



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2012.0000219136

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9000766-37.2010.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que são apelantes/apelados SÃO PAULO PREVIDÊNCIA - SPPREV e FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO sendo apelados/apelantes LUISA GUIMARÃES CUNALI (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e DANIELA GUIMARÃES CUNALI e Apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Recurso do réu desprovido e Recurso da autora provido parcialmente.V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores AMORIM CANTUÁRIA (Presidente), MARREY UINT E CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 15 de maio de 2012.

Amorim Cantuária

RELATOR

Assinatura Eletrônica

APELAÇÃO nº 9000766-37.2010.8.26.0037

3ª Câmara

Apelante/Apelado: SÃO PAULO PREVIDÊNCIA - SPPREV

Apelante/Apelado: LUISA GUIMARÃES CUNALI (menor impúbere representada por sua mãe DANIELA GUIMARÃES CUNALI)

Comarca: ARARAQUARA – 2ª VARA CÍVEL

VOTO nº. 17.918

APELAÇÃO. PREVIDÊNCIA. PENSÃO POR MORTE. SERVIDOR PÚBLICO QUE ERA AVÔ DA MENOR COMPROVADAMENTE SUA DEPENDENTE ECONÔMICA.

1) A menor era dependente econômica do servidor e com ele, inclusive, morava. Embora a guarda não tenha sido regularizada judicialmente, não pode a menor ser penalizada por isso. Doutrina da Proteção Integral e do Melhor Interesse à Criança. Aplicação do artigo 33, §3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Admissibilidade.

2) A frustração decorrente da negativa do pedido de pensão feito administrativamente não gera dano moral.

3) O efeito da sentença condenatória é “ex tunc”, retroagindo à data da constituição do réu em mora, ou seja, à data da citação, nos termos do artigo 219 do Código de Processo Civil.

RECURSO INTERPOSTO PELO RÉU DESPROVIDO.

RECURSO INTERPOSTO PELA AUTORA PROVIDO APENAS PARCIALMENTE, NO TOCANTE AO TERMO INICIAL DA CONDENAÇÃO.

Trata-se de apelação interposta pela SÃO PAULO PREVIDÊNCIA – SPPREV e recurso adesivo interposto por LUISA GUIMARÃES CUNALI (menor impúbere representada por sua mãe DANIELA GUIMARÃES CUNALI), inconformados com a r. sentença de fls. 199/201 que julgou parcialmente procedente o pedido

formulado na inicial, condenado a ré a promover a habilitação da autora como dependente do falecido servidor, garantindo-lhe a pensão por morte a partir do trânsito em julgado da decisão judicial. O réu foi condenado às custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da inicial.

A apelante SÃO PAULO PREVIDÊNCIA – SPPREV alega que a autora não comprovou sua total dependência econômica em relação ao avô falecido. Não preenchendo os requisitos da Lei Complementar 180/78, artigos 147 e 148, deve a r. sentença ser reformada. Ao final, requer seja dado provimento ao recurso (fls. 206/213).

Houve contrarrazões (fls.215/220).

A autora apresentou recurso adesivo. Alega que a r. sentença deve ser reformada no tocante à data do início da pensão, retroagindo à data do pedido administrativo da pensão (13.08.2009), fls. 41. Diz ainda, que tem direito aos morais pleiteados na inicial, ante a negativa do seu pedido feito administrativamente. Ao final, requer seja dado provimento ao recurso (fls.221/225).

A ré apresentou contrarrazões (fls.227/231).

É o relatório.

O artigo 147 da Lei Complementar estadual nº 180/78, com a redação que lhe foi dada pela Lei Complementar nº 1.012/07

disciplina quem são os dependentes do servidor público para fins de recebimento de pensão por morte, *verbis*:

Artigo 147 - São dependentes do servidor, para fins de recebimento de pensão:

I - o cônjuge ou o companheiro ou a companheira, na constância, respectivamente, do casamento ou da união estável;

II - o companheiro ou a companheira, na constância da união homoafetiva;

III - os filhos, de qualquer condição ou sexo, de idade igual à prevista na Legislação do Regime Geral de Previdência Social e não emancipados, bem como os inválidos para o trabalho e os incapazes civilmente, estes dois últimos desde que comprovadamente vivam sob dependência econômica do servidor;

IV - os pais, desde que comprovadamente vivam sob dependência econômica do servidor e não existam dependentes das classes mencionadas nos incisos I, II ou III deste artigo, ressalvado o disposto no § 3º deste artigo.

§ 1º - O enteado e o menor tutelado equiparam-se ao filho desde que comprovadamente vivam sob dependência econômica do servidor.

§ 2º - A pensão atribuída ao filho inválido ou incapaz será devida enquanto durar a invalidez ou a incapacidade.

§ 3º - Mediante declaração escrita do servidor, os dependentes a que se refere o inciso IV deste artigo poderão concorrer em igualdade de condições com os demais.

§ 4º - A invalidez ou a incapacidade supervenientes à morte do servidor não conferem direito à pensão, exceto se tiverem início durante o período em que o dependente usufruía o benefício.

§ 5º - A comprovação de dependência econômica dos dependentes enumerados na segunda parte do inciso III, no inciso IV e no § 1º deste artigo deverá ter como base a data do óbito do servidor e ser feita de acordo com as regras e critérios estabelecidos em norma regulamentar.

