



Jurisprudência da Terceira Seção

MANDADO DE SEGURANÇA N. 13.823-DF (2008/0203011-7)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Impetrante: Arildo Pinto da Cunha

Advogado: Leonardo Militão Abrantes e outro(s)

Impetrado: Ministro de Estado da Agricultura Pecuária e Abastecimento

Impetrado: Coordenador Geral de Administração de Recursos Humanos do Ministério da Agricultura Pecuária e Abastecimento

EMENTA

Administrativo. Mandado de segurança. Concurso público. Fiscal Agropecuário Federal. Preliminar de ausência de interesse de agir. Rejeição. Contratação precária dentro do prazo de validade do certame. Preterição. Não-ocorrência. Segurança denegada.

1. O fato de ter-se encerrado o prazo de validade antes da impetração do *mandamus* não enseja falta de interesse processual quando o impetrante, dentro do prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias, não questiona as provas do concurso público, mas atos diretamente relacionados à nomeação de aprovados, ocorridos enquanto válido o certame.

2. Não é a simples contratação temporária de terceiros no prazo de validade do certame que gera direito subjetivo do candidato aprovado à nomeação. Impõe-se que se comprove que essas contratações ocorreram, não obstante existissem cargos de provimento efetivo desocupados.

3. Se a Administração preencheu as vagas existentes de cargos de provimento efetivo de acordo com a ordem classificatória do concurso público e, além disso, contratou terceiros de forma temporária, presume-se que há excepcional interesse público a demandar essa conduta, razão por que não se pode entender tenha atuado de forma ilegal ou mediante abuso de poder.

4. Segurança denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, denegar a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencidos os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), que concedem a ordem. Votaram com o Relator a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Jorge Mussi, Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE), Felix Fischer e Og Fernandes.

Vencidos os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP).

Ausentes, nesta assentada, ocasionalmente o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho e justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília (DF), 28 de abril de 2010 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJe 12.05.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por *Arildo Pinto da Cunha* em desfavor do *Ministro de Estado da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e do Coordenador-Geral de Administração de Recursos Humanos do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento*, em que pretende sejam asseguradas sua nomeação e posse no cargo de Fiscal Federal Agropecuário, Especialidade Médico Veterinário, em virtude de aprovação em concurso público regido pelo Edital n. 4/06-MAPA.

O impetrante alega que foi aprovado em 5º (quinto) lugar no concurso público em tela, na classificação referente ao Estado de Minas Gerais, para o qual estavam previstas 3 (três) vagas. Aduz que os 3 (três) primeiros colocados foram nomeados em 24.05.2007 e, no prazo de validade do certame, prorrogado até 20.05.2008, houve a nomeação da 4ª (quarta) colocada, em vaga criada posteriormente.

Argumenta que, um dia antes do encerramento do referido prazo, em 19.05.2008, teve ciência de que a candidata que alcançou a 6ª (sexta) posição também foi nomeada, por força de decisão judicial proferida em autos de ação ordinária ajuizada na Justiça Federal em Minas Gerais. Defende, assim, a observância do prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias, considerando que o *mandamus* foi impetrado em 03.09.2008.

Sustenta que, tão-somente com a propositura da ação ordinária em tela, teve conhecimento de que houve a contratação temporária de terceiros para o exercício de função de Médico Veterinário no prazo de validade do certame. Assevera que essa contratação gera direito líquido e certo de ser nomeado, conforme orientação jurisprudencial a respeito.

Por decisão proferida em 23.09.2008, indeferi a liminar (fl. 125).

O Ministro de Estado da Agricultura, Pecuária e Abastecimento prestou informações. Aduz preliminar de carência de ação por ausência de interesse processual, ao argumento de que o prazo de validade do concurso público em discussão já expirou, “não mais sendo possível haver nomeações para os cargos ofertados” (fl. 136).

Argumenta, quanto ao mérito, que a Administração não está obrigada a nomear nenhum candidato que, embora aprovado, tenha sido classificado além do número de vagas oferecido no edital do concurso público, havendo mera expectativa de direito.

O Ministério Público Federal, pelo Subprocurador-Geral da República *José Flaubert Machado Araújo*, opina pela denegação da segurança (fls. 289/296).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): De início, impõe-se ressaltar que o fato de ter-se encerrado o prazo de validade antes da impetração do *mandamus* não enseja falta de interesse processual quando o impetrante, dentro do prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias, não questiona as provas do concurso público, mas atos diretamente relacionados à nomeação de aprovados, ocorridos enquanto válido o certame.

De fato, não se pretende, no caso, o refazimento de provas ou etapas de concurso público, mas tão-somente o exame de possível preterição, em

última análise. Nesse cenário, persiste o interesse processual do impetrante, considerando que o candidato aprovado não pode remanescer prejudicado quanto ao exame de suposta violação a direito líquido e certo tão-somente porque os atos questionados foram praticados na iminência de encerramento do prazo de validade do certame. A propósito, transcrevo a seguinte ementa:

Administrativo. Mandado de segurança. Concurso público para provimento do cargo de Fiscal Federal Agropecuário. Edital n. 1/2004-MAPA. Decadência. Afastamento. Falta de interesse processual. Prazo de validade expirado. Não-ocorrência. Insurgência contra atos de nomeação. Candidato aprovado, mas não classificado. Direito líquido e certo à nomeação. Inexistência. Segurança denegada.

(...)

2. O fato de ter-se encerrado o prazo de validade antes da impetração do *mandamus* não enseja falta de interesse processual do impetrante, porquanto ele não questiona as provas do concurso público, mas atos diretamente relacionados à nomeação de aprovados, ocorridos enquanto válido o certame e dentro do prazo decadencial.

(...)

6. Segurança denegada. (MS n. 11.090-DF, de minha relatoria, Terceira Seção, DJ 23.10.2003)

Desse modo, rejeito a preliminar de carência de ação por ausência de interesse processual.

De outra parte, doutrina e jurisprudência já consagraram o entendimento no sentido de que a “aprovação em concurso público gera mera expectativa de direito”. Com isso, compete à Administração, dentro do seu poder discricionário e atendendo aos seus interesses, nomear candidatos aprovados de acordo com a sua conveniência, respeitando-se, contudo, a ordem de classificação, a fim de evitar arbítrios e preterições. Nesse sentido: ROMS n. 15.203-PE, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 17.02.2003.

Ocorre que, segundo entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, tal expectativa de direito se transforma em direito subjetivo para os candidatos aprovados no certame, dentro do seu prazo de validade, quando há contratação precária de terceiros, concursados ou não, para exercício dos cargos. Nesse sentido:

Administrativo. Concurso público. Preterição de candidatos aprovados. Contratação precária dentro do prazo de validade. Recurso especial.

1. É unânime na jurisprudência o entendimento de que os candidatos aprovados em concurso público possuem mera expectativa de direito à nomeação; nasce esse direito se, dentro do prazo de validade do concurso, são preenchidas as vagas por terceiros, concursados ou não, a título de contratação precária.

2. Recurso Especial conhecido mas não provido. (REsp n. 263.071-RN, Rel. Min. Edson Vidigal, Quinta Turma, DJ 04.12.2000)

Administrativo. Mandado de segurança. Concurso público. Litisconsórcio passivo necessário. Não configuração. Ato do Governador. Notificação do Presidente da FHEMIG. Desnecessidade. Pedido meramente declaratório. Não ocorrência. Pedido. Interpretação em consonância com a petição inicial como um todo. Direito à nomeação. Aprovação dentro do número de vagas. Contratação temporária. Direito à nomeação configurado.

(...)

4. Verificando-se a contratação temporária para o exercício de cargos, no prazo de validade do concurso público, para os quais existem candidatos aprovados dentro do número de vagas, surge para estes candidatos o direito líquido e certo à nomeação. Precedentes.

5. Recurso ordinário conhecido e provido. (RMS n. 11.222-MG, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ 06.02.2006)

Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Concurso público para o cargo de professor. Classificação dentro do número de vagas. Candidatos aprovados contratados de forma precária. Prazo de validade do certame. Direito líquido e certo. Nomeação.

Nos autos restou comprovada a classificação do recorrente para o referido certame, dentro do número de vagas oferecidas para o respectivo município, bem como a sua contratação de forma precária. Seguindo-se o pacífico entendimento jurisprudencial desta eg. Corte de Justiça, "... os candidatos aprovados em concurso público possuem mera expectativa de direito à nomeação; nasce esse direito se, dentro do prazo de validade do concurso, são preenchidas as vagas por terceiros, concursados ou não, a título de contratação precária ..." (RMS n. 11.714-PR, DJ 08.10.2001).

Recurso provido, garantido-se a nomeação ao recorrente. (RMS n. 16.389-MG, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJ 02.02.2004)

Em relação ao concurso público em discussão nestes autos, para provimento do cargo de Fiscal Federal Agropecuário, de que cuida o Edital n. 4/06-MAPA, de 14.12.2006, esta Corte já teve oportunidade de reafirmar esse entendimento,

porquanto constatada a existência de vaga a ser preenchida, consoante atesta a seguinte ementa:

Administrativo. Concurso público. Fiscal Agropecuário Federal. Acordos de cooperação técnica entre a União e Municípios para fiscalização de produtos de origem animal. Demonstração de necessidade de pessoal. Preenchimento de vaga existente. Direito líquido e certo à nomeação.

1. Os acordos de cooperação técnica celebrados entre o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e diversos Municípios catarinenses têm por nítido escopo fazer com que servidores municipais desempenhem, sob o comando da União, as atividades tipicamente desenvolvidas pelos fiscais agropecuários federais.

2. Nesse caso, embora a União não contrate diretamente terceiros, em caráter precário, para desempenhar as funções do cargo em questão, ela o faz de maneira indireta, ao passar a se utilizar da mão-de-obra de servidores municipais disponibilizados pelas prefeituras, os quais passam a exercer funções próprias da Administração Federal.

3. A *ratio essendi* de a contratação precária de terceiros fazer surgir o direito líquido e certo dos aprovados em concurso público à nomeação às vagas existente, decorre do fato de ela demonstrar a necessidade de pessoal para desempenho de determinada atividade administrativa.

4. Pela mesma razão de ser, a celebração de acordos de cooperação entre a União e Municípios, por meio do qual pessoas que são estranhas aos quadros da Administração Federal passam, sob a supervisão e controle da União, a exercer funções por lei atribuídas aos Fiscais Agropecuários Federal, faz surgir o direito à nomeação daqueles aprovados em concurso público para o aludido cargo, desde que comprovada a existência de vaga.

5. Demonstrado que a impetrante fora aprovada em concurso público para o aludido cargo, para o Estado de Santa Catarina, que seria a próxima a ser nomeada, bem como haver vaga desocupada, exsurge o direito líquido e certo à sua nomeação.

6. Ordem concedida. (MS n. 13.575-DF, Rel. Desembargadora convocada Jane Silva, Terceira Seção, DJe 1º.10.2008)

Ocorre que, no caso em exame, narram os autos que o impetrante foi aprovado em 5º (quinto) lugar, para o Estado de Minas Gerais, no concurso público para provimento do cargo de Fiscal Federal Agropecuário, Especialidade Médico Veterinário, regido pelo Edital n. 4/06-MAPA, para o qual estavam previstas 3 (três) vagas.

Referidas vagas foram preenchidas pelos 3 (três) primeiros colocados, que foram nomeados em 24.05.2007. No prazo de validade do certame, prorrogado até 20.05.2008, houve a nomeação da 4ª (quarta) colocada, em vaga criada posteriormente.

Nesse contexto, entendo que não há direito líquido e certo a ser protegido.

O impetrante foi aprovado além do número de vagas previsto para o cargo em referência. Além disso, muito embora terceiros tenham sido contratados de forma temporária no prazo de validade do concurso público, não há demonstração, nos autos, de que essas contratações tenham ocorrido em detrimento dos candidatos aprovados.

Com efeito, não é a simples contratação temporária de terceiros no prazo de validade do certame que gera direito subjetivo do candidato aprovado à nomeação. Impõe-se que se comprove que essas contratações ocorreram, não obstante existissem cargos de provimento efetivo a serem providos, o que não verifica na hipótese em exame.

Se a Administração preencheu as vagas destinadas aos cargos de provimento efetivo de acordo com a ordem classificatória do concurso público vigente e, além disso, contratou terceiros de forma temporária, para o exercício de função pública, presume-se que há excepcional interesse público a demandar essa conduta, razão por que não se pode entender tenha atuado de forma ilegal ou mediante abuso de poder.

Conforme bem lembrado pelo ilustre representante do Ministério Público Federal, Subprocurador-Geral da República José Flaubert Machado Araújo, em seu parecer, cabe registrar a distinção entre cargo público e função pública na lição de Lucas Rocha Furtado (*Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, pp. 876-877):

É certo que não se pode confundir o cargo público com a função pública. São conceitos distintos. Não obstante, a todo cargo público seja atribuída uma função pública.

A função pública corresponde ao conjunto de atribuições conferidas ao agente público. Nesse sentido, a todo cargo seja atribuída uma função ou, em outras palavras, todo cargo se caracteriza pela existência de um conjunto de atribuições públicas definidas em lei.

É possível identificar, no entanto, situações excepcionais em que o agente público desempenha atribuições sem ocupar cargo (ou emprego público). A Constituição Federal (art. 37, IX) admite a "contratação por tempo determinado

para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público". Nas hipóteses de contratação temporária, o agente público exerce atribuições públicas como mero prestado de serviço, sem que para tanto precise ocupar um local na estrutura da Administração Pública. O denominado agente temporário é um prestador de serviço, e nessa qualidade exerce atribuições públicas sem ocupar cargo ou emprego. Vê-se, por exemplo, que o professor de uma universidade pública contratado em regime temporário (usualmente denominado professor substituto) desempenha as mesmas atribuições do professor ocupante de cargo público. Este último ocupa um lugar na estrutura da Administração Pública; aquele, contratado temporariamente, presta os mesmos serviços, exerce, portanto, as mesmas atribuições, mas não ocupa qualquer cargo ou emprego público na estrutura administrativa da entidade. É mero prestado de serviço cujo regime jurídico é definido, no plano federal, pela Lei n. 8.745, de 1993.

