um caso do Mato Grosso, em que se questiona a aplicação da norma local, estadual] e a regra do Estatuto da Criança e do Adolescente. A regra posta no art. 33, § 3º, do ECA, segundo a qual a criança ou adolescente sob guarda são considerados dependentes para todos os fins e efeitos de direito, "inclusive previdenciários". O ECA, portanto, sinaliza nesse sentido. A legislação estadual do Mato Grosso, até um determinado tempo, continha uma regra que estendia essa mesma benesse também aos menores sob guarda; acabou por suprimi-la. Daí esse menor vir a juízo.

Lembro também que, no âmbito do Regime Geral da Previdência, sucedeu a mesma coisa, a lei de benefícios foi alterada em 1996, suprimindo-se o menor sob guarda do rol dos beneficiários, mantendo-se ali o enteado e aquele posto sob tutela, em uma decisão que, a meu sentir, quando menos, fere o critério da isonomia que se deve observar em relação aos menores de dezoito anos, tal como também destaca o art. 227 da Constituição, no sentido que não poderá haver diferenciação, tratamento desigual, em relação a menores de dezoito anos.

Então, em face de uma lei de cunho previdenciário, de um lado, suprimindo o direito do menor até então sob guarda, cujo guardião falece, e, de outro lado, o Estatuto da Criança, penso, com a devida vênia do eminente Relator e da jurisprudência haurida da nossa Terceira Seção, que não há espaço para se conferir, em nome do critério da especialidade, prevalência para a lei previdenciária. Se especialidade há, seguramente ela haverá de decorrer da legislação menorista, pois é a Carta Constitucional que, no art. 227, reclama, da família, da sociedade, do Estado, a conjugação de esforços no sentido de assegurar atendimento prioritário a todos os interesses de crianças e adolescentes. E o ECA, ao fazer isso, está em absoluta sintonia



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com a Constituição, como referi. E para além disso, e para antes disso, também não nos devemos esquecer de que o Brasil é signatário de importante documento internacional, a Convenção sobre os Direitos da Criança, um documento aprovado pela ONU em novembro de 1989, que foi aprovado pelo nosso Congresso Nacional, depois também ratificado por decreto presidencial, o Decreto n. 99.710/1990, determinando o cumprimento interno de todas as 54 regras indicadas na Convenção Internacional.

Eu, pessoalmente, estimo que essa Convenção sobre os Direitos da Criança possa, brevemente, ganhar *status* de emenda constitucional por força da observância da técnica legislativa prevista no art. 5º, § 3º, da Constituição, ali implantada com o advento da Emenda 45, de 2004, fenômeno que até agora entre nós ocorreu unicamente em relação à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o único diploma internacional de direitos humanos até agora guindado a *status* constitucional.

Mas, enfim, nesse cotejo entre normativa previdenciária, de um lado, e normativa especial menorista, de outro, considerando-se que a tutela em prol de crianças e adolescentes haverá de observar o regime da prioridade absoluta posto no art. 227, da Constituição, considerando que a ideia da prioridade absoluta se irmana com primados básicos que dizem com a condição de sujeitos de direitos de crianças e adolescentes, em condição peculiar de desenvolvimento, a exigir, sobretudo, investimentos por meio de fundos públicos em favor da causa dos menores, tenho que a legislação menorista, na espécie, deverá prevalecer sobre a previdenciária.

Então, tudo isso dá suporte a que tenhamos já no art. 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente a indicação de que – nesse diploma, Lei n. 8.069/90, que regulamenta o art. 227 – adotou-se a doutrina da proteção integral em favor de crianças e adolescentes e, portanto, penso que, a partir desse cenário, estar-se-ia fazendo *tabula rasa* dessa premissa da proteção integral da prioridade absoluta ao se dar primazia à legislação estadual que vem em detrimento do interesse daquele menor que se achava sob guarda, notadamente pela circunstância de que o Estatuto da Criança ainda traz em pleno vigor o § 3º, do art. 33, que faz estender àquele que se encontrava sob guarda todos os direitos, inclusive direitos de natureza previdenciária.

Era esse o destaque que gostaria de fazer e trazer a reflexão de V. Exas. para que ponderemos se, efetivamente, nesse contraste colocado na causa sob apreciação o que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

deverá prevalecer? Qual legislação é realmente especial? É a lei que rege interesses dos menores de 18 anos ou é a lei estadual que disciplina os benefícios e que, sem motivo relevante, fez excluir, em dado momento, a possibilidade de que o menor, posto sob guarda, pudesse auferir a pensão deixada por seu guardião.

