

Apelação Cível n. 0000427-45.2011.8.24.0041, de Mafra
Relator: Desembargador Luiz Fernando Boller

APELAÇÃO. AÇÃO DE REVISÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. SENTença DE IMPROCEDÊNCIA.

INSURGÊNCIA DA AUTORA.

EX-ESPOSA DE SERVIDOR MUNICIPAL FALECIDO. AUXILIAR DE MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO. PLEITO PARA RECEBIMENTO DO BENEFÍCIO NA SUA INTEGRALIDADE. LCM Nº 129/94.

ASSERÇÃO SUBSISTENTE, AINDA QUE A REQUERENTE ESTIVESSE SEPARADA JUDICIALMENTE DO *DE CUJUS*, E RECEBESSE VERBA ALIMENTAR NO VALOR DE 15% DOS VENCIMENTOS DAQUELE.

APLICAÇÃO DA TEORIA DO *DISTINGUISH*. SINGULARIDADE DO CASO QUE NÃO SE AMOLDA AOS PRECEDENTES.

PENSIONISTA QUE RETORNOU AO LAR PARA CUIDAR DO EX-CÔNJUGE ENFERMO, ATÉ SEU FALECIMENTO. IMPOSSIBILITADA AJUDA DE PROFISSIONAL DA SAÚDE, FILHOS OU QUALQUER OUTRA PESSOA, EM RAZÃO DA ESCASSEZ DE RECURSOS ECONÔMICO-FINANCEIROS.

PRESTAÇÃO DE CUIDADOS INTERMITENTES, IMPOSSIBILITANDO O EXERCÍCIO DA SUA ATIVIDADE REMUNERADA COMO FAXINEIRA. COMPROVAÇÃO DE QUE VIVIA ÀS EXPENSAS DO INSTITUIDOR DA PENSÃO, E DELE ERA DEPENDENTE.

CONSECTÁRIOS LEGAIS. JUROS DE MORA A CONTAR DA CITAÇÃO, COM INDEXADORES APLICÁVEIS À POUPANÇA. TEMA 810 DO STF. CORREÇÃO MONETÁRIA. EMPREGO DO INPC. TEMA 905 DO STJ.

INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONDENAÇÃO QUE, EMBORA ILÍQUIDA, NÃO ULTRAPASSA 200 SALÁRIOS MÍNIMOS. FIXAÇÃO DA VERBA EM 15% SOBRE O

Apelação Cível n. 0000427-45.2011.8.24.0041

VALOR DAS PRESTAÇÕES VENCIDAS ATÉ A DATA DE PUBLICAÇÃO DO VEREDICTO. ISENÇÃO AO PAGAMENTO DAS CUSTAS.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0000427-45.2011.8.24.0041, da comarca de Mafra (2^a Vara Cível) em que é Apelante [REDACTED] e Apelado IPMM-Instituto de Previdência do Município de Mafra.

A Primeira Câmara de Direito Público decidiu, à unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado em 22 de maio de 2018, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Jorge Luiz de Borba, e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Pedro Manoel Abreu e Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Funcionou como representante do Ministério Público a Procuradora de Justiça Sônia Maria Demeda Groisman Piardi.

Florianópolis, 23 de maio de 2018.

Desembargador LUIZ FERNANDO BOLLER

Relator

Documento assinado digitalmente

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta por [REDACTED], contra

sentença prolatada pelo juízo da 2^a Vara Cível da comarca de Mafra, que nos autos da ação [Previdenciária n. 0000427-45.2011.8.24.0041](#), ajuizada contra o IPMM-Instituto de Previdência do Município de Mafra para recebimento da integralidade do valor da pensão por morte de seu ex-cônjugue [REDACTED], julgou improcedente o pedido (fls. 141/144).

Inconformada, [REDACTED] argumenta que, conquanto

Apelação Cível n. 0000427-45.2011.8.24.0041

estivesse separada judicialmente e recebesse 15% (quinze por cento) do salário bruto de seu ex-marido a título de pensão alimentícia na data do óbito, retornou ao lar nos últimos anos de vida do extinto consorte, objetivando prestar-lhe cuidados relativos à sua saúde, impedindo o exercício de qualquer atividade remunerada.

Assim, aponta fazer jus ao recebimento de 100% (cem por cento) da pensão por morte, termos em que brada pelo conhecimento e provimento do apelo (fls. 148/258).

Após, sobrevieram intempestivas contrarrazões do IPMM-Instituto de Previdência do Município de Mafra (fls. 174/175).

Ascendendo a esta Corte, vieram-me os autos conclusos (fl. 178).

Em Parecer da Procuradora de Justiça Eliana Volcato Nunes, o Ministério Público opinou pelo conhecimento e desprovimento da insurgência (fls. 180/183).

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O art. 1.010, § 3º, do NCPC, estabelece a remessa do recurso ao Tribunal independente do juízo de admissibilidade, desde que cumpridas as formalidades previstas nos §§ 1º e 2º da mesma norma legal.

Assim, por vislumbrar a tempestividade e dispensa do recolhimento do preparo - visto ser a autora apelante isenta do pagamento das custas -, nos termos do art. 1.012 da Lei nº 13.105/15 recebo o apelo nos efeitos devolutivo e suspensivo, e dele conheço porque atende aos demais pressupostos de admissibilidade.

A sentença julgou improcedente o pedido de [REDACTED] para receber a totalidade da pensão por morte de [REDACTED], seu ex-marido, sob o argumento de que a pensionista era separada judicialmente do *de cuius* na data do óbito, e recebia apenas 15% (quinze por cento) do valor dos

Apelação Cível n. 0000427-45.2011.8.24.0041

vencimentos daquele a título de pensão alimentícia, devendo tal proporção ser mantida no benefício pleiteado.

Pois bem.

Não desconheço que nossa Corte consolidou o entendimento de que o valor da pensão por morte devida à ex-cônjuge, deve corresponder ao valor devido como verba alimentar:

"O valor do benefício previdenciário a ser pago à ex-mulher que figura como dependente de servidor aposentado e já falecido, deve corresponder, proporcionalmente, ao quantum da pensão alimentícia fixada quando da separação ou divórcio, devendo o respectivo percentual corresponder à totalidade dos proventos a que teria direito o instituidor, sob pena de majoração da pensão alimentícia, sem qualquer base legal que a justifique" [...] (TJSC, Apelação Cível n. 0501549-02.2011.8.24.0020, rel. Des. Ricardo Roesler, j. 09/12/2016).

Todavia, o presente caso difere de inúmeros outros julgados que versam sobre a matéria.

Isto porque [REDACTED] - conquanto judicialmente separada de [REDACTED], instituidor da pensão -, havia retornado ao lar objetivando prestar-lhe ajuda, em virtude da invalidez causada por um AVC (acidente vascular cerebral).

As testemunhas ouvidas em juízo foram uníssonas, afirmando que era a recorrente quem, sozinha, cuidava do ex-marido.

Dos depoimentos prestados pelos testigos, colhe-se que:

ALCEU GREIN:

- [...] - E eles chegaram a se separar um tempo?
- Eu acho que se separaram, mas ela cuidou dele quando ele ficou doente.
[...].
- E quando ele ficou doente quem cuidou dele na doença?
- A [REDACTED].
- E qual foi a doença?
- Não lembro. Foi uma doença grave assim. Ficou na cama.

CÁSSIA ROCIO MACHADO SKRENSKI:

- [...] - É ele bebia bastante né?! Áí acabou ficando doente. Teve aquelas enchentes todas, aí não tinha quem cuidar. Ela teve que voltar para cuidar. [...].
- E qual foi a doença que ele teve?
- Que eu sei acho foi derrame.

Apelação Cível n. 0000427-45.2011.8.24.0041

- E ele ficou de cama?
- Ficou, ficou feio.
- E ele conseguia andar, ir ao banco?
- Ah era difícil né, não conseguia levantar. Ela tinha que ficar cuidando.
- E ele conseguia tomar banho sozinho?
- Não ih, ela tinha que dar né.
- E usava fraldas também?
- Usava.
- E foram muitos anos que ela cuidou dele?
- Ah foi bastante tempo, eu não sei direito né, mas foi bastante tempo.

MARLENE MARTINS GREIN:

- [...] - Aí ele ficou doente?
- Isso, aí ela voltou para cuidar dele.
- E que doença ele teve?
- Derrame.
- Essa doença, esse derrame, a Sra. sabe se ele ficou de cama. Ele não andava sozinho?
- Não.
- Ele conseguia tomar banho sozinho?
- Não.
- Ele usava fraldas?
- Usava.
- E tinha alguém para cuidar dele ou era a dona [REDACTED] que cuidava?
- Era a [REDACTED].
- E os filhos ajudavam nas despesas? - Não.
- Ele podia ir no mercado, alguma coisa ou ficava só na cama?
- Só na cama.
- E quantos anos ele ficou na cama?
- Dois anos eu acho.
- E do que ela vivia a dona [REDACTED] ? Só da pensãozinha dele. [...] Por tais relatos, vislumbra-se que o instituidor da pensão ficou

adoentado por muito tempo, recolhido ao leito, necessitando de auxílio para realizar tarefas simples e rotineiras, como alimentar-se, trocar fraldas, tomar banho, fazer compras, etc.

Restou também demonstrado que, além de [REDACTED], não

havia qualquer outro profissional ou algum parente (filhos) que prestasse ajuda a [REDACTED], ficando a tarefa totalmente ao encargo da autora

Apelação Cível n. 0000427-45.2011.8.24.0041

apelante, já que ambos possuíam escassas condições econômico-financeiras, impossibilitando a contratação de outra pessoa (*cuidador*) para assisti-lo.

A conclusão é decorrente da conjuntura factual, que corrobora a penúria em que viviam, a casa humilde onde habitavam, localizada em um bairro carente de infraestrutura, além da acanhada remuneração do servidor, que ocupava o cargo de Auxiliar de Manutenção e Conservação na Prefeitura Municipal de Mafra (fl. 09).

Além disso, por meio do endereço constante no *Mandado de Intimação* para comparecimento na audiência (fl. 138), constata-se que [REDACTED] continuou residindo na casa do ex-marido pelo menos até 30/09/2015, corroborando, assim, a assertiva de que havia retornado ao lar depois da separação.

Considerando tais fatos, não há como afastar o arrazoado de que a recorrente vivia às expensas do provento auferido por seu ex-cônjuge no momento do óbito, ainda que recebesse 15% (quinze por cento) a título de pensão alimentícia, pois estava impossibilitada de exercer atividade remunerada, não possuindo outra fonte de renda.

Assim - diversamente do suso referido precedente -, vislumbra-se que a relação de dependência econômica da autora em relação ao finado [REDACTED] ultrapassava o *quantum* recebido a título de alimentos.

E se ao analisar o quadro fático, constatando que ele extrapola ou não se assemelha às questões já decididas pelos julgados dos Tribunais pátrios, ao magistrado é possível lançar mão da teoria do *distinguishing*, assim pontificada por Freddie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira:

[...] Fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*) quando houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente.

Notando, pois, o magistrado que há *distinção* (*distinguishing*) entre o caso *sub judice* e aquele que ensejou o precedente, pode seguir um desses caminhos: (I) dar à *ratio decidendi* uma interpretação restritiva, por entender que

Gabinete Desembargador Luiz Fernando Boller

Apelação Cível n. 0000427-45.2011.8.24.0041

peculiaridades no caso concreto impedem a aplicação da mesma tese jurídica outrora firmada (*restrictive distinguishing*), caso em que julgará o processo livremente, sem vinculação ao precedente; (II) ou estender ao caso a mesma solução conferida aos casos anteriores, por entender que, a despeito das peculiaridades concretas, aquela tese jurídica lhe é aplicável (*ampliative distinguishing*).

Percebe-se, com isso, certa maleabilidade na aplicação dos precedentes judiciais, cuja *ratio decidendi* (tese jurídica) poderá, ou não, ser aplicada a um caso posterior, a depender de traços peculiares que o aproximem ou afastem dos casos anteriores. Isso é um dado muito relevante, sobretudo para desmistificar a ideia segundo a qual, diante de um determinado precedente, o juiz se torna um autômato, sem qualquer outra opção senão a de aplicar ao caso concreto a solução dada por um outro órgão jurisdicional.

Não é bem assim. Assim como o juiz precisa interpretar a lei para verificar se os fatos concretos se conformam à sua hipótese normativa, cumpre-lhe também interpretar o precedente para verificar a adequação da situação concreta à sua *ratio decidendi*. (*Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação da tutela*. 6^a. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2011. v. 2. p. 402/404).

Portanto - a despeito da pluralidade de julgados que tratam acerca da pensão por morte devida à ex-esposa -, a questão ora apresentada é extremamente singular e, analisá-la conforme a literalidade da lei, importaria em cominar uma isonomia primitiva, há muito ultrapassada, de tratar os desiguais de forma semelhante.

Além disso, o art. 76, § 2º, da Lei nº 8.212/91 - que dispõe sobre a organização da Seguridade Social -, determina que "*o cônjuge divorciado ou separado judicialmente ou de fato que recebia pensão de alimentos concorrerá em igualdade de condições com os dependentes referidos no inciso I do art. 16 desta Lei*".

Ou seja, a norma contempla todos os dependentes em igualdade de condições, quando discorre acerca do benefício *post mortem*.

Ademais, inexistem notícias de cônjuge ou companheira atual que possa, também, reclamar o pagamento da pensão por morte, e comprometer o prognóstico atuarial da autarquia previdenciária municipal.

Então o pedido merece ser provido, para que o IPMM-Instituto de Previdência do Município de Mafra revise o valor relativo à pensão por morte

Apelação Cível n. 0000427-45.2011.8.24.0041

recebido por [REDACTED], recalculando-o, considerando a integralidade dos vencimentos do segurado falecido, sem que isso represente ofensa aos arts. 926 e 927 do NCPC.

Quanto aos consectários legais, por ocasião do julgamento em Repercussão Geral do [Recurso Extraordinário nº 870947/SE](#) (Tema 810), o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade da aplicação da TRTaxa Referencial como índice de atualização monetária, admitindo, no entanto, a validade do cômputo dos indexadores aplicáveis à poupança em relação aos juros moratórios:

DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS INCIDENTE SOBRE CONDENAS JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CRFB, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DE CONDENAS IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA, QUANDO ORIUNDAS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CRFB, ART. 5º, CAPUT). RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVÍDO. 1. O princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, *caput*), no seu núcleo essencial, revela que o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenas da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, os quais devem observar os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito; nas hipóteses de relação jurídica diversa da tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto legal supramencionado. 2. O direito fundamental de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII) repugna o disposto no art. 1ºF da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, porquanto a atualização monetária das condenas impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da poupança não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina. [...] 5. Recurso extraordinário parcialmente provido. (RE 870947, Relator(a): Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2017 e publicado em 20/11/2017).

Apelação Cível n. 0000427-45.2011.8.24.0041

Consequentemente, incidem os juros aplicáveis à poupança a contar da citação (12/07/2011 - fl. 17).

E no tocante à correção monetária, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do [REsp nº 1.495.146/MG](#) (Tema 905), deliberou especificamente que:

[...] 3.2. Condenações judiciais de natureza previdenciária

As condenações impostas à Fazenda Pública de natureza previdenciária sujeitam-se à incidência do INPC, para fins de correção monetária no que se refere ao período posterior à vigência da Lei 11.430/2006, que incluiu o art. 41A na Lei 8.213/91. Quanto aos juros de mora, incidem segundo remuneração oficial da caderneta de poupança (o art. 1º-F da Lei n. 9.494/97 com redação dada pela Lei 11.960/2009).

Já relativamente à fixação da verba sucumbencial, diante da reforma da sentença é imprescindível sua inversão, com a condenação do IPMMI Instituto de Previdência do Município de Mafra ao pagamento dos honorários, que a rigor do art. 85, § 3º, inc. I, da Lei nº 13.105/15, não fixados em 15% (quinze por cento) sobre as parcelas vencidas até a data da publicação da sentença (Enunciado nº 111 da Súmula do STJ), isento quanto ao pagamento das custas processuais (art. 35, `h`, da Lei Complementar nº 156/97, com redação dada pela Lei Complementar nº 524/2010).

De outro vértice, anoto que este órgão julgador vinha arbitrando honorários recursais também para os casos de procedência total ou parcial do recurso.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente decidido de maneira invariável pela aplicabilidade literal do art. 85, § 11, do NCPC, consignando que "*é devida a majoração da verba honorária sucumbencial, na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015, quando estiverem presentes os seguintes requisitos, simultaneamente: a) decisão recorrida publicada a partir de 18/03/2016, quando entrou em vigor o novo Código de Processo Civil; b) recurso não conhecido integralmente ou desprovido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente; e c) condenação em honorários advocatícios desde a origem no feito*

Apelação Cível n. 0000427-45.2011.8.24.0041

em que interposto o recurso" (STJ, AgInt nos EREsp nº 1.539.725/DF, Rel. Min. Antônio Carlos Pereira, j. 09/08/2017 - grifei).

Assim, em respeito ao primado da segurança jurídica e uniformidade das decisões judiciais (art. 926 e 927 do NCPC), deixo de aplicar a referida verba sucumbencial recursal.

Dessarte, conheço do recurso, dando-lhe provimento, condenando o IPMM-Instituto de Previdência do Município de Mafra a revisar a pensão por morte recebida por [REDACTED], recalculando a verba, para isto considerando o valor total dos vencimentos de [REDACTED] - instituidor da pensão , incidindo correção monetária calculada pelo IPCA-E sobre as parcelas pretéritas desde a época em que eram devidas, além de juros moratórios a contar da citação (12/07/2011 - fl. 17), pelos índices oficiais da poupança.

Via de consequência, vai o IPMM-Instituto de Previdência do Município de Mafra condenado ao pagamento dos honorários sucumbenciais, fixados em 15% (quinze por cento) sobre as parcelas vencidas até a data da publicação da sentença (Enunciado nº 111 da Súmula do STJ), isento do pagamento das custas (art. 35, `h', da Lei Complementar nº 156/97, com redação dada pela Lei Complementar nº 524/2010).

É como penso. É como voto.