

RECURSO ESPECIAL Nº 990.549 - RS (2004/0182074-1)

RELATOR : **MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**
R.P/ACÓRDÃO : **MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**
RECORRENTE : D F R - ESPÓLIO
REPR. POR : L M R DA R
ADVOGADOS : CLÁUDIO LEITE PIMENTEL
WERNER CANTALICIO JOÃO BECKER E OUTRO(S)
ADVOGADA : JULIANA NASCIMENTO SOARES E OUTRO(S)
RECORRIDO : H S R (MENOR)
REPR. POR : M M S
ADVOGADO : JORGE ALCIBIADES PERRONE DE OLIVEIRA E OUTRO(S)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO POR MORTE. TERMO INICIAL. MENOR ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. DATA DO ÓBITO. *TEMPUS REGIT ACTUM*. PLURALIDADE DE PENSIONISTAS. RATEIO DO BENEFÍCIO. RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE *POST MORTEM*. RECEBIMENTO DE VALORES PELA VIÚVA, PREVIAMENTE HABILITADA. INEXISTÊNCIA DE MÁ-FÉ. PRINCÍPIO DA IRREPETIBILIDADE DAS VERBAS PREVIDENCIÁRIAS.

1. A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é a vigente na data do óbito do segurado (*tempus regit actum*).

2. Aplica-se o art. 74 da Lei de Benefícios, na redação vigente à época da abertura da sucessão (*saisine*), motivo pelo qual o termo inicial da pensão por morte é a data do óbito.

3. Havendo mais de um pensionista, a pensão por morte deverá ser rateada entre todos, em partes iguais, visto ser benefício direcionado aos dependentes do segurado, visando à manutenção da família.

4. Antes do reconhecimento da paternidade, seja espontâneo, seja judicial, o vínculo paterno consiste em mera situação de fato sem efeitos jurídicos. Com o reconhecimento é que tal situação se transforma em relação de direito, tornando exigíveis os direitos subjetivos do filho.

5. Ainda que a sentença proferida em ação de investigação de paternidade produza efeitos *ex tunc*, há um limite intransponível: o respeito às situações jurídicas definitivamente constituídas.

6. O mero conhecimento sobre a existência de ação de investigação de paternidade não é suficiente para configurar má-fé dos demais beneficiários anteriormente habilitados no recebimento de verbas previdenciárias e afastar o princípio da irrepetibilidade de tais verbas.

7. A filiação reconhecida em ação judicial posteriormente ao óbito do instituidor do benefício configura a hipótese de habilitação tardia prevista no art. 76 da Lei n. 8.213/1991.

8. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro João Otávio de Noronha, por maioria, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro João Otávio de Noronha, que lavrará o acórdão. Vencido o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente). Votaram com o Sr. Ministro João Otávio de Noronha os Srs. Ministros Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Brasília (DF), 05 de junho de 2014(Data do Julgamento)

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Relator

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 990.549 - RS (2004/0182074-1)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator): Trata-se de recurso especial interposto por D. F. R. - ESPÓLIO, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul assim ementado:

"Apelação cível. ação ordinária de cobrança. pensão previdenciária. efeito retroativo. honorários advocatícios bem fixados na sentença. Como a sentença proferida na ação de investigação de paternidade tem por finalidade fazer declarar o laço de filiação já existente, não há dúvidas que seus efeitos devem retroagir ao primeiro instante de vida do filho reconhecido, e que se beneficia da pensão previdenciária deixada pelo pai desde a data do falecimento deste. Honorários advocatícios bem fixados na sentença, e que devem ser mantidos em razão do zelo profissional do procurador do autor, do lugar do serviço prestado, e da natureza e importância da causa. Apelo desprovido" (e-STJ fl. 276 - grifou-se).

Consta dos autos que H.S.R., representado por sua genitora, ajuizou ação de cobrança contra D.F.R., substituída por seu Espólio, ora recorrente. Naquela ocasião, o autor afirmou que em novembro de 1992 propôs ação de investigação de paternidade, julgada procedente em 1999, após a morte do seu genitor ocorrida em 8 de fevereiro de 1994. Asseverou que fazia jus à pensão por morte desde então, motivo pelo qual requereu que a demandada, viúva do investigado, efetivasse o ressarcimento das parcelas percebidas de modo exclusivo pela requerida desde o óbito até o momento de sua habilitação formal à percepção do benefício.

O Juízo de Direito da 10ª Vara Cível da Comarca de Porto Alegre/RS julgou procedente a ação de cobrança interposta pelo ora recorrido, condenando a ré, ora espólio, a pagar o valor correspondente à metade do pensionamento desde a morte do *de cujus* até o momento em que o requerente, filho reconhecido posteriormente, passou a fazer jus administrativamente ao benefício, devendo ser descontados os valores recebidos a título de alimentos. A sentença foi confirmada pelo Tribunal de origem, nos termos da supracitada ementa.

Os embargos de declaração opostos foram restaram rejeitados (e-STJ fl. 319).

Nas razões do especial, o espólio da viúva, ora recorrente, aponta violação do art. 535 do Código de Processo Civil, por suposta negativa de prestação jurisdicional, porque o Tribunal de origem teria se negado a esclarecer a motivação para a retroação dos efeitos declaratórios da sentença que reconheceu a paternidade, motivo pelo qual aduz omissão quanto

Superior Tribunal de Justiça

aos artigos 366 e 160 do Código de 1916 e 1.616 e 884 do atual Código Civil, bem como em relação aos artigos 219 da Lei nº 8.112/90 e 76 da Lei nº 8.213/91, por não constituir ilícito nem enriquecimento sem causa a percepção da verba previdenciária. O espólio de D.F.R. alega, em síntese, o caráter não absoluto do efeito retroativo do reconhecimento de paternidade, que a verba previdenciária foi percebida a título de alimentos, e portanto, é irrepetível, e que o benefício *post mortem* somente produziria efeitos a partir da data da habilitação ou inscrição do interessado.