Então, irmanando-me às palavras muito bem postas pelo Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, meu destaque vai nesse sentido.

Sr. Presidente, obrigado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 36.034 - MT (2011/0227834-9)

VOTO-VENCIDO

EXMO. SR. MINISTRO ARI PARGENDLER:

Todo e qualquer benefício previdenciário deve ter uma fonte de custeio. Aqui se trata de lei estadual que não prevê fonte de custeio para a pensão previdenciária que poderia, se outro fosse o caso, resultar da morte de quem tinha em vida um menor sob guarda. O Estatuto da Criança e do Adolescente, que é uma lei federal, não pode - ainda que seu alcance seja *nacional* - se sobrepor à legislação de uma unidade federativa para criar gastos que eventualmente venham a romper o equilíbrio do sistema previdenciário de seus servidores públicos. Nesse particular, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispôs além do que estava no seu âmbito, afrontando a competência legislativa do Estado do Mato Grosso.

Voto, por isso, no sentido de negar provimento ao recurso ordinário.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 36.034 - MT (2011/0227834-9)

VOTO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA:

Sr. Presidente, o Sr Ministro Benedito Gonçalves reconsiderou para dar provimento.

Quando estávamos na Terceira Seção, sempre votei no sentido do voto, agora, reconsiderado do Sr Ministro Benedito Gonçalves. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Og Fernandes, também.

Com a devida vênia dos bem fundamentados votos dos Srs Ministros Ari Pargendler e Assusete Magalhães, vou divergir pelo seguinte: o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) é uma lei nacional, não é federal. Assim, se aplica aos órgãos da federação: União, Estados e Municípios. E no seu art. 33 está expresso: "a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente". Não precisa ter lei estadual, existindo a guarda; é o ECA que diz isso. Para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários. Sendo uma lei nacional, ela se aplica aos Estados, se aplica aos Municípios. Se fosse federal, como sabemos, aí só se aplicaria à Unidade Federativa União; e não aos Estados membros e muito menos aos Municípios. Então, o ECA é expresso.

Além disso, a própria Constituição diz no inciso II do § 3º do art. 227, que o direito à proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: garantia de direitos previdenciários e trabalhistas. Então, está expresso na Constituição. A meu ver, não é um preceito meramente programático, mas é bastante em si e aplicável de acordo com a lei nacional que é o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), cujo art. 33, § 3º é expresso a respeito.

Com essas pequenas e breves considerações, acompanho o eminente Relator, dando provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 36.034 - MT (2011/0227834-9)
RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
RECORRENTE : A F P DE A (MENOR)
REPR. POR : C DA S F
ADVOGADO : SELMA PINTO DE ARRUDA GUIMARÃES E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DE MATO GROSSO
PROCURADOR : ANA CRISTINA COSTA DE ALMEIDA B TEIXEIRA E OUTRO(S)

VOTO

(MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO)

1. Senhor Presidente, o eminente Relator entende que o menor sob guarda judicial não tem direito de perceber a pensão previdenciária deixada pelo segurado do INSS, por se dever aplicar, ao caso, a legislação vigente da data do óbito do instituidor do benefício.

2. Senhor Presidente, tenho as seguintes observações a fazer: a primeira é que o menor sob guarda está contemplado especificamente no Estatuto da Criança e do Adolescente e mencionado no seu art. 33, § 3º, expressamente, como destinatário do benefício previdenciário. Primeiro ponto: deve-se aplicar o Estatuto.

3. Segundo ponto: houve uma mudança na redação do art. 14 da Lei 8.213/91, do INSS, para excluir o menor sob guarda da possibilidade de percepção desse benefício. Essa alteração na Lei previdenciária é o que se tem chamado, na doutrina contemporânea, de retrocesso de garantias. Penso que é absolutamente incompatível com o intuito previdenciarista alterar, para retirar, a possibilidade de percepção de benefício. Seria possível alterar a Lei para ampliá-lo, mas não para restringir, porque, pela Constituição, todas as normas de seguridade social devem visar à melhoria da condição dos destinatários, e não a sua piora, como neste caso, que se retirou o menor sob guarda da tal proteção.

