



Jurisprudência da **Terceira Seção**

MANDADO DE SEGURANÇA N. 10.764-DF (2005/0103858-2)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Impetrante: André da Silva Pinto Carneiro
Advogado: Marcio Andre Mendes Costa e outro
Impetrado: Ministro de Estado da Agricultura Pecuária e Abastecimento
Impetrado: União
Litis. Pas: Luciana Meneghetti dos Santos Maraschin
Advogado: José Alcir Batista Cavalcante e outro(s)
Litis. Pas: Ronaldo Caitano Mazzer
Advogado: Milton Volpe
Litis. Pas: Katherine Sharlene Barbosa Fragoso
Advogado: José Alfredo da Silva Santana e outro(s)
Litis. Pas: Ana Elisa da Costa Ferreira
Advogado: Jorge Mussi Neto
Litis. Pas: Keivson Vinicius de Medeiros Teixeira
Advogado: Raulino Sales Sobrinho
Litis. Pas: Alexandre César Alves Silva
Advogado: Bruno Jackson Carvalho de Lima
Litis. Pas: Melissa Muniz Freire
Advogado: Neri Cardoso da Silva
Litis. Pas: Tânia Preger
Advogado: Paulo de Tarso Dresch da Silveira e outro(s)
Litis. Pas: Daniela Tandler Liebel Bacellar
Advogado: Carlos Alberto Selano Bacellar e outro(s)
Litis. Pas: Susiene da Costa Martins
Advogado: Josiene da Costa Martins
Litis. Pas: Rafael Martins Felício
Advogado: Tatiana Jogaib Jardim
Litis. Pas: Christian Steffe Domingues
Advogado: Dennis Stanislaw Mendonça Thomazini
Litis. Pas: Márcio Tadeu de Alvarenga Costa
Advogado: Mariana Prado Garcia de Queiroz Velho e outro(s)
Litis. Pas: Edson Kimo de Almeida Pena

Advogado: Paulo Tercio Barreto Araujo e outro
Litis. Pas: Carlos Roberto Turchetto Junior
Advogado: Jorge Ramos
Litis. Pas: Suely Santos Bezerra
Advogado: José Ricardo Santos e outro
Litis. Pas: Andréa Melo Garcia de Oliveira
Litis. Pas: Danilo Ferraz Silva
Litis. Pas: Érico Silva Pires
Litis. Pas: Flávia Coelho Olímpio
Litis. Pas: Héber Brenner Araújo Costa
Litis. Pas: Inês Bernadette Castro da Costa e Almeida
Litis. Pas: Patrícia Souto de Magalhães Ruppim
Litis. Pas: Rachel Ferreira
Litis. Pas: Cynthia Dógenes Mendonça de Mattos Brito Góes
Advogado: Lílian Brahm Caetano
Litis. Pas: Marcelo Timoteo Teixeira
Advogado: Leandro Timoteo Pereira
Litis. Pas: André Luiz Bagolin Palmeira
Advogado: Dirce Maria Romani

EMENTA

Mandado de segurança. Administrativo. Concurso público. Nomeação. Ofensa à ordem de classificação. Direito ao recebimento dos vencimentos. Precedente.

1. A anterior nomeação de candidatos aprovados em ordem de classificação posterior à do impetrante evidencia a ofensa ao seu direito líquido e certo de ser nomeado. Preenchidas as vagas das localidades que optara o impetrante, deveria a Administração tê-lo convocado para que, em respeito à ordem de classificação, optasse por uma das lotações restantes.

2. Pagamento dos vencimentos retroativos à data da impetração, tendo em vista que a violação do direito da impetrante ao exercício do cargo deu-se por força de ilegalidade da Administração. Precedentes.

3. Segurança concedida.

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: A Seção, por unanimidade, concedeu a segurança, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE), Nilson Naves, Felix Fischer e Arnaldo Esteves Lima.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.

O Dr. Marcio André Mendes Costa sustentou oralmente pelo impetrante. Brasília (DF), 23 de setembro de 2009 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJe 1º.10.2009

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Cuida-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por André da Silva Pinto Carneiro, contra ato do Ministro da Agricultura, Pecuária e Abastecimento consubstanciado na sua suposta preterição na ordem de classificação do concurso público para provimento do cargo de Fiscal Federal Agropecuário, especialidade Médico Veterinário, tendo em vista a nomeação de candidatos com classificação posterior à do impetrante, sem que a sua fosse efetivada.

Consoante se extrai da inicial, o impetrante foi aprovado no concurso acima mencionado em 160º lugar, sendo certo que foram disponibilizadas, inicialmente, 120 (cento e vinte) vagas, nos termos do Edital n. 1/2004.

Narra a exordial, outrossim, que durante o prazo de validade do certame o número de vagas para o respectivo cargo foi ampliado, conforme se depreende da convocação efetivada pela Portaria Ministerial n. 305, de 29 de junho de 2005.

Entretanto, consoante relata a impetração, “o Impetrante viu-se preterido na ordem de classificação pelo ato impugnado, onde 52 (cinquenta e dois) candidatos sobre os quais tinha e tem precedência pela ordem classificatória

foram nomeados em detrimento do direito líquido e certo do ora Impetrante, o que se comprova com o simples cotejo da Portaria ora impugnada com aquele outro Edital de Homologação do Certame” (fl. 04).

Segundo o autor do *mandamus*, nos termos do Edital de abertura do concurso, cabia a ele aguardar a publicação de sua nomeação, para, só então, se manifestar sobre a escolha do local de sua lotação, providência que não teria sido adotada pela autoridade coatora.

Nesse contexto, requer a concessão da segurança para assegurar seu direito à nomeação no cargo de Fiscal Federal Agropecuário, especialidade Médico Veterinário.

O Ministro Hélio Quaglia Barbosa, relator que me antecedeu no feito, deferiu a liminar para determinar a reserva de vaga ao impetrante, até o julgamento final do mandado de segurança (fl. 27).

Providenciada a citação dos candidatos aprovados em classificação posterior à do impetrante, na qualidade de litisconsortes necessários, estes aduziram a inexistência de direito líquido e certo ensejador de eventual concessão da ordem, sustentando, em linhas gerais, que o impetrante quedou-se silente à convocação para escolha do local de lotação (Edital n. 9/2005), motivo pelo qual fora excluído da segunda nomeação, efetivada pela Portaria n. 305/2005.

Nas informações prestadas, a autoridade coatora reproduz manifestação da Coordenação Geral de Administração e Recursos Humanos do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, que assim se pronunciou:

1. As primeiras 200 vagas, ano 2004, 120 (cento e vinte) foram para a especialidade de Médico Veterinário, nomeando os candidatos classificados do n. 1º lugar ao 115º lugar, acrescido das 06 (seis) vagas relativas aos Portadores de Necessidade Especial.

2. Posteriormente, no ano de 2005, foram autorizados a abertura/convocação de mais 100 novas vagas, sendo 88 (oitenta e oito) Médicos Veterinários, 11 (onze) vagas para Engenheiros Agrônomos e 01 (hum) Farmacêutico, nomeando-se candidatos classificados do 116º lugar até o 222º e vagas de deficientes.

3. Informamos que o candidato *André da Silva Pinto Carneiro*, acessou o sistema no dia 05 de abril, realizando somente 10 opções. Assim, pelas regras constantes no Edital n. 1, item 15.7.1, candidatos melhores classificados foram alocados em suas opções, os de número 118º, 120º, 116º, 117º, 329º*, 119, 122º, 72/121º e o 73/377*, * Portador de Deficiência (fl. 455)

Manifestou-se o Ministério Público Federal pela denegação da ordem (fls. 986-995).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): Para o correto deslinde da questão deduzida na presente impetração, faz-se necessário um breve relato cronológico dos fatos.

No dia 23.04.2004 foi publicado o Edital n. 1 para provimento de diversos cargos de Fiscal Federal Agropecuário no Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento - Mapa (fls. 15-18), dentre os quais 120 (cento e vinte) para a especialidade de Médico Veterinário, opção do impetrante.

A publicação do resultado final do concurso foi efetivada no dia 30.06.2004, por intermédio do Edital n. 6 (fls. 19-21), sendo certo que o impetrante foi aprovado e classificado em 160º lugar.

Desta forma, na primeira nomeação para a especialidade de Médico Veterinário foram convocados 120 (cento e vinte) candidatos, sendo 6 (seis) portadores de deficiência físico, motivo pelo qual o impetrante não foi nomeado.

Posteriormente, no dia 1º de abril de 2005 foi publicado o Edital n. 9 (fl. 287) convocando os demais aprovados no certame para escolha das opções de localidade e conseqüente preenchimento de mais 19 (dezenove) cargos vagos.

Consoante se depreende do documento de fls. 465-466, juntado pela autoridade coatora, o impetrante, no prazo assinalado pelo Edital n. 9, escolheu 10 (dez) opções de lotação.

Informa ainda a autoridade coatora que, no dia 27.04.2005, por meio da Portaria n. 85 (fl. 286), foi autorizada a convocação de mais 100 (cem) candidatos, sendo 88 (oitenta e oito) para a área do impetrante.

Por outro lado, narra o autor do *mandamus* que, para sua surpresa, foi publicada a Portaria n. 305, em 29.06.2005, nomeando vários candidatos, e que seu nome não constava da referida relação, sendo certo que outros 52 (cinquenta e dois) candidatos com classificação posterior à sua foram convocados.

Nesse contexto, foi impetrado o presente *writ*, com a alegação de que o impetrante tem direito líquido e certo à nomeação para o cargo que concorreu

no certame em questão, tendo em vista sua evidente preterição na ordem classificatória.

Penso que a assiste razão ao impetrante.

Nos termos das informações prestadas pela autoridade coatora, depreende-se que a única justificativa para a exclusão do candidato do certame baseia-se no fato de que as 10 (dez) opções de lotação por ele feitas (na ocasião da 2ª convocação feita pelo Edital n. 9/2005) terem sido preenchidas por candidatos com melhor classificação.

Para melhor compreensão da controvérsia, transcrevo o inteiro teor do edital que embasou a decisão da autoridade coatora, *verbis*:

Edital n. 9, de 1º de abril de 2005.

O Ministro de Estado, interino, da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, no uso das suas atribuições legais, toma pública a convocação dos candidatos relacionados no Edital n. 6, de 30 de junho de 2004, publicado no Diário Oficial da União do dia 1º de julho de 2004, inscritos no Concurso Público regido pelo Edital n. 1, de 23 de abril de 2004, publicado no Diário Oficial da União de 26 de abril de 2004, e suas retificações, considerados aprovados, em conformidade com os seus itens 10 e 12, para efetuarem opções de localidade (Município/Cidade/UF) para as quais desejam concorrer a vaga, considerando-se a classificação no Concurso Público em tela.

As opções deverão ser feitas acessando o sítio www.nce.ufrj.br/concursos, por ordem de preferência de opção. Os candidatos poderão fazer uma ou mais opções, ate o limite das opções disponíveis. As opções feitas pelos candidatos serão correlacionadas, posteriormente, com a sua classificação. Após essa correlação, respeitada a estrita ordem de classificação, os candidatos serão nomeados e localizados nas respectivas vagas.

O período para o acesso ao sítio www.nce.ufrj.br/concursos é de 4 a 12 de abril de 2005 até às 24 horas, horário oficial de Brasília-DF. Os candidatos que não fizerem as opções nesse período serão considerados eliminados do presente Concurso Público, não sendo considerados na hipótese de uma nova convocação para opção de localidades.

A presente convocação abrangerá todos os candidatos aprovados nas especialidades de Engenheiro Agrônomo, Médico Veterinário e Químico, que não fizeram opção, sendo que serão nomeados/localizados apenas o quantitativo correspondente as 19 (dezenove) vagas ainda disponíveis.

Somente deverão providenciar a documentação, exames laboratoriais - relação com stante do Anexo II e III do Edital n. 6, de 30 de junho de 2004 - e atestado medico os candidatos que vierem a ter o nome publicado na portaria de nomeação/localização. (fl. 287)

Pela leitura do supracitado edital, depreende-se que a exclusão do candidato só ocorreria caso não fizesse escolha dos locais de lotação, o que, de fato, não ocorreu na hipótese em tela. Conforme já acentuado, o impetrante, no prazo assinalado pelo Edital n. 9, escolheu 10 (dez) opções de lotação (documento de fls. 465-466), não sendo contemplado em virtude de outros candidatos com melhores classificações terem escolhido as mesmas localidades.

De outro lado, o edital em momento algum afirma que os candidatos deveriam fazer opção, em ordem de preferência, por todas lotações disponíveis. Ao contrário, assinala que a convocação era para preenchimento de somente 19 (dezenove) vagas (só depois, quando da nomeação, é que foram chamados 88 candidatos), motivo pelo qual não era razoável exigir do impetrante a escolha de todas lotações possíveis.

Na verdade, preenchidas as vagas das localidades que optara o impetrante, deveria a Administração ter novamente o convocado para que, em respeito à ordem de classificação, conforme previsto no edital, procedesse à escolha dentre as lotações restantes.

Verifica-se, assim, que o critério adotado para nomeação dos candidatos ensejou a indevida exclusão do impetrante do certame, circunstância que evidencia ofensa ao seu direito líquido e certo de ser nomeado anteriormente aos aprovados em posição abaixo da sua.

Nessa linha de raciocínio, confirmam-se os seguintes precedentes desta Corte:

Recurso ordinário. Mandado de segurança. Administrativo. Concurso público. Nomeação. Ofensa à ordem de classificação. Direito ao recebimento dos vencimentos. Precedente.

1. A anterior nomeação de candidatos aprovados em ordem de classificação posterior a da impetrante evidencia a ofensa ao seu direito líquido e certo de ser nomeada. Preenchidas as vagas das comarcas que optara a recorrente, deveria a Administração tê-la convocado para que, em respeito à ordem de classificação, optasse por uma das comarcas restantes.

2. Pagamento dos vencimentos retroativos à data em que deveria ter sido realizada a nomeação, tendo em vista que a violação do direito da impetrante ao exercício do cargo deu-se por força de ilegalidade da Administração. Precedente.

3. Recurso ordinário provido. (RMS n. 11.422-MG, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 10.05.2007, DJ 28.05.2007 p. 401)

Administrativo. Concurso público. Edital. Desobediência de ordem de classificação para preenchimento de vagas. Recurso provido.

1. A obediência à ordem de classificação, na escolha do local para a nomeação, não pode ser desconsiderada, mormente quanto prevista no edital do concurso.

2. Recurso ordinário provido. (RMS n. 7.215-MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Sexta Turma, DJ 05.05.1997)

Administrativo. Concurso público. Ordem de classificação. Provedimentos complementares.

- Reopção. A ordem da preferência, quanto ao lugar para a nomeação, não pode prevalecer sobre a ordem da classificação das optantes no concurso, mesmo que se trate de opção ensejada numa segunda leva de nomeações. (RMS n. 4.314-MG, Rel. Min. José Dantas, Quinta Turma, DJ 16.03.1998)

Assim, reconheço a ofensa ao seu direito e líquido do impetrante de ser nomeado anteriormente aos candidatos aprovados em classificação inferior a sua, motivo pelo qual deve ser concedida a segurança a fim de que lhe sejam assegurados todos os direitos do cargo, inclusive financeiros, retroativos à data da impetração.

Com efeito, devem ser pagos ao impetrante os vencimentos retroativos à data da impetração, uma vez que foi violado seu direito ao exercício do cargo por força de ilegalidade da Administração consistente na sua indevida exclusão do certame.

Nesse sentido, cumpre trazer à baila julgados desta Corte:

Administrativo. Concurso público. Exame psicotécnico. Recurso em nomeação.

Decisão judicial favorável ao postulante. Nomeação concedendo apenas efeitos retroativos funcionais. Direito a vencimentos atrasados conforme Súmula n. 269 e 271, do Supremo Tribunal Federal.

Recurso provido parcialmente. (RMS n. 2.287-DF, Rel. Min. José Cândido de Carvalho Filho, Sexta Turma, DJ 22.11.1993)

Administrativo e Processual Civil. Servidor público. Efeitos financeiros da decisão que concede a segurança. Termo inicial.

Recurso ordinário. Omissão e contradição. Embargos de declaração.

1. Contraditória, para fins de Embargos de Declaração, é a decisão que traz, em seu corpo, fundamentos incompatíveis com as conclusões do julgado.

2. A teor do que dispõe a Lei n. 5.021/1966, art. 1º, os efeitos da decisão que garante o pagamento de vencimentos e/ou vantagens a servidor público devem ser contados a partir da data em que impetrado o Mandado de Segurança originário.

3. Embargos Declaratórios parcialmente acolhidos. Omissão sanada. (EDcl no RMS n. 11.676-DF, Rel. Ministro Edson Vidigal, Quinta Turma, julgado em 02.10.2001, DJ 12.11.2001 p. 159)

Constitucional. Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Antiga servidora pública do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. “Quintos” incorporados. Transposição destes valores para o cargo de Procuradora do Distrito Federal, alçado por meio de concurso público. Vantagens pessoais. Possibilidade. Ordem concedida.

1 - Consoante uníssona jurisprudência desta Corte Superior, através de suas 5ª e 6ª Turmas, competentes para julgar o tema (cf. entre outros, ROMS n. 12.122-DF, 12.138-DF, 11.676-DF, 11.172-RS; e REsp n. 254.709-DF, 396.791-DF, 275.189-DF), os chamados “quintos”, uma vez incorporados, tornam-se vantagens pessoais, não podendo mais ser retirados do patrimônio de seus beneficiários.

2 - No caso concreto, tendo a recorrente incorporado vantagens pessoais adquiridas quando ainda era servidora pública, exercendo Funções Comissionadas (FC-03 e FC-04), junto ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, impossível a subtração destas quando do exercício de nova função pública, qual seja, do cargo de Procuradora do Distrito Federal.

3 - Outrossim, não há que se falar em esferas de governo diversas, impossibilitando tal transposição. Isto porque o Distrito Federal, por intermédio da Lei Distrital n. 197/1991, adota o Regime Jurídico estabelecido para a União até a aprovação de Regime Jurídico próprio, ainda inexistente. Desta forma, não se permite a supressão da vantagem pessoal incorporada.

4 - Recurso conhecido e provido para, reformando *in totum* o v. acórdão de origem, conceder a ordem, nos termos em que pleiteada na inicial, ressaltando-se que os efeitos financeiros são a partir da impetração, conforme o art. 1º da Lei n. 5.021/1966. (RMS n. 13.299-DF, Rel. Ministro Jorge Scartezini, Quinta Turma, julgado em 07.08.2003, DJ 13.10.2003 p. 378)

Diante do exposto, concedo a segurança para que sejam assegurados ao impetrante todos os direitos do cargo, inclusive financeiros, retroativos à data da impetração, resguardada a situação jurídica já consolidada dos demais nomeados.

É como voto.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 10.884-DF (2005/0118787-8)

Relator: Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE)

Impetrante: Léo Melo dos Santos

Advogado: João Severino Vieira e outro

Impetrado: Comandante da Aeronáutica

EMENTA

Mandado de segurança. Administrativo. Reforma. Militar. Cálculo dos proventos. Processual Civil. Comandante da Aeronáutica. Ilegitimidade passiva *ad causam*. Teoria da encampação. Não incidência.

1. Patente a ilegitimidade passiva do Comandante da Aeronáutica pois o ato de reforma foi expedido pelo Vice-Diretor de Administração de Pessoal, mediante delegação de competência. Incidência do comando inserido no artigo 14, § 3º, da Lei n. 9.784/1999 e do Enunciado de n. 510 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

2. Nos termos do Enunciado n. 510 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, “praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial.”

3. A autoridade que praticou o ato não consta do rol taxativo de que cuida o art. 105, inciso I, alínea **b**, da Constituição Federal, fugindo o exame da legalidade de seus atos à competência originária desta Corte. Precedentes.

4. A mera defesa do ato não faz incidir, de *per si*, a teoria da encampação.

5. Denegação da ordem (Art. 6º, § 5º, da Lei n. 12.016/2009), sem julgamento do mérito (art. 267, VI, CPC).

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, denegar a segurança, sem apreciação do mérito, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Nilson Naves, Felix Fischer, Arnaldo Esteves Lima, Maria Thereza de Assis Moura, Jorge Mussi, Og Fernandes e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP).

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília (DF), 23 de setembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE),
Relator

DJe 1º.10.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE): Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Léo Melo dos Santos contra ato atribuído ao Comandante da Aeronáutica, objetivando a retificação do ato de reforma, com alteração de seus proventos equivalentes ao posto de segundo tenente.

Alega, em síntese, que passou a reserva remunerada, na graduação de Suboficial, por força da Portaria Dirap n. 296/1RC, de 24 de janeiro de 2005, publicada no Boletim do Comando da Aeronáutica n. 19, de 27 de janeiro de 2005 (fl. 19).

Diz, porém, ter direito adquirido aos proventos calculados com base na remuneração relativa ao posto de Segundo Tenente, por força da Lei n. 6.880, de 09 de dezembro de 1980 (Estatuto dos Militares), ainda que as disposições que lhe assegurariam o pretensão direito houvessem sido revogadas pela Medida Provisória n. 2.131, de 28 de dezembro de 2000.

O pedido de concessão liminar foi indeferido pela Ministra Laurita Vaz nos termos da decisão de fls. 47-48.

A autoridade coatora, o Comandante da Aeronáutica, prestou informações, fls. 51-59, alegando preliminar de decadência e, no mérito, inexistência de direito líquido e certo.

O Ministério Público Federal, pelo parecer de fls. 61-63, opina pela denegação da segurança.

Os autos me foram atribuídos em 19 de agosto do ano em curso, conforme termo à fl. 66.

É o relatório.

VOTO-PRELIMINAR

O Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE) (Relator): Inicialmente, é de ser rejeitada a arguição de decadência, suscitada nas informações prestadas pela autoridade apontada como coatora.

Como bem observa o Órgão Ministerial em seu parecer, o ato efetivamente impugnado é a Portaria Dirap n. 298/1RC, de 24 de janeiro de 2005, publicada em 27 de janeiro subsequente e o mandado foi impetrado em 19 de maio de 2005, dentro, portanto, do prazo legal.

Não obstante, tenho que no presente caso é patente a ilegitimidade passiva do Comandante da Aeronáutica - única autoridade apontada como coatora - pois o ato de reforma, que por via de consequência fixou os proventos, foi expedido pelo Vice-Diretor de Administração de Pessoal, mediante delegação de competência “estabelecida na letra **d**, do número 1, do item I, Art. 1º da Portaria Dirap n. 774/DIR, de 05 de março de 2004” (fl. 18) conforme se verifica dos documentos juntados pelo próprio impetrante às fls. 18-19.

Tem-se, então, a incidência, sobre a espécie, do comando inserido no artigo 14, § 3º, da Lei n. 9.784/1999 e do Enunciado de n. 510 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Diz o texto normativo citado, *in verbis*:

Art.14. O ato de delegação e sua revogação deverão ser publicados no meio oficial.

(...)

§ 3º - As decisões adotadas por delegação devem mencionar explicitamente esta qualidade e considerar-se-ão editadas pelo delegado.

O enunciado sumular da Corte Suprema, por sua vez, reza:

Súmula n. 510:

Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial.

Resta, daí, que a autoridade que praticou o ato não consta do rol taxativo de que cuida o art. 105, inciso I, alínea **b**, da Constituição Federal, fugindo o exame da legalidade de seus atos à competência originária desta Corte.

A propósito, já decidiu esta Terceira Seção:

A - Processo Civil. Administrativo. Mandado de segurança. Servidor militar. Remuneração de transferência. Inocorrência de fixação de residência no local indicado. Restituição dos valores. Competência delegada. Súmula n. 510, do STF. Ilegitimidade passiva *ad causam* do Sr. Comandante do Exército. Extinção, sem apreciação do mérito.

1 - O Comandante da 12ª Região Militar, em decorrência de função delegada e por ter praticado o ato acoimado de coator, é a autoridade responsável diretamente pela reposição das indenizações, determinando os descontos na folha de pagamento do impetrante. Aplicação da Súmula n. 510, do colendo Supremo Tribunal Federal. Ilegitimidade passiva *ad causam* do Sr. Comandante do Exército reconhecida, sendo incompetente esta Corte para o processamento do presente *mandamus* (art. 105, I, **b**, da Constituição Federal, com a redação dada pela EC n. 23/1999).

2 - Precedentes (MS n. 6.991-DF).

3 - Preliminar de ilegitimidade passiva acolhida, para julgar extinto o *writ*, sem apreciação do mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil. Custas *ex lege*. Honorários advocatícios incabíveis, nos termos das Súmulas n. 512-STF e 105-STJ.

(MS n. 7.340-DF. Relator o Ministro Jorge Scartezzinni. DJ de 13.08.2001).

É importante observar que embora a autoridade coatora, nas informações que prestou, tenha defendido a legalidade do ato impugnado, tenho, consideradas as peculiaridades do caso ora examinado, não ser possível aplicar a chamada teoria da encampação.

No ponto, a hipótese guarda significativa semelhança com o Mandado de Segurança n. 8.963-DF, julgado em 10 de junho do ano em curso, ocasião em que esta Terceira Seção, à unanimidade, acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva das autoridades indicadas como coatas, extraíndo-se do voto condutor da lavra do Ministro Paulo Gallotti a seguinte fundamentação:

A meu ver, é patente a ilegitimidade passiva do Ministro de Estado da Defesa e do Comandante da Aeronáutica - únicas autoridades apontadas como coatoras - ante o disposto no artigo 23, inciso I, do Regulamento de Promoções de Graduados da Aeronáutica, Decreto n. 881, de 23 de julho de 1993, que atribui ao Diretor de Administração do Pessoal a competência para efetuar a promoção buscada.

Confira-se:

Art. 23. As promoções serão efetuadas:

I - a Suboficial, Primeiro-Sargento, Segundo-Sargento, Terceiro-Sargento e Cabo, por ato do Diretor de Administração do Pessoal;

De outro lado, o Diretor de Administração do Pessoal da Aeronáutica não consta do rol taxativo de que cuida o art. 105, inciso I, alínea **b**, da Constituição Federal, fugindo o exame da legalidade de seus atos à competência originária desta Corte.

A propósito:

Mandado de segurança. Intempestividade quanto ao ato do Ministro de Estado e incompetência em relação a outra autoridade administrativa. Não conhecimento.

- Decorridos mais de cento e vinte dias desde que praticado o ato pelo Ministro de Estado, não se conhece do pedido de segurança.

- Se, de outra parte, o ato foi praticado pelo Diretor de Administração do Pessoal, o julgamento foge à competência desta Corte.

(MS n. 1.189-DF. Relator o Ministro *Hélio Mosimann*, DJ de 17.02.1992)

É bem verdade que o Comandante da Aeronáutica, nas informações que prestou, acabou por adentrar no exame do mérito da causa, circunstância que poderia, à primeira vista, legitimar sua inclusão no polo passivo, por força da teoria da encampação, aplicada em outros julgados desta Corte e, em especial, desta Terceira Seção.

Todavia, consideradas as peculiaridades do caso ora examinado, a defesa do ato, feita em homenagem ao princípio da eventualidade, não faz incidir, de *per si*, a teoria da encampação por, pelo menos, três razões.

A uma, porque a aplicação da referida teoria, nessas circunstâncias, importaria modificação da competência constitucionalmente atribuída ao Superior Tribunal de Justiça.

No ponto, registro que a jurisprudência firmada no âmbito da Primeira Seção desta Corte e das Turmas que a integram é no sentido de que a incidência da teoria da encampação requer, dentre outros requisitos, a preservação da competência, nos exatos limites postos na Constituição Federal.

Confira-se:

Processual Civil e Tributário. Mandado de segurança. Anistia política. Imposto de Renda e Contribuição Previdenciária. Isenção instituída pela Lei n. 10.599/2002. Advogado Geral da União. Ilegitimidade passiva *ad*

causam. Inaplicabilidade da teoria da encampação. Extinção do processo sem julgamento do mérito.

1. A teoria da encampação é aplicável ao mandado de segurança tão-somente quando preenchidos os seguintes requisitos: existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal; e manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas. Precedentes da Primeira Seção: MS n. 12.779-DF, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 03.03.2008; MS n. 10.484-DF, Rel. Min. José Delgado, DJ de 26.09.2005.

2. *In casu*, foi apontado como autoridade coatora o Advogado Geral da União, o qual ostenta *status* de Ministro de Estado, cujos atos estão sujeitos, na via do mandado de segurança, à competência originária, de natureza constitucional e absoluta, do Superior Tribunal de Justiça.

3. Entrementes, verifica-se que o ato coator indicado - descontos, referentes ao Imposto de Renda e à contribuição previdenciária, efetuados sobre os proventos de aposentadoria pagos a anistiado político que exercia cargo de procurador federal - é resultado de atividade administrativa complexa, desempenhada pela Coordenadoria de Recursos Humanos da Secretaria-Geral da AGU.

4. Destarte, ressoa incabível a adoção da “teoria da encampação” ao caso *sub judice*, porquanto implicaria indevida modificação ampliativa de competência absoluta fixada na Constituição.

5. Mandado de segurança extinto sem julgamento do mérito.

(MS n. 12.149-DF. Relator o Ministro Luiz Fux, DJ de 15.09.2008).

Também assim os acórdãos do AgRg no MS n. 13.351-SP, relator o Ministro Humberto Martins (DJ de 24.11.2008) e RMS n. 21.809-DF, Relatora a Ministra Denise Arruda (DJ de 15.12.2008).

A duas, há que se atentar para o alerta lançado na oportuna lição de Lúcia Valle Figueiredo:

Veja-se, então, que não pode a lei estabelecer competência *ad hoc*, quer dizer, competência para aquele fato aleatoriamente. Se já houver autoridade competente, não se poderá, por meio transversal, estabelecer-se outra autoridade, pois, assim, teoricamente, possível seria deslocar-se todos os mandados de segurança para Brasília, por hipótese.

(“Mandado de Segurança”. 5ª Ed. São Paulo. Malheiros. 2004. p. 61)

Nessa linha de raciocínio, vale dizer, se a norma de competência para a prática de atos for elástica pela aplicação indiscriminada da teoria da encampação,

todos os mandados de segurança serão originariamente apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal.

A três, a questão guarda alguma semelhança com o tema debatido por esta Corte quando dos julgamentos dos precedentes que deram origem ao Enunciado n. 177 de nossa Súmula, este assim redigido:

O Superior Tribunal de Justiça é incompetente para processar e julgar, originariamente, mandado de segurança contra ato de órgão colegiado presidido por Ministro de Estado.

Dessarte, não se afigura razoável que esta Corte, conferindo interpretação restritiva ao dispositivo constitucional, tenha afirmado sua incompetência para julgar, originalmente, mandados de segurança contra ato de colegiado - de cuja elaboração o Ministro de Estado tenha participado diretamente - para, nas hipóteses como a ora examinada, afirmar sua competência originária no exame de atos produzidos por autoridades subordinadas, atos que não contaram com a participação do Ministro de Estado.

Ante o exposto, reconheço a ilegitimidade passiva da autoridade apontada como coatora e voto pela denegação da segurança, nos termos do art. 6º, § 5º, da Nova Lei do Mandado de Segurança - Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009 - extinguindo o feito sem julgamento do mérito, com base no art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.110.565-SE (2009/0001382-8)

Relator: Ministro Felix Fischer

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

Procurador: Risoneide Gonçalves de Andrade e outro(s)

Recorrido: Valfrizo Nogueira dos Santos

Advogado: José Dias Guimarães

EMENTA

Recurso especial submetido aos ditames do art. 543-C do CPC e da Resolução n. 8/STJ. Pensão por morte. Perda pelo *de cuius* da

condição de segurado. Requisito indispensável ao deferimento do benefício. Exceção. Preenchimento em vida dos requisitos necessários à aposentação. Inocorrência. Recurso provido.

I - A condição de segurado do *de cuius* é requisito necessário ao deferimento do benefício de pensão por morte ao(s) seu(s) dependente(s). Excepciona-se essa regra, porém, na hipótese de o falecido ter preenchido, ainda em vida, os requisitos necessários à concessão de uma das espécies de aposentadoria do Regime Geral de Previdência Social - RGPS. Precedentes.

II - *In casu*, não detendo a *de cuius*, quando do evento morte, a condição de segurada, nem tendo preenchido em vida os requisitos necessários à sua aposentação, incabível o deferimento do benefício de pensão por morte aos seus dependentes.

Recurso especial provido.

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, Após o voto do Sr. Ministro Felix Fischer (Relator), dando provimento ao recurso especial, no que foi acompanhado pela Sra. Ministra Laurita Vaz e pelos Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima e Maria Thereza de Assis Moura, pediu vista o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Retomado o julgamento, após o voto vista em mesa do Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho acompanhando o Ministro Relator, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator a Sra. Ministra Laurita Vaz e os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Maria Thereza de Assis Moura, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) e Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

A Dra. Milene Goulart Valadares sustentou oralmente pelo recorrente.

Brasília (DF), 27 de maio de 2009 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Cuida-se de recurso especial interposto pelo *Instituto Nacional do Seguro Social - INSS*, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra v. acórdão proferido pelo e. Tribunal Regional Federal da 5ª Região, cuja ementa restou assim definida:

Previdenciário. Pensão por morte. Cônjuge. Perda da condição de segurada. Irrelevância. Mais de 60 contribuições efetuadas. Possibilidade.

De acordo com o posicionamento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, os dependentes da segurada que contribuiu por 60 (sessenta) meses ou mais, têm direito ao benefício de pensão por morte, independentemente da perda da qualidade de segurada. Apelação provida. (Fl. 169).

Foram opostos embargos de declaração, que restaram rejeitados.

Em suas razões de recurso, a autarquia previdenciária alega, inicialmente, violação ao disposto no art. 535, inciso II, do CPC. Sustenta que, não obstante a oposição de embargos de declaração, o e. Tribunal de origem teria deixado de se pronunciar sobre o fato de a *de cujus*, quando do seu falecimento, já não deter a condição de segurada da Previdência Social, não fazendo jus o seu cônjuge ao benefício de pensão por morte.

Quanto ao mérito, sustenta o INSS a violação pelo v. acórdão recorrido ao disposto nos arts. 15, 74 e 102, todos da Lei n. 8.213/1991, além de divergência jurisprudencial. Assevera, em suma, a imprescindibilidade do requisito “condição de segurado do *de cujus*”, para que os dependentes possam fazer jus ao benefício da pensão por morte, situação somente excepcionada na hipótese em que aquele tenha preenchido em vida os requisitos necessários ao deferimento de qualquer uma das aposentadorias previstas no âmbito do Regime Geral de Previdência Social - RGPS.

Não foram apresentadas contra-razões ao recurso especial (fl. 214).

No juízo de admissibilidade, o em. Vice-Presidente do e. Tribunal *a quo*, considerando presentes os pressupostos necessários ao conhecimento da pretensão recursal, e tendo em vista a existência de multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica questão de direito, admitiu o recurso como representativo da controvérsia, submetendo-o aos ditames do art. 543-C do CPC e da Resolução n. 8/STJ, de 07 de agosto de 2008.

Distribuídos os autos à minha relatoria, chamei a decisão do em. Vice-Presidente do e. Tribunal de origem, submetendo o recurso especial ao regramento do art. 543-C do CPC e da Resolução n. 8/STJ.

Manifestação da d. Subprocuradoria-Geral da República pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Inicialmente, quanto à alegada violação ao art. 535, inciso II, do CPC, a irresignação não merece prosperar.

De fato, a omissão no julgado que caracteriza infringência ao art. 535, inciso II, do CPC, é aquela referente às *questões*, de fato ou de direito, trazidas à apreciação do magistrado, e não, a referente às *teses* defendidas pelas partes a propósito daquelas questões. Mesmo porque as teses jurídicas podem ser rechaçadas implicitamente pelo julgador.

Dessa forma, não padece o julgado recorrido de qualquer omissão ou nulidade, porquanto decidiu fundamentadamente as questões trazidas à sua apreciação. É cediço que não pode a parte pechar o julgamento de nulo tão-somente porque contrário aos seus interesses.

A propósito:

Embargos declaratórios. Atividade especial. Alegação de julgamento *ultra petita* e de contradição pela inclusão de período não pleiteado na inicial. Decisão embargada que manteve a sentença de Primeira Instância e o acórdão do Tribunal Regional. Inexistência de contradição. Período discutido ao longo de todo o processo originário. Embargos rejeitados.

1. *De acordo com o art. 535 do CPC, os embargos declaratórios são cabíveis nas hipóteses de haver omissão, contradição ou obscuridade na decisão prolatada. Não pode tal meio de impugnação ser utilizado como forma de se insurgir quanto à matéria de fundo, quando esta foi devidamente debatida e discutida no acórdão embargado. Precedentes.*

(...)

3. Embargos declaratórios rejeitados.

(EDcl na AR n. 3.320-PR, 3ª Seção, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 19.12.2008).

Processual Penal. Embargos de declaração no agravo regimental nos embargos de divergência no agravo regimental no agravo de instrumento. Omissão. Inexistência. Pretensão de se rediscutir a lide. Alegação de contrariedade a texto constitucional. Não-cabimento. Rejeição.

1. *Os embargos de declaração consubstanciam instrumento processual apto a suprir omissão do julgado ou dele excluir qualquer obscuridade ou contradição. Não se prestam para rediscutir a lide.*

2. Ao Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial e, por decorrência lógica, em embargos de divergência, não compete a análise de contrariedade ao texto constitucional.

3. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgRg nos EAg n. 723.222-SP, 3ª Seção, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 17.10.2008).

Quanto à alegada violação aos arts. 15, 74 e 102, todos da Lei n. 8.213/1991, o recurso merece procedência.

O benefício de pensão por morte está previsto no art. 74 da Lei n. 8.213/1991, que possui a seguinte redação:

Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do *segurado* que falecer, aposentado ou não, a contar da data:

I - do óbito, quando requerida até trinta dias depois deste;

II - do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior;

III - da decisão judicial, no caso de morte presumida.

A lei, portanto, afirma que o referido benefício “é devido ao conjunto dos dependentes do *segurado* que falecer”.

O e. Tribunal *a quo*, porém, à revelia da letra da lei, sufragou entendimento segundo o qual a ausência pela *de cuius*, quando do evento morte, da condição de segurada não é fato impeditivo à concessão de pensão por morte ao seu cônjuge supérstite, eis que, antes de ser privada dessa condição, a falecida recolhera mais de 60 (sessenta) contribuições à Previdência Social.

Com efeito, a Lei n. 8.213/1991 associa a figura do *segurado*, na maioria dos casos, a da pessoa física que exerce alguma atividade remunerada e que verte contribuições ao Regime Geral de Previdência Social - RGPS. Os seguintes conceitos formulados por doutrinadores do Direito Previdenciário bem demonstram a correção dessa assertiva:

Segurados são pessoas indicadas na lei, compulsoriamente filiadas à previdência social, contribuindo diretamente para o custeio social das prestações. (WLADIMIR NOVAES MARTINEZ, *in Curso de Direito Previdenciário*, Tomo II, LTr, 2. ed., p. 123).

Os segurados da Previdência são os principais contribuintes do sistema de seguridade social previsto na ordem jurídica nacional. São contribuintes em função do vínculo jurídico que possuem com o regime de previdência, um vez que, para obter os benefícios, devem teoricamente verter contribuições ao fundo comum. (CARLOS ALBERTO PEREIRA DE CASTRO e JOÃO BATISTA LAZZARI, *in Manual de Direito Previdenciário*, LTr, 5. ed., p. 136).

O fato, porém, de a pessoa física não estar exercendo alguma atividade remunerada e, portanto, contribuindo para a Previdência, não lhe priva de imediato da condição de segurada, prevendo o art. 15 da Lei n. 8.213/1991 algumas situações de manutenção dessa qualidade por algum tempo mais, chamada na doutrina de “período de graça”.

Vejamos o art. 15, *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.

A pessoa que exercia atividade remunerada, como a dos autos, por exemplo, ainda que deixe de a exercer em razão de demissão, manterá sua qualidade de segurada, independentemente de contribuição, por até 12 (doze) meses, podendo esse prazo ser prorrogado para até 24 (vinte e quatro) meses, se já houve o pagamento, pelo beneficiário, de mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado.

Esses prazos de 12 (doze) e 24 (vinte e quatro), por sua vez, poderão ainda ser acrescidos de mais 12 (doze) meses se o segurado desempregado comprove essa situação “pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social” (§ 2º do art. 15 da Lei n. 8.213/1991).

Assim, o segurado desempregado poderá manter tal qualidade sem contribuir, observadas as peculiaridades do caso concreto, por até 36 (trinta e seis) meses, findos os quais deixará irremediavelmente de sê-lo, vindo a desaparecer o vínculo que mantinha com a Previdência Social, não podendo os seus dependentes *a priori*, em caso de sua morte, reclamarem o benefício de pensão por morte.

Se os dependentes comprovarem, contudo, que o falecido, embora já não ostentasse a condição de segurado, preenchia quando de seu passamento os requisitos necessários ao deferimento de qualquer uma das aposentadorias do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, é possível o deferimento do benefício de pensão por morte, conforme determina a regra excepcional inserta no § 2º, *in fine*, do art. 102 da Lei n. 8.213/1991, que transcrevo:

Art. 102. A perda da qualidade de segurado importa em caducidade dos direitos inerentes a essa qualidade.

§ 1º A perda da qualidade de segurado não prejudica o direito à aposentadoria para cuja concessão tenham sido preenchidos todos os requisitos, segundo a legislação em vigor à época em que estes requisitos foram atendidos.

§ 2º Não será concedida pensão por morte aos dependentes do segurado que falecer após a perda desta qualidade, nos termos do art. 15 desta Lei, salvo se preenchidos os requisitos para obtenção da aposentadoria na forma do parágrafo anterior.

Destarte, tendo em consideração os dispositivos legais acima aludidos, a condição de segurado do *de cuius* é requisito necessário ao deferimento do benefício de pensão por morte ao(s) seu(s) dependente(s), a não ser que reste comprovado que aquele, apesar de não mais se vincular à Previdência Social, preenchia quando de seu falecimento os requisitos necessários ao deferimento de uma das aposentadorias previstas no âmbito do Regime Geral de Previdência Social - RGPS.

Chamo à atenção para o fato de que esse entendimento não diverge do que vem decidindo esta e. Corte no trato da matéria, como podemos observar dos seguintes julgados:

Embargos de divergência. Previdenciário. Perda da qualidade de segurado. Pensão por morte. Segurado que não preencheu os requisitos para a obtenção de aposentadoria antes do falecimento.

1. *“A perda da qualidade de segurado, quando ainda não preenchidos os requisitos necessários à implementação de qualquer aposentadoria, resulta na impossibilidade de concessão do benefício pensão por morte” (AgRg no REsp n. 547.202-SP, Relator Ministro Paulo Gallotti, in DJ 24.04.2006).*

2. *A perda da qualidade de segurado constitui óbice à concessão da pensão por morte quando o de cuius não chegou a preencher, antes de sua morte, os requisitos para obtenção de qualquer aposentadoria concedida pela Previdência Social, tal como ocorre nas hipóteses em que, embora houvesse preenchido a carência, não contava com tempo de serviço ou com idade bastante para se aposentar.*

3. Embargos de divergência acolhidos.

(REsp n. 263.005-RS, 3ª Seção, Rel. Min. Hamilton Carvalho, DJe de 17.03.2008).

Agravo regimental. Embargos de divergência. Previdenciário. Pensão por morte. Perda da qualidade de segurado. Benefício indevido. Matéria pacífica.

1. Não há como abrigar agravo regimental que não logra desconstituir os fundamentos da decisão recorrida.

2. *O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão de que a perda da qualidade de segurado, quando ainda não preenchidos os requisitos necessários à implementação de qualquer aposentadoria, resulta na impossibilidade de concessão do benefício de pensão por morte.*

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg nos REsp n. 547.202-SP, 3ª Seção, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ de 24.04.2006).

Previdenciário. Perda da qualidade de segurado ocorrida antes do óbito. Impossibilidade de concessão da pensão. Decisão mantida.

1. O decisum *agravado* merece ser mantido por seu próprio fundamento, pois está afinado com o entendimento jurisprudencial sobre o tema, segundo o qual a perda da qualidade de segurado não impede a concessão de pensão por morte a dependentes se, antes do falecimento, o de cujus preencheu as exigências legais para aposentadoria.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 964.594-RS, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 31.03.2008).

Pensão por morte. Perda da qualidade de segurado.

1. É da jurisprudência da Terceira Seção que a pensão por morte é garantida aos dependentes do de cujus que tenha perdido a qualidade de segurado, desde que preenchidos os requisitos legais de qualquer aposentadoria antes da data do falecimento, o que, na hipótese, não ocorreu.

2. Tal é a interpretação conferida ao art. 102 da Lei n. 8.213/1991 tanto na redação original quanto na redação modificada pela Lei n. 9.528/1997.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 775.352-SP, 6ª Turma, Rel. Min. Nilson Naves, DJe de 15.12.2008).

No caso dos autos, a *de cujus* manteve contrato de trabalho até junho de 1996 (fl. 21), tendo ao longo de sua vida profissional vertido, conforme informação constante do v. acórdão impugnado, 132 (cento e trinta e duas) contribuições aos cofres da Previdência Social.

Nesse caso, tendo contribuído com mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais, manteve a *de cujus* a condição de segurada ainda por mais 24 (vinte e quatro) meses a contar da sua demissão, cessando seu vínculo com a Previdência em junho de 1998.

Porém, ocorrendo a sua morte em novembro desse ano, há de se concluir que a falecida, quando desse evento, já não era mais segurada, não fazendo jus seu cônjuge, ora recorrido, à concessão do benefício de pensão por morte.

Acresça-se que *in casu* tampouco faz jus o cônjuge ao benefício pela regra excepcional do § 2º, *in fine*, do art. 102 da Lei n. 8.213/1991. Isso porque a falecida não chegou a preencher em vida os requisitos necessários à sua aposentação por idade, pois não atingira a idade de 60 (sessenta) anos; nem por tempo de serviço, para a qual é necessário, no caso dos segurados do

sexo feminino, 25 (vinte e cinco) anos de serviço; tão menos a especial, cuja exigência é de que o segurado tenha trabalhado “sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos” (art. 57, *caput*, da Lei n. 8.213/1991).

Nesses termos, sou pelo provimento do recurso especial.

É o voto.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: A controvérsia a ser dirimida nos presentes autos diz respeito à possibilidade do dependente de segurado ser beneficiário da pensão por morte quando o mantenedor, antes de seu falecimento, houver perdido a qualidade de segurado junto a Previdência Social.

A esse respeito, cumpre, inicialmente, uma breve análise dos requisitos legais à concessão do benefício em tela.

A pensão por morte, com previsão no art. 74 da Lei n. 8.213/1991, é um benefício previdenciário garantido aos dependentes do segurado em virtude do seu falecimento, cujo objetivo é suprir a ausência daquele que provia as necessidades econômicas do núcleo familiar, garantindo-lhe o sustento.

Para fazer jus à aludida pensão, é imprescindível que os dependentes comprovem o óbito do *de cuius*, a relação de dependência entre este e seus beneficiários e a qualidade de segurado do falecido.