É oportuno lembrar que a criação de cargo público pode se dar tão-somente por meio de lei, conforme o disposto nos arts. 37, inciso I, 48, inciso X, e 61, § 1º, inciso II, letra **d**, da Constituição Federal.

Nesse sentido, transcrevo o magistério de Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo Brasileiro*, 30ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 406):

A criação, transformações e extinção de cargos, empregos e funções públicas do Poder Executivo exige lei de iniciativa privativa do Presidente da República, dos Governadores dos Estados e do Distrito Federal e dos Prefeitos Municipais, conforme seja federal, estadual ou municipal a Administração interessada, abrangendo a Administração direta, autárquica e fundacional (CF, art. 48, X, c.c. o art. 61, § 1º, II, **d**).

Ante o exposto, *denego a segurança*. Fica ressalvada a via ordinária. Custas *ex lege*. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos da Súmula n. 105-STJ.

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Eminentíssimo Presidente, douta Seção, observei, pela audiência atenta e proveitosa do voto do Senhor Ministro Relator, que as contratações precárias se deram dentro do prazo de validade do concurso. Realmente, como bem esclareceu o Relator, foram três as vagas ofertadas que foram preenchidas. A quarta pessoa aprovada, que não interessa, obteve ingresso no serviço público por via administrativa ou judicial? Judicial. Então, ele é o quinto.

2. São contratadas pessoas, precariamente, para exercer as funções dos cargos que foram objeto do concurso. Penso que a questão da temporariedade não deve ser focada, com todo o respeito, na figura do contratado, do exercente ou do ocupante, mas na atividade. O que é permanente ou temporário na administração é a atividade. Por exemplo, uma seca no Nordeste, é temporária. As contratações são temporárias. Mas, docente do ensino superior, a atividade é permanente. Daí, não se explicar, absolutamente, que se façam contratações temporárias para atividades permanentes. Vou pegar a palavra de empréstimo do dicionário do Senhor Ministro Nilson Naves: é uma burla. É uma burla a exigência constitucional que impõe a seleção pública para o ingresso no serviço público.

3. Penso, com todo o respeito, que a aprovação no concurso dentro do número de vagas não cria problema nenhum, porque a administração nomeia. Estamos imaginando uma situação ou desejando uma situação em que o problema não exista, ou seja, o sujeito foi aprovado dentro do número de vagas. Ótimo. Será nomeado pela própria administração. Se não for nomeado, o direito líquido e certo é incontestável, para usar a expressão da Constituição de 1934. É evidente. O desafio para o Judiciário surge quando a pessoa é aprovada além do número de vagas, como foi o caso, além do número de vagas e no prazo de validade do concurso. Até diria, ainda que tivesse caducado o concurso, mas não é o caso. E, no prazo, a administração pode esperar que o concurso caduque para fazer contratações temporárias, para poder burlar?

4. Porém, se dentro do prazo de validade do concurso, a administração contrata, esse rótulo de precário, para mim, não significa rigorosamente nada, porque a atividade é permanente. Para mim, não me impressiona dizer: está contratado precariamente ou temporariamente. Isso não quer dizer nada. Para qual atividade? De professor? É claro que não é precário, porque a atividade não é precária.

5. Daí por que, eminente Presidente, pedindo as maiores vênias ao preclaríssimo e eminente Senhor Ministro Arnaldo Esteves Lima e à douta Senhora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, concedo a Ordem em Mandado de Segurança para determinar à Administração que nomeie, imediatamente, o quinto colocado e dispense, se for o caso, um dos contratados chamados temporários, para se evitar que a astúcia administrativa termine burlando a exigência constitucional do concurso público para ingresso para a administração pública.

6. É assim como voto, pedindo vênias aos que pensarem de modo diverso.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Arildo Pinto da Cunha, por seu advogado, impetrou mandado de segurança em desfavor do Ministro de Estado da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e do Coordenador-Geral de Administração de Recursos Humanos do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, em que pretende sejam asseguradas sua nomeação e posse no cargo de Fiscal Federal Agropecuário, especialidade Médico Veterinário, em virtude de aprovação em concurso público regido pelo Edital n. 4/2006 - MAPA.

Narra o impetrante ter sido aprovado no concurso em epígrafe em quinto lugar e estavam previstas para o Estado de Minas Gerais, local para o qual se inscreveu, três vagas. Após a homologação do resultado, foram preenchidos os cargos anunciados com primeiros colocados e, posteriormente, o quarto colocado foi nomeado, em virtude de vaga criada por lei.

Sustenta ter tomado conhecimento de que, no prazo de validade do certame, houve a contratação temporária para o exercício da função de Médico Veterinário, o que, para ele, demonstra a necessidade de serviço e a burla ao instituto do concurso público.

Tendo em vista ser o próximo da lista de aprovados, requer seja deferida a nomeação no cargo de Fiscal Federal Agropecuário, especialidade Médico Veterinário.

A autoridade apontada como coatora pugnou pela denegação da ordem, ao argumento de que o candidato aprovado além do número de vagas oferecidas detém mera expectativa de direito.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da segurança, em face da ausência de cargo vago (fls. 289-296).

O ilustre relator, Ministro Arnaldo Esteves Lima, ressaltou a existência de julgados desta Corte no sentido de que a aprovação em concurso público gera mera expectativa de direito, que, entretanto, transforma-se em direito subjetivo quando, dentro do prazo de validade do certame, ocorre contratação precária de terceiros para o exercício dos cargos.

Contudo, afastou a aplicação deste entendimento ao caso concreto, na medida em que o candidato foi aprovado fora do número de vagas oferecidas e não ficou demonstrada a existência de cargo vago a ser preenchido. Por esse fundamento, denegou a segurança.

O eminente Ministro Napoleão Nunes Maia Filho inaugurou divergência, ao entendimento de que a contratação temporária para o exercício de função pública permanente constitui burla ao instituto do concurso público e demonstra o direito líquido e certo à nomeação do impetrante.

Pedi vista dos autos para melhor exame da matéria.

Com relação ao tema em questão, no julgamento do RMS n. 27.311-AM, de minha relatoria, as seguintes premissas foram estabelecidas para a nomeação de candidatos aprovados em concurso público:

a) a classificação de candidato dentro do número de vagas ofertadas pela Administração gera, não a mera expectativa, mas o direito subjetivo à nomeação (art. 37, II e IV, CF), na medida em que a administração pratica ato vinculado ao tornar pública a existência de cargos vagos e o interesse em provê-los.

b) até expirar o lapso de eficácia jurídica do certame, a Administração tem o poder-dever de convocar os candidatos aprovados no limite das vagas que veiculou no edital, respeitada a ordem classificatória.

Para os casos em que ocorre a contratação de pessoal por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do art. 37, X, da Constituição Federal, dentro do prazo de validade de concurso público e sem o preenchimento das vagas existentes, esta Corte decidiu reconhecer o direito líquido e certo dos aprovados à nomeação.

Destaca-se, nesse sentido, o seguinte precedente oriundo desta Quinta Turma:

Administrativo. Concurso público. Candidatos aprovados. Contratação temporária. Ilegalidade.

I - É entendimento doutrinário e jurisprudencial de que a aprovação em concurso público gera mera expectativa de direito à nomeação, competindo à Administração, dentro de seu poder discricionário, nomear os candidatos aprovados de acordo com a sua conveniência e oportunidade.

II - Entretanto, a mera expectativa se convola em direito líquido e certo a partir do momento em que, dentro do prazo de validade do concurso, há contratação de pessoal, de forma precária, para o preenchimento de vagas existentes, em flagrante preterição àqueles que, aprovados em concurso ainda válido, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função.

III - Comprovada pela recorrente a classificação no concurso para professor de língua portuguesa, em primeiro lugar, em ambos os cargos que disputou, bem como incontroverso que houve a contratação, em caráter precário, de

profissionais para suprir a carência de pessoal nasce, assim, o direito líquido e certo de exigir da autoridade competente a nomeação, pois demonstrada, inequivocamente, a necessidade de servidores para essa área.

Recurso provido, para determinar a nomeação e posse da recorrente (RMS 24.151-RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 16.08.2007, DJ 08.10.2007, p. 322).

O impetrante, fundado em nossa consolidada jurisprudência, defende seu direito líquido e certo à nomeação, ao argumento de que as contratações temporárias demonstram a necessidade da Administração em executar trabalho para qual existe concurso público válido.

De fato, a existência de prestadores de serviço contratados temporariamente para executar trabalho destinado a servidor público, em preterição aos aprovados em concurso, é preocupante.

Inclusive, como bem ressaltou o eminente Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, o Supremo Tribunal Federal já afastou a possibilidade de realização de contratação temporária para a execução de atividades permanentes do Estado.

Transcreve-se ementa de julgado que ilustra muito bem tal posicionamento:

Constitucional. Lei Estadual Capixaba que disciplinou a contratação temporária de servidores públicos da área de saúde. Possível exceção prevista no inciso IX do art. 37 da Lei Maior. Inconstitucionalidade. ADI julgada procedente.

I - A contratação temporária de servidores sem concurso público é exceção, e não regra na Administração Pública, e há de ser regulamentada por lei do ente federativo que assim disponha.

II - Para que se efetue a contratação temporária, é necessário que não apenas seja estipulado o prazo de contratação em lei, mas, principalmente, que o serviço a ser prestado revista-se do caráter da temporariedade.

III - O serviço público de saúde é essencial, jamais pode-se caracterizar como temporário, razão pela qual não assiste razão à Administração estadual capixaba ao contratar temporariamente servidores para exercer tais funções.

IV - Prazo de contratação prorrogado por nova lei complementar: inconstitucionalidade.

V - É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de não permitir contratação temporária de servidores para a execução de serviços meramente burocráticos. Ausência de relevância e interesse social nesses casos.

VI - Ação que se julga procedente (ADI n. 3.430, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 12.08.2009, DJe-200 DIVULG. 22-10-2009 PUBLIC. 23-10-2009 EMENT. VOL-02379-02 PP-00255 - grifou-se).

Entretanto, o caso em exame apresenta peculiaridade que impede o reconhecimento do direito líquido e certo defendido, qual seja, o impetrante foi aprovado fora do número de vagas oferecidas no certame e não logrou demonstrar, na via estreita do mandado de segurança, a existência de cargo vago.

Nesses casos, existência de contratação temporária, por si só, não tem o condão de demonstrar a existência de vaga a ser preenchida por aprovado em concurso público.

Acentua-se que a criação de cargos, bem como a admissão e contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, somente se dará por meio de lei, conforme o disposto nos arts. 37, I; 48, X; e 61, § 1º, II, d, da Constituição Federal.

Por isso, não pode o Poder Judiciário determinar a nomeação do impetrante sem que exista a comprovação de que existe cargo vago a ser preenchido.

Mutatis mutandis, destaca-se acórdão proferido por este Órgão Colegiado:

Administrativo. Concurso público. Fiscal Agropecuário Federal. Acordos de cooperação técnica entre a União e Municípios para fiscalização de produtos de origem animal. Demonstração de necessidade de pessoal. Preenchimento de vaga existente. Direito líquido e certo à nomeação.

1. Os acordos de cooperação técnica celebrados entre o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e diversos Municípios catarinenses têm por nítido escopo fazer com que servidores municipais desempenhem, sob o comando da União, as atividades tipicamente desenvolvidas pelos fiscais agropecuários federais.

2. Nesse caso, embora a União não contrate diretamente terceiros, em caráter precário, para desempenhar as funções do cargo em questão, ela o faz de maneira indireta, ao passar a se utilizar da mão-de-obra de servidores municipais disponibilizados pelas prefeituras, os quais passam a exercer funções próprias da Administração Federal.

3. A *ratio essendi* de a contratação precária de terceiros fazer surgir o direito líquido e certo dos aprovados em concurso público à nomeação às vagas existente, decorre do fato de ela demonstrar a necessidade de pessoal para desempenho de determinada atividade administrativa.

4. *Pela mesma razão de ser, a celebração de acordos de cooperação entre a União e Municípios, por meio do qual pessoas que são estranhas aos quadros da Administração Federal passam, sob a supervisão e controle da União, a exercer funções por lei atribuídas aos Fiscais Agropecuários Federal, faz surgir o direito à nomeação daqueles aprovados em concurso público para o aludido cargo, desde que comprovada a existência de vaga.*

5. Demonstrado que a impetrante fora aprovada em concurso público para o aludido cargo, para o Estado de Santa Catarina, que seria a próxima a ser nomeada, bem como haver vaga desocupada, exsurge o direito líquido e certo à sua nomeação.

6. Ordem concedida (MS n. 13.575-DF, Rel. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), Terceira Seção, julgado em 10.09.2008, DJe 1º.10.2008 - grifou-se).

Diante do exposto, acompanho o voto proferido pelo ilustre relator e denego a segurança, ressalvadas as vias ordinárias.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Og Fernandes: Acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, denegando a ordem em mandado de segurança.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Og Fernandes: Cuidam estes autos de mandado de segurança impetrado por *Arildo Pinto da Cunha* em desfavor do Ministro de Estado da Agricultura e Abastecimento e do Coordenador-Geral de Administração de Recursos Humanos do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, em que pretende sejam asseguradas sua nomeação e posse no cargo de Fiscal Federal Agropecuário, Especialidade Médico Veterinário, em virtude de aprovação em concurso público regido pelo Edital n. 4/06 - MAPA.

O impetrante informa que: “preencheu todos os requisitos estabelecidos no Edital, se inscreveu a tempo e modo no concurso e realizou as Provas, classificando-se em todas as etapas e sendo aprovado ao final.” (fl. 3)

O resultado do concurso apresentou e relacionou 6 (seis) candidatos aprovados no Estado de Minas Gerais – Estado/localidade escolhido pelo candidato na ocasião da inscrição – estando o impetrante na 5ª colocação.

Alega que no referido edital foram divulgadas 3 (três) vagas para o Estado de Minas Gerais.

O prazo de validade do concurso foi prorrogado e o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, publicou no DOU a Portaria n. 87, por

meio da qual se autorizou a nomeação de 109 (cento e nove) candidatos aprovados no concurso e determinou que a distribuição de vagas deveria ser efetuada em consonância com o disposto no art. 1º, § 3º, do Decreto n. 4.175, de 27.03.2006.

Em decorrência da referida Portaria n. 87, foi destinada uma vaga para o Estado de Minas Gerais e nomeada a 4ª colocada. Dessa forma, o próximo a ser nomeado seria o impetrante que ficou classificado em 5º lugar.

Informa o impetrante que:

Antes do encerramento do prazo de validade do concurso, o autor teve ciência de que em 19 de maio de 2008, dois dias antes da consumação da validade do certame, a Srta. Marina de Azevedo Issa, 6ª (sexta) colocada para provimento do mesmo cargo do impetrante, ajuizou Ação Ordinária, Processo n. 2008.38.00.013801-9, com pedido de antecipação de tutela, apontando a existência de diversas irregularidades no curso do certame, inclusive a existência de contratações terceirizadas para o exercício de funções essenciais da Administração Pública. (fls. 4-5)

Assevera que, com a propositura da referida Ação Ordinária pela 6ª colocada, teve conhecimento de que houve a contratação temporária de terceiros para o exercício de função de Médico Veterinário, dentro do prazo de validade do concurso. Assim, aduz estar evidenciada a violação do seu direito e da existência de irregularidades na Administração Pública.

Por sua vez, a autoridade coatora alega, em síntese, que o impetrante detém mera expectativa de direito, uma vez que a Administração não está obrigada a nomear nenhum candidato que, embora aprovado, tenha sido classificado além do número de vagas oferecido no edital do concurso público.

O Ministério Público Federal, às fls. 289-296, opinou pela denegação da segurança, em face da ausência de cargo vago.

O eminente Relator, Ministro Arnaldo Esteves Lima, denegou a segurança por entender, em suma, que:

I) o impetrante foi aprovado além do número de vagas previsto para o cargo em referência;

II) embora terceirizados tenham sido contratados de forma temporária no prazo de validade do concurso público, não há demonstração, nos autos, de que essas contratações tenham ocorrido em detrimento de candidatos aprovados;

III) não é a simples contratação de terceiros no prazo de validade do certame que gera direito subjetivo do candidato aprovado à nomeação, uma vez que impõe-se comprovar que essas contratações ocorreram, não obstante existissem cargos de provimento efetivo a serem providos, o que não se verifica na hipótese;

IV) no caso, presume-se que há excepcional interesse público a demandar a conduta da Administração, razão por que não se pode entender que tenha atuado de forma ilegal ou mediante abuso de poder; e

V) a criação de cargo público pode se dar tão-somente por meio de lei.

O Sr. Ministro Relator foi acompanhado pela ilustre Ministra Maria Thereza de Assim Moura.

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho votou no sentido de conceder a ordem por entender, em suma, que não se explica que a Administração Pública faça contratações temporárias para atividades permanentes.

O eminente Ministro Jorge Mussi pediu vista dos autos e acompanhou o ilustre Relator, denegando a ordem.

Pedi vista para melhor para melhor reflexão sobre a matéria.

Como bem ressaltado pelo eminente Relator, em que pese ter ocorrido a contratação de terceiros de forma temporária no prazo de validade do certame ao qual o impetrante seria o próximo a ser nomeado, no caso, não foi demonstrada a existência de cargo vago a ser preenchido.

A comprovação de que, no Estado de Minas Gerais, existem três Médicos Veterinários terceirizados suprindo, emergencialmente, a necessidade de Fiscal Federal Agropecuário não pressupõe que estejam desempenhando funções de cargos vagos.

Sobre o tema, válidas as lições de José dos Santos Carvalho Filho no tocante à distinção entre cargo e função, *verbis*:

Cargo público é o lugar dentro da organização funcional da Administração Direta e de suas autarquias e fundações públicas que, ocupado por servidor público, tem funções específicas e remuneração fixadas em lei ou diploma a ela equivalente.

A função pública é a atividade em si mesma, ou seja, função é sinônimo de atribuição e corresponde às inúmeras tarefas que constituem o objeto dos serviços prestados pelos servidores públicos.

(...)

Todo cargo tem função, porque não se pode admitir um lugar na Administração que não tenha a predeterminação das tarefas do servidor. Mas nem toda função pressupõe a existência do cargo. (Manual de Direito Administrativo, 16ª edição, Ed. Lumen Juris, p. 515)

Ademais, como bem fundamentado pelo ilustre Relator, a criação de cargo público pode se dar tão somente por meio de lei, conforme o disposto nos arts. 37, I, 48, X, e 61, § 1º, II, letra **d**, da Constituição Federal.

Com efeito, a respeito do tema, esta Corte Superior de Justiça já se manifestou no sentido de que dever ser comprovada a disponibilidade de vaga a ser preenchida, o que não se verifica na hipótese em apreço.

Nesse sentido:

Administrativo. Concurso público. Fiscal Agropecuário Federal. Acordos de cooperação técnica entre a União e Municípios para fiscalização de produtos de origem animal. Demonstração de necessidade de pessoal. Preenchimento de vaga existente. Direito líquido e certo à nomeação.

1. Os acordos de cooperação técnica celebrados entre o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e diversos Municípios catarinenses têm por nítido escopo fazer com que servidores municipais desempenhem, sob o comando da União, as atividades tipicamente desenvolvidas pelos fiscais agropecuários federais.

2. Nesse caso, embora a União não contrate diretamente terceiros, em caráter precário, para desempenhar as funções do cargo em questão, ela o faz de maneira indireta, ao passar a se utilizar da mão-de-obra de servidores municipais disponibilizados pelas prefeituras, os quais passam a exercer funções próprias da Administração Federal.

3. A *ratio essendi* de a contratação precária de terceiros fazer surgir o direito líquido e certo dos aprovados em concurso público à nomeação às vagas existente, decorre do fato de ela demonstrar a necessidade de pessoal para desempenho de determinada atividade administrativa.

4. Pela mesma razão de ser, a celebração de acordos de cooperação entre a União e Municípios, por meio do qual pessoas que são estranhas aos quadros da Administração Federal passam, sob a supervisão e controle da União, a exercer funções por lei atribuídas aos Fiscais Agropecuários Federal, faz surgir o direito à nomeação daqueles aprovados em concurso público para o aludido cargo, desde que comprovada a existência de vaga.

5. Demonstrado que a impetrante fora aprovada em concurso público para o aludido cargo, para o Estado de Santa Catarina, que seria a próxima a ser

nomeada, *bem como haver vaga desocupada*, exsurge o direito líquido e certo à sua nomeação.

6. Ordem concedida.

(MS n. 13.575-DF, Rel. Ministra Jane Silva - Desembargadora convocada do TJ-MG, Terceira Seção, julgado em 10.09.2008, DJe 1º.10.2008) - sem grifos no original.

Administrativo. Mandado de segurança. Concurso público. Candidato aprovado. Expectativa de direito à nomeação.

- É incontroverso na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que os candidatos aprovados em concurso público são detentores de mera expectativa de direito à nomeação pela Administração, a qual não tem a obrigação de nomeá-los dentro do prazo de validade do certame.

- O direito à nomeação somente nasce havendo preterição dos habilitados em benefício de outros servidores *para ocupar as vagas existentes* dentro do prazo de validade do certame, inexistindo na hipótese em que a Administração, por falta de disponibilidade financeiras, não nomeia qualquer dos aprovados.

- Recurso ordinário desprovido.

(RMS n. 10.188-MS, Rel. Ministro Vicente Leal, Sexta Turma, julgado em 04.05.1999, DJ 24.05.1999, p. 205) - sem grifos no original.

Em face do exposto, pedindo vênias ao eminente Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, acompanho o Relator, a fim de denegar a segurança.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP): Trata-se de mandado de segurança impetrado por Arildo Pinto da Cunha contra ato omissivo do Ministro de Estado da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, objetivando o reconhecimento de seu direito líquido e certo à nomeação e posse no cargo de Fiscal Federal Agropecuário, com lotação no Estado de Minas Gerais.

O impetrante sustenta o direito líquido e certo à nomeação ao cargo de Fiscal Federal Agropecuário, na medida que sua expectativa de direito à nomeação se convolou em direito subjetivo à nomeação, no momento em que a Administração iniciou contratação precária por intermédio de convênios administrativos, para que servidores municipais desempenhassem a função destinada ao cargo de Fiscal Federal Agropecuário.

O impetrante esclarece que foi aprovado em 5º lugar no concurso público para provimento do cargo de Fiscal Federal Agropecuário, para lotação no Estado de Minas Gerais (fls. 78), cujo Edital previa três vagas (fls. 61). E, que os três primeiros colocados no concurso foram nomeados em 24.05.2007; o prazo de validade do concurso fora prorrogado uma única vez por mais seis meses, até 20.05.2008, (fls. 86), tendo a quarta colocada para o Estado de Minas Gerais sido convocada e nomeada em 08.05.2008 (fls. 90-92).

O impetrante ressalta que, um dia antes do encerramento do prazo de validade do concurso público, teve ciência de que, em 19/05/2008, a sexta colocada para o Estado de Minas Gerais havia ajuizado ação de rito ordinário, com pedido de antecipação de tutela, apontando a existência de contratações por intermédio de convênios administrativos firmados entre a União e Municípios.

A tutela antecipada fora deferida à 6ª (sexta) classificada, que tomou posse no cargo (fls.).

O impetrante, em 5ª melhor classificação se viu não aproveitado pela Administração.

Noticiam, ainda, os autos que o Ministro da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, em 14 de dezembro de 2006, realizou a abertura do concurso público para provimento de 390 (trezentos e noventa) cargos de Fiscal Federal Agropecuário, por intermédio do Edital n. 4/2006.

O item 03 do Edital previu a possibilidade de o número de vagas ser ampliado, durante o prazo de validade do concurso. O prazo do concurso foi prorrogado (fls. 86), e mais uma vaga fora criada por lei.

O resultado do concurso foi homologado pelo Ministro de Estado da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, por intermédio do Edital n. 08, de 18.05.2007, publicado no DOU em 21.05.2007. Nele consta o impetrante em 5ª colocação (fls. 135), para lotação no Estado de Minas Gerais, com nota final 7,2 (sete vírgula dois).

O resultado final do certame ocorreu com a publicação no DOU, Seção 3, de 21.05.2007, por intermédio do Edital n. 08, de 18.05.2007. A nomeação efetiva do cargo se deu pelo DOU, Seção 2, de 24.05.2007, Portaria n. 92, de 22.05.2007, todavia, o impetrante não figurou neste documento, somente sendo nomeados três candidatos.

Considerando a prorrogação do prazo de validade do concurso público até o dia 20.05.2008 e com a publicação da Portaria n. 87, de 25.04.2008, oriundo

do Ministério do Planejamento, foi autorizada a nomeação de outros 109 candidatos aprovados no certame.

Por intermédio da Portaria n. 88, de 09.05.2008, fora nomeada a 4ª colocada para o Estado de Minas Gerais.

Por força de tutela antecipada, concedida pela 16ª Vara da Justiça Federal, Seção Judiciária de Minas Gerais, a 6ª colocada para o Estado de Minas Gerais foi nomeada ao cargo de Fiscal Federal Agropecuário, e entrou em exercício em 07.08.2008.

Pedi vista dos autos para melhor compreensão da tese dos autos.

Conforme bem delimitado pelo Ministro Relator, trata-se de possível preterição de candidato à nomeação e posse no cargo de Fiscal Federal Agropecuário. Preterição decorrente do fato de a União estar contratando, por intermédio de convênios com Municípios, servidores para o exercício da função destinada ao cargo de Fiscal Federal Agropecuário.

A preliminar de carência da ação, levantada pela autoridade coatora, não prospera. Isto, porque o fato de se ter encerrado o prazo de validade do concurso, antes da impetração do mandado de segurança, não enseja falta de interesse de agir, pois, o impetrante não questiona as provas do certame, mas atos diretamente relacionados à nomeação de candidatos aprovados dentro e fora do número de vagas criadas, ocorridos enquanto válido o certame.

No mérito, cumpre esclarecer que este E. STJ, revendo jurisprudência anterior, tem entendimento consolidado de que o candidato tem direito subjetivo à nomeação e posse no cargo, se aprovado dentro do número de vagas previsto no Edital.

A jurisprudência do STJ, também, vem se firmando em reconhecer direito subjetivo de candidato à nomeação e posse em cargos públicos, durante a vigência do concurso, se a pessoa jurídica que promove o concurso, estiver, paralelamente ao certame, contratando agentes de forma precária para executar a função destinada ao cargo.

O caso apresenta peculiaridades.

É que ao tempo em que o impetrante tomou conhecimento dos fatos relativos à contratação precária e à nomeação e posse da 6ª colocada por força de antecipação de tutela judicial, faltava um dia para o prazo de validade do concurso expirar.

A segunda peculiaridade do caso consiste em que o impetrante fora aprovado em 5º lugar, mas não dentro do número de vagas previsto no Edital que, inicialmente, previa três vagas, depois houve a criação de mais uma vaga, totalizando quatro vagas, mas a Administração, por intermédio de convênios administrativos, começou a suprir a deficiência de pessoal para prestação do serviço.

A terceira peculiaridade do caso Senhores Ministros desta Egrégia Terceira Seção consiste no fato de que a 6ª colocada à lotação no Estado de Minas Gerais, por força de tutela antecipada concedida pela Justiça Federal, Seção Judiciária de Minas Gerais, fora nomeada, tomou posse no cargo e está em exercícios de suas funções.

No meu modo de sentir, a razoabilidade e a moralidade que regem a atividade administrativa não estarão atendidas neste caso, se o impetrante for preterido à posse no cargo.

Não se mostra razoável e por isso não é justo que a satisfação do interesse público se concretize na forma de contratação precária, quando em andamento concurso público.

Existindo concurso público, entendo, a partir das circunstâncias deste caso concreto, que este deve ser prorrogado quando a Administração, verificando a necessidade do serviço público e existindo candidatos aprovados com boa nota e classificação próxima ao número de vagas previsto no Edital, ao invés de efetivar convênios administrativos para que servidores do Município realizem a função de forma precária.

Ao Judiciário cabe, também, fiscalizar, do ponto de vista técnico jurídico, o Executivo, para que este obedeça aos princípios constitucionais insertos no artigo 37 da Constituição de 1988, notadamente o da razoabilidade, moralidade e eficiência.

É estranho que a Administração promova concurso dispendioso com prazo de validade curto, apenas seis meses, prorrogando-o por outro prazo, também, curto, e, contrate por convênio que, sobre não dispor, presumidamente, das mesmas condições técnicas do candidato aprovado ao cargo de Fiscal Federal Agropecuário, ainda, desfalque os quadros de servidores dos Municípios, tornando deficiente a prestação do serviço público local.

Ante o exposto, com todas as vênias, acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

PETIÇÃO N. 7.115-PR (2009/0041540-2)

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho
Requerente: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
Procurador: Luysien Coelho Marques Silveira e outro(s)
Requerido: Osvaldino Pinheiro dos Santos

EMENTA

Previdenciário. Incidente de Uniformização de Interpretação de Lei Federal. Manutenção da qualidade de segurado. Art. 15 da Lei n. 8.213/1991. Condição de desempregado. Dispensa do registro perante o Ministério do Trabalho e da Previdência Social quando for comprovada a situação de desemprego por outras provas constantes dos autos. Princípio do livre convencimento motivado do juiz. O registro na CTPS da data da saída do requerido no emprego e a ausência de registros posteriores não são suficientes para comprovar a condição de desempregado. Incidente de Uniformização do INSS provido.

1. O art. 15 da Lei n. 8.213/1991 elenca as hipóteses em que há a prorrogação da qualidade de segurado, independentemente do recolhimento de contribuições previdenciárias.

2. No que diz respeito à hipótese sob análise, em que o requerido alega ter deixado de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social, incide a disposição do inciso II e dos §§ 1º e 2º do citado art. 15 de que é mantida a qualidade de segurado nos 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, podendo ser prorrogado por mais 12 (doze) meses se comprovada a situação por meio de registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

3. Entretanto, diante do compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana, esse dispositivo deve ser interpretado de forma a proteger não o registro da situação de desemprego, mas o segurado desempregado que, por esse motivo, encontra-se impossibilitado de contribuir para a Previdência Social.

4. Dessa forma, esse registro não deve ser tido como o único meio de prova da condição de desempregado do segurado, especialmente considerando que, em âmbito judicial, prevalece o livre convencimento

motivado do Juiz e não o sistema de tarifação legal de provas. Assim, o registro perante o Ministério do Trabalho e da Previdência Social poderá ser suprido quando for comprovada tal situação por outras provas constantes dos autos, inclusive a testemunhal.

5. No presente caso, o Tribunal *a quo* considerou mantida a condição de segurado do requerido em face da situação de desemprego apenas com base no registro na CTPS da data de sua saída no emprego, bem como na ausência de registros posteriores.

6. A ausência de anotação laboral na CTPS do requerido não é suficiente para comprovar a sua situação de desemprego, já que não afasta a possibilidade do exercício de atividade remunerada na informalidade.

7. Dessa forma, não tendo o requerido produzido nos autos prova da sua condição de desempregado, merece reforma o acórdão recorrido que afastou a perda da qualidade de segurado e julgou procedente o pedido; sem prejuízo, contudo, da promoção de outra ação em que se enseje a produção de prova adequada.

8. Incidente de Uniformização do INSS provido para fazer prevalecer a orientação ora firmada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, Retomado o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Jorge Mussi acompanhando o Relator, por unanimidade, julgar procedente o pedido, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Jorge Mussi, Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE), Nilson Naves, Felix Fischer, Arnaldo Esteves Lima e Maria Thereza de Assis Moura.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília (DF), 10 de março de 2010 (data do julgamento).

Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de Incidente de Uniformização de interpretação de Lei Federal instaurado pelo INSS com fundamento no art. 14, § 4º da Lei n. 10.259/2001, nos autos da ação ordinária proposta em desfavor da Autarquia Previdenciária, em que o segurado postula a concessão de benefício previdenciário.

2. A ação foi ajuizada perante a Vara Previdenciária e Juizado Especial Federal de Francisco Beltrão da Seção Judiciária do Paraná, que reconheceu a ausência do cumprimento da carência e julgou improcedente o pedido.

3. Em sede de Recuso Inominado, a 2ª Turma Recursal do Paraná reformou a sentença para conceder ao autor o benefício de auxílio-doença, ao argumento de que *resta demonstrado que a incapacidade que acomete o autor adveio de acidente de trânsito, situação esta que dispensa carência, nos termos do art. 26, II da Lei n. 8.213/1991* (fls. 90).

4. Opostos Embargos de Declaração pelo INSS, a Turma Recursal esclareceu que a condição de segurado foi mantida diante da situação de desemprego constatada pela cópia da CTPS do autor.

5. O suscitante, ao argumento de que o *decisum* teria divergido do entendimento desta Corte Superior, ajuizou, perante a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, do Conselho da Justiça Federal, pedido de uniformização de jurisprudência.

6. O ilustre Presidente da 2ª Turma Recursal da Seção Judiciária do Paraná, por sua vez, inadmitiu o incidente, por entender que a matéria já se encontra pacificada perante a Turma Nacional de Uniformização e pelo Conselho da Justiça Federal.

7. Diante dessa decisão, o INSS apresentou pedido para que a presente demanda seja submetida à apreciação do Presidente da Turma Nacional de Uniformização.

8. A decisão anterior foi, então, reformada pelo eminente Ministro Presidente da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, para admitir o incidente de uniformização (fls. 136-139).

9. A egrégia Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, ao apreciar o processo em epígrafe, conheceu do Incidente, mas negou-lhe provimento alegando que a matéria meritória já está pacificada no Pretório Excelso, nos termos da Súmula n. 27.

10. Exaurida aquela instância recursal, o requerente suscitou perante este Superior Tribunal, Incidente de Uniformização de Jurisprudência, alegando que o acórdão hostilizado diverge do entendimento do STJ de que é indispensável o registro no Ministério do Trabalho para que se considere provada a situação de desemprego do segurado.

11. A parte recorrida não apresentou contrarrazões no prazo legal.

12. Em decisão de fls. 159-162, o incidente foi admitido pelo Ministro Presidente da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais.

13. Demonstrada, em princípio, a divergência entre os julgados, os embargos foram admitidos por este Tribunal Superior às fls. 166-168.

14. Nos termos do art. 14, § 7º da Lei n. 10.259/2001 e art. 2º, II da Resolução n. 10/2007 da Presidência desta Corte, foram expedidos ofícios ao Presidente da Turma Nacional de Uniformização e aos Presidentes das Turmas Recursais, comunicando o processamento do incidente e solicitando informações (fls. 170-288).

15. Publicou-se edital no Diário da Justiça (fl. 291), e divulgou-se a informação no noticiário do Superior Tribunal de Justiça na Internet (fl. 293), para dar ciência a eventuais interessados sobre a instauração do incidente, para, querendo, manifestarem-se perante esta Corte, no prazo de trinta (30) dias.

16. O Presidente da Turma Nacional de Uniformização e os Presidentes de algumas Turmas Recursais prestaram informações, nas quais alegam que a Turma Nacional já firmou entendimento de que qualquer meio de prova pode ser empregado para fins de demonstração do desemprego, sendo certo que a exigência prevista na legislação previdenciária quanto ao registro no Ministério do Trabalho dirige-se à autoridade administrativa.

17. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. Cinge-se a controvérsia instaurada na presente demanda na comprovação da manutenção da qualidade de segurado do requerido no período em que não exerceu atividade sujeita à filiação e não recolheu nenhuma contribuição previdenciária.

2. Acerca dessa questão, o artigo 15 da Lei n. 8.213/1991 elenca as hipóteses em que se mantém a qualidade de segurado, *in verbis*:

Art. 15 - Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:

I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício;

II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;

III - até 12 (doze) meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória;

IV - até 12 (doze) meses após o livramento, o segurado retido ou recluso;

V - até 3 (três) meses após o licenciamento, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar;

VI - até 6 (seis) meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo.

§ 1º - O prazo do inciso II será prorrogado para até 24 (vinte e quatro) meses se o segurado já tiver pago mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado.

§ 2º - Os prazos do inciso II ou do § 1º serão acrescidos de 12 (doze) meses para o segurado desempregado, desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

§ 3º - Durante os prazos deste artigo, o segurado conserva todos os seus direitos perante a Previdência Social.

§ 4º - A perda da qualidade de segurado ocorrerá no dia seguinte ao do término do prazo fixado no Plano de Custeio da Seguridade Social para recolhimento da contribuição referente ao mês imediatamente posterior ao do final dos prazos fixados neste artigo e seus parágrafos.

3. Da leitura desse dispositivo constata-se que a Lei n. 8.213/1991 estabelece um período de graça, no qual há a prorrogação da qualidade de segurado, independentemente de contribuições.

4. No que diz respeito à hipótese sob análise, em que o requerido havia deixado de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social, incide a disposição do citado artigo de que é mantida a qualidade de segurado nos 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, podendo ser prorrogado por mais 12 (doze) meses se comprovada a situação por meio de registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

5. Entretanto, diante do compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana, entendo que esse dispositivo deve ser interpretado de forma a proteger não o registro da situação de desemprego, mas o segurado desempregado que, por esse motivo, encontra-se impossibilitado de contribuir para a Previdência Social. Dessa forma, não pode o segurado ficar excluído da cobertura previdenciária apenas pela ausência de registro perante o órgão competente.

6. Na verdade, essa exigência legal não se dirige ao Juiz, mas às autoridades administrativas previdenciárias que não podem, realmente, prorrogar o período de manutenção da qualidade do segurado sem o citado registro.

7. Por sua vez, em âmbito judicial vige o princípio do livre convencimento motivado do juiz (art. 131 do CPC) e não o sistema de tarifação legal de provas, motivo pelo qual esse registro não deve ser tido como único meio de prova da condição de desempregado do segurado. De fato, não se pode admitir a vinculação do Magistrado a determinado elemento probatório, sob pena de cercear o seu direito de julgar.

8. Assim, de se concluir que o registro perante o Ministério do Trabalho e da Previdência Social poderá ser suprido quando for comprovada tal situação por outras provas constantes dos autos, inclusive a testemunhal.

9. No presente caso, o Tribunal *a quo* considerou mantida a condição de segurado do requerido em face da situação de desemprego apenas com base no registro na CTPS da data de sua saída no emprego, bem como na ausência de registros posteriores.

10. Ocorre que essa ausência de anotação laboral na CTPS do requerido não é suficiente para comprovar a sua situação de desemprego, já que não afasta a possibilidade do exercício de atividade remunerada na informalidade.

11. Dessa forma, não tendo o requerido produzido nos autos prova da sua condição de desempregado, merece reforma o acórdão recorrido que afastou a perda da qualidade de segurado e julgou procedente o pedido; sem prejuízo, contudo, da promoção de outra ação que se enseje a produção de prova adequada.

12. Com base nessas considerações, conheço do presente incidente de uniformização, e dou-lhe provimento para fazer prevalecer a orientação ora firmada. É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Jorge Mussi: O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS suscita incidente de uniformização de jurisprudência do Juizado Especial Federal previsto no artigo 14, § 4º, da Lei n. 10.259/2001.

Sustenta a autarquia que a decisão adotada pela Turma Nacional de Uniformização está em dissonância com a jurisprudência dominante desta Corte Superior.

O eminente relator, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, conheceu do incidente de uniformização e deu-lhe provimento para reformar o acórdão proferido pela TNU que afastou a perda da qualidade de segurado, sem prejuízo da promoção de outra ação que enseje a produção de prova adequada.

Para melhor exame, pedi vista dos autos.

Cinge-se o debate sobre a necessidade ou não de registro da situação de desemprego no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social a fim de prolongar o denominado “período de graça” estabelecido no art. 15 da Lei n. 8.213/1991.

De fato, o julgado da TNU dissocia-se da jurisprudência firmada no âmbito de ambas as Turmas do Superior Tribunal de Justiça. Com efeito, esta Corte prestigia a exigência legal de que a prova de desemprego vá além da ausência de anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS.

Ilustro essa compreensão nos seguintes julgados:

Recurso especial. Previdenciário. Perda da qualidade de segurado. Ocorrência. Ausência de registro no órgão competente. Impossibilidade de se acrescentar o prazo de 12 meses previsto no parágrafo 2º do artigo 15 da Lei n. 8.213/1991.

1. Para o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social, a regra geral é a de que a perda da qualidade de segurado ocorrerá em 12 meses após a cessação das contribuições, podendo o prazo ser prorrogado para até 24 meses se o segurado já tiver pago mais de 120 contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado, ou ainda, acrescido de 12 meses para o segurado desempregado, desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social (artigo 15, inciso II e parágrafos 1º e 2º, da Lei n. 8.213/1991).

2. A falta de anotação na CTPS de novo contrato de trabalho, por si só, não pode ser admitida como prova de desemprego para os fins do acréscimo de que

trata o parágrafo 2º do artigo 15 da Lei nº 8.213/91, uma vez que a lei exige que o segurado tenha comprovado situação de desemprego pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

3. Recurso provido (REsp n. 627.661-RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalho, Sexta Turma, julgado em 26.05.2004, DJ 02.08.2004, p. 609) (grifou-se).

Previdenciário. Recurso especial. Aposentadoria por idade. Comprovação de desemprego. Exigência legal de registro no órgão competente. Preenchimento dos requisitos. Simultaneidade. Desnecessidade. Perda da qualidade de segurado. Irrelevância.

1. Nos precisos termos da regra do § 2º do art. 15 da Lei de Benefícios, *a situação de desemprego, para fins de manutenção da qualidade de segurado por mais 12 (doze) meses, necessita da comprovação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.*

2. Para a concessão de aposentadoria por idade não carece comprovação da qualidade de segurado no momento do requerimento do benefício, com a condição de que o beneficiário, que tenha atingido a idade, conte com o tempo de contribuição correspondente ao exigido para efeito de carência.

3. Recurso conhecido, porém desprovido (REsp n. 448.079-RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 06.09.2005, DJ 03.10.2005, p. 310) (grifou-se).

Essa exigência legal ajusta-se à lógica do sistema que rege a legislação previdenciária.

A Previdência Social, nos moldes do art. 201 da Constituição Federal, está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória.

No âmbito do regime geral, a atividade profissional, ou econômica, determina a filiação obrigatória à Previdência e é pressuposto da contribuição previdenciária. Esta, por sua vez, constitui-se um dos pilares do custeio do sistema, com vistas ao amparo nos casos de contingência.

A interrupção desse custeio, em princípio, implicaria no rompimento do vínculo com o sistema previdenciário e, por consequência, na suspensão do direito às prestações previdenciárias, não fosse a lei assegurar hipóteses de manutenção da condição de segurado, independentemente de contribuições, como se vê do dispositivo objeto do presente incidente, *verbis*:

Art. 15. Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:

I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício;

II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;

(...)

§ 1º O prazo do inciso II será prorrogado para até 24 (vinte e quatro) meses se o segurado já tiver pago mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado.

§ 2º Os prazos do inciso II ou do § 1º serão acrescidos de 12 (doze) meses para o segurado desempregado, desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social (grifou-se).

A norma supra assegura ao segurado desempregado a dilação do “período de graça” mediante comprovação da sua situação perante o órgão próprio do Ministério do Trabalho e Previdência Social, atual Ministério do Trabalho e Emprego - MTE.

Essa exigência legal justifica-se pelo fato de que a Lei de Benefícios considera segurado não somente aquele que contribui efetivamente, mas o que está em gozo de benefício, como se observa do inciso I do art. 15.

E um dos benefícios que o direito à previdência social assegura é a proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário, *ex vi* do art. 201, III, CF. A propósito, eis a redação do citado dispositivo:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998)

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998)

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998)

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998)

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998)

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998) (grifou-se).

Na prática, as situações de desemprego involuntário são atendidas, não no âmbito do Regime Geral da Previdência Social, mas pelo Ministério do Trabalho e Emprego, mediante o pagamento do seguro-desemprego, regulado pela Lei n. 7.998/1990. É o que se depreende do art. 9º, § 1º, da Lei n. 8.213/1991:

Art. 9º A Previdência Social compreende:

I - o Regime Geral de Previdência Social;

II - o Regime Facultativo Complementar de Previdência Social.

§ 1º O Regime Geral de Previdência Social - RGPS garante a cobertura de todas as situações expressas no art. 1º desta Lei, *exceto as de desemprego involuntário, objeto de lei específica*, e de aposentadoria por tempo de contribuição para o trabalhador de que trata o § 2º do art. 21 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991 (Redação dada pela Lei Complementar n. 123, de 2006) (grifou-se).

Nesse contexto, a egrégia Sexta Turma já firmou a compreensão de que a percepção de benefício de seguro-desemprego atende ao comando legal de registro da situação de desemprego no órgão competente para fins de manter a condição de segurado, *verbis*:

Agravo regimental no recurso especial. Pensão por morte. Manutenção da qualidade de segurado. Comprovante de seguro-desemprego. Direito à extensão do período de graça. Preenchimento dos requisitos legais. Agravo improvido.

1. A qualidade de segurado indica a existência de vínculo entre o trabalhador e a Previdência Social, cabendo ao art. 15 da Lei n. 8.213/1991 estabelecer condições para que ele mantenha tal qualidade no chamado período de graça, no qual há a extensão da cobertura previdenciária, independentemente de contribuições.

2. Para se beneficiar do acréscimo elencado no § 2º do citado dispositivo, que acrescenta 12 (doze) meses ao mencionado período, é indispensável que o segurado comprove sua situação de desemprego perante órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

3. *Tendo o ex-segurado recebido o benefício de seguro-desemprego, que, por sua vez, tem a finalidade de promover a assistência financeira temporária do trabalhador desempregado, sendo proposto e processado perante os Postos do Ministério do Trabalho e Emprego, atende ao comando legal de registro da situação de desemprego no órgão competente.*

4. Ocorrendo o óbito durante o chamado “período de graça”, não há falar em perda da qualidade de segurado do de cujus, razão pela qual seus dependentes fazem jus à pensão por morte.

5. Decisão monocrática mantida por seus próprios fundamentos. Agravo regimental improvido (AgRgRD no REsp n. 439.021-RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 18.09.2008, DJe 06.10.2008) (grifou-se).

Assim, seja pela comprovação de recebimento de seguro-desemprego, ou de qualquer documento expedido por órgão próprio do Ministério do Trabalho, conclui-se que não há como afastar a determinação de comprovar-se a situação de desemprego sem observância do comando legal (art. 15, § 2º, da Lei n. 8.213/1991).

No caso concreto, extrai-se dos autos que o último vínculo de trabalho do autor cessou em 02.04.2004. A Turma Nacional de Uniformização considerou que a qualidade de segurado foi mantida até junho de 2006 pela mera juntada de *cópias da CTPS, onde não consta anotação de contrato de trabalho* (fl. 136), situação que não se amolda ao entendimento desta Casa.

Ante o exposto, dou provimento ao incidente de uniformização para reformar o julgado recorrido diante da ausência de prova da situação de desemprego nos moldes legais.

É o voto.

PETIÇÃO N. 7.558-MG (2009/0193944-4)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Requerente: Fundação Nacional de Saúde - Funasa

Procurador: Sílvio Ricardo Gonçalves de Andrade Brito e outro(s)

Requerido: Laerte Lemos Júnior

Advogado: Maria de Fátima Batista Lacerda e outro(s)

Interessado: União

EMENTA

Direito Administrativo. Incidente de Uniformização de Interpretação de Lei Federal. Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais - TNU. Servidor público federal. Resíduo

de 3,17%. Prescrição. MP n. 2.225-45/2001. Reconhecimento do direito. Renúncia tácita configurada. Interrupção. Não ocorrência. Pedido julgado improcedente.

1. A Medida Provisória n. 2.225-45, de 04.09.2001, embora tenha ensejado renúncia do prazo prescricional, porquanto reconheceu o direito ao reajuste residual de 3,17% aos servidores públicos federais com efeitos a partir de janeiro de 1995, não o interrompeu.

2. Cuida-se da mesma situação ocorrida com o reajuste de 28,86%. A Administração reconheceu, no plano normativo ou abstrato, o direito dos servidores, mas não lhes pagou efetivamente o que era devido em razão desse fato. Continuou, simplesmente, omissa. Em consequência, não pode ser beneficiada pelo transcurso do prazo prescricional pela metade, tal como previsto no art. 9º do Decreto n. 20.910/1932.

3. A renúncia, contudo, não opera efeitos indefinidamente. Se proposta a ação por servidores públicos com a finalidade de auferir o resíduo de 3,17% até 04.09.2006, diante da renúncia operada pela MP n. 2.225-45/01, os efeitos financeiros retroagem a janeiro de 1995; se ajuizada após esse termo, aplica-se tão somente o enunciado da Súmula n. 85-STJ.

4. Pedido julgado improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, julgar improcedente o pedido de uniformização, nos termos do voto da Sr. Ministra Relator. Votaram com o Relator a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (com ressalva) e os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE) e Felix Fischer (com ressalva).

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.

O Dr. Eduardo da Silva Villas-Boas sustentou oralmente pelo interessado.

Brasília (DF), 28 de abril de 2010 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJe 07.06.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de incidente de uniformização de interpretação de lei federal, autuado como petição, requerido pela *Fundação Nacional de Saúde - Funasa* em desfavor de *Laerte Lemos Júnior*, em que se insurge contra acórdão da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais - TNU, Rel. Juíza Federal *Jacqueline Michels Bilhalva*, assim ementado (fls. 182-183):

Pedido de Uniformização Nacional. Administrativo. Reajuste residual de 3,17%. Medida Provisória n. 2.225-45/2001. Reconhecimento do direito. Renúncia tácita à prescrição. Efeitos.

1. Ação relativa ao reajuste residual de 3,17%.

2. A Medida Provisória n. 2.225-45/2001 reconheceu o direito ao reajuste residual de 3,17%, decorrente da aplicação concomitante do disposto no art. 28 e no § 5º do art. 29 da Lei n. 8.880/1994, importando em renúncia tácita à prescrição, pois na época de sua publicação, 05.09.2001, já estava consumada a prescrição em relação aos meses de janeiro de 1995 a agosto de 1996.

3. Há apenas renúncia tácita à prescrição, ainda que o reconhecimento do direito tenha ocorrido após a consumação da prescrição somente em relação a algumas diferenças pendentes. No caso do reajuste residual de 3,17%, a integralidade das diferenças pendentes abrangem o período de janeiro de 1995 a dezembro de 2001 ou até a reorganização ou reestruturação do cargo ou da carreira da parte autora, o que ocorrer primeiro.

4. Havendo renúncia à prescrição, o prazo prescricional volta a correr por inteiro.

5.1 Em se tratando de ação ajuizada até 04.09.2006 [ou seja, até 5 (cinco) anos antes da publicação da Medida Provisória n. 2.225-45/2001], não há prescrição sobre quaisquer diferenças, devendo os efeitos financeiros retroagirem a janeiro de 1995.

5.2 E em se tratando de ação ajuizada a partir de 05.09.2006 [ou seja, a partir de 5 (cinco) anos contados da publicação da Medida Provisória n. 2.225-45/2001] deve ser aplicado o enunciado da Súmula n. 85 do STJ quanto à prescrição quinquenal, o que significa que estão prescritas apenas as parcelas anteriores aos

últimos 5 (cinco) anos contados do ajuizamento da ação.

5.3 Em ambas as situações, as diferenças decorrentes do reajuste residual de 3,17% cessaram em 31.12.2001 (quando houve a incorporação mensal prevista no art. 9º da Medida Provisória n. 2.225-45/2001) ou quando houve a reestruturação ou reorganização do cargo ou carreira do servidor, o que ocorreu primeiro, sendo que a combinação da prescrição com essas limitações temporais poderá acarretar, em cada caso concreto, a prescrição de todas as parcelas decorrentes da condenação.

6. Caso em que a ação foi ajuizada em 28.04.2004 [ou seja, até 5 (cinco) anos antes da publicação da Medida Provisória n. 2.225-45/2001], não havendo prescrição sobre quaisquer diferenças, devendo os efeitos financeiros retroagirem a janeiro de 1995.

7. Pedido de uniformização improvido.

Em suas razões, sustenta a requerente que o entendimento da TNU, no tocante à contagem do prazo prescricional nas ações em que servidores públicos federais discutem direito ao reajuste residual de 3,17%, após a edição da MP n. 2.225-45/2001, diverge da orientação jurisprudencial adotada pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça nos autos do REsp n. 1.060.724-SC, Rel. Min. Felix Fischer, assim ementado:

Agravo regimental. Recurso especial. 3,17%. MP n. 2.225/2001. Prazo prescricional. Renúncia tácita. Interrupção. Artigos 172, V, do CC/1916 e 202, VI, do CC/2002. Reinício do prazo pela metade. Trato sucessivo. Prescrição quinquenal. Incidência da Súmula n. 85-STJ.

I - A edição da Medida Provisória n. 2.225/2001 implicou renúncia da prescrição pela Administração Pública, no que se refere às parcelas provenientes do resíduo de 3,17% (Precedentes: REsp n. 772.045-PR, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU de 19.06.2006 e AgRg no REsp n. 759.011-RS, 5ª Turma, de minha relatoria, DJU de 20.03.2006).

II - O prazo prescricional interrompido pela Medida Provisória n. 2.225/2001 recomeça a correr pela metade, nos termos dos artigos 9º do Decreto n. 20.910/1932 (precedentes: REsp n. 897.860-SC, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJU de 17.12.2007, AgRg no REsp n. 257.962-CE, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, DJU de 28.05.2001).

III - *In casu*, ajuizada a ação em 14.12.2005, após, portanto, o decurso de dois anos e seis meses da data da edição da Medida Provisória n. 2.225/2001 - 04.09.2001-, deve ser reconhecido prescrito o direito de ação em relação ao período cuja prescrição fora renunciada pela administração pública - janeiro de 1995 a janeiro 2000.

IV - Por tratar-se de relação de trato sucessivo, deve ser reconhecida a prescrição quinquenal das parcelas vencidas antes do quinquênio que antecedeu a propositura da ação, encontrando-se prescritas as parcelas anteriores a 14.12.2000 (precedente: REsp n. 897.860-SC, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJU de 17.12.2007).

Agravo regimental desprovido.

Decisão de admissibilidade às fls. 202-204, em que foram determinados: a) o encaminhamento de ofício ao Presidente da TNU; b) a publicação de edital no Diário da Justiça, com destaque no noticiário do Superior Tribunal de Justiça na internet, dando-se ciência aos interessados a respeito da instauração do presente incidente, para se manifestarem no prazo de 30 dias; c) vista ao Ministério Público Federal. Foram, ainda, enviadas cópias da referida decisão de admissibilidade aos demais integrantes da Terceira Seção desta Corte.

O Ministério Público Federal, pelo Subprocurador-Geral da República *Flávio Giron*, opina “no sentido de que seja reconhecida a prescrição do direito de ação em relação ao período cuja prescrição fora renunciada pela administração pública - janeiro de 1995 a janeiro 2000” (fl. 399).

Por petição protocolizada em 27.01.2010, a *União* requereu seu ingresso no feito a título de assistente, como *amicus curiae* ou como parte interessada.

Em 25.03.2009, deferi o pedido para admiti-la como parte interessada, determinando, por conseguinte, a retificação da autuação.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Consoante se verifica no relatório, a *Fundação Nacional de Saúde - Funasa* propôs o presente incidente de uniformização de interpretação de lei federal em desfavor de *Sílvio Ricardo Gonçalves de Andrade Brito e outros*, em que se insurge contra acórdão da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais - TNU, segundo o qual, após a edição da MP n. 2.225-45/2001, o servidor público tem o prazo de 5 (cinco) anos para propor ação judicial com o objetivo de auferir o resíduo de 3,17%, incidindo efeitos patrimoniais retroativos a janeiro de 1995.

A parte requerente sustenta, em essência, que essa orientação contraria entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que se apresenta no sentido de que o prazo prescricional para obter referidos efeitos retroativos do reajuste residual em tela seria de 2 (dois) anos e meio, contados da publicação da MP n. 2.225-45/2001, por incidir a regra do art. 9º do Decreto n. 20.910/1932. Daí a divergência a ser dirimida por meio do presente incidente de uniformização, requerido de acordo com a Lei n. 10.259/2001, que preconiza:

Art. 14. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei.

(...)

§ 4º Quando a orientação acolhida pela Turma de Uniformização, em questões de direito material, contrariar súmula ou jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça - STJ, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, que dirimirá a divergência.

Ressalto que, além do acórdão apontado como paradigma pela Funasa (AgRg no REsp n. 1.060.724-SC, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 02.03.2009), há pelo menos outro oriundo da Sexta Turma no mesmo sentido, qual seja, no de que a edição da MP n. 2.225-45/2001 implicou renúncia tácita do prazo prescricional já transcorrido, que pode ser interrompido uma única vez, devendo recomeçar pela metade (AgRg no REsp n. 1.006.450-RS, Rel. Desembargadora convocada Jane Silva, Sexta Turma, DJe 09.12.2008).

Para melhor análise da controvérsia, transcrevo trecho do voto proferido pelo Ministro Jorge Scartezini nos autos da AR n. 1.011-AL (Terceira Seção, DJ de 04.10.2004), que bem esclarece as razões que conduziram ao entendimento jurisprudencial de que é devido aos servidores públicos o percentual de 3,17% (três vírgula dezessete por cento), *verbis*:

Trata-se de pedido referente ao resíduo de 3,17%, em virtude da correta aplicação dos dispositivos contidos nos arts. 28 e 29 da Lei n. 8.880/1994, bem como de outros dispositivos a eles relacionados, pertinentes ao Programa de Estabilização Econômica e ao Sistema Monetário Nacional, que instituíram a URV como padrão monetário e autorizaram o reajuste geral de vencimentos dos servidores públicos.

Conforme venho me manifestando, inúmeras vezes, o discutido reajuste foi calculado com base no somatório e na média aritmética dos doze últimos salários pagos durante o ano de 1994, nos termos preconizados pelo art. 28 do

mencionado diploma legal. Todavia, o Executivo procedeu a este cálculo levando em consideração apenas a variação acumulada pelo IPC-r entre o mês da primeira emissão do real e o mês de dezembro de 1994, no que encontrou o índice de 22,07%, fornecido pelo IBGE (nos termos do art. 29 da Lei n. 8.880/1994).

Com a correta aplicação, conjunta, dos arts. 28 e 29 da citada Lei, o índice real seria de 25,24%, acarretando a diferença de 3,17%.

Assim dispõem tais artigos:

Art. 28. Os valores das tabelas de vencimentos, soldos e salários e das tabelas de funções de confiança e gratificações dos servidores civis e militares da União serão revistos em 1º de janeiro de 1995, observado o seguinte:

I - calculando-se o valor dos vencimentos, soldos e salários referentes a cada um dos doze meses de 1994, em URV ou equivalente em URV, dividindo-se os valores expressos em Cruzeiros Reais pelo equivalente em URV do último dia desses meses, respectivamente e;

II - extraindo-se a média aritmética dos valores resultantes do inciso anterior.

Art. 29. (...)

§ 5º. Sem prejuízo do disposto no artigo 28, os valores das tabelas de vencimentos, soldos e salários e das tabelas das funções de confiança e gratificadas dos servidores públicos civis e militares da União serão reajustados, no mês de janeiro de 1995, em percentual correspondente à variação acumulada do IPC-r entre o mês da primeira emissão do Real, inclusive, e o mês de dezembro de 1994.

Com efeito, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, apresenta-se pacífico o entendimento segundo o qual aos servidores públicos civis e militares é devido o resíduo de 3,17% (três vírgula dezessete por cento), decorrente da interpretação do disposto nos arts. 28 e 29 da Lei n. 8.880/1994. Nesse sentido: MS n. 7.999-DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, DJe 11.04.2008; MS n. 7.915-DF, Rel. Min. Paulo Gallotti, Terceira Seção, DJ 28.10.2003.

No tocante à prescrição, há julgados desta Corte, sem fazer menção à MP n. 2.225-45/2001, pela incidência do enunciado da Súmula n. 85-STJ, que estabelece:

Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição

atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.

A propósito, refiro-me aos seguintes julgados: AgRg no REsp n. 789.884-RS, Rel. Min. Paulo Medina, Sexta Turma, DJ de 17.09.2007; AgRg no REsp n. 789.358-RS, de minha relatoria, Quinta Turma, DJ de 14.08.2006.

Esse posicionamento decorre da circunstância de que o direito em discussão refere-se a uma relação jurídica de trato sucessivo, na medida em que se cuida de um ato omissivo, em que a lesão se renova continuamente, não havendo, em regra, negativa da Administração, o que afastaria a possibilidade de haver prescrição do fundo de direito.

Sobreveio a Medida Provisória n. 2.225-45, de 04.09.2001, publicada em 05.09.2001, em que se reconheceu aos servidores públicos o direito ao resíduo em tela, nos seguintes termos:

Art. 8º Aplica-se aos servidores civis do Poder Executivo Federal, extensivo aos proventos da inatividade e às pensões, nos termos do art. 28 da Lei n. 8.880, de 27 de maio de 1994, a partir de janeiro de 1995, o reajuste de vinte e cinco vírgula noventa e quatro por cento concedido aos servidores dos demais Poderes da União e aos Militares, deduzido o percentual já recebido de vinte e dois vírgula zero sete por cento.

Art. 9º A incorporação mensal do reajuste de que trata o art. 8º ocorrerá nos vencimentos dos servidores a partir de 1º de janeiro de 2002.

Art. 10. Na hipótese de reorganização ou reestruturação de cargos e carreiras, concessão de adicionais, gratificações ou qualquer outra vantagem de qualquer natureza, o reajuste de que trata o art. 8º somente será devido até a data da vigência da reorganização ou reestruturação efetivada, exceto em relação às parcelas da remuneração incorporadas a título de vantagem pessoal e de quintos e décimos até o mês de dezembro de 1994.

Art. 11. Os valores devidos até 31 de dezembro de 2001, em decorrência da aplicação desta Medida Provisória, passam a constituir passivos que serão pagos em até sete anos, nos meses de agosto e dezembro, a partir de dezembro de 2002.

Parágrafo único. Excepcionalmente e observada a disponibilidade orçamentária e a definição de critérios objetivos, o Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão poderá autorizar a antecipação de pagamento dos passivos de que trata o *caput*.

Segundo esse ato normativo, aos servidores públicos civis e militares remanesceu assegurado o resíduo de 3,17%, com efeitos financeiros contados de

janeiro de 1995. Restou estabelecido, ainda, que a incorporação aos vencimentos, em regra, seria realizada a partir de 1º.01.2002. Para aqueles cujos cargos e carreiras sofreram reorganização ou reestruturação, o percentual em tela seria devido até a data em que essas alterações foram efetivadas, nos termos do art. 10 da MP 2.225-45/2001.

Muito embora tenha acompanhado integralmente o eminente Ministro Felix Fischer naquela assentada, revendo a hipótese, tenho que deve prevalecer a tese adotada pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais - TNU.

Dispõe o Código Civil de 2002:

Art. 191. A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; *tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição.* (grifos nossos)

De outra parte, preconiza o Decreto n. 20.910/1932:

Art. 8º A prescrição somente poderá ser interrompida uma vez.

Art. 9º A prescrição interrompida recomeça a correr, pela metade do prazo, da data do ato que a interrompeu ou do último ato ou termo do respectivo processo.

Pela leitura desses dispositivos, conclui-se que há renúncia tácita quando insurgem fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição, o que se deu, no caso, com a edição da MP n. 2.225-45, de 04.09.2001. Ademais, uma vez interrompido, o prazo prescricional recomeça a correr pela metade. Essa é a regra.

Ressalto que já havia transcorrido o prazo prescricional no tocante ao período compreendido entre 1º.01.1995 e 04.09.1996, quando editada a MP n. 2.225-45, publicada em 05.09.2001, que, pelo seu teor, constitui um fato incompatível com o transcurso do prazo previsto no Decreto n. 20.910/1932. Assim, a prescrição já havia se consumado integralmente nesse lapso temporal. Daí, então, o entendimento de que houve renúncia, porquanto ela apenas será válida depois que se consumar, nos termos do dispositivo acima transcrito.

Ambos os acórdãos em confronto reconhecem a existência da renúncia tácita, conforme a regra do art. 191 do Código Civil. A divergência, consoante se verifica acima, reside nos efeitos dessa renúncia quanto ao prazo prescricional, quer dizer, se recomeça pela metade, nos termos do art. 9º do Decreto n.

20.910/1932, ou se continua a ser quinquenal, nos termos do enunciado da Súmula n. 85-STJ, hipótese esta em que o servidor teria até 5 (cinco) anos a partir da publicação da MP n. 2.225-45/2001 para ser beneficiado com a renúncia e, assim, obter efeitos retroativos a janeiro de 1995.

A hipótese em debate assemelha-se ao ocorrido com a edição da MP n. 1.704/1998, no tocante ao reajuste de 28,86% para os servidores públicos federais.

Entendo que se aplica no presente caso o entendimento firmado pela Terceira Seção deste Tribunal no julgamento do EREsp n. 746.062-SC (de minha relatoria, DJ 22.04.2009), assim ementado:

Direito Administrativo. Embargos de divergência em recurso especial. Servidor público federal. Reajuste de 28,86%. Prescrição. MP n. 1.704/1998. Reconhecimento do direito. Renúncia. Precedente do STJ. Interrupção. Não-ocorrência. Embargos rejeitados.

1. A Medida Provisória n. 1.704, de 30.06.1998, embora tenha ensejado renúncia do prazo prescricional, porquanto reconheceu o direito ao reajuste de 28,86% aos servidores públicos federais com efeitos a partir de janeiro de 1993, não o interrompeu.

2. Cuida-se de uma situação peculiar. A Administração reconheceu, no plano normativo ou abstrato, o direito dos servidores, mas não lhes pagou efetivamente o que era devido em razão desse fato. Continuou, simplesmente, omissiva. Em consequência, não pode ser beneficiada pelo transcurso do prazo prescricional pela metade, tal como previsto no art. 9º do Decreto n. 20.910/1932.

3. A renúncia, contudo, não opera efeitos indefinidamente. Se proposta a ação por servidores públicos com a finalidade de auferir o reajuste de 28,86% até 30.06.2003, diante da renúncia operada pela MP n. 1.704/1998, os efeitos financeiros retroagem a janeiro de 1993; se ajuizada após esse termo, aplica-se tão-somente o enunciado da Súmula n. 85-STJ.

4. Embargos de divergência rejeitados.

Naquela oportunidade, asseverei, no que interessa:

Em termos da distinção existente entre prescrição do próprio fundo de direito e prescrição das parcelas não reclamadas no quinquênio que antecede a propositura da ação, de que cuidam, respectivamente, os arts. 1º e 3º do Decreto n. 20.910/1932, cabe transcrever o elucidativo voto proferido pelo Ministro Moreira Alves nos autos do RE n. 110.4190-SP (Rel. Min. Octávio Gallotti, Tribunal Pleno, DJ de 22.09.1989), que, com a proficiência de sempre, após longo estudo, estabeleceu um ponto final na discussão, passando a orientar toda a interpretação a respeito do tema, *verbis*:

Fundo do direito é a expressão utilizada para significar que o direito de ser funcionário (situação jurídica fundamental) ou os direitos a modificações que se admitem com relação a esta situação jurídica fundamental, como reclassificações, reenquadramentos, direito a adicionais por tempo de serviço, direito a gratificação por prestação de serviço especial, etc. A pretensão do fundo do direito prescreve, em direito administrativo, em cinco anos a partir da data da violação dele, pelo seu não reconhecimento inequívoco. Já o direito a receber as vantagens pecuniárias decorrentes dessa situação jurídica fundamental ou de suas modificações ulteriores é mera conseqüência daquele, e sua pretensão, que diz respeito a *quantum*, renasce cada vez que este é devido (dia a dia, mês a mês, ano a ano, conforme a periodicidade em que é devido o seu pagamento), e, por isso, se restringe às prestações vencidas há mais de cinco anos. (grifos no original).

De outra parte, o próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu, há longa data, que o ato inequívoco de reconhecimento do direito enseja interrupção da prescrição, consoante atesta a seguinte ementa:

Prescrição quinquenal. Coisa julgada caracterizada, relativamente a alguns autores. Interrupção da prescrição, relativamente a outros, por ato inequívoco de reconhecimento do direito, e suspensão do seu curso pela demora havia no estudo de suas pretensões. Recurso extraordinário conhecido, em parte, e, nessa parte, provido. (RE n. 80.069-SP, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, Segunda Turma, DJ de 17.02.1975)

No caso, por se cuidar de reajuste salarial, não há dúvida de que se trata de relação jurídica de trato sucessivo, renovando-se continuamente a lesão. Não se discute a situação jurídica fundamental, consoante pacífica orientação deste Tribunal, acima referida.

De outra parte, não se pode entender ter havido interrupção do prazo prescricional, hábil a determinar sua redução, conforme o preconizado no Decreto n. 20.910/1932.

A norma que prevê a redução da prescrição, ao tempo em que favorece o devedor, diminuindo o período em relação ao qual a dívida pode ser reclamada, prejudica, de certo modo, o credor, impondo-lhe um prazo menor para agir, razão por que se presume tenha este conhecimento da interrupção.

O inequívoco reconhecimento do direito, operado pela MP n. 1.704/1998, não alterou, no plano fático, a situação dos servidores públicos, os quais, efetivamente, continuaram a não perceber o reajuste de 28,86% (vinte e oito vírgula oitenta e seis por cento) em seus vencimentos, exceto em relação àqueles que firmaram o acordo ali previsto.

Cuida-se de uma situação peculiar. A Administração reconheceu, no plano normativo ou abstrato, o direito dos servidores, mas não lhes pagou efetivamente o que era devido em razão desse fato. Continuou, simplesmente, omissiva. Em consequência, não pode ser beneficiada pelo transcurso do prazo prescricional pela metade, tal com previsto no art. 9º do Decreto n. 20.910/1932.

Nesse contexto, a hipótese não se enquadra na orientação do Supremo Tribunal Federal, consoante precedente cuja ementa transcrevi. Persistindo a omissão, aplica-se a orientação da Súmula n. 85-STJ.

A entrada em vigor de ato normativo disciplinando a matéria não pode ter o condão de interromper o curso do prazo prescricional se, de fato, não surtiu efeitos, porque não houve o cumprimento, pelos órgãos públicos, do que nele se dispôs. Tampouco pode determinar alteração da prescrição quinquenal para fundo de direito.

Se houvesse o pagamento, ainda que parcial, do percentual devido; se, nos contracheques, passasse a constar verba destinada ao pagamento do reajuste, em cumprimento ao disposto na medida provisória, a situação seria diversa. No entanto, isso não ocorreu. A Administração persistiu inerte quanto ao direito dos servidores.

Em resumo, a Medida Provisória n. 1.704/1998, embora tenha ensejado renúncia, porquanto reconheceu o direito ao reajuste em tela, não interrompeu a prescrição.

A renúncia, contudo, não opera efeitos indefinidamente. Para se beneficiar de sua ocorrência, o servidor público deve propor a ação até junho de 2003, com a finalidade de auferir o reajuste de 28,86%, com efeitos financeiros retroativos a janeiro de 1993. Isso porque, em se tratando de relação jurídica de trato sucessivo, em que a lesão se renova continuamente, a prescrição atingirá as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação, conforme Súmula n. 85-STJ.

Com efeito, a partir de 1º.07.2003, retroagindo-se 5 (cinco) anos, passam-se a se encontrar prescritas todas as parcelas referentes aos meses anteriores ao mês de junho de 1998, em que publicada a MP n. 1.704/1998, a qual teria ensejado a renúncia.

Em resumo, tem-se a seguinte situação: a) se proposta a ação ordinária por servidores públicos com a finalidade de auferir o reajuste de 28,86% até 30.06.2003, diante da renúncia operada pela MP n. 1.704/1998, os efeitos financeiros retroagem a janeiro de 1993; b) se ajuizada após 30.06.2003, aplica-se tão-somente o enunciado da Súmula n. 85-STJ.

É oportuno registrar que o posicionamento acima exposto foi reafirmado pela Terceira Seção, que - com base na Lei n. 11.672/2008, que acresceu o art. 543-C ao CPC, disciplinando o processamento e julgamento dos recursos

especiais repetitivos - assentou que, embora tenha ensejado renúncia, a edição da MP n. 1.704-5/1998 não implicou interrupção do prazo quinquenal para efeitos da contagem pela metade a que alude o art. 9º do Decreto n. 20.910/1932. Dessa forma, somente se ajuizada a ação no prazo de cinco anos contados da publicação da referida medida provisória, o servidor público civil ou militar tem direito ao recebimento do reajuste de 28,86% com efeitos patrimoniais contados a partir de janeiro de 1993 (REsp n. 990.284-RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 13.04.2009).

Tal como ocorreu no caso do reajuste de 28,86%, não obstante a edição da MP n. 1.704-5/1998, os diversos órgãos que compõem a Administração, talvez por má interpretação a respeito da ocorrência de reestruturações e reorganizações, deixaram de incorporar aos vencimentos dos servidores públicos o percentual devido a título de 3,17%. Quer dizer, descumpriram as determinações constantes dos arts. 9º e 10 da MP n. 2.225-45/2001.

Verifica-se uma repetição de conduta. Em ambos os casos os reajustes dos servidores públicos federais já estavam assegurados pela legislação de regência, conforme entendimento jurisprudencial consolidado. Desnecessária se mostrava, portanto, a edição de qualquer ato de caráter normativo para reconhecê-lo. Bastava o cumprimento da lei. A edição de medidas provisórias, nesses casos, advém, em última análise, como forma de disciplinar o parcelamento do débito.

Embora tenham ocorrido tais publicações, a Administração continuou inerte no tocante ao efetivo pagamento do reajuste devido aos servidores públicos. Descumpriu a lei. Agora, pretende, mais uma vez, beneficiar-se de sua omissão, reduzindo a prescrição pela metade, dificultando ou impedindo o pagamento dos valores retroativos a janeiro de 1995.

De fato, a Administração reconheceu legalmente o direito dos servidores, mas não lhes pagou de modo efetivo o que lhes era devido em razão desse fato. Em consequência, não pode ser beneficiada pela regra do art. 9º do Decreto n. 20.910/1932.

A renúncia, contudo, não opera efeitos indefinidamente. Se proposta a ação por servidores públicos com a finalidade de auferir o resíduo de 3,17% até 04.09.2006, diante da renúncia operada pela MP n. 2.225-45/2001, os efeitos financeiros retroagem a janeiro de 1995; se ajuizada após esse termo, aplica-se tão somente o enunciado da Súmula n. 85-STJ.

Com efeito, é oportuno lembrar que, na acepção jurídica, renúncia “designa o abandono ou a desistência do direito que se tem sobre alguma coisa.

Nesta razão, a renúncia importa sempre num abandono ou numa desistência voluntária, pela qual o titular de um direito deixa de usá-lo ou anuncia que não o quer utilizar. A renúncia pode vir expressamente ou pode ser deduzida. Daí a renúncia expressa e a renúncia tácita” (De Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*, 4ª ed., v. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 1.346).

Assim, a renúncia operada pela medida provisória, como vimos, não se confunde com a interrupção da prescrição, de modo a justificar eventual contagem do prazo pela metade. O lapso quinquenal voltou, a partir da publicação daquele ato, a fluir novamente.

No caso em exame, por conseguinte, deve prevalecer o posicionamento adotado pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais - TNU. Assim, proposta a ação judicial em 28.04.2004, quer dizer, antes de transcorrido o prazo de 5 (cinco) anos contado da edição da MP n. 2.225-45, de 04.09.2001, os efeitos patrimoniais decorrentes do resíduo de 3,17% retroagem a janeiro de 1995.

Ante o exposto, *julgo improcedente* o pedido de uniformização.

É o voto.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Sra. Ministra Presidente, estamos modificando a nossa jurisprudência para entender aplicável a jurisprudência da Turma Nacional de Uniformização. Verifiquei aqui brevemente. Temos vários precedentes no sentido de que haveria uma contagem pela metade e não pelo todo. O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima trouxe uma questão de coerência. Fui a Relatora do Recurso Repetitivo na questão dos 28,86%. Fiquei, no ponto, vencida, porque entendia que contava pela metade. Curvei-me ao entendimento da maioria.

Parece-me que em, sendo assim, deve-se decidir, repito por questão de coerência, que, nos 3,17%, o raciocínio é o mesmo. Não vejo diferença de situações. Se, nos 28,86%, a Seção, por maioria, entendeu, no ponto, que se deva contar novamente por inteiro o prazo, neste caso, parece-me que a situação é igual.

Daí por que, com a ressalva do meu entendimento feito já quando do Recurso Repetitivo n. 990.284, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Senhora Ministra Presidente, quero aproveitar a oportunidade deste julgamento para fazer uma breve reflexão sobre a argumentação exposta pelo ilustre Advogado da tribuna, aliás, com muito brilhantismo e de modo exímio. Parece-me, com a devida vênia, uma extremada sutileza, quase uma filigrana, imaginar que, em uma relação jurídica continuativa, possa o credor renunciar, abdicar ou desistir de uma situação já consolidada, e essa conclusão não se estender na relação jurídica continuativa *ad futurum*.

2. Isso importaria em uma espécie de artil, com todo o respeito, da parte do devedor. Claro que o que o Procurador disse é rigorosamente correto: *ninguém pode renunciar ao que não tem*. Se não estava consumada a prescrição, não se poderia renunciar a ela. Mas, em se tratando de uma relação jurídica continuativa - volto a dizer - parece-me coerente e lógico que a renúncia ao direito alcance toda a relação continuativa e não apenas as parcelas que já haviam se tornado prescritas na data da tal renúncia.

3. Essa é a lógica judicial adotada com relação aos 28,86% e - relembro - desnecessariamente, que a lógica do Judiciário não é a lógica da Administração. Entendo que está correta a lógica da Administração: se houve renúncia a um direito é porque a parte renunciante já o possuía; se não estava prescrito, não poderia renunciar à prescrição. Mas a lógica do Judiciário é a da Súmula n. 85, do razoável, do equilibrado, do equitativo. Em uma relação continuativa, se a parte renunciou em relação ao que já estava prescrito, estende-se o efeito desse ato ao que possa ser exigível no futuro.

4. Daí por que acompanho o voto do Senhor Ministro Relator, julgando improcedente o Pedido de Uniformização.

RECURSO ESPECIAL N. 1.112.886-SP (2009/0055367-6)

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Recorrente: Francisco Alves Nobre

Advogado: Clei Amauri Muniz e outro(s)

Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
Representado por: Procuradoria-Geral Federal

EMENTA

Recurso especial repetitivo. Art. 105, III, alínea a da CF. Direito Previdenciário. Auxílio-acidente. Requisitos: comprovação do nexo de causalidade e da redução parcial da capacidade do segurado para o trabalho. Desnecessidade de que a moléstia incapacitante seja irreversível. Não incidência da Súmula n. 7-STJ. Parecer ministerial pelo provimento do recurso especial. Recurso especial provido.

1. Nos termos do art. 86 da Lei n. 8.213/1991, para que seja concedido o auxílio-acidente, necessário que o segurado empregado, exceto o doméstico, o trabalhador avulso e o segurado especial (art. 18, § 1º da Lei n. 8.213/1991), tenha redução permanente da sua capacidade laborativa em decorrência de acidente de qualquer natureza.

2. Por sua vez, o art. 20, I da Lei n. 8.213/1991 considera como acidente do trabalho a doença profissional, proveniente do exercício do trabalho peculiar à determinada atividade, enquadrando-se, nesse caso, as lesões decorrentes de esforços repetitivos.

3. Da leitura dos citados dispositivos legais que regem o benefício acidentário, constata-se que não há nenhuma ressalva quanto à necessidade de que a moléstia incapacitante seja irreversível para que o segurado faça jus ao auxílio-acidente.

4. Dessa forma, será devido o auxílio-acidente quando demonstrado o nexo de causalidade entre a redução de natureza permanente da capacidade laborativa e a atividade profissional desenvolvida, sendo irrelevante a possibilidade de reversibilidade da doença. Precedentes do STJ.

5. Estando devidamente comprovado na presente hipótese o nexo de causalidade entre a redução parcial da capacidade para o trabalho e o exercício de suas funções laborais habituais, não é cabível afastar a concessão do auxílio-acidente somente pela possibilidade de desaparecimento dos sintomas da patologia que acomete o segurado, em virtude de tratamento ambulatorial ou cirúrgico.