4. Numa sessão passada da nossa Primeira Turma e em outra da Seção, o eminente Ministro SÉRGIO KUKINA proferiu um voto que mereceria as maiores divulgações, além de todos os aplausos, porque S. Exa. focou, de maneira absolutamente precisa e compreensiva, a situação do menor sob guarda, inclusive



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

assinalando que a dependência econômica é uma situação de fato, independe da guarda. Se houver a guarda, se houver adoção, seja por qualquer documento ou instituição escrita, tanto melhor, porém, ainda que não haja nada disso, mas se o segurado da Previdência é quem mantinha o menor, e ele faleceu, há que se dar ao menor o benefício da pensão, até para se guardar alguma coerência com os sonoros e solenes discursos feitos pelos Juristas, em geral, enaltecendo a necessidade de se proteger a infância e a juventude. Mas quando surge um caso concreto para proteger a infância e a juventude, que é conceder uma pequena pensão de um salário mínimo e até dezoito anos, nega-se. O que resta para a criança a não ser a marginalidade e a prostituição?

5. Penso que esta norma não deve ser interpretada a partir da leitura da Lei, a meu sentir, mas a partir da compreensão da situação de desamparo, de absoluto deboche do Poder Público com as crianças miseráveis. Uma criança é mantida por um segurado da previdência; o segurado morre, o que se faz com a criança? O que se faz com essa criança? Talvez sugerir que ela acompanhe aquele que o mantinha?

6. Senhor Presidente, peço desculpa a V. Exa. e à Seção por falar nesses termos, mas é o que me vem à mente, porque conheço a realidade do Nordeste do Brasil, do interior do Ceará, e isso ocorre no Ceará. Conheço pessoas, Senhor Presidente, que vendem objetos, vendem bicicleta, vendem cabra, vendem bode, vendem jumento, para pôr em dia a Previdência, para deixar o benefício em favor de um dependente. Aí vem o Poder Público, depois, com argumentos de hierarquia de norma, norma específica, Lei geral, Lei não sei o quê, para suprimir direito do menor, quando se deveria fazer toda essa ginástica e hermenêutica jurídica, para alargar o benefício, a meu ver.

7. Peço desculpa a V. Exa. e ao Ministro BENEDITO GONÇALVES. Ministro BENEDITO GONÇALVES, desculpe-me por falar desse jeito, não estou, de maneira alguma, dizendo isso de V. Exa, pois sabe da estima que lhe tenho e do bem querer que lhe devoto, mas um caso desses não pode ser julgado como se fosse apenas uma relação jurídica. Isso é uma relação de proteção, de inclusão e de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sobrevivência do menor.

8. Por isso, Senhor Presidente, peço vênia ao eminente Ministro Relator - não sabia que era o Ministro BENEDITO GONÇALVES, não sabia nem quem era o Relator -, para conceder a pensão e dar provimento ao Recurso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 36.034 - MT (2011/0227834-9)

VOTO-VOGAL

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Sr. Presidente, a dignidade é um valor basilar dos direitos humanos. Como pensar em dignidade, que está prevista no art. 1º da Constituição Federal como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, se relegamos a segundo plano uma resposta do Judiciário em face das questões desse jaez?

O ECA é um grande guarda-chuva estabelecido a partir da previsão constitucional (art. 227, § 8º), que determinou o estatuto que abraça qualquer situação em que haja envolvido um menor ou um adolescente. Esse é o prisma sobre o qual devemos constituir uma nação e o direito que rege as diversas relações jurídicas.

Nem sequer poderíamos aproveitar o argumento de que, com bastante acuidade lembrou o Sr. Ministro Herman Benjamin, sobre os custos que quebrariam o regime previdenciário.

É preciso dizer que se a Previdência não tratar de investir em relação aos menores, ela vai ter um custo elevado, adiante, em salário penitenciário, em benefícios hospitalares, em uma série de outros gastos que serão, fatalmente, deflagrados pois aquele desassistido vai se transformar em um preso ou em uma pessoa doente ou numa situação crônica de hipossuficiência. De modo que sequer é possível se estabelecer um critério meramente matemático para se apreciar o tema, porque, do ponto de vista previdenciário, há sérias consequências com a omissão em relação a isso.