Uma análise elaborada do instituto requer uma abordagem a respeito do requisito “qualidade de segurado”, bem como seu período de extensão. A esse respeito, a redação original do art. 102 da Lei n. 8.213/1991 dispunha que:

A perda da qualidade de segurado após o preenchimento de todos os requisitos exigíveis para a concessão da aposentadoria ou pensão não importa em extinção do direito a esses benefícios.

A matéria em tela foi objeto de alteração legislativa através da Medida Provisória n. 1.596-14, de 10.11.1997, posteriormente convertida na Lei n. 9.528, de 10.12.1997, que trouxe nova redação ao art. 102 da supracitada lei, *in verbis*:

Art. 102. A perda da qualidade de segurado importa em caducidade dos direitos inerentes a essa qualidade.

§ 1º A perda da qualidade de segurado não prejudica o direito à aposentadoria para cuja concessão tenham sido preenchidos todos os requisitos, segundo a legislação em vigor à época em que estes requisitos foram atendidos.

§ 2º Não será concedida pensão por morte aos dependentes do segurado que falecer após a perda desta qualidade, nos termos do art. 15 desta Lei, salvo se preenchidos os requisitos para obtenção da aposentadoria na forma do parágrafo anterior.

A qualidade de segurado tem a função princípio de indicar a existência de vínculo entre o trabalhador e a Previdência Social, pressupondo o recolhimento de contribuições.

Assim, a partir de 10.11.1997, a demonstração de tal qualidade do falecido tornou-se indispensável para que os seus dependentes tenham direito à percepção do benefício.

Nesse contexto, cumpre trazer a lume as regras elencadas no art. 15 da Lei n. 8.213/1991. Tal dispositivo legal, que regulamenta o denominado “período de graça”, estabelece as condições para que o segurado, após a ruptura do vínculo com a previdência, mantenha, por determinado período, a sua qualidade de segurado, fazendo jus à extensão da cobertura previdenciária, independentemente de contribuições, *litteris*:

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.

No vertente caso, analisando a aplicação do citado art. 15, inciso II, ao caso *in comento* e, conseqüentemente a possibilidade da manutenção da qualidade de segurado do *de cujus*, o Tribunal de origem foi categórico ao afirmar que à época do óbito, como esse já estava há mais de 12 (doze) meses sem contribuir com o sistema previdência, mesmo considerado a extensão do período de graça, já havia perdido a qualidade de segurado.

Feitas tais considerações a respeito da “qualidade de segurado” e estando incontroverso que a mantenedora em questão não mais a ostentava antes de seu falecimento, necessário se faz a verificação da possibilidade de sua aposentação.

A esse respeito, a Terceira Seção deste Superior Tribunal, analisando a aplicação do art. 102, § 2º da Lei n. 8.213/1991, com as alterações promovidas pela Medida Provisória n. 1.596-14, de 10.11.1997, convertida na Lei n. 9.528, de 10.12.1997, pacificou sua jurisprudência no sentido de que a perda da qualidade de segurado só não resultaria na impossibilidade de concessão da pensão por morte quando o *de cujus* preenchesse os requisitos necessários à implementação de qualquer aposentadoria.

A título de exemplo, cita-se os seguintes precedentes:

Previdenciário. Embargos de divergência em recurso especial. Benefício de pensão por morte. *De cujus*. Perda da qualidade de segurado. Possibilidade de deferimento da pensão, nos termos do art. 102 da Lei n. 8.213/1991, se restar comprovado o atendimento dos requisitos para concessão de aposentadoria, antes da data do falecimento.

1. É assegurada a concessão do benefício de pensão por morte aos dependentes do de cujos que, ainda que tenha perdido a qualidade de segurado, tenha preenchido os requisitos legais para a obtenção de aposentadoria, antes da data do falecimento.

2. Embargos de divergência conhecidos, porém, rejeitados. (REsp n. 524.006-MG, Rel. Min. Laurita Vaz, Terceira Seção, DJ de 30.03.2005)

Embargos de divergência. Previdenciário. Perda da qualidade de segurado. Pensão por morte. Segurado que não preencheu os requisitos para a obtenção de aposentadoria antes do falecimento.

1. "A perda da qualidade de segurado, quando ainda não preenchidos os requisitos necessários à implementação de qualquer aposentadoria, resulta na impossibilidade de concessão do benefício pensão por morte" (AgRg no REsp n. 547.202-SP, Relator Ministro Paulo Gallotti, *in* DJ 24.04.2006).

2. A perda da qualidade de segurado constitui óbice à concessão da pensão por morte quando o *de cujus* não chegou a preencher, antes de sua morte, os requisitos para obtenção de qualquer aposentadoria concedida pela Previdência Social, tal como ocorre nas hipóteses em que, embora houvesse preenchido a carência, não contava com tempo de serviço ou com idade bastante para se aposentar.

3. Embargos de divergência acolhidos. (REsp n. 263.005-RSP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Terceira Seção, DJ de 17.03.2008.)

Para tanto, deve-se comprovar o número mínimo de contribuições mensais exigidas para sua concessão (carência), tempo de serviço necessário ou idade mínima, conforme o caso.

Nesse contexto, não se tendo notícias de incapacidade laboral da falecida o que poderia lhe resultar a concessão da aposentadoria por invalidez, resta, pois, a análise apenas de possível aposentadoria por idade.

Aludida aposentadoria, prevista no art. 48 da Lei n. 8.213/1991, é concedida ao segurado que preencher dois requisitos: carência e idade mínima. Para comprovar o cumprimento da carência, consoante prescreve o art. 25 da referida lei, o segurado deve verter 180 (cento e oitenta) contribuições mensais aos cofres públicos.

Essa regra, contudo, é abrandada para os segurados inscritos na Previdência Social antes da edição da Lei n. 8.213/1991. A esses beneficiários (que inclusive se enquadra a falecida em questão) é aplicável a regra transitória insculpida no art. 142, que traz em seu bojo um critério a ser obedecido de acordo com o ano em que o segurado implementou a idade necessária à obtenção do benefício.

Atrelado ao cumprimento da carência, deve o segurado comprovar o implemento etário de 65 (sessenta e cinco) anos, se homem, e 60 (sessenta) anos, se mulher.

No caso em tela, tendo a mantenedora nascido em 13.11.1962 e falecido em 08.11.1998, quando de seu óbito, como contava com 36 anos de idade, não atingiu o requisito etário necessário à concessão do benefício, consequentemente, em vida, não poderia fazer jus a qualquer tipo de aposentadoria, razão pela qual, não poderá assegurar aos seus dependentes a concessão da pensão por morte.

Assim, frisa-se, restando incontroverso a perda da qualidade de segurada e não tendo a mantenedora preenchido os requisitos necessários para obtenção de qualquer aposentadoria, porquanto na data do óbito ainda não havia completado a idade legal, nem estava incapacitada para o labor, seu marido, autor da presente ação, não faz jus ao recebimento da pensão por morte, razão pela qual dou provimento ao recurso especial.

É o voto.

VOTO-VISTA (EM MESA)

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Sr. Presidente, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, dando provimento ao recurso especial do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.