

3. COMENTÁRIO À JURISPRUDÊNCIA

3.1 A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DE PENSÃO AO MENOR SOB GUARDA: CONFLITO APARENTE DE NORMAS, ASPECTOS PROCESSUAIS E ADMINISTRATIVOS

PETERSON BARBOSA DE OLIVEIRA

Assessor da Presidência do Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais
Pós-Graduado em Direito Público pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais
e Universidade Newton Paiva
Professor de Direito Público do Centro de Ensino Técnico Integrado – CENTEC

1. Acórdão

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 25409 / DF - DISTRITO FEDERAL

Relator: Ministros Sepúlveda Pertence

Impetrante: Karel Willis Rêgo Guerra

Advogados: Erick José Travassos Vidigal e Outros (A/S)

Impetrado: Tribunal de Contas da União

EMENTA: I. Mandado de segurança. Tribunal de Contas da União. Pensão temporária (L. 8.112/90, art. 217, inciso II, alínea 'b'): suspensão liminar: presença dos seus pressupostos. 1. Ato do Tribunal de Contas da União que, liminarmente, determinou a suspensão de quaisquer pagamentos decorrentes de pensão temporária instituída em favor de menor cuja guarda fora confiada ao servidor falecido, seu avô. 2. Caracterização do *periculum in mora*, dada a necessidade de prevenir lesão ao Erário e garantir a eficácia de eventual decisão futura, diante de grave suspeita de vícios na sua concessão e, principalmente, quando a sua retirada não significa o desamparo de pretensão titular. 3. Plausibilidade da tese que exige a comprovação da dependência econômica para recebimento da pensão temporária prevista na letra b do inciso II do art. 217 da L. 8.112/90, tendo em vista que, no caso, à vista da capacidade econômica dos pais do beneficiário, apurada pela equipe de auditoria, não se pode inferir que a dependência econômica tenha sido a única causa para a concessão da guarda do requerente aos avós. II. Mandado de segurança: alegação improcedente de prejuízo. Indiferente para a continuidade do processo a perda do benefício pelo impetrante por ter atingido a idade limite de vinte e um anos: dada a confirmação, em decisão de mérito, do entendimento do TCU manifestado na cautelar - objeto desta impetração - mantém-se o interesse do requerente no julgamento do mérito do mandado de segurança, já que, se concedida a ordem, estaria ele resguardado de devolver os valores recebidos desde a decisão impugnada. III. Contraditório, ampla defesa e devido processo legal: exigência afastada nos casos em que o Tribunal de Contas da União, no exercício do controle externo que lhe atribui a Constituição (art. 71, III), aprecia a legalidade da concessão de aposentadoria ou pensão, só após o que se aperfeiçoa o ato complexo,

dotando-o de definitividade administrativa. IV. Tribunal de Contas da União: controle externo: não consumação de decadência administrativa, por não se aplicar o prazo previsto no art. 54 da L. 9.784/99, dado o não aperfeiçoamento do ato complexo de concessão.

Decisão

O Tribunal, por unanimidade, rejeitou a preliminar de prejuízo da ação. No mérito, por maioria, o Tribunal denegou a ordem de mandado de segurança, nos termos do voto do Relator, vencidos os Senhores Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso, que a concediam. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Falou pelo impetrado o Dr. Sandro Grangeiro Leite, Consultor Jurídico do Tribunal de Contas da União. Presidiu o julgamento a Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 15.03.2007.

Julgamento: 15/03/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

2. Razões

A decisão do Mandado de Segurança nº 25.409, impetrado junto ao Supremo Tribunal Federal, reconheceu a condição de proteção ao Erário e a prevalência da supremacia do interesse público envolvido, conseqüentemente, entendeu-se não ter configurado afronta ao princípio de proteção do menor sob guarda, garantido pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Criança e Adolescente – Lei nº 8.069/1990.

3. Justificativa

O julgamento do STF no Mandado de Segurança em análise contrapõe inúmeras decisões de primeira instância e de diversos tribunais estaduais, que seguem aplicando as normas gerais de proteção do menor indistintamente, impondo ao Estado e aos sistemas de previdência pública o dever de prestar benefícios ao menor sob guarda.

4. Comentários

4.1 Da proteção do menor sob guarda

A Constituição Federal de 1988 dispõe: em seu artigo 227:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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;

A Lei nº 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA introduziu disposição com caráter de regulamentação no artigo 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.

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

A análise das disposições transcritas da Constituição Federal e do ECA não deixam dúvidas quanto à intenção do Constituinte e do Legislador de conferir ampla e irrestrita proteção à criança e ao adolescente, uma vez que atribui esta obrigação à família, à sociedade e ao Estado.

A Constituição Federal não faz discriminação quanto à condição do menor, tratando-o tão somente como criança e adolescente. A Lei nº 8.069/90 estabelece previsão para a condição específica dos menores, a exemplo do acima transcrito §3º do art. 33 do mesmo diploma, qual seja: a condição do menor sob guarda. Com base nesses dispositivos, formou-se ampla Jurisprudência sobre a matéria nos tribunais de todos os Estados da Federação, como o abaixo colacionado julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Processo: 1.0000.00.319737-6/000(1)

Relator: Pedro Henriques

Data do Acórdão: 18/09/2003

Publicação: 06/02/2004

Ementa: ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO DO ESTADO - GUARDA JUDICIAL DE MENORES - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ART. 33, § 3º) - BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS - LEI ESTADUAL Nº 9.380/86 - LEI COMPLEMENTAR DO ESTADO Nº 64/02 - CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 227, §3º, II E IV. 1. Diante da concessão de guarda definitiva judicial de menores e o respectivo requerimento, junto ao IPSEMG, de

cadastro dos infantes na vigência da Lei Estadual nº 9.380/86, correta faz-se sua aplicação na situação concreta. 2. Deve ser afastada a incidência da LC 64/02, que exclui do rol dos beneficiários da previdência social do IPSEMG os menores sob guarda, em afronta os ditames constitucionais (art. 227, § 3º, II e IV), bem como de regra geral prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 33, § 3º), ressaltando-se que princípio de direito veda a revogação de regra geral por regra especial e a imprescindibilidade de interpretação sistemática do ordenamento jurídico.

Sumula: Deram provimento ao 2º recurso, prejudicado o 1º recurso e, em reexame necessário, confirmaram, quanto ao mais, a sentença, vencido em parte o vogal.

4.2 A ausência de previsão na nova legislação previdenciária da concessão do benefício de pensão ao menor sob guarda

As reformas previdenciárias promovidas pelo Estado nos últimos anos foram viabilizadas por legislações federais e estaduais que introduziram mecanismos de garantir a capacidade financeira dos sistemas previdenciários públicos de prestarem os benefícios que lhe são próprios, em que prevalecem a aposentadoria e a pensão.

Uma das inovações estabelecidas na legislação previdenciária foi a exclusão da previsão da concessão de benefícios ao menor sob guarda, acompanhando a inovação trazida pela Lei Federal nº 9.528/1997, que modificou a Lei nº 8.212/91, uma das normas que regem o Regime Geral de Previdência Social – RGPS. Através dessa alteração deixou-se de equiparar o menor sob guarda ao filho para efeito previdenciário, passando aquele a ter apenas uma expectativa de direito.

É difícil apontar com precisão as razões desta exclusão, que vem de encontro aos preceitos de proteção ao menor da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente. A atual Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça chega quase a pacificar o entendimento da aplicação das normas previdenciária, de caráter especial, sobre os preceitos da Constituição e do ECA, de caráter geral:

Processo: Recurso Especial nº 323893/SC – 2001/0060106-3

Relator: Paulo Gallotti

Turma: 6ª Turma

Data do Acórdão: 20/05/2003

Publicação: DJ 27.03.2006 p. 347

Ementa: PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. APLICAÇÃO DA LEI VIGENTE À ÉPOCA DO FATO GERADOR DO BENEFÍCIO. DEPENDÊNCIA.

DÊNCIA APÓS A LEI Nº 9.528/97. IMPOSSIBILIDADE. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. INAPLICABILIDADE. 1. Resta incontroverso nesta Corte o entendimento de que a lei a ser aplicada, para fins de percepção de pensão por morte, é aquela em vigor quando do evento morte do segurado, que constitui o fato gerador do benefício previdenciário, inexistindo direito adquirido de menor sob guarda na vigência da lei anterior. 2. Tratando-se de benefícios oriundos do Regime Geral da Previdência Social, a lei previdenciária prevalece sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. 3. Precedentes. 4. Recurso provido.

Súmula: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo Medina, Fontes de Alencar e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Embora não se possam precisar todas as razões da exclusão do menor sob guarda na nova legislação previdenciária, um fator relevante justifica não a exclusão, mas a necessidade de restrição da prestação de benefícios previdenciários ao menor sob guarda, preponderantemente o benefício de pensão. Este fator é o da fraude ao sistema previdenciário. Na verdade, as previsões anteriores possuíam uma falha que possibilitava uma prática inteiramente legal, embora totalmente repreensível e imoral, qual seja: a transferência da guarda de menor a segurado do sistema previdenciário com vínculo de parentesco. Através de Ação de Guarda, os genitores do menor transferem a guarda deste a um parente segurado, que bem pode ser um dos avós ou um dos tios do menor. Na eventualidade do segurado falecer, o menor passa a ter direito ao benefício de pensão que o Estado deve prestar. Na vida familiar nada se alterou, pois o menor não deixou o convívio e a proteção de seus genitores. Essa prática configura uma transferência ao Estado do dever dos pais proverem os filhos. Não é por outra razão que a Constituição Federal estabeleceu a ordem de proteção à criança e ao adolescente iniciada pela família, seguida da sociedade e por fim do Estado, conforme dispõe o artigo 227. Na verdade é correto inferir que no dispositivo constitucional, supra citado, subentende-se uma distinção do tipo de proteção ao menor que cabe à família, à sociedade e ao Estado. A família deve garantir, sobretudo, um espaço onde se prestará alimentos, afeto e educação¹. À sociedade cabe o dever de garantir

¹ Deve-se compreender alimentos além da simples literalidade que se traduz por garantir subsistência, mas o significado cunhado no Direito de Família de fornecer todos os meios materiais para uma vida saudável, como vestuário, lazer, saúde, etc. O afeto abrange além do amor entre consangüíneos, assumindo o sentido de proteção fundamental para a formação psíquica do menor. E, por fim, a educação, em que se transfere a instrução para a vida em sociedade como respeito indistinto aos demais cidadãos.

a segurança e o respeito à vulnerabilidade natural do menor, assim como ao idoso, ao portador de necessidades especiais, entre outros. O Estado deve prestar serviços assistenciais, legitimados pelo pacto social constitucional e pela arrecadação de tributos. A ordem social e a garantia dessas prestações dependem da responsabilidade e da consciência cívica desses partícipes.

4.3 Do conflito aparente de normas: Proteção do menor (norma de caráter geral) e Proteção do bem público (norma de caráter especial)

O conflito de normas de um sistema democrático de direito não existe, por esta razão se fala no chamado *conflito aparente de normas*. Não se pode afirmar que as normas do ordenamento formam um conjunto harmônico. Se assim o fosse, não haveria a necessidade de intérpretes do Direito. O que então impõe sistematicidade a exclusão de conflitos? A supremacia de um valor protegido em cada caso, o que possibilita uma especificidade peculiar a cada norma, fundado na regra geral da norma de caráter especial afastar a incidência da norma de caráter geral.

[...] havendo conflito aparente de normas jurídicas válidas e vigentes, será aplicável aquela que proteger um valor hierarquicamente superior, ou seja, o valor que tiver maior identidade com a preservação da dignidade da pessoa humana, concepção nuclear do Estado (social) Democrático de Direito (SORMANI, 2002, p. 117).

No caso do menor sob guarda, as decisões do STJ não parecem coadunar com a supremacia do valor contido na Constituição Federal de proteção ampla e irrestrita à criança e ao adolescente, quando impõe a observância da norma previdenciária vigente e específica.

Melhor sorte teria o legislador se ao invés de excluir o menor sob guarda do rol dos beneficiários previdenciários, tivesse aumentado a restrição de sua concessão. Dessa forma não se estaria a discutir simplesmente o valor, mas principalmente o cumprimento das exigências legais por parte dos interessados. Se o Legislador tivesse elegido essa via, teria que estabelecer quais as condições exigíveis para a concessão do benefício ao menor sob guarda. A condição de pobreza dos genitores do menor cuja guarda foi transferida a segurado do sistema previdenciário, não poderia ser causa para fazer nascer a obrigação de prestar o benefício de pensão, entretanto, o estado de miserabilidade, ou a própria ausência de um ou ambos os genitores, sim. Os pais têm a obrigação de prover os filhos, não sendo aceitável a transferência desse ônus ao Estado.

Ao Estado é legítimo exigir a prestação de assistência financeira, como tem sido generalizado nos últimos anos no Brasil, infelizmente, sem controle eficaz desta prestação, levando a incontáveis situações de irregularidade.

Louvável e necessária são as iniciativas de eliminação da miserabilidade de parcelas inteiras da sociedade, mas não se devem permitir distorções, cujo prejuízo é uma cultura de vantagens ilícitas e o comprometimento dos recursos financeiros necessários às demais prestações que o Estado deve realizar, como educação, saúde, segurança e infra-estrutura.

A restrição da prestação do benefício de pensão ao menor sob guarda, ao invés da exclusão, seria tratada como questão meramente processual, administrativa ou judicial, o que afastaria o debate sobre o valor constitucional de proteção à criança e ao adolescente.

5. Conclusão

A Jurisprudência dos tribunais pátrios não conseguiu pacificar o debate sobre a existência do direito à pensão do menor sob guarda. A Constituição Federal não permite interpretações contrárias aos princípios que encerram valores fundamentais, portanto, não é tranqüila a posição do STF de prevalecer a proteção do Erário no julgamento do Mandado de Segurança nº 25.409. Também não é tranqüila a exaustiva jurisprudência do STJ de aplicar a norma de caráter especial previdenciária, que não prevê a prestação do benefício de pensão ao menor sob guarda. Por fim, os Juízos de primeira instância não podem aplicar os dispositivos da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente indistintamente, sem considerar a generalizada fraude praticada pelos segurados ao tomarem a guarda judicial de menores cujos pais são aptos a lhes prover.

Conclui-se que a resolução da controvérsia dependerá do aquecimento do debate junto ao Poder Legislativo, para que se promova nova análise dos direitos previdenciários do menor sob guarda, e assim, sejam aprovadas disposições legais que garantam o cumprimento do valor constitucional de proteção tanto da criança e do adolescente, quanto do interesse público, evitando ilicitudes e omissões.

Enquanto não forem viabilizadas propostas de alteração da legislação previdenciária, dever-se-á aplicar a norma que encerra o valor preponderante, ou seja, aquela que atende o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular.

6. Referência Bibliográfica

SORMANI, Alexandre. Harmonia sistêmica do ordenamento jurídico? Revista CEJ, Brasília, n. 18, p. 117-119, jul./set. 2002. Disponível em: <www.cjf.gov.br/revista/numero18/artigo22.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2007.