Estamos a tratar na Seção, de vários temas muito importantes. Mas, hoje, o mais importante que se está a decidir aqui, é este, a meu ver.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso em mandado de segurança.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 36.034 - MT (2011/0227834-9)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PENSÃO ESTATUTÁRIA POR MORTE. SERVIDOR PÚBLICO DO ESTADO DO MATO GROSSO. MENOR SOB GUARDA. REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL DO ESTADO DO MATO GROSSO. PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

1. A tese central do recurso ordinário gira em torno do reconhecimento do direito da criança ou do adolescente sob guarda ao benefício pensão por morte. O cerne da questão consiste em verificar qual a legislação aplicável à espécie, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que garante ao menor sob guarda a condição de dependente, inclusive para fins previdenciários, ou se a Lei Complementar estadual 197/2004, que se adequou à legislação do Regime Geral de Previdência Social, Lei 8.213/1991, art. 16, § 2º, alterado pela Lei nº 9.528/1997, que retirou o menor sob guarda do rol de dependentes, mantendo o legislador o menor sob tutela, desde que comprovada a sua dependência econômica.

2. Diante da modificação realizada sobre o § 2º do art. 16 da 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 da criança ou adolescente sob guarda do segurado ao benefício pensão por morte.

3. Voto-vogal, inaugurando divergência no âmbito da Primeira Seção, pois a questão referente ao menor sob guarda deve ser analisada segundo as regras e princípios constitucionais, principalmente em observância ao princípio da proteção integral do menor, consagrado no art. 227 da Constituição Federal de 1988.

4. O Estatuto da Criança e do Adolescente não é uma simples lei, representa política pública de proteção à criança e ao adolescente, verdadeiro cumprimento da ordem constitucional.

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

6. Recurso ordinário provido.

VOTO-VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES:

Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto pela menor impúbere AFP de A, ora representada por sua genitora Carmem da Silva Fernandes, contra



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acórdão denegatório de segurança, proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, assim ementado (fls. 100):

MANDADO DE SEGURANÇA - PENSÃO POR MORTE - MENOR SOB GUARDA JUDICIAL - AUSÊNCIA DE QUALIDADE DE BENEFICIÁRIO - ÓBITO DO SEGURADO OCORRIDO APÓS O ADVENTO DA LC 197/2004 - REVOGAÇÃO DA ALÍNEA "B" DO INCISO II DO ARTIGO 245 DA LC 04/90 - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - INAPLICABILIDADE - ORDEM DENEGADA.

Em regra, os benefícios previdenciários são regidos pelo princípio *tempus regit actum*.

O menor, sob guarda judicial não tem direito a receber pensão por morte, se a condição fática necessária à concessão do benefício, qual seja, o óbito do segurado, sobreveio à vigência da LC 197/2004, que revogou a alínea "b" do inciso II da LC 04/90.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) não garante a qualidade de dependente do menor sob guarda judicial para fins previdenciários, por ser norma de cunho genérico.

O Tribunal *a quo* denegou a segurança sob o entendimento de que o pedido não encontra amparo na legislação previdenciária do Estado do Mato Grosso, Lei Complementar 4/1990, art. 245, com a redação alterada pela Lei Complementar 197/2004.

O presente recurso ordinário foi interposto com objetivo de ver reconhecido direito líquido e certo ao benefício pensão estatutária por morte, com proventos integrais, à neta sob guarda de servidora pública do Estado do Mato Grosso, falecida em março de 2009, com base na Lei Complementar estadual 197/2004, que igualmente à lei do Regime Geral de Previdência, não mais elenca a figura do menor sob guarda judicial no rol dos dependentes previdenciários.

Com efeito, para concessão do benefício pensão por morte, são necessários três requisitos, a saber: 1º) óbito do segurado; 2º) qualidade de segurado, não necessariamente na data do óbito; 3º) qualidade de dependente do postulante do benefício.

A tese central do recurso ordinário gira em torno do reconhecimento do direito da criança ou do adolescente sob guarda ao benefício pensão por morte. O cerne da questão consiste em verificar qual a legislação aplicável à espécie, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que garante ao menor sob guarda a condição de dependente, inclusive para fins previdenciários, ou se a Lei Complementar estadual 197/2004, que se adequou à legislação do Regime Geral de Previdência Social, Lei 8.213/1991, art. 16, § 2º, alterado pela Lei nº 9.528/1997, que retirou o menor sob guarda do rol de dependentes, mantendo o legislador o menor sob tutela, desde que comprovada a sua dependência econômica.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante da modificação realizada sobre o § 2º do art. 16 da 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 da criança ou adolescente sob guarda do segurado ao benefício pensão por morte.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a Quinta Turma 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, de Relatoria do Ministro Gilson Dipp, DJe 16/5/2005.