Para tanto, aduz que

"(...) Não é possível imaginar que sendo viúva, não sendo parte na ação de investigação de paternidade proposta pelo recorrido e contra o falecido marido, tendo passado a receber sua verba previdenciária cumprindo rigorosamente e atendendo a todos pressupostos legais, tome-se a recorrente devedora das verbas previdenciárias de natureza alimentar que recebeu de forma perfeitamente legítima, ficando obrigada a devolvê-las a ponto de consumir o modesto patrimônio que ao lado do marido constituiu para lhe garantir tranquilidade na velhice (...) O venerando acórdão lastreou-se no princípio jurídico inserto no art. 366 do CC/16, aplicável à espécie - considerando a contemporaneidade da lei antiga com questão, mas que encontra reprodução no art. 1.616 do CC/02, porém, em ambos dispositivos, não se encontra força jurídica que possa permitir o desfecho que foi emprestado à causa, no sentido de penalizar a viúva com o dever de devolver parte das pensões previdenciárias que percebeu através do direito que lhe é assegurado na lei, a ponto de arruinar-lhe financeiramente, justamente no final da vida, quando mais precisa do modesto patrimônio que com o marido ergueu ao longo de uma vida de esforço, dedicação e trabalho, isto sem contar que foi vítima de adultério, estando então a pagar pelo ato que contra ela foi cometido!" (e-STJ fls. 330-339).

Após as contrarrazões (e-STJ fls. 363-372), o recurso foi inadmitido pelo Tribunal de origem, ascendendo os autos a esta Corte por força de decisão proferida em sede de agravo de instrumento.

O Ministério Público Federal, instado a se manifestar, opinou pelo não provimento do recurso (e-STJ fls. 458-467).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 990.549 - RS (2004/0182074-1)

VOTO-VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator): O recurso não merece prosperar.

O Tribunal de origem motivou adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entendeu cabível à hipótese. Não há falar, portanto, em negativa de prestação jurisdicional apenas pelo fato de o acórdão recorrido ter decidido em sentido contrário à pretensão da parte.

A matéria é tipicamente de Direito de Família e envolve as consequências resultantes do reconhecimento da paternidade investigada, no sentido de definir desde quando o filho reconhecido teria direito à metade do benefício previdenciário de seu genitor P.G.P.R.

De fato, cinge-se a controvérsia ao dever de pagamento retroativo pelo espólio de D. F. R. de valores percebidos a título de pensão previdenciária por morte, ocorrida em 1994, ao menor H.S.R., representado por sua genitora, que foi reconhecido como filho do *de cujus* em ação de investigação de paternidade póstuma julgada procedente em fevereiro de 1999, pretendendo não reconhecer o direito do filho, que também é dependente preferencial e concorre com o cônjuge ou companheiro ao benefício pleiteado, ainda que seja membro de núcleo familiar distinto, o que acontece com frequência nas denominadas famílias mosaico.

O menor, autor, invoca o seu direito ao benefício previdenciário de 1994 (data da morte) a 1999 (paternidade reconhecida), interregno temporal no qual, indevidamente, a viúva do falecido, D. F. R., espólio ora recorrente, recebeu a totalidade do benefício previdenciário.

De início, ressalte-se que, em matéria de direito previdenciário intertemporal, prevalece a ideia de que se deve aplicar a lei vigente à época do óbito.

A pensão por morte é regida pela Lei nº 8.213/91 que, em seu artigo 74, com a redação anterior à alteração legislativa introduzida pela Lei nº 9.528/97, aplicável ao caso em virtude da Súmula nº 304/STJ ("*A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado*") dispõe que o benefício é devido ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data do óbito ou de decisão judicial, no caso de morte presumida, benefício que independe de carência.

Não se desconhece, que houve, após a modificação legislativa, introdução da regra de que o benefício deveria ser requerido em até trinta dias depois do evento morte, sob pena de ser concedido apenas após o requerimento na via administrativa, regra inaplicável ao caso

Superior Tribunal de Justiça

concreto, tendo em vista o princípio do *tempus regit actum*. Essa posição está sedimentada no art. 262, § 1º, da IN 95/03, incidente na hipótese em respeito ao direito adquirido.

Assim, somente após 10.12.2007, data da edição da Lei nº 9.558/97, se definiu que a data do início do benefício (DIB) da pensão por morte é a data da entrada do requerimento (DER).

Com efeito, o benefício pensão por morte é devido a filho reconhecido após o falecimento do segurado desde a data do óbito, como estabelecido pelo acórdão recorrido, bem como por esta Corte, em precedente da Segunda Turma, julgado em 25 de fevereiro de 2014, de relatoria do Ministro Mauro Campbell, que, ao analisar tese análoga à ora em apreço, permitiu que o menor pensionista do INSS, representado pela genitora, recebesse da autarquia previdenciária o pagamento de parcelas em atraso relativas ao período entre a data do óbito do instituidor do benefício e a data do requerimento administrativo expresso, porquanto comprovada a incapacidade do requerente, contra o qual não corre prescrição (arts. 79 da Lei nº 8.213/91 e 198, I, do Código Civil/02), como se afere da ementa que ora se transcreve:

"PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. PENSÃO POR MORTE. DEPENDENTE MENOR DE DEZESSEIS ANOS. HABILITAÇÃO POSTERIOR. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO. DATA DO ÓBITO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. O termo inicial do benefício previdenciário pensão por morte, tratando-se de dependente absolutamente incapaz, deve ser fixado na data do óbito do segurado, nos termos da redação original do artigo 74 da Lei 8.213/1991, aplicável ao caso.

