



## Jeferson Carvalho: STJ tem afastado proteção integral do menor sob guarda

A Constituição Federal em seu artigo 227 trata exclusivamente da criança, do adolescente e do jovem e expressa que é dever da família, da sociedade e do estado assegurar a estas pessoas, *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.

Finda a redação expressando que é dever colocar estas pessoas a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A interpretação literal do comando constitucional é indubitosa, crianças e adolescentes devem receber, com *absoluta prioridade*, tratamento que assegure a dignidade da pessoa, que é dos fundamentos da República consoante prevê o artigo 1º da Constituição.

Com o fim de permitir a praticidade do comando, foi introduzido no direito positivo pátrio a Lei 8.069/90, conhecido Estatuto da Criança e do Adolescente, que em seu artigo 1º fixa categoricamente: *“Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.”*

Também, em simples interpretação literal, está extremamente claro que crianças e adolescentes devem *receber proteção integral*.

A combinação da redação constitucional com a redação legal nos impõe concluir que a ideologia da proteção integral deve ser concreta e real, para fazer valer os direitos que asseguram a dignidade humana, como afirmado em linhas anteriores.

Em outra oportunidade já afirmei que *“a teoria da proteção integral é a ideologia que determina que o Estatuto da Criança e do Adolescente seja sempre aplicado em busca do melhor interesse da criança e do adolescente, diante da situação concreta que está sendo aplicada”*. Evidente, que pelo mandamento constitucional esta teoria ou ideologia não está circundada pelos limites do Estatuto, mas sim se esvai para todo o ordenamento jurídico.

A situação real que vou enfrentar impõe observar a absoluta prioridade e a teoria da proteção integral em confronto com um modo de interpretação.

Vejamos.

Dispõe o Estatuto em seu artigo 33, parágrafo 3º, que a guarda confere a criança ou adolescente a condição de dependente, *para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários*.

A tutela por sua vez implica necessariamente o dever de guarda, nos termos do artigo 36, parágrafo único, logo presente também a condição de dependência inclusive a previdenciária.

A interpretação justa, diante da teoria da proteção integral, é que para efeito de dependência, inclusive a



previdenciária, os menores sob tutela ou sob guarda, recebem o mesmo tratamento do filho. Não há dúvida em relação a isto.

Então, forçoso concluir que, menores nestas condições podem e até devem, pela responsabilidade do guardião ou tutor, serem habilitados na previdência social pública.

Entretanto, decisões do Superior Tribunal de Justiça tem prestigiado a interpretação pela especialidade para afastar a teoria da proteção integral que emerge da Constituição Federal.

Temos o que segue.

*“ ... 3. A Terceira Seção desta Corte tem entendimento pacificado no sentido de que, no caso de menor sob guarda, norma previdenciária de natureza específica deve prevalecer sobre o disposto no art.33, §3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente...”* (ROMS nº22.704,6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJE 02/08/10).

*“ ... Diante desse conflito aparente de normas, o critério que melhor soluciona a controvérsia em exame é o da especialidade, ou seja, o diploma de regência do sistema de benefícios previdenciários, de caráter especial, deve prevalecer sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, este de caráter geral no confronto com aquele sobre o tema controvertido.”* ( ERESP nº696299,3ªSeção,Rel.Min.Paulo Galloti, DJE 04/08/09).

Isto significa que se órgão previdenciário não permitir a inclusão de menores sob guarda ou tutela na condição de dependentes, estas pessoas ficarão sem qualquer amparo previdenciário.

Também, se o órgão previdenciário exigir o pagamento de mensalidade para que a inscrição na qualidade de dependente seja deferida, o pagamento deve ser realizado.

Em suma, o Poder Judiciário pôs de lado o direito de dependência previdenciária prevista pelo Estatuto, com fundamento na teoria protetiva, prestigiando uma regra de interpretação.

Por uma questão ética tenho que afirmar que participei de um julgamento do Tribunal de Justiça de São Paulo, que mesmo discordando, vi-me na situação de acompanhar o voto condutor, isto porque escorado nas diretrizes do Superior Tribunal de Justiça, que não se limitam às mencionadas nas linhas anteriores.

Concluindo, na resolução da presente questão, temos o seguinte:

A solução de um conflito aparente de normas pela aplicação da regra da especialidade (lei previdenciária) em desprestígio a uma regra de caráter geral (Estatuto da Criança e do Adolescente) se sobrepõe a uma doutrina ou teoria (teoria da proteção integral) prevista no artigo 1º do Estatuto, que emerge do comando constitucional previsto no artigo 227 da Constituição Federal.



O modo eleito para interpretação, com o fim de descobrir qual norma legal a ser aplicada, qual seja a norma especial prevalece sobre a geral é correto, entretanto *data maxima venia*, no caso concreto estamos tratando de pessoas em desenvolvimento, que por ordem constitucional exigem um tratamento diferenciado, isto é, com prioridade e sempre protetivo.

A interpretação que está sendo dada nos parece que afasta a dignidade da criança e do adolescente sob guarda ou tutela, porque pode causar situação de total desamparo.

Assim, ganham os órgãos previdenciários, ganha a administração pública, ganha o governo, no entanto perdem crianças e adolescentes.

Jeferson Moreira de Carvalho, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Autor dos livros Estatuto da Criança e do Adolescente-Manual Funcional e Adoção Internacional, ambos pela Del Rey.

**Date Created**

18/08/2013