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

Registre-se que nos autos do EREsp 727.716/CE, Relator Ministro Desembargador Convocado do TJ/SP Celso Limongi, a Terceira Seção afetou questão de ordem arguida pelo Ministério Público Federal à Corte Especial, que decidiu não acolher a preliminar de inconstitucionalidade do art. 16, § 2º, da Lei 8.213/1991, na redação da Lei 9.528/1997, na medida 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 a 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.

Apresento, então, Excelências, nesta oportunidade, voto vogal, inaugurando divergência no âmbito da Primeira Seção, pois no meu modo de sentir a questão referente ao menor sob guarda deve ser analisada segundo as regras e princípios constitucionais de proteção ao menor,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

principalmente em observância ao princípio da proteção integral do menor, consagrado no art. 227 da Constituição Federal de 1988.

O Estatuto da Criança e do Adolescente não é uma simples lei, representa 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 o 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 de seu Procurador-Geral ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal, ação direta de inconstitucionalidade, autuada sob o nº ADI 4.878/DF, distribuída ao Ministro Gilmar Mendes, autos conclusos para decisão acerca do pedido de liminar, em que 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 direta de inconstitucionalidade *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-lhes 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, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

O menor sob guarda se encontra em situação de vulnerabilidade na atual interpretação do STJ acerca da legislação aplicável, porquanto não se mostra, *data venia*, compatível com a Constituição Federal de 1988.

Por outro lado, não se pode ignorar a possibilidade da utilização irregular do instituto da guarda com o fito precípuo de obtenção do benefício previdenciário. Todavia, conforme adverte o juiz federal do TRF-4ª Região, Mestre em Direito e Relações Internacionais pela UFSC, Oscar Valente Cardoso, em seu artigo jurídico titulado Direito da Criança ou Adolescente Sob Guarda à Pensão por Morte, publicado pela Revista CEJ, produção do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, Brasília, Ano XIV, n. 48, p. 77-86, jan./mar. 2010, eventual desvirtuação do instituto não pode servir como fulcro de discriminação odiosa que acaba por excluir o menor sob guarda da proteção previdenciária.

Embora o menor sob guarda tenha sido excluído do rol de dependentes da previdência social, deve o mesmo ser beneficiado em atendimento ao disposto nos arts. 6º e 227 da Constituição.

Há verdadeiro direito social subjetivo que traz a necessidade de interpretação da norma legal em plena conformidade com a otimização da eficácia desse direito.

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

Confira-se a lição de Otávio Henrique Martins Port *in verbis*:

Observe-se ainda que a responsabilidade em assegurar esses direitos à criança e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 indisfarçável 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. 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 adolescente apontam no mesmo sentido, vale dizer, na cobertura do atendimento aos menores e adolescentes, representada pela garantia de seu direito mais básico, qual seja, o direito à subsistência.

(Otávio Henrique Martins Port, artigo titulado O Direito à Pensão por Morte Previdenciária do Menor sob Guarda sob a Óptica do Princípio Constitucional da Proteção Especial ao Menor, *in* Poder Judiciário, Direitos Sociais e Racionalidade Jurídica, 2011, Elsevier Editora, página 253)

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.

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 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.

Se realmente há conflito de leis e se a lei complementar estadual previdenciária do Estado do Mato Grosso é lei específica da previdência social, não é menos certo que a criança e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o adolescente têm norma específica, 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.

Cumpre, 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*:

Art. 26. 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.

Destarte, ao menor sob guarda é devida a proteção previdenciária, ora representada pela concessão do benefício previdenciário pensão por morte de seu guardião, sob pena de ser um menor órgão e faminto.

Ante o exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso ordinário para conceder a segurança.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2011/0227834-9 PROCESSO ELETRÔNICO RMS 36.034 / MT

Números Origem: 201102278349 529862011

PAUTA: 27/11/2013

JULGADO: 26/02/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HUBERTO MARTINS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FLAVIO GIRON

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : A F P DE A (MENOR)
REPR. POR : C DA S F
ADVOGADO : SELMA PINTO DE ARRUDA GUIMARÃES E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DE MATO GROSSO
PROCURADOR : ANA CRISTINA COSTA DE ALMEIDA B TEIXEIRA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Servidor Público Civil - Pensão

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Seção, por maioria, vencidos o Sr. Ministros Ari Pargendler e a Sra. Ministra Assusete Magalhaes, deu provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Arnaldo Esteves Lima, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator.