

RECURSO ESPECIAL Nº 1.411.258 / RIO GRANDE DO SUL (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

EMENTA

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 Nº 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 Nº 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, entre 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.

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 imposta 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 nº 8.213/91, pela Lei nº 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 panorama jurídico.

7. Devem-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 veem 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 nº 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 Nº 9.528/97. FUNDA-SE ESSA CONCLUSÃO NA QUALIDADE DE LEI ESPECIAL DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (8.069/90), FRENTE À LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA.*

10. Recurso Especial do INSS desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, por unanimidade, negar provimento ao Recurso Especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães (voto-vista), Sérgio Kukina e Gurgel de Faria (que se declarou habilitado a votar) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão e, ocasionalmente, a Sra. Ministra Regina Helena Costa.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília/DF, 11 de outubro de 2017 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Ministro Relator

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2013/0339203-9

PROCESSO ELETRÔNICO REsp nº 1.411.258/RS

Números Origem: 001489082201140499990058781622008821007007010800058785
10800058785 120126544 148908220114049999 201303392039 587816220088210070
7010800058785

PAUTA: 25/11/2015

JULGADO: 09/12/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR GUIMARÃES MORAES FILHO

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL– INSS

ADVOGADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL – PGF

RECORRIDO: TÁSSIA CRISTIANE FERREIRA DOS SANTOS

ADVOGADO: SÉRGIO LUÍS DA SILVA E OUTRO(S)

INTERES.: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO (IBDP) – *AMICUS
CURIAE*

ADVOGADO: ALEXANDRE S TRICHES E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO PREVIDENCIÁRIO – Benefícios em Espécie – Pensão por Morte
(Art. 74/9)

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentaram, oralmente, a Dra. Karina Teixeira de Azevedo, pelo recorrente e o Dr. Moacir Guimarães Morais Filho, pelo Ministério Público Federal.

CERTIDÃO

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

“Após as sustentações orais proferidas, pediu vista regimental o Sr. Ministro Relator. Aguardam os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3ª. Região) e Humberto Martins.”

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2013/0339203-9

PROCESSO ELETRÔNICO REsp nº 1.411.258/RS

Números Origem: 001489082201140499990058781622008821007007010800058785
10800058785 120126544 148908220114049999 201303392039 587816220088210070
7010800058785

PAUTA: 09/03/2016

JULGADO: 09/03/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR GUIMARÃES MORAIS FILHO

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

ADVOGADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL – PGF

RECORRIDO: TÁSSIA CRISTIANE FERREIRA DOS SANTOS

ADVOGADO: SÉRGIO LUÍS DA SILVA E OUTRO(S)

INTERES.: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO (IBDP) – *AMICUS CURIAE*

ADVOGADO: ALEXANDRE S TRICHES E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO PREVIDENCIÁRIO – Benefícios em Espécie – Pensão por Morte
(Art. 74/9)

CERTIDÃO

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

“Retirado de Pauta por indicação do Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.”

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 nº 9.528/97 ao §2º do art. 16 da Lei nº 8.213/91 não teve o condão de derrogar o art. 33 da Lei nº 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 nº 8.213/91 (fl. 125).

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 nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 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 nº 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 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.

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 Nº 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 Nº 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, entre 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.

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 da 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 nº 8.213/91, pela Lei nº 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 panorama jurídico.

7. Devem-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 veem desamparados, expostos a riscos que fazem periclitarem 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 nº 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 Nº 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 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 oblíqua, 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, entre 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 nº 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 nº 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 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 nº 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 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 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 nº 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, reverenciada por todos os títulos, reputa-se não ser esta a solução de melhor justiça a ser dada à questão, conforme se passa a 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 se depreende 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 nº 8.112/90.

2. O art. 5º da Lei nº 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 nº 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 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 têm 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 nº 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. 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 Nº 8.059/1990. APLICAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES PROTETIVAS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ART. 33, §3º, DA LEI Nº 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 nº 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 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 serevista 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 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 nº 8.213/91, pela Lei nº 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)

(...)

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 imposta 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 conformação ao caso concreto, a fim de concretizar a pretensão de eficácia ínsita 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 subsequentemente o legislador, no âmbito de sua conformação, ditar 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 paralisia 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, como 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 direito (Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Malheiros, 2007, p.160).*

24. Devem-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 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. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 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 desrepeito 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 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*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 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 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, entre 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 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 periclitarem 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 nº 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. 3º – 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 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 previdenciários a eles (Lei nº 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 nº 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 mais 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 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 nº 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 nº 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 nº 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). 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 nº 9.528/97. Entretanto, esta Lei não revogou expressamente o §32 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*. 13ª ed. Atlas, 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 nº 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.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2013/0339203-9

PROCESSO ELETRÔNICO REsp nº 1.411.258/RS

Números Origem: 001489082201140499990058781622008821007007010800058785
10800058785 120126544 148908220114049999 201303392039 587816220088210070
7010800058785

PAUTA: 08/06/2016

JULGADO: 08/06/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA CAETANA CINTRA SANTOS

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

ADVOGADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL – PGF

RECORRIDO: TÁSSIA CRISTIANE FERREIRA DOS SANTOS

ADVOGADO: SÉRGIO LUÍS DA SILVA E OUTRO(S)

INTERES.: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO (IBDP) – *AMICUS CURIAE*

ADVOGADO: ALEXANDRE S TRICHES E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO PREVIDENCIÁRIO – Benefícios em Espécie – Pensão por Morte (Art. 74/9)

CERTIDÃO

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

“Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista regimental do Sr. Ministro Relator negando provimento ao recurso especial, pediu vista antecipada a Sra. Ministra Assusete Magalhães.”

Aguardam os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria (caso se declare habilitado a votar), Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região) e Humberto Martins.

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

VOTO-VISTA

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se, na origem, de ação ajuizada em 09/12/2008, por menor impúbere, objetivando o recebimento de pensão por morte da avó materna, ocorrida no dia 20/08/2007.

De acordo com a petição inicial, a menor, em razão do falecimento de sua mãe, no dia 21/03/1999, ficou sob a guarda da avó materna, com quem passou a residir e dela depender economicamente. Após o óbito da avó, em 20/08/2007, requereu, em 20/11/2008, por meio da tutora que lhe foi nomeada, pensão por morte, que, na via administrativa, foi indeferida, motivando o ajuizamento da presente ação.

O pedido foi acolhido, em 1º Grau, condenando o INSS “a CONCEDER à autora, TÁSSIA CRISTIANE FERREIRA DOS SANTOS, o benefício de pensão por morte de MARIA LUIZA FERREIRA DOS SANTOS, com valor correspondente a 100% (cem por cento) da aposentadoria que a segurada teria direito se estivesse aposentada por invalidez na data de seu falecimento, a contar da data do requerimento administrativo (20/11/2008)”, com

atualização monetária das parcelas vencidas, juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação, bem como honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação, com observância da Súmula 111 do STJ, mais custas processuais, pela metade.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região deu provimento ao apelo da parte autora, para fixar, como marco inicial do benefício, a data do óbito da segurada (20/08/2007), e deu parcial provimento à remessa oficial, para alterar a sentença, quanto às custas e à correção monetária. Negou provimento à Apelação do INSS e determinou, ainda, a implantação do benefício, em até 45 (quarenta e cinco) dias. O acórdão restou 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 nº 9.528/97 ao §2º do art. 16 da Lei nº 8.213/91 não teve o condão de derogar o art. 33 da Lei nº 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 nº 8.213/91 (fl. 125e).

Opostos Embargos de Declaração, pelo INSS, foram rejeitados (fls.144/148e).

Publicado o acórdão em 24/02/2012, na vigência do CPC/73, o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL interpôs, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, o presente Recurso Especial.

Sustenta o recorrente violação ao art. 535, I e II, do CPC/73, pois o acórdão recorrido teria sido “omisso/contraditório na aplicação e esclarecimentos acerca da legislação previdenciária que regula os elencados como dependentes para fins previdenciários, sendo que entre eles não estaria incluído o menor sob guarda, o que prejudica o intento da parte autora deferido judicialmente (...) já que a teor da legislação previdenciária restou deferido para a parte recorrida o benefício previdenciário sem a necessária condição de dependente, dada a exclusão do menor sob guarda de tal condição, nos termos da Lei nº 9.528/97” (fls. 153/154e).

Defende, quanto ao mais, violação aos arts. 16, §2º, Lei nº 8.213/91, na redação da Lei nº 9.528/97, e 2º, §1º, da LICC, afirmando, em síntese, a impossibilidade de concessão da pensão por morte ao menor sob guarda, no caso, uma vez que, à época do óbito da instituidora da pensão, após a edição da Medida Provisória 1.523/96, reeditada e convertida na Lei nº 9.528/97, não está ele mais elencado no rol de dependentes da Previdência Social.