2. O recorrente, na condição de menor pensionista do INSS, representado por sua genitora, pretende o pagamento de parcelas em atraso, relativas ao período entre a data do óbito do instituidor do benefício e a data do requerimento administrativo.

3. Consoante jurisprudência prevalente do STJ, comprovada a absoluta incapacidade do requerente, faz ele jus ao pagamento das parcelas vencidas desde a data do óbito do instituidor da pensão.

4. No presente caso, o óbito do segurado ocorreu em 31/1/1994, o benefício pensão por morte foi requerido administrativamente pelo ora recorrente, nascido em 19/8/1994, em 5/1/2001. A avó paterna do recorrente, mãe do instituidor da pensão, recebeu o benefício durante o período de 24/2/1994 a 1º/4/1996. O recorrente nasceu após a morte do segurado e obteve na Justiça o reconhecimento da paternidade, pois sua mãe vivia em união estável com seu pai.

5. Relativamente aos efeitos pretéritos do reconhecimento do direito, não se desconhece que a Segunda Turma indeferiu pedido de retroação dos efeitos do reconhecimento da pensão por morte ao menor dependente, asseverando nos autos do Recurso Especial 1.377.720/SC que, retroagir os efeitos da concessão do benefício causaria prejuízo ao Erário, considerando que a pensão fora paga, anteriormente, a outro dependente. Todavia, no citado julgado, a pensão foi destinada inicialmente a membro do mesmo núcleo familiar, o que não acontece no presente caso, em que a pensão fora paga a avó paterna do recorrente, que não convivia no núcleo familiar, tendo a demora do pedido se dado tão

Superior Tribunal de Justiça

somente em razão da necessidade do reconhecimento em juízo da união estável entre os genitores do recorrente e da paternidade.
6. *Recurso especial conhecido e provido.*" (grifou-se)

No mesmo sentido, cite-se o seguinte precedente:

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO POR MORTE. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO. ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. DATA DO ÓBITO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. No que diz respeito ao termo inicial da pensão por morte, o absolutamente incapaz tem direito ao benefício no período compreendido entre o óbito do segurado e a data do pedido administrativo.

2. Agravo regimental desprovido" (AgRg no REsp 1.275.327/RS, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe 26/9/2012 - grifou-se).

Confirmam-se, ainda, as seguintes decisões: REsp nº 1.171.916/RS, Relator o Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 5/12/2013 e, REsp nº 1.369.909/RS, Relator o Ministro Humberto Martins, DJe 25/3/2013.

Assim, é indubitável que, havendo mais de um pensionista, a pensão por morte deverá ser rateada entre todos em partes iguais, porém, no caso de menor beneficiário, o termo inicial do direito é a data do óbito do instituidor do benefício, consoante abalizada doutrina:

"(...) A pensão por morte é benefício direcionado aos dependentes do segurado, visando à manutenção da família, no caso de morte do responsável pelo seu sustento. O tema é tratado na Lei nº 8.213/91, arts. 74 a 79 e no RPS, arts. 105 a 115 (...)

A atual redação do Regulamento da Previdência Social, no que diz respeito à data de início do benefício, foi fixada pelo Decreto nº 5.545, de 22 de setembro de 2005. Anteriormente, o RPS previa, expressamente, que o filho, menor de 16 anos, poderia requerer o benefício pensão por morte à qualquer tempo, tendo direito ao recebimento dos valores devidos desde o óbito, desde que não fosse novo dependente em pensão já concedida.

A intenção foi submeter todos à mesma regra: se o requerimento ultrapassar trinta dias (item II), a data de entrada do requerimento - DER será o marco inicial para a data de início do pagamento - DIP, ainda que a data de início do benefício - DIB seja fixada no óbito. Todavia, conforme orientações constantes da Nota Técnica CGMBEN/DIVCONS nº 112/2008, não corre prescrição contra os menores de dezesseis anos e contra os incapazes, nos termos do art. 79 da Lei nº 8.213/91, sendo, portanto, devido o benefício de pensão por morte e de auxílio-reclusão aos dependentes menores desde a data do óbito ou da reclusão do instituidor, independentemente da data de sua ocorrência e desde que não sejam novos dependentes a benefício já concedido. Desta forma, acertadamente o INSS já adota tal procedimento, somente iniciando o prazo de 30 dias no momento em que o filho completa 16 anos". (Fábio Zambitte Ibrahim, Curso de Direito Previdenciário, Editora Impetus, 17ª edição, Capítulo 18, pág. 667 - grifou-se)

Superior Tribunal de Justiça

Assim, não merece reforma o entendimento unânime do Tribunal de origem que reconheceu o direito do menor, nascido em 11 de julho de 1991, porém reconhecido como filho do *de cujus* em 1999, por sentença procedente em ação de investigação de paternidade proposta em 1992, ao ressarcimento dos valores recebidos exclusivamente pela viúva do falecido, que "*tinha conhecimento desta ação*", tendo, inclusive, comparecido a laboratório para retirada de sangue (e-STJ fl. 281), haja vista o inegável efeito *ex tunc* da declaração de filiação, que retroage à data do nascimento do investigante, como se vê da fundamentação do acórdão recorrido, no que interessa:

"(...) Já votando o mérito, entendo que a viúva, embora não tenha no inventário exercido a função de inventariante, tinha conhecimento desta ação, e há nos autos documentos que mostram, às fls. 166/167, que ela foi intimada, inclusive, para comparecer no laboratório para a retirada de sangue.

Então, sabia que havia uma investigação de paternidade que se dirigia contra o Espólio do falecido marido, que havia um filho fora do casamento, e que estava sendo investigada essa paternidade, na busca da origem biológica do investigante.

O argumento da apelante de que não teria sido citada, e, portanto, não participado da investigatória, em razão da qual está sofrendo prejuízo, iguala-se à situação do herdeiro, que após o reconhecimento da paternidade de um meio-irmão, vê-se obrigado a repartir com ele o patrimônio recebido por herança do falecido pai, pois o reconhecimento da paternidade faz retroagir os seus efeitos desde a data do nascimento do herdeiro reconhecido. Ressalto que os efeitos da declaração de paternidade são 'ex tunc', ou seja, embora declarada a paternidade do investigado, somente em 1999, os efeitos da sentença retroagem à data do nascimento do investigante.

Arnoldo Medeiros da Fonseca, com relação aos laços de filiação, preleciona: '(...) pois, quanto à sentença proferida na ação de investigação de paternidade, que estudamos, sendo sua finalidade fazer declarar o laço de filiação já existente, não há dúvida que seus efeitos devem retroagir ao primeiro instante de vida do filho declarado natural' (Investigação de Paternidade, Edição Forense, ano 1958, nº 274, p. 355).

Assim sendo, o direito à percepção da pensão previdenciária retroage à data em que se estabeleceu o pensionamento, isto é, quando ocorreu o falecimento do investigado.

Observo que a prescrição não corre contra os incapazes, sendo de observa-se que o menor autor nasceu em 11 de julho de 1991, conforme mostra a certidão de nascimento de fl. 10" (e-STJ fls. 281-282 - grifou-se).

Por seu turno, o Revisor, Desembargador Rui Portanova, ao acompanhar o relator, assentou que "*ela sabia da ação e, mesmo assim, continuou recebendo os numerários. Assim agindo, assumiu o risco de receber indevidamente os numerários e, com isso, assumiu o risco de se locupletar sem causa*" (e-STJ fl. 282), afirmando o direito do autor à percepção do benefício.

Superior Tribunal de Justiça

Quanto à ausência de boa-fé da recorrente, o Desembargador José S. Trindade concluiu ser líquido e certo o direito do herdeiro, porque "*quando o espólio foi citado por intermédio de sua filha, que era inventariante, foi citada da ação de investigação em andamento. Obviamente que, sendo parte principal, pois meeira no processo de inventário, ficou sabendo, já naquele primeiro momento da citação, da existência das pretensões desse investigador*" (e-STJ fl. 283), inclusive tendo se submetido à coleta de sangue para a produção de um laudo de DNA que objetivava aferir a possibilidade de ser o investigante filho do seu falecido marido.

De mais a mais, o entendimento esposado pelo Tribunal local consagra o princípio que proíbe a prática de comportamento contraditório, conhecido pela expressão latina *nemo potest venire contra factum proprium*. É dizer, após ter obtido a notícia da possibilidade de haver outro beneficiário do direito previdenciário, não há como negar que o espólio, ora recorrente, deveria ter tomado as providências devidas para evitar o enriquecimento sem causa, não podendo alegar direito adquirido à pensão por morte, oriunda, em última análise, da herança, não obstante os benefícios da previdência social sejam dispensados de constar no processo de inventário (Maria Berenice Dias, Manual das Sucessões, 3ª Edição, Editora, RT, pág. 542). É o que dispõe o art. 112 da Lei nº 8.213/91:

"Art. 112. O valor não recebido em vida pelo segurado só será pago aos seus dependentes habilitados à pensão por morte ou, na falta deles, aos seus sucessores na forma da lei civil, independentemente de inventário ou arrolamento".

Nesse contexto, o acórdão recorrido, ao afirmar ser indevida a percepção exclusiva do benefício pela viúva e reconhecer o direito do menor, ora recorrido, à metade do valor da pensão previdenciária desde a data do falecimento de seu genitor até o momento em que sua parcela passou a ser paga diretamente pelo Ministério da Fazenda, corroborou o posicionamento desta Corte quanto ao tema e a posição adotada pelo próprio INSS.

Assim, incide, por analogia, o art. 115, II, § 1º, da Lei nº 8.213/91, pois tendo sido afastada, no acórdão recorrido, a boa-fé da viúva - segurada - e ora recorrente por meio de seu espólio, deve-se reconhecer que aquela beneficiária concorreu para a percepção a maior dos valores, razão pela qual deve restituir a diferença, como se vê do dispositivo abaixo transcrito:

*"Art. 115. Podem ser descontados dos benefícios:
(...) II - pagamento de benefício além do devido;
§ 1º. Na hipótese do inciso II, o desconto será feito em parcelas, conforme dispuser o regulamento, salvo má-fé"* (Renumerado pela Lei nº 10.820, de 17.12.2003 - grifou-se).

Superior Tribunal de Justiça

Nessa linha, saliente-se lição doutrinária, que *mutatis mutandis*, conclui pela necessidade de ressarcimento em hipótese análoga:

"(...) Se o novo pensionista habilitado for da primeira classe, como cônjuge ou filho, e o pensionista originariamente habilitado for da segunda, como mãe do segurado, a habilitação posterior ensejará o cancelamento da pensão para esta. Uma situação interessante surge na hipótese em que um dependente tem seu benefício negado administrativamente e recorre ao Poder Judiciário para vê-lo garantido. Durante a tramitação da ação judicial, o INSS segue pagando o benefício para aqueles habilitados administrativamente. Com o trânsito em julgado, se procedente a demanda, o Instituto terá que pagar os atrasados (...)". (Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior - Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social - Lei nº 8.213/91, Porto Alegre, 9ª Edição, Livraria do Advogado e ESMAFE - grifou-se)

De todo modo, não ficando caracterizado o engano justificável a partir das premissas fáticas analisadas pelo Tribunal de origem aptas a responsabilizar a dependente quanto à obrigação de restituir os valores de benefício usufruído de forma exclusiva, em virtude da existência de má-fé, de acordo com aspectos concretos da causa, o exame das questões trazidas no recurso especial, para chegar a conclusão diversa, dependeria do necessário revolvimento dos aspectos concretos da causa, procedimento obstado, em âmbito especial, pela Súmula nº 7 deste Superior Tribunal.

Aliás, esclareça-se, por oportuno, ser inaplicável a jurisprudência desta Corte no sentido de que é vedado reservar cota-parte de pensão por morte a fim de resguardar eventual beneficiário que ainda não tenha se habilitado no inventário, partindo da premissa de que somente após o requerimento da habilitação se faria novo rateio do benefício entre os concorrentes, pois, no caso concreto, a morte do autor da herança ocorreu antes da reforma legislativa, aplicando-se, então, a redação anterior do art. 74 da Lei de Benefícios, vigente à época da abertura da sucessão (*Saisine*), cujo prazo inicial era exclusivamente o óbito, conforme os mencionados precedentes desta Corte, não sendo relevante para o deslinde da controvérsia a existência de pedido administrativo quando ultrapassado o prazo de 30 (trinta) dias contados da morte, requisito aplicável apenas às situações configuradas após a inovação trazida pela Lei nº 9.528/98.

Portanto, sendo o termo inicial do benefício a morte do seu instituidor (Súmula nº 340/STJ) e o novo dependente menor de idade, absolutamente incapaz, impõe-se que os efeitos financeiros da pensão por morte sejam compartilhados pela família previdenciária desde o início da pensão por morte, sob pena de enriquecimento sem causa (art. 884 do Código Civil).

Superior Tribunal de Justiça

E apenas a título de fundamentação, válido mencionar que Sérgio Pinto Martins leciona que *"em caso de habilitação de novo dependente, em que não houve requerimento administrativo, os efeitos financeiros da pensão deverão ser contados a partir da data do ajuizamento da ação"*, o que na hipótese em análise se deu antes mesmo do óbito, o que reforça a tese de que há necessidade do ressarcimento dos valores percebidos indevidamente (Direito da Seguridade Social, 31ª Edição, Editora Atlas, 2011, pág. 368).

Outra não é a opinião do Ministério Público Federal, de que não corre a prescrição contra incapazes e de que cabível a pretensão de ressarcimento, como se vê do parecer que ora se transcreve, na parte que interessa:

"(...) De fato, a fundamentação do v. acórdão recorrido foi no sentido de que os efeitos da declaração de paternidade são ex tunc, retroagindo à data do nascimento do investigante, o que confere ao filho reconhecido (ora Recorrido) o direito a receber sua parte da pensão desde a data de falecimento de seu genitor, sobretudo porque, mesmo depois de ter ciência da ação de investigação de paternidade em curso, a esposa do investigado falecido continuou a receber o benefício previdenciário na íntegra, assumindo, portanto, o risco de se locupletar sem causa. Assim, o Recorrente deveria ter direcionado sua irrisignação contra esse próprio fundamento central do v. acórdão recorrido, veiculando ofensa aos dispositivos legais de regência, em vez de limitar-se a alegar negativa de vigência ao artigo 535 do CPC - que, repita-se, inexistiu no presente caso" (e-STJ fl. 466 - grifou-se).

Malgrado seja firme a jurisprudência desta Corte Superior no sentido da irrepitibilidade das verbas previdenciárias pagas a maior, recebidas de boa-fé pelo segurado, dado o caráter alimentar dos valores, impende alertar que tal posição não se aplica ao caso concreto, pois o acórdão recorrido assentou a má-fé da viúva em não reconhecer a existência de outro beneficiário do direito relativo à pensão por morte e não reservar a parcela devida àquele que igualmente deveria perceber sua parte do benefício.

Assim, não se olvida que nos casos de verbas alimentares, surge tensão entre o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa e o princípio da irrepitibilidade dos alimentos, fundado na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF). E que tal confronto tem sido resolvido, nesta Corte, pela preponderância da irrepitibilidade das verbas de natureza alimentar, desde que recebidas de boa-fé pelo segurado, o que não se amolda ao caso dos autos (AgRg no REsp nº 1.352.754/SE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05/02/2013, DJe 14/02/2013).

Aliás, o benefício previdenciário é indissociável das necessidades vitais básicas da pessoa humana, e por possuir natureza alimentar, apta a assegurar as necessidades da família,

Superior Tribunal de Justiça

outra não é a razão para que tal direito também seja assegurado ao filho menor do *de cujus*, tão beneficiário quanto qualquer outro membro do núcleo familiar, porquanto sujeito de direito, independentemente de ser fruto de relação extraconjugal como alega o espólio recorrente.

Ora, no caso concreto, ambas as partes são detentoras do direito alimentar, de mesma classe perante à lei previdenciária, não havendo porque discriminar o filho adulterino, porquanto cediço que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a igualdade de direitos entre filhos havidos ou não da relação de casamento (art. 227, § 6º).

A pensão por morte tem por objetivo assegurar os alimentos à toda unidade familiar, da qual, indubitavelmente, é partícipe o menor, elemento mais frágil e vulnerável na relação, e reconhecidamente filho do instituidor do benefício. Assim, à luz dos valores plasmados na Constituição Federal e na legislação de regência, o infante faz jus, desde a data do óbito de seu genitor, à pensão por morte, já que é tão ou mais dependente do que a viúva, ora representada por seu espólio.

Nesse sentido, válido mencionar o seguinte precedente desta Corte:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO. SANEAMENTO. MATÉRIA DE DIREITO DEVIDAMENTE PREQUESTIONADA NA ORIGEM. INAPLICABILIDADE DAS SÚMULAS 211 E 7-STJ. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. PEDIDO REVISIONAL. FAMÍLIA DE BAIXA RENDA. VIÚVA TITULAR DO BENEFÍCIO. DECADÊNCIA. RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DE FILHOS MENORES COMO DEPENDENTES DO SEGURADO FALECIDO. COGENTE INCIDÊNCIA DO ART. 79 DA LEI N.º 8.213/91. ESPECIAL PROTEÇÃO AOS DIREITOS DOS INCAPAZES. REGRA DO ART. 103 DA LEI N.º 8.213/91 AFASTADA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A vedação da fluência dos prazos de decadência e prescrição em desfavor do incapaz, consoante dispõe os artigos 198, inciso I, e 208, do Código Civil, encerra especial proteção concedida em prol do interesse público, aos direitos daqueles elencados no art. 3º do mesmo diploma, cujo exercício não lhe resta suprimido pelo transcurso do tempo. (Precedentes do STJ).

2. A pensão por morte tem como claro propósito garantir a subsistência da entidade familiar, instituição que também possui específica tutela do Estado, consoante dispõe o art. 226 da Constituição Federal.

3. Diferentemente do que argumentou o Tribunal recorrido, a ocorrência do óbito do segurado inaugura nova relação jurídica entre os dependentes elencados no art. 16 da Lei n.º 8.213/91, no qual figuram os filhos não emancipados, e o INSS.

4. Assim, a relevância de não serem os infantes, parte formal na presente ação, não tem o condão de afastar a aplicação do favor legal, porquanto além de não exigir a legislação civil (arts. 198, I, e 208) qualquer outra condição especial dos hipossuficientes, são eles considerados, pela legislação previdenciária (art. 16), dependentes de 1ª classe, cuja presunção de subordinação econômica é absoluta em relação ao segurado falecido.

5. Ademais, a própria natureza alimentar do benefício demonstra que o pleito revisional do valor da pensão por morte não busca apenas o reconhecimento

Superior Tribunal de Justiça

do direito próprio da genitora, mas, sim, de toda a unidade familiar.

5. Embargos de declaração providos, com efeitos infringentes, para conhecer e dar provimento ao recurso especial, afastando o instituto da decadência.

(EDcl no REsp 1.257.398/RS, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), QUINTA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 02/09/2013 - grifou-se).

Destaque-se, como acertadamente afirmou a Ministra Nancy Andrighi, em importante precedente desta Corte, ao conceder benefício de previdência complementar à companheiro homoafetivo, que, em muitas ocasiões, há "*necessidade de tutela, circunstância que não pode ser ignorada, seja pelo legislador, seja pelo julgador, que devem estar preparados para atender às demandas surgidas de uma sociedade com estruturas de convívio cada vez mais complexas, a fim de albergar, na esfera de entidade familiar, os mais diversos arranjos vivenciais*".

E ainda consignou a ilustre relatora que "*o Direito não regula sentimentos, mas define as relações com base neles geradas, o que não permite que a própria norma, que veda a discriminação de qualquer ordem, seja revestida de conteúdo discriminatório. O núcleo do sistema jurídico deve, portanto, muito mais garantir liberdades do que impor limitações na esfera pessoal dos seres humanos*", devendo "*o juiz, nessa evolução de mentalidade, permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito*" (REsp nº 1.026.981/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 04/02/2010, DJe 23/02/2010).

Nessa ordem de ideias, restando presumida a dependência econômica do infante para a concessão da pensão por morte, cuja dignidade deve ser amplamente protegida, à luz dos princípios que regem a relação ora em voga, dentre os quais se destaca o da solidariedade entre os beneficiários, sem preconceitos ou restrições de qualquer ordem, conclui-se que o dependente segurado menor de idade, filho do instituidor do benefício, faz jus ao benefício no período compreendido entre o óbito do segurado e a data do pedido administrativo, motivo pelo qual mantenho incólume a sentença de procedência (e-STJ fls. 123-126) que determinou o ressarcimento dos valores repassados à ora recorrente dentro do mencionado lapso temporal, os quais devem ser partilhados, sob pena de locupletamento ilícito.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 990.549 - RS (2004/0182074-1)

RELATOR : **MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**
RECORRENTE : D F R - ESPÓLIO
REPR. POR : L M R DA R
ADVOGADOS : CLÁUDIO LEITE PIMENTEL
WERNER CANTALICIO JOÃO BECKER E OUTRO(S)
ADVOGADA : JULIANA NASCIMENTO SOARES E OUTRO(S)
RECORRIDO : H S R (MENOR)
REPR. POR : M M S
ADVOGADO : JORGE ALCIBIADES PERRONE DE OLIVEIRA E OUTRO(S)

VOTO-VENCEDOR

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO POR MORTE. TERMO INICIAL. MENOR ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. DATA DO ÓBITO. *TEMPUS REGIT ACTUM*. PLURALIDADE DE PENSIONISTAS. RATEIO DO BENEFÍCIO. RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE *POST MORTEM*. RECEBIMENTO DE VALORES PELA VIÚVA, PREVIAMENTE HABILITADA. INEXISTÊNCIA DE MÁ-FÉ. PRINCÍPIO DA IRREPETIBILIDADE DAS VERBAS PREVIDENCIÁRIAS.

1. A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é a vigente na data do óbito do segurado (*tempus regit actum*).

2. Aplica-se o art. 74 da Lei de Benefícios, na redação vigente à época da abertura da sucessão (*saisine*), motivo pelo qual o termo inicial da pensão por morte é a data do óbito.

3. Havendo mais de um pensionista, a pensão por morte deverá ser rateada entre todos, em partes iguais, visto ser benefício direcionado aos dependentes do segurado, visando à manutenção da família.

4. Antes do reconhecimento da paternidade, seja espontâneo, seja judicial, o vínculo paterno consiste em mera situação de fato sem efeitos jurídicos. Com o reconhecimento é que tal situação se transforma em relação de direito, tornando exigíveis os direitos subjetivos do filho.

5. Ainda que a sentença proferida em ação de investigação de paternidade produza efeitos *ex tunc*, há um limite intransponível: o respeito às situações jurídicas definitivamente constituídas.

6. O mero conhecimento sobre a existência de ação de investigação de paternidade não é suficiente para configurar má-fé dos demais beneficiários anteriormente habilitados no recebimento de verbas previdenciárias e afastar o princípio da irrepetibilidade de tais verbas.

7. A filiação reconhecida em ação judicial posteriormente ao óbito do

instituidor do benefício configura a hipótese de habilitação tardia prevista no art. 76 da Lei n. 8.213/1991.

8. Recurso especial conhecido e provido.

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:

Trata-se de recurso especial cuja questão de fundo consiste em definir se o espólio da viúva de funcionário público federal que recebeu a totalidade da pensão por morte do marido deve pagar retroativamente ao filho posteriormente reconhecido em ação de investigação de paternidade metade das parcelas auferidas entre a data do falecimento e a habilitação do menor no órgão previdenciário.

O Ministro relator, após superar a preliminar de negativa de prestação jurisdicional, negou provimento ao recurso especial, mantendo o aresto estadual que concluía pela condenação do espólio ao pagamento de tais verbas. Do judicioso voto extrai-se que sua convicção foi assentada nas seguintes premissas:

a) em matéria de direito previdenciário intertemporal, aplica-se a lei vigente à época do óbito, ocorrido, no caso, em 1994;

b) o art. 74 da Lei n. 8.213/91, com a redação vigente à época, dispõe que o benefício é devido ao conjunto dos dependentes do segurado a contar da data do óbito;

c) somente após a Lei n. 9.528/97, inaplicável ao caso, é que se definiu que a data inicial do benefício é a data da entrada do requerimento;

d) os efeitos da declaração de paternidade são *ex tunc*, retroagindo à data do nascimento do investigante;

e) tendo o acórdão estadual assentado que a viúva tinha ciência da ação de investigação de paternidade, tendo sido intimada para comparecer a laboratório para coleta de sangue destinado à produção de um laudo de DNA, sua conduta de receber os valores que seriam devidos ao menor configura má-fé, o que atrai a incidência, por analogia, do art. 115, II, § 1º, da

Superior Tribunal de Justiça

Lei n. 8.213/91, além de gerar seu enriquecimento sem causa;

f) o reconhecimento da má-fé da viúva afasta o princípio da irrepetibilidade das verbas previdenciárias pagas a maior.

Pedi vista dos autos para melhor exame da questão, por não vislumbrar, *primo oculi*, a apontada má-fé da viúva, apta a justificar a inobservância do consagrado princípio da irrepetibilidade das verbas previdenciárias, sabidamente de natureza alimentar.

Peço vênia para dissentir do eminente relator e o faço pelos seguintes fundamentos.

É certo que a lei vigente à época do óbito do segurado (Lei n. 8.213/91), na redação contemporânea de seu art. 74, assegura que o benefício previdenciário é devido, a partir do falecimento, ao conjunto de dependentes, cujo rol encontra-se elencado no art. 16, nele figurando, entre outros, o cônjuge e o filho de qualquer condição menor de 21 anos ou inválido.

Igualmente é indiscutível que a sentença declaratória de paternidade possui efeitos *ex tunc*, retroagindo à data de nascimento do investigante.

Todavia, a controvérsia trazida no bojo do presente recurso especial não se resume ao reconhecimento do direito do autor, ora recorrido, ao recebimento do benefício previdenciário. Ao contrário, envolve questão jurídica de sobranceira relevância, alusiva ao princípio da irrepetibilidade das verbas previdenciárias pagas a maior, amplamente consagrado pela jurisprudência desta Corte.

Considerando que os valores recebidos a título de benefício previdenciário não se prestam, por natureza, a enriquecimento e menos ainda ilícito, mas sim à subsistência do segurado e de sua família, sendo manifesta a sua natureza alimentar, a jurisprudência somente excepciona sua irrepetibilidade quando o recebimento decorrer de má-fé.

O relator concluiu pelo dever de restituição da diferença, assim como o fez o aresto recorrido, por considerar caracterizada a má-fé no recebimento de tais verbas. E essa má-fé decorreria tão somente da circunstância de ter a viúva tomado conhecimento da existência da

ação de investigação de paternidade.

É nesse ponto que discordo das conclusões de Sua Excelência.