6. Essa constatação não traduz, de forma alguma, reexame do material fático, mas sim valoração do conjunto probatório produzido nos autos, o que afasta a incidência do enunciado da Súmula n. 7 desta Corte.

7. Recurso Especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Jorge Mussi, Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE), Nilson Naves, Felix Fischer, Arnaldo Esteves Lima e Maria Thereza de Assis Moura. Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.

A Dra. Márcia Sousa de São Paulo sustentou oralmente pelo recorrido.

Brasília (DF), 25 de novembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

DJe 12.02.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de Recurso Especial interposto com fundamento no art. 105, III, **a** da CF, em que se discute a possibilidade de concessão de auxílio-acidente quando, embora comprovada a incapacidade parcial e permanente do segurado, seja a lesão passível de tratamento.

2. Aduz o recorrente que, presentes o nexo causal e a incapacidade laborativa, o benefício acidentário deve ser concedido, uma vez que o art. 86 da Lei n. 8.213/1991 não condiciona a concessão do benefício à irreversibilidade da moléstia.

3. 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.

4. Remetidos os autos a esta Corte Superior, submeti o julgamento deste Recurso Especial à Terceira Seção, em conformidade com o art. 543-C do CPC e com a Resolução n. 8/2008 desta Corte.

5. O ilustre membro do Ministério Público Federal *Ivaldo Olímpio de Lima* opina pelo provimento do Recurso Especial, em parecer cuja ementa restou assim transcrita:

Recurso Especial pela alínea **a**. Violação ao art. 86 da Lei n. 8.213/1991. Não incidência da Súmula n. 7 do STJ. Valoração do conteúdo probatório previamente constituído nos autos. Requisitos para concessão do auxílio-acidente: infortúnio, nexo causal e redução da capacidade laborativa. Irreversibilidade da moléstia. Ausência de previsão legal. Precedentes do STJ.

Pelo provimento do Recurso Especial (fls. 334).

6. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. Presentes os requisitos de admissibilidade do Recurso Especial, passo à análise do mérito.

2. A Lei n. 8.213/1991, que dispõe sobre os benefícios da Previdência Social, preceitua em seu art. 86, *in verbis*:

Art. 86 - O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem seqüelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.

3. Assim, para que seja concedido o auxílio-acidente, necessário que o segurado empregado, exceto o doméstico, o trabalhador avulso e o segurado especial (art. 18, § 1º da Lei n. 8.213/1991), tenha redução permanente da sua capacidade laborativa em decorrência de acidente de qualquer natureza.

4. Por sua vez, o art. 20, I da Lei n. 8.213/1991 considera como acidente do trabalho a doença profissional, proveniente do exercício do trabalho peculiar à determinada atividade, enquadrando-se, nesse caso, as lesões decorrentes de esforços repetitivos.

5. Da leitura dos citados dispositivos legais que regem o benefício acidentário, constata-se que não há nenhuma ressalva quanto à necessidade de

que a moléstia incapacitante seja irreversível para que o segurado faça jus ao auxílio-acidente.

6. Dessa forma, será devido o auxílio-acidente quando demonstrado o nexo de causalidade entre a redução de natureza permanente da capacidade laborativa e a atividade profissional desenvolvida, sendo irrelevante a possibilidade de reversibilidade da doença.

7. Nesse mesmo sentido, os seguintes julgados desta Corte Superior:

Previdenciário. Agravo regimental no agravo de instrumento. Benefício acidentário. Nexo causal e incapacidade laborativa demonstrados. Irreversibilidade da moléstia. Irrelevância. Valoração probatória. Inaplicabilidade da Súmula n. 7-STJ à hipótese. Consectários legais. Discussão em sede de regimental. Impossibilidade. Precedentes.

1. A irreversibilidade da moléstia não constitui requisito legal para a concessão de auxílio-acidente. Assim, comprovada a existência do nexo causal e da redução da capacidade laborativa, como ocorre no caso em tela, há de ser concedido o aludido benefício.

2. Em se tratando de hipótese onde há mera valoração do conjunto probatório dos autos, não prevalece a alegação de reexame de provas.

3. Fixados os consectários legais na sentença que julgou procedente a demanda, restabelecida pela decisão ora atacada, não há que se falar em sua reapreciação, invocada apenas em sede de agravo regimental.

4. Agravo regimental desprovido (AgRg no Ag n. 1.108.738-SP, 5T, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 11.05.2009).

Direito Previdenciário. Agravo regimental no recurso especial. Auxílio-acidente. Requisitos atendidos. Possibilidade de reversão. Irrelevância. Termo inicial. Agravo improvido.

1. O acórdão impugnado reconheceu a existência do nexo causal entre a moléstia e a incapacidade laborativa informada pelo laudo pericial.

2. É pacífica a jurisprudência da Terceira Seção deste Superior Tribunal, no âmbito da Quinta e da Sexta Turma, de que não se pode condicionar a percepção do auxílio-acidente à plausibilidade de reversão da incapacidade laborativa do segurado, estabelecendo limites não-previstos na legislação previdenciária.

3. É cediço que a citação tem o efeito material de constituir o réu em mora. Assim, o laudo pericial norteia somente o livre convencimento do juiz quanto aos fatos alegados pelas partes, não sendo parâmetro para fixação de termo inicial de aquisição de direitos.

4. O termo inicial para a concessão dos benefícios de aposentadoria por invalidez, auxílio-acidente e auxílio-doença é a data da citação da autarquia previdenciária, nos termos do art. 219 do CPC.

5. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp n. 871.595-SP, 5T, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 24.11.2008).

Agravo regimental. Recurso especial. Previdenciário. Auxílio-acidente. Irreversibilidade da moléstia. Ausência de previsão legal.

A possível reversibilidade da moléstia, através de tratamento médico ou mesmo intervenção cirúrgica, não afasta o direito à percepção do auxílio-acidente, desde que comprovados o infortúnio, onexo causal e a redução parcial da capacidade laboral. Precedentes.

A aferição sobre a irreversibilidade da doença ou lesão não é condição imposta pela lei, não podendo ser exigida, por conseguinte, para fins de concessão do auxílio-acidente.

Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp n. 721.523-SP, 6T, Rel. Min. conv. Carlos Fernando Mathias, DJU 22.10.2007, p. 382).

Previdenciário. Agravo regimental. Auxílio-acidente. Reversibilidade da moléstia. Fundamento que não afasta o direito ao benefício. Art. 86, *caput*, da Lei n. 8.213/1991. Precedente desta Corte. Agravo improvido.

1. Comprovados a moléstia profissional, onexo causal e a incapacidade parcial para o trabalho, não se pode condicionar a concessão do benefício previdenciário a possível reversão da moléstia.

2. Dada a relevante questão social que o tema encerra, essa Corte pacificou o entendimento de ser facultado ao intérprete apresentar dispositivo normativo adequado à espécie, sem que isso implique em julgamento fora do pedido.

3. Em observância ao princípio do *iura novit curia*, o julgador, ao proferir a decisão, não está adstrito aos fundamentos apontados por qualquer das partes, podendo, através de seu livre convencimento, conceder ou negar a tutela pleiteada baseando-se em fundamentos diversos daqueles trazidos aos autos.

4. Agravo regimental conhecido, mas improvido (AgRg no REsp n. 926.676-SP, 6T, Rel. Maria Thereza de Assis Moura, DJU 15.10.2007, p. 369).

8. No presente caso, aduz o recorrente que, em decorrência das condições agressivas a que ficou submetido em seu local de trabalho, tornou-se portador de tendinite no ombro direito, com irradiação no membro superior direito, reduzindo sua capacidade funcional de forma parcial e permanente, fazendo jus à concessão de auxílio-acidente.

9. O Magistrado de 1ª instância considerou a conclusão do laudo pericial de que *o obreiro padece também de ombro doloroso à direita decorrente de tendinite do supra e infra espinhal, associado à bursite subacromial/subdelatôidea, reconhecendo o experto a concausalidade ocupacional* (fls. 125-126). Entretanto, julgou improcedente o pedido por entender ausente a incapacidade parcial e permanente do segurado, por ser a lesão leve e com possibilidade de tratamento (fisioterapia e cirurgia), o que, como visto, vai de encontro ao entendimento jurisprudencial do STJ.

10. Dessa forma, estando devidamente comprovado, na presente hipótese, o nexo de causalidade entre a redução parcial da capacidade para o trabalho e o exercício de suas funções laborais habituais, não é cabível afastar a concessão do auxílio-acidente somente pela possibilidade de desaparecimento dos sintomas da patologia que acomete o segurado, em virtude de tratamento ambulatorial ou cirúrgico.

11. Convém esclarecer, por fim, que essa constatação não traduz, de forma alguma, reexame do material fático, mas sim valoração do conjunto probatório produzido nos autos, o que afasta a incidência do enunciado da Súmula n. 7 desta Corte.

12. Com base nessas considerações, dá-se provimento ao Recurso Especial para julgar procedente o pedido de concessão de auxílio-acidente, no percentual de 50% (cinquenta por cento) do salário de benefício, a partir da citação, acrescido de correção monetária a partir do vencimento de cada parcela (Súmula n. 148-STJ c.c. art. 1º, § 1º da Lei n. 6.899/1981) e de juros de mora de 1% ao mês, contados da citação até o efetivo cumprimento do julgado.

13. Arcará o INSS com o pagamento das custas processuais, bem como de honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor da condenação, observando-se a Súmula n. 111-STJ.

14. É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Levando-se em conta a razão de ser do auxílio-acidente, é muito mais plausível e razoável que se dê a interpretação que o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho acaba de dar, ou seja, a das Turmas e, não, aquela perplexidade de S. Exa., porque a reversibilidade pode ocorrer, eventualmente, mas temos que focar mais o lado do trabalhador, porque é o mais fragilizado nessa situação. O benefício tem natureza indenizatória

por aquele dano que a pessoa sofreu, e o Estado houve por bem instituir esse auxílio como indenização, ou seja, uma perda de capacidade laborativa. Se, por felicidade, ele recuperar aquela sua capacidade, não vai alterar a natureza, ainda que deixe de existir o pressuposto, mas é uma hipótese que pode ocorrer, ou não, e, no comum dos casos, nem acontece. Então, é muito mais racional a interpretação favorável.

Acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, dando provimento ao recurso especial.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: A controvérsia a ser dirimida nos presentes autos está em saber se a reversibilidade de moléstia incapacitante, de cunho laboral, através de tratamento médico específico, afasta, por si só, a concessão do auxílio-acidente.

Para o exame da questão, cumpre trazer a lume o inteiro teor do *caput* do artigo 86 da Lei n. 8.213/1991, que disciplina a concessão do auxílio-acidente. A propósito, cita-se:

O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurando quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem sequelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.

Extrai-se desse dispositivo que, para a concessão do benefício acidentário em questão, é indispensável a comprovação da moléstia decorrente de acidente de qualquer natureza, bem como do nexo causal e da redução da capacidade laborativa do segurado.

Da análise dos autos, verifica-se ter o autor, ao longo dos anos de labor, desenvolvido as moléstias profissionais denominadas “Tendinite no Ombro Direito” e “Lesão no Membro Superior Direito”, ambas diagnosticadas pelo perito judicial e comprovadas a concausalidade ocupacional.

Apesar disso, o Tribunal de origem negou concessão ao pedido formulado pelo segurado, sob o argumento de que as moléstias são passíveis de reversão através de tratamento fisioterápico, o que, *di per si*, retiraria do quadro infeccioso o caráter de incapacidade definitiva e irreversível para o trabalho.

A esse respeito, é pacífico na jurisprudência da Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça que o argumento de ser a moléstia passível de cura ou

reversibilidade, através de tratamento específico, não é requisito previsto no ordenamento jurídico que rege a matéria, para fins de concessão do auxílio-acidente. Assim, restando incontroversos os elementos necessários à sua concessão, o benefício deve ser deferido ao autor.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

Agravo regimental. Recurso especial. Auxílio-acidente. Incapacidade laborativa do segurado demonstrada. Reversibilidade da moléstia. Irrelevância.

1. Comprovados a moléstia profissional, o nexo causal e a incapacidade parcial para o trabalho, não se pode condicionar a concessão do benefício previdenciário a possível reversão da moléstia. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 779.383-SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ de 06.02.2006).

Agravo regimental. Previdenciário. Auxílio-acidente. Incapacidade laborativa do segurado demonstrada. Reversibilidade da moléstia. Irrelevância. Consectários legais. Manutenção dos termos da sentença monocrática. Questão nova.

I - O auxílio-acidente será devido quando os danos ou a redução da capacidade funcional repercutir na anterior capacidade laborativa do trabalhador, não sendo cabível condicionar a concessão do benefício à possível reversão da incapacidade mediante a interrupção dos movimentos repetitivos que deram causa à lesão. Ademais, o art. 86 da Lei n. 8.213/1991 não dispõe a respeito da reversibilidade ou não da moléstia.

II - No que tange à fixação do termo inicial do benefício, honorários advocatícios e demais consectários legais, restando consignado, *in casu*, o cabimento do auxílio-acidente, devem prevalecer os termos delineados na r. sentença monocrática, que julgou procedente o pedido da autora. Ademais, verifica-se que o agravante traz à baila questão que não foi levantada anteriormente e, portanto, incabível de ser suscitada em sede de agravo regimental.

Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 831.714-SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJ de 28.08.2006)

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso especial, para conceder ao autor, a partir da citação, o benefício do auxílio-acidente. Fixo os honorários advocatícios, em observância aos parâmetros do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC, em 10% (dez por cento) sobre o montante das parcelas vencidas até a prolação da sentença (Súmula n. 111-STJ), juros de mora no percentual de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação válida (Súmula n. 204-STJ), correção monetária (Súmula n. 148-STJ) e custas processuais na forma da lei.

É o voto.