Por fim, alega que, “uma vez demonstrada contrariedade à Lei Federal – art. 16, §2º, da Lei nº 8.213/91, na redação em vigor a partir da Lei nº 9.528/97 e art. 2º, §1º, da LICC – o INSS requer seja o recurso conhecido e provido, a fim de que haja a reforma do acórdão regional, *definindo-se a impropriedade da concessão de benefício de pensão por morte para a parte autora, por falta de enquadramento como dependente previdenciária da mesma na época do óbito*”, ou, “se assim não entender a C. Turma, o INSS requer a anulação da decisão que rejeitou os embargos de declaração, por afronta ao artigo 535, do CPC, para que o Tribunal Regional profira outra, suprimindo a omissão/contradição havida no julgado” (fl. 163e).

Sem contrarrazões (fl. 165e), o Recurso Especial foi admitido, na origem (fl. 166e).

Distribuído ao Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, o julgamento do presente feito foi submetido à Primeira Seção, sob o rito dos arts. 2º, *caput*, da Resolução 8/2008/STJ e 543-C do CPC/73.

O Ministério Público Federal, a fls. 184/190e, opina pelo não conhecimento do Recurso Especial, em razão do óbice da Súmula 126/STJ.

O INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO - IBDP foi admitido no feito, a fl. 238, na condição de *amicus curiae*.

Iniciado o julgamento, o Ministro Relator, NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, proferiu substancial voto, negando provimento ao Recurso Especial, interposto pelo INSS. Destacou, em preliminar, a não incidência da Súmula 126/STJ, pois violação à Constituição Federal, se houvesse, seria indireta ou reflexa. Quanto à questão de mérito, fundamentou-se na assertiva de que a alteração introduzida pela Medida Provisória 1.523/96, reeditada e convertida na Lei nº 9.528/97, ao art. 16, §2º, da Lei nº 8.213/91, representa retrocesso normativo, incompatível com o texto da Constituição da República. Asseverou, ainda, que “a alteração do art. 16, §2º da Lei nº 8.213/91, pela Lei nº 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”.

Pedi vista dos autos, para melhor examinar a questão controvertida, relativa à incidência da Súmula 126/STJ e à possibilidade de concessão de pensão por morte, a menor sob guarda, em caso de óbito ocorrido após a inovação legislativa introduzida pela Medida Provisória 1.523/96, reeditada e convertida na Lei nº 9.528/97, que alterou o §2º do art. 16 da Lei nº 8.213/91, na sua redação original, excluindo o menor sob guarda judicial como dependente do segurado.

Destaco, de plano, inexistir a alegada negativa de prestação jurisdicional, haja vista que a matéria em questão foi analisada, de forma completa e fundamentada, pelo Tribunal de origem, ficando claro – como não deixa dúvida a ementa do acórdão recorrido – o entendimento adotado, no sentido de que “a nova redação dada pela Lei nº 9.528/97 ao §2º do art. 16 da Lei nº 8.213/91 não teve o condão de derogar o art. 33 da Lei nº 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”.

Observo, por outro lado – assim como o fez o Relator –, não ser caso de incidência da Súmula 126/STJ, como óbice à admissibilidade do Recurso Especial, pois a ofensa à Constituição Federal, pelo acórdão recorrido, acaso existisse, seria indireta ou reflexa, de modo que a não interposição do Recurso Extraordinário, no caso, não impede o conhecimento do Especial.

Nesse sentido, são inúmeros os precedentes do STJ, entre os quais destaco:

PROCESSUAL CIVIL. ALEGADA INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO Nº 126 DA SÚMULA DO STJ. INOCORRÊNCIA. SERVIDORA PÚBLICA. VANTAGEM PESSOAL INSTITUÍDA POR LEI ESTADUAL. SUPRESSÃO. ATO TIDO POR NULO. REVISÃO OCORRIDA APÓS 13 ANOS. INCIDÊNCIA DA LEI Nº 9.784/99. DECADÊNCIA CONFIGURADA.

1. Não é o caso de incidência da Súmula 126/STJ, pois a menção genérica ao princípio da legalidade não impede a discussão dos demais fundamentos (legislação federal) no âmbito do Recurso Especial, principalmente quando a jurisprudência do STF é pacífica no sentido de que não cabe Recurso Extraordinário se a suposta violação à norma constitucional for reflexa, como ocorre no presente caso.

(...)

Agravo regimental improvido (STJ, AgRg no REsp 1.366.119/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 12/08/2014).

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO REFLEXA. ACATAMENTO. SÚMULA 126/STJ. AFASTAMENTO. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. ABUSIVIDADE DESCARTADA NA ORIGEM. REVISÃO NESTA CORTE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. IMPROVIMENTO.

1. Embora acatada a tese de ofensa reflexa ao texto constitucional, para afastar a aplicação da Súmula 126 desta Corte, o recurso não merece provimento por fundamento remanescente, qual seja, a incidência da Súmula nº 7 desta Corte, porquanto a revisão do julgado demanda reapreciação do contexto fático-probatório.

2. Agravo regimental a que se nega provimento (STJ, AgRg no AREsp 467.933/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, DJe de 26/05/2014).

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO INTEGRATIVO RECEBIDO COMO AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA REPETITÓRIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. TRANSPORTADORES AUTÔNOMOS. ART. 22, III, DA LEI Nº 8.212/1991. BASE DE CÁLCULO. PORTARIA Nº 1.135/2001. PRAZO PRESCRICIONAL CONFORME À ÉPOCA DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. LC Nº 118/2005.

1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, em observância aos princípios da fungibilidade e economia processual.

2. *O acórdão a quo, ao decidir que "ofende o disposto no art. 22, inciso III, da Lei nº 8.212/1991, a fixação, por ato infralegal, da base de cálculo da contribuição devida pela empresa sobre a remuneração paga ao transportador autônomo", é passível de análise em recurso especial, por alegação de violação do art. 22, inciso III, da Lei nº 8.212/1991, não havendo falar que a menção feita ao princípio da legalidade tributária constante da ementa do acórdão confira natureza constitucional à sua fundamentação, mormente porque, neste caso, qualquer eventual violação a dispositivo constitucional, se houver, será meramente reflexa. Assim, não aplicável o óbice da Súmula nº 126 do STJ. Nesse sentido, entre outros: AgRg nos EDcl no REsp 1000671/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 28/02/2012; AgRg no Ag 1318552/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 03/02/2011.*

(...)

5. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, não provido (STJ, EDcl no REsp 1.277.943/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 16/10/2012).

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. SÚMULAS 283/STF E 126/STJ. INAPLICABILIDADE.

1. Atacados os fundamentos do acórdão recorrido, no recurso especial, descabida a aplicação da Súmula 283/STF.

2. *"Não tem incidência a Súmula 126 desta Corte nos casos em que a alegada violação à Constituição Federal é de natureza reflexa ou indireta" (AgRg no REsp 919.242/SP, Rel. Min. JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 07/02/2008, DJ 25/02/2008, p. 377).*

3. Agravo regimental desprovido (STJ, AgRg nos EDcl no REsp 901.148/MS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, DJe de 22/11/2010).

Ademais, o Supremo Tribunal Federal entende cabível o Recurso Extraordinário somente em casos de violação direta à Constituição da República, conforme salientou o Ministro Relator, NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, tendo mencionado, inclusive, acórdãos proferidos pelo Pretório Excelso, no julgamento de casos em que se discutia a mesma controvérsia dos presentes autos, aos quais acrescento:

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Menor sob guarda judicial. Condição de dependente, para fins previdenciários. Discussão. Artigo 97 da Constituição Federal. Súmula Vinculante nº 10. Violação. Inexistência. Legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes.

1. Pacífica a jurisprudência da Corte de que não há violação do art. 97 da Constituição Federal e da Súmula Vinculante nº 10 do STF quando o Tribunal de origem, sem declarar a inconstitucionalidade da norma, nem afastá-la sob fundamento de contrariedade à Constituição Federal, limita-se a interpretar e aplicar a legislação infraconstitucional ao caso concreto.

2. Inadmissível, em recurso extraordinário, a análise da legislação infraconstitucional e o reexame dos fatos e das provas dos autos. Incidência das Súmulas nºs 636 e 279/STF.

3. Agravo regimental não provido (STF, AgRg no ARE 804.313/PI, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, PRIMEIRA TURMA, DJe de 20/03/2015).

No mais, superada a questão relativa ao conhecimento do Recurso Especial, resta saber se a Medida Provisória 1.523/96, reeditada e convertida na Lei nº 9.528/97, ao dar nova redação ao art. 16, §2º, da Lei nº 8.213/91, implicou, ou não, na exclusão do direito do menor sob guarda à pensão por morte.

O art. 16, §2º, da Lei nº 8.213/91 dispunha, em sua redação original:

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

I – o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho, 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.

Porém, com o advento da Medida Provisória 1.523/96, reeditada e convertida na Lei nº 9.528/97, o §2º do art. 16 da Lei nº 8.213/91, acima transcrito, passou a ter a seguinte redação:

§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.

Em razão de o menor sob guarda, após a inovação trazida pela Medida Provisória 1.523/96, reeditada e convertida na Lei nº 9.528/97, não mais constar do rol de beneficiários equiparados ao filho, prevaleceu, nesta Corte, até há algum tempo, o entendimento de não mais ser possível reconhecer-lhe o direito à pensão por morte, quando o óbito do instituidor da pensão ocorrer na vigência da alteração legislativa, na linha dos seguintes precedentes:

SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA. CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE A MENOR SOB GUARDA. EFEITO MULTIPLICADOR E LESÃO À ECONOMIA PÚBLICA RECONHECIDOS. PEDIDO DEFERIDO.

I – Nada obstante o pedido de suspensão de liminar e de sentença não ser a via adequada para o debate do mérito da ação originária, “o reconhecimento de lesão grave aos valores protegidos pelo art. 15 da Lei nº 12.016, de 2009, exige um juízo mínimo acerca da decisão judicial” (AgRg na SS nº 2.585/BA, relator o Ministro Ari Pargendler, DJe de 6/9/2012), de modo que a ofensa à ordem, à saúde, à segurança e à economia será tão grande quanto o for a probabilidade de reforma do ato judicial.

II – Hipótese em que a decisão cujos efeitos foram aqui suspensos discrepa da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça “no sentido de ser indevida pensão por morte a menor sob guarda se o óbito do segurado tiver ocorrido sob a vigência da MP nº 1.523/96, posteriormente convertida na Lei nº 9.528/97” (AgRg nos EDcl no REsp nº 1.104.494/RS, Relator o Ministro Nefi Cordeiro, DJ de 16/12/2014).

III – Efeito multiplicador reconhecido, tendo em conta a probabilidade de que a decisão impugnada estimule o ajuizamento de novas ações com o mesmo objeto, e lesão à economia pública demonstrada pela

irrepetibilidade dos proventos eventualmente pagos, considerando a natureza alimentícia do benefício de pensão por morte.

Agravo regimental desprovido (STJ, AgRg na SLS 1.988/MA, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, CORTE ESPECIAL, DJe de 23/03/2015).

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.523/96 (LEI Nº 9.528/97). EXCLUSÃO DO MENOR SOB GUARDA DO ROL DOS DEPENDENTES DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PREVALÊNCIA DA NORMA PREVIDENCIÁRIA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O art. 557 do CPC autoriza ao relator decidir o recurso, com fundamento na jurisprudência dominante, de forma monocrática, não ofendendo, assim, o princípio da colegialidade.

2. *O tema controvertido diz respeito à possibilidade de concessão, ao menor sob guarda, de pensão por morte. O entendimento desta Corte encontra-se uniformizado no sentido de que a Lei nº 9.528/97, norma previdenciária específica, prevalece em relação ao art. 33, §3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo aplicável às hipóteses em que o óbito ocorreu a partir de sua vigência.*

3. Precedentes: AgRg no REsp 1.141.788/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/11/2014, DJe 24/11/2014; EREsp 859.277/PE, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA - DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE, TERCEIRA SEÇÃO, DJe de 27/02/2013; REsp 1.328.300/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/04/2013.

Agravo regimental improvido (STJ, AgRg no REsp 1.482.391/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 20/04/2015).

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. ARGUIÇÃO DE INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. VEDAÇÃO. ANÁLISE DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. INOVAÇÃO RECURSAL EM AGRAVO REGIMENTAL.

1. *A jurisprudência desta Corte sedimentou-se no sentido de ser indevida pensão por morte a menor sob guarda se o óbito do segurado tiver ocorrido sob a vigência da MP nº 1.523/96, posteriormente convertida na Lei nº 9.528/97.*

2. A Corte Especial deste Tribunal decidiu, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no REsp 1.135.354/PB, ser inviável a arguição de questões constitucionais em recurso especial, tendo

em vista que a via própria para o exame do pleito de declaração incidental de inconstitucionalidade é o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.

3. Não compete ao STJ examinar na via especial suposta violação a dispositivo constitucional, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

4. Se a argumentação suscitada não foi, oportunamente, aventada em contrarrazões ao recurso especial, observa-se a ocorrência da preclusão, afinal não se admite inovação argumentativa em sede de agravo regimental.

5. Agravo regimental improvido (STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1.104.494/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe de 03/02/2015).

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENSÃO POR MORTE. ÓBITO DO INSTITUIDOR DA PENSÃO OCORRIDO APÓS ALTERAÇÃO LEGISLATIVA NO ART. 16 DA LEI Nº 8.213/1991. MENOR SOB GUARDA EXCLUÍDO DO ROL DE DEPENDENTES PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS. BENEFÍCIO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ. INCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

– Esta Corte Superior firmou compreensão de que, se o óbito do instituidor da pensão por morte ocorreu após a alteração legislativa promovida no art. 16 da Lei nº 8.213/1991 pela Lei nº 9.528/97 – hipótese dos autos –, tal benefício não é devido ao menor sob guarda.

– Não há como afastar a aplicação da Súmula 83/STJ à espécie, pois a Corte a quo dirimiu a controvérsia em harmonia com a jurisprudência deste Tribunal Superior, que, em vários julgados, também já rechaçou a aplicabilidade do art. 33, §3º, da Lei nº 8.069/1990, tendo em vista a natureza específica da norma previdenciária.

Agravo regimental desprovido (STJ, AgRg no REsp 1.285.355/ES, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (Desembargadora Convocada do TJ/SE), QUINTA TURMA, DJe de 04/03/2013).

Quando atuava no TRF/1ª Região, tive oportunidade de apreciar, como Relatora, a questão controvertida, na Arguição de Inconstitucionalidade 1998.37.00.001311-0/MA, ocasião em que foi declarada, por maioria, pela Corte Especial, “a inconstitucionalidade do §2º do art. 16 da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Medida Provisória 1.623, de 11/10/96, reeditada e convertida na Lei nº 9.528/97, na parte que excluiu o menor sob guarda judicial do rol dos beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependente do segurado”.

Porém, no STJ, a sua Corte Especial, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nos Embargos de Divergência no Recurso Especial 727.716/CE, tratando do mesmo tema, mas sob o enfoque da inconstitucionalidade da Lei nº 9.528/97, houve por bem não conhecer do incidente, concluindo que, nesse caso, há um vazio legislativo, e não, propriamente, vedação do direito do menor.

O saudoso Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Relator para o acórdão, no voto condutor do julgamento acima referido, esclareceu que “o incidente de inconstitucionalidade é cabível quando a declaração de ilegitimidade de uma norma seja indispensável ao julgamento da causa. No caso concreto, isso não ocorre. Segundo ficou relatado, havia um dispositivo legal assegurando a menor sob guarda certo benefício previdenciário, equiparando-o, para esse efeito, à condição de filho. Tal norma foi revogada por outra, que não reproduziu essa equiparação. O que se sustenta, assim, é a inconstitucionalidade dessa falta de equiparação, uma vez que se trata de um direito constitucional. Na verdade, não há inconstitucionalidade a ser declarada. A lei superveniente não negou o direito à equiparação. Apenas omitiu-se em prevê-lo. Ora, 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. Seria insólito, assim, declarar a inconstitucionalidade, no caso, declaração essa que, além de não incidir sobre nenhum específico dispositivo legal, é desnecessária para julgar a causa. Portanto, em preliminar, voto no sentido de não conhecer do incidente”.

Há, na Constituição da República, inúmeros dispositivos conferindo tratamento diferenciado aos menores, sem distinção quanto à circunstância de estarem sob guarda ou tutela, merecendo destaque o art. 227, consagrador do princípio da proteção integral da criança e do adolescente, assegurando, inclusive, proteção especial dos direitos previdenciários, na forma do aludido art. 227, *caput* e §3º, II, *in verbis*:

Art. 227 – É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

(...)

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

(...)

II – *garantia de direitos previdenciários e trabalhistas.*

Nessa perspectiva, crianças e adolescentes são detentores de direitos especiais, em razão de sua particular condição, tendo a família, a sociedade e o Estado o dever de, *com absoluta prioridade*, assegurar-lhes essas garantias, entre as quais se inserem os direitos previdenciários.

O argumento comumente empregado, pelo INSS – renovado no presente Recurso Especial e nos memoriais que apresentou –, no sentido de que a Lei nº 9.528/97, ao excluir a menção ao menor sob guarda do rol previsto no art. 16, §2º, da Lei nº 8.213/91, teve por fim impedir a prática de fraudes e abusos nos pedidos de guarda, cujo objetivo estaria voltado à concessão de futura pensão por morte, não se justifica, porque, na forma do *caput* do art. 227 da Constituição da República, *a prioridade absoluta do legislador ordinário deve ser assegurar o direito previdenciário do menor*, e não – como quer fazer crer o recorrente –, evitar o impacto financeiro decorrente do reconhecimento do direito, mesmo porque eventuais práticas abusivas ou fraudulentas, se porventura existentes, devem ser debeladas pelos meios adequados.

O Estatuto da Criança e do adolescente – Lei nº 8.069/90 –, por sua vez, confere, no seu art. 4º, proteção integral à criança e ao adolescente, em dispositivo similar ao art. 227, *caput*, da Constituição da República, e, no seu art. 33, §3º, não deixa dúvida quanto à possibilidade de reconhecer, ao menor sob guarda, o direito à pensão por morte. Confirmam-se os mencionados dispositivos legais:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

(...)

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

(...)

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

Ponho-me, assim, de acordo com o eminente Relator, quando concluiu que, se o art. 16, §2º, da Lei nº 8.213/91 tornou-se silente quanto ao direito à pensão do menor sob guarda, subsiste norma infraconstitucional específica – art. 33, §3º, da Lei nº 8.069/90, que não foi revogado –, garantindo-lhe “a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários”, disposição legal que se encontra em sintonia com os princípios constitucionais insertos no art. 227 da Constituição Federal.

Não há falar que o reconhecimento do direito implique inobservância do art. 195, §5º, da CF/88, pois não será criado, majorado ou estendido benefício, sem a correspondente fonte de custeio total, não havendo quebra do equilíbrio financeiro e atuarial, a que se refere o *caput* do art. 201 da Constituição da República, mesmo porque o segurado contribuiu para a Previdência Social, para futura obtenção, em contrapartida, de benefícios, em decorrência, inclusive, do evento morte.

Deve ser exigida, porém, como requisito à concessão do benefício, a comprovação da dependência econômica, em relação ao falecido segurado, em similitude com o que se exige do enteado e do menor sob tutela, nos termos do art. 16, §2º, da Lei nº 8.213/91.

Essa exigência, por certo, pode evitar eventuais abusos, pois, se apesar da guarda, restar comprovado que o menor não dependia economicamente do instituidor da pensão, não deverá ser concedido o benefício.

Por fim, a dissipar dúvida sobre o assunto, essa controvérsia jurídica foi também objeto de análise, pela Corte Especial do STJ, no recente julgamento dos EREsp 1.141.788/RS, em acórdão assim ementado:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS. ART. 16 DA LEI Nº 8.213/90. MODIFICAÇÃO PELA MP Nº 1.523/96, CONVERTIDA NA LEI Nº 9.528/97. CONFRONTO COM O ART. 33, §3º, DO ECA. ART. 227 DA CONSTITUIÇÃO. INTERPRETAÇÃO CONFORME. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL E PREFERENCIAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

1. Ao menor sob guarda deve ser assegurado o direito ao benefício da pensão por morte mesmo se o falecimento se deu após a modificação legislativa promovida pela Lei nº 9.528/97 na Lei nº 8.213/90.

2. O art. 33, §3º da Lei nº 8.069/90 deve prevalecer sobre a modificação legislativa promovida na lei geral da previdência social porquanto, nos termos do art. 227 da Constituição, é norma fundamental o princípio da proteção integral e preferência da criança e do adolescente.

3. Embargos de divergência acolhidos. (STJ, EREsp 1.141.788/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, DJe de 16/12/2016)

Os referidos Embargos de Divergência 1.141.788/RS foram acolhidos, à unanimidade, e, conforme voto proferido pelo Relator, Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, a controvérsia foi dirimida no sentido de que, “ocorrido o óbito do instituidor da pensão por morte após 11 de outubro de 1996, data em que foi editada a MP nº 1.523/96, convertida na Lei nº 9.528/97, que alterou o art. 16 da Lei nº 8.213/90 e suprimiu o menor sob guarda do rol de referido benefício previdenciário, ainda assim, deve prevalecer referido direito com fundamento no art. 33, §3º, da Lei nº 8.069/90”.

Destacou o Relator que “a Terceira Seção do STJ, quando detinha a competência para processar e julgar matéria previdenciária, havia pacificado a jurisprudência sobre o tema no sentido de que, como a lei previdenciária tem caráter especial em relação ao Estatuto da Criança e do Adolescente, de ordem geral, prevaleceria sobre esta e, portanto, o menor sob guarda não mais teria direito ao benefício da pensão por morte após a modificação legislativa promovida pela Lei nº 9.528/97 na Lei nº 8.213/90”. Porém, a Primeira Seção, competente para apreciar as causas previdenciárias, após a alteração instituída pela Emenda Regimental 14/2011, ao julgar o RMS 36.034/MT, decidiu que “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 nº 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)”, concluindo que, “havendo plano de proteção alocado em arcabouço sistêmico constitucional e, comprovada a guarda, deve ser garantido o benefício para quem dependa economicamente do instituidor”.

Apontou-se, nos Embargos de Divergência, para comprovar o dissídio pretoriano, precedente da Segunda Turma do STJ, de relatoria do Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, cuja ementa é a seguinte:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. MENOR SOB GUARDA DA AVÓ. INCLUSÃO COMO DEPENDENTE. 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. PRECEDENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO DESTA CORTE. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA CONTRA OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO Nº 182 DA SÚMULA DO STJ. DECISÃO MONOCRÁTICA FUNDAMENTADA EM JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. *Entendimento nesta corte no sentido de que ao menor sob guarda deve ser assegurado o benefício de pensão por morte em face da prevalência do disposto no artigo 33, §3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA sobre norma previdenciária de natureza específica. Precedente: RMS 36.034/MT, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 15/04/2014.*

2. Nas razões do agravo regimental, a parte agravante combateu apenas o mérito do acórdão anterior, furtando-se de rebater especificamente os fundamentos da decisão agravada. Nesse

sentido, é entendimento pacífico deste Superior Tribunal sobre a incidência da Súmula nº 182 do STJ.

3. A decisão monocrática ora agravada baseou-se em jurisprudência do STJ, razão pela qual não merece reforma.

4. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no REsp 1.476.567/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 08/10/2014)

A Corte Especial decidiu, a final, que deveria prevalecer a tese firmada no aresto paradigma, de relatoria do Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, no sentido de que “o art. 33, §3º da Lei nº 8.069/90 deve prevalecer sobre a modificação legislativa promovida na lei geral da previdência social porquanto, nos termos do art. 227 da Constituição, é norma fundamental o princípio da proteção integral e preferência da criança e do adolescente”, de modo que “ao menor sob guarda deve ser assegurado o direito ao benefício da pensão por morte mesmo se o falecimento se deu após a modificação legislativa promovida pela Lei nº 9.528/97 na Lei nº 8.213/90”.

Não restam dúvidas, assim, quanto ao reconhecimento do direito ora em exame, de modo que, comprovada a dependência econômica em relação ao instituidor da pensão, em similitude com o que é exigido do enteado e do menor tutelado (art. 16, §2º, da Lei nº 8.213/91), é devida a pensão por morte ao menor sob guarda, ainda que o falecimento do guardião, instituidor da pensão, seja posterior à vigência da Medida Provisória 1.523/96, reeditada e convertida na Lei nº 9.528/97.

Em resumo, acompanho o Relator, com a fixação de tese sobre a matéria.

CASO CONCRETO

Firmada essa premissa, resta verificar, no caso concreto, se o benefício é devido à autora.

De acordo com a sentença de fls. 84/86e, verifica-se que, na espécie, a menor, autora da ação, vivia com a avó materna, de quem dependia economicamente, desde a morte da mãe, *in verbis*:

A condição de dependente da parte autora restou atestada por meio da documentação juntada (fls. 21 e 28/29). O falecimento de MARIA LUIZA FERREIRA DOS SANTOS, ocorrido em 22/08/2007, restou demonstrado por meio do documento de fl. 20.

A alegada falta de comprovação da condição de dependente do segurado não se sustenta, vez que, conforme a documentação juntada nos autos (fls. 14/44), corroborada pela uníssona prova oral produzida (fls. 71/73), demonstrou que a segurada, avó da autora, era quem cuidava da mesma, dando-lhe ampla assistência, inclusive financeira.

Em assim sendo, e assim o é, não vislumbro amparo para a negativa administrativa operada pela parte ré, devendo, agora, ser concedido o benefício (fl. 85e).

Por outro lado, no acórdão recorrido há a expressa afirmação de que, “no caso dos autos, de acordo com o documento acostado à fl. 21, verifica-se que a autora vivia sob a guarda formalizada judicialmente pela falecida avó Maria Ferreira dos Santos, em 22/03/1999” (fl. 118e).

Sendo assim, considerando as premissas fáticas fixadas na origem e o disposto no art. 33, §3º, da Lei nº 8.069/90 e no art. 227, *caput* e §3º, II, da CF/88, há de ser reconhecido o direito da autora à pensão por morte de sua falecida avó, ainda que o óbito tenha ocorrido na vigência da nova redação dada ao art. 16, §2º, da Lei nº 8.213/91, pela Medida Provisória 1.523, de 11/10/96, sucessivamente reeditada e convertida na Lei nº 9.528/97.

CONCLUSÃO

Em face do exposto, acompanho o voto do Relator, rendendo minhas homenagens ao Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, a quem cumprimento pela iniciativa de rediscussão de tema tão relevante.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2013/0339203-9

PROCESSO ELETRÔNICO REsp nº 1.411.258/RS

Números Origem: 001489082201140499990058781622008821007007010800058785
10800058785 120126544 148908220114049999 201303392039 587816220088210070
7010800058785

PAUTA: 27/09/2017

JULGADO: 11/10/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR GUIMARÃES MORAES FILHO

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

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

ASSUNTO: DIREITO PREVIDENCIÁRIO – Benefícios em Espécie – Pensão por Morte
(Art. 74/9)

CERTIDÃO

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

“Proseguindo no julgamento, a Seção, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.”

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães (voto-vista), Sérgio Kukina e Gurgel de Faria (que se declarou habilitado a votar) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão e, ocasionalmente, a Sra. Ministra Regina Helena Costa.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.