§ 6º - Na falta de decisão judicial com trânsito em julgado reconhecendo a união estável, o companheiro ou companheira deverá comprová-la conforme estabelecido em norma regulamentar.” (NR)

Nota-se, portanto, que os netos não constam neste rol.

Todavia, instado a se pronunciar sobre o tema, com fundamento no Princípio do Melhor Interesse da Criança, o Superior Tribunal de Justiça já admitiu uma interpretação extensiva desse rol:

“ADMINISTRATIVO. EX-COMBATENTE. PENSÃO POR

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

MORTE. MENOR DEPENDENTE SOB GUARDA DO AVÔ. LEI Nº 8069/90. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

I - A Lei nº 8069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente - prevê, em seu artigo 33, § 3º, que "a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciário.". Não obstante na legislação aplicável à hipótese - Lei nº 8059/90 - não conste a neta no rol de beneficiários de pensão por morte do ex-combatente, a questão merece ser analisada à luz da legislação de proteção ao menor.

II - Neste contexto, restando comprovada a guarda deve ser garantido o benefício para quem dependa economicamente do instituidor, como ocorre na hipótese dos autos. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

III - Recurso conhecido e desprovido".

(REsp 380452 / PR, relator Ministro JORGE SCARTEZZINI, julgado em 24.08.2004).

No mesmo sentido vem decidindo este Egrégio Tribunal de
Justiça:

Ementa: "Apelação pensão neta ex-servidora falecida possuía a guarda da menor desnecessidade de declaração de vontade art. 33, §3º do ECA confere a condição de dependente para os menores sob guarda pensão e continuidade da assistência médico-hospitalar devida pelas rés sentença mantida Recursos improvidos". (Apelação nº 0107998-87.2008.8.26.0053, relator Venicio Salles, julgado em 07.03.2012)

Ementa: "Apelação Pensão Menor que vivia sob a guarda do bisavô Reconhecimento do direito à pensão, em que pese a ausência de previsão legal (Lei Estadual nº 452/74) Prevalência

do que dispõe o art. 33, § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) Apelada que estaria corretamente representada pela Procuradoria do Estado - Recurso parcialmente provido”. (Apelação nº0205045-26.2008.8.26.0000, relator Castilho Barbosa, julgado em 06.03.2012)

Portanto, a Lei Complementar estadual nº180/78 pode e deve ser interpretada à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O servidor, antes de falecer, havia assumido todas as despesas referentes à neta, tais como: roupas, escola e plano de saúde. As testemunhas arroladas nos autos comprovaram, inclusive, que a neta morava com o servidor (fls. 132/135). Entretanto, a “guarda” não chegou a ser regularizada judicialmente.

A guarda, como se sabe, é uma das formas de colocação da criança e do adolescente em família substituta, o que somente deve ocorrer se não houver mais possibilidade de manutenção na família natural, conforme interpretação sistemática entre os artigos 28 e 92, inciso II, combinados com o artigo 100, inciso X, todos do ECA.

Isso porque, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais” (artigo 22 do Estatuto). Portanto, apenas se os pais não puderem ficar com seus filhos é que será concedida a

guarda a terceiro.

No dizer de Guilherme Freire de Melo Barros, a guarda *“trata-se da regularização jurídica de uma situação já consolidada no mundo dos fatos. É muito comum a situação de criança ou adolescente criada por um vizinho ou por familiares de pais que temporariamente estão fora de casa. (...) A guarda a que se refere o Estatuto não é a mesma do direito de família, que surge quando os pais se separam. Aqui a guarda é concedida a terceiro, como uma das modalidades de colocação em família substituta, que poderá inclusive opor-se à vontade dos pais”* (Estatuto da Criança e do Adolescente, 4ª edição, editora Juspoduvim).

Vale lembrar que a vedação existente quanto à adoção avoenga, não se justifica em relação à guarda. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu, inclusive, ser possível a concessão da guarda aos avós (Informativo 371 e 407 do STJ).

Muito embora a guarda não tenha sido regularizada judicialmente, no caso concreto, não pode a menor ser penalizada por isso.

De acordo com o artigo 227 da Constituição Federal: “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”.

Nesse passo, estabelece a Doutrina da Proteção Integral, mencionada no artigo 1º da Lei 8.069/90, que deve haver um conjunto amplo de mecanismos jurídicos voltados à proteção da criança e do adolescente.

Frustrar o recebimento da pensão à menor, no caso concreto, é ir em sentido oposto ao determinado na Constituição Federal bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesse sentido, dispõe o artigo 6º do Estatuto que: “na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”.

O artigo 33, §3º, da Lei 8.069/90 aduz que “a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários”, o que no caso concreto, não deve ser afastado.

Quanto aos danos morais, no entanto, melhor sorte não assiste à menor. A mera negativa do recebimento da pensão pela via administrativa não configura dor, desabor, desassossego e abalo psicológicos suficientes para configuração

de lesão a um dos aspectos do direito da personalidade.

Quanto ao termo inicial do recebimento da pensão, tendo em vista a natureza condenatória da sentença, o momento de sua eficácia é “ex tunc”, devendo retroagir à data em que o réu constituiu-se mora, ou seja, à data da citação, nos termos do artigo 219 do Código de Processo Civil, mantida no mais, tal como lançada, a r. sentença.

Ante o exposto, NEGA-SE PROVIMENTO AO APELO INTERPOSTO PELO RÉU E DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO INTERPOSTO PELA AUTORA, nos termos acima assinalados.

DES. AMORIM CANTUÁRIA

Relator

Assinatura Eletrônica