Ao tomar conhecimento da ação de investigação de paternidade, a viúva apenas obteve "*a notícia da possibilidade de haver outro beneficiário do direito previdenciário*", segundo as palavras do próprio relator.

Ora, tratando-se de mera possibilidade e nada mais do que isso, porquanto incerto o resultado da demanda, que poderia ser pela improcedência, não me parece razoável exigir da beneficiária, já devidamente habilitada nos termos da lei, que abraze mão de sua pensão apenas por existir uma ação em curso que pudesse vir a reconhecer a existência de outro beneficiário.

Note-se, ademais, que a ação de investigação de paternidade foi ajuizada em novembro de 1992 e o óbito do investigado ocorreu em fevereiro de 1994, o que permitiria ao interessado pleitear medida judicial no bojo daquela demanda para que lhe fosse assegurada, pelo menos, a reserva de parte da pensão que ora postula.

Se assim não o fez, não se pode exigir de terceira pessoa, que não era parte naquela ação investigativa, a adoção de providência voltada a assegurar efeito semelhante.

Extrai-se, ademais, do aresto recorrido que, em fevereiro de 1999, foi deferida tutela antecipada na ação de investigação de paternidade, posteriormente confirmada na sentença, declarando a paternidade, o que permitiu ao ora recorrido habilitar-se no órgão previdenciário, passando a receber, regularmente, a pensão.

Antes do reconhecimento da paternidade, seja espontâneo, seja judicial, o vínculo paterno consiste em mera situação de fato órfã de efeitos jurídicos. Com o reconhecimento é que tal situação de fato se transforma em relação de direito, tornando exigíveis os direitos subjetivos do filho.

Tanto é assim que, se esse filho comparecesse ao órgão previdenciário com a simples informação de ter ajuizado ação de investigação de paternidade, porém sem apresentar nenhum

Superior Tribunal de Justiça

providimento judicial a seu favor e se pleiteasse sua inclusão como beneficiário da pensão, certamente teria negado o pleito. E isso porque a possibilidade de uma sentença favorável no futuro, ainda que provida de efeitos *ex tunc*, não lhe assegura, antes disso, exigir de terceiros a observância de possíveis direitos subjetivos.

Como, então, se pode dizer que houve má-fé da viúva ao receber a pensão instituída pelo falecido esposo se apenas o que sabia era da existência de uma ação investigativa cujo resultado poderia ser qualquer um?

A configuração da má-fé requer a intenção maliciosa de causar lesão ou prejuízo a terceiro. Não existindo, no mundo jurídico, naquele momento, direito subjetivo do menor passível de lesão, onde está o liame subjetivo da ora recorrente apto a macular sua atitude? Sinceramente, não o enxergo.

Ainda que a sentença proferida em ação investigativa de paternidade produza efeitos *ex tunc*, tais efeitos não possuem caráter absoluto, encontrando um limite intransponível: o respeito às situações jurídicas definitivamente constituídas.

Entendo que a possibilidade de pagamento retroativo a menor cuja filiação foi reconhecida em ação judicial posteriormente ao óbito do instituidor do benefício não autoriza, por si só, se exija de outros beneficiários anteriormente habilitados a devolução das verbas previdenciárias recebidas de boa-fé. Nestes casos, em nome da segurança jurídica, deve-se reconhecer configurada a hipótese de habilitação tardia, prevista no art. 76 da Lei n. 8.213/91, que assim dispõe:

"Art. 76. A concessão da pensão por morte não será protelada pela falta de habilitação de outro possível dependente, e qualquer inscrição ou habilitação posterior que importe em exclusão ou inclusão de dependente só produzirá efeito a contar da data da inscrição ou habilitação."

Ante o exposto, reiterando meu pedido de vênias ao relator, **conheço do recurso especial e dou-lhe provimento** para julgar improcedente a ação de cobrança, condenando o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

É o voto.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 990.549 - RS (2004/0182074-1)

RELATOR : MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

RECORRENTE : D F R - ESPÓLIO

REPR. POR : L M R DA R

**ADVOGADOS : CLÁUDIO LEITE PIMENTEL
WERNER CANTALICIO JOÃO BECKER E OUTRO(S)**

ADVOGADA : JULIANA NASCIMENTO SOARES E OUTRO(S)

RECORRIDO : H S R (MENOR)

REPR. POR : M M S

**ADVOGADO : JORGE ALCIBIADES PERRONE DE OLIVEIRA E
OUTRO(S)**

VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO
(Relator):**

Sr. Presidente, com a devida vênia, vou acompanhar a divergência inaugurada pelo Ministro João Otávio de Noronha, dando provimento ao recurso especial. É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2004/0182074-1

PROCESSO ELETRÔNICO

REsp 990.549 / RS

Números Origem: 105193578 70009162868

PAUTA: 05/06/2014

JULGADO: 05/06/2014
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MAURÍCIO DE PAULA CARDOSO

Secretária

Bela. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : D F R - ESPÓLIO
REPR. POR : L M R DA R
ADVOGADOS : CLÁUDIO LEITE PIMENTEL
WERNER CANTALÍCIO JOÃO BECKER E OUTRO(S)
ADVOGADA : JULIANA NASCIMENTO SOARES E OUTRO(S)
RECORRIDO : H S R (MENOR)
REPR. POR : M M S
ADVOGADO : JORGE ALCIBIADES PERRONE DE OLIVEIRA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Família - Alimentos

CERTIDÃO

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

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro João Otávio de Noronha, a Terceira Turma, por maioria, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro João Otávio de Noronha, que lavrará o acórdão. Vencido o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente).

Votaram com o Sr. Ministro João Otávio de Noronha os Srs. Ministros Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andriahi.