



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

RICARDO ALVIM DUSI

**AÇÃO DE REGRESSO NA PERSPECTIVA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE
JUSTIÇA**

Brasília,
2017

RICARDO ALVIM DUSI

AÇÃO DE REGRESSO NA PERSPECTIVA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB.

Brasília, 06 de dezembro de 2017.

BANCA EXAMINADORA:

Wilson Roberto Theodoro Filho
(Orientador – Presidente)

Daniela Marques de Moraes

Henrique Araújo Costa

Mamed Said Maia Filho
(Suplente)

Ao meu querido avô, Maurício Alvim Dusi.

Agradeço o fim desse ciclo a todos que a ele contribuíram. À minha família, pelo apoio. Aos meus amigos, pela companhia. À minha querida Izabela, pelo amor. Àqueles que invisivelmente entregam suas vidas à construção do país, pelo empenho.

RESUMO

A lei 8.213/91, Lei de Benefícios da Previdência Social, autoriza o ingresso, pelo Instituto Nacional do Seguro Social, de ações de regresso em caso de benefícios oriundos de negligência do empregador em relação às normas de higiene e segurança do trabalho. No entanto, a autarquia previdenciária vem acionando o judiciário em ações em outras situações, notadamente a ação de regresso contra o autor de homicídio que gerou o pagamento de pensão por morte. Essas ações começaram a chegar ao Superior Tribunal de Justiça, que recentemente julgou o REsp 1.431.150/RS confirmando a sentença que deu provimento à pretensão do Instituto Nacional do Seguro Social. Nesse contexto o presente trabalho analisa os principais aspectos em relação ao tema. Por meio de pesquisa doutrinária, consultas à legislação e à jurisprudência brasileira é, primeiramente, examinado o princípio da legalidade, visto sob o enfoque tanto da Lei de Benefícios quanto da Lei de Custeio. Seguidamente analisa a responsabilidade civil e seus elementos – conduta, dano e nexo causal. Por fim pondera acerca da evolução do constitucionalismo e a importância dos princípios da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade na limitação do poder punitivo do Estado. Considera, ao final, que a posição do Tribunal Cidadão deve ser alterada, uma vez que todos os argumentos apontam contra a pretensão do Instituto Nacional do Seguro Social.

Palavras-Chave: Ação de Regresso. Pensão por morte. Homicídio. Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT

The Law of Benefits of Social Security, Law no. 8.213/91, authorizes the entry, by the National Institute of Social Security, of return actions in case of benefits arising from negligence of the work health and safety standards. However, the social security authority has been calling the judiciary on actions in other situations, notably the return action against the perpetrator of murder that generated the payment of death pension. These actions began to reach the Superior Court of Justice, which recently ruled REsp 1.431.150 / RS confirming the ruling that granted the claim of the National Institute of Social Security. In this context the present work analyzes the main aspects of this theme. Firstly, through doctrinal research and consultations with Brazilian law and jurisprudence, the principle of legality is examined, seen under the focus of both the Benefits Law and the Costing Law. Secondly, this work analyzes the civil liability and its elements - conduct, damage and causal link. Finally, it ponders about the evolution of constitutionalism and the importance of the principles of human dignity and of the proportionality in limiting the punitive power of the State. In the end, it considers that the position of the Citizen Court should be changed, since all arguments point against the claim of the National Social Security Institute.

Keywords: Return Action. Death Pension. Murder. Superior Justice Tribunal.

SUMÁRIO

1) Introdução.....	8
1.1) Origem histórica da Previdência Social.....	8
1.2) Fundamentos da Previdência Social	11
1.3) Princípios da Previdência Social.....	13
1.4) A Ação de Regresso Previdenciária.....	15
2) Argumentos do INSS	17
3) Perspectiva do Superior Tribunal de Justiça	20
4) Análise dos argumentos/fundamentos.....	24
4.1) A legalidade.....	24
4.1.1) A legalidade na Lei de Benefícios.....	25
4.1.2) O equilíbrio atuarial e financeiro	27
4.2) A responsabilidade civil.....	29
4.2.1) A conduta	30
4.2.2) O dano.....	30
4.2.3) O nexo causal	33
4.2.4) Considerações acerca da Responsabilidade Civil na Ação de Regresso.....	35
4.3) As limitações constitucionais	35
5) Considerações finais.....	42

1) Introdução

Estudar o tema das ações de regresso do Instituto Nacional do Seguro Social é fundamental no contexto jurídico atual, em razão do crescente número de processos ajuizados nesse sentido. Para isso, é importante, antes de tudo, diferenciar Direito Previdenciário, Seguridade Social e Previdência Social.

A Seguridade Social, constitucionalmente disposta no capítulo II da Ordem Social, entre os arts. 194 e 203, todos da Constituição Federal, pode ser definida como o conjunto integrado de ações de iniciativa do Poder Público e da sociedade, destinado a assegurar a Previdência Social, a Assistência Social e a Saúde.

Já o Previdência Social, nas palavras de Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari:

É o sistema pela qual, mediante contribuição, as pessoas vinculadas a algum tipo de atividade laborativa e seus dependentes ficam resguardadas quanto a eventos infortunisticos (morte, invalidez, idade avançada, doença, acidente de trabalho, desemprego involuntário), ou outros que a lei considera que exijam um amparo financeiro ao indivíduo (maternidade, prole, reclusão), mediante prestações pecuniárias (benefícios previdenciários) ou serviços.

Por sua vez, o Direito Previdenciário é o ramo do direito que se debruça, analisa e interpreta os princípios e normas constitucionais, legais e regulamentares acerca do custeio e dos benefícios da Previdência Social. Fogem do escopo deste ramo, as atuações estatais pertinentes à Saúde e Assistência Social. Cabe mencionar que a relação jurídica envolvendo benefícios como aposentadoria e pensões envolvendo servidores públicos efetivos e vitalícios e seus dependentes, desde as Emendas 03/93, 20/98 e 41/2003, vêm se aproximando do Regime Geral de Previdência Social, saindo da abrangência do Direito Administrativo e se tornando objeto de estudo do Direito Previdenciário (CASTRO E LAZZARI, 2012).

1.1) Origem histórica da Previdência Social

As primeiras regras de proteção social aos indivíduos surgiram ainda no século XIX, quando foram criadas as aposentadorias para mestres e professores, bem como

para empregados dos Correios e da Estrada de Ferro Central do Brasil. Em âmbito constitucional, a Constituição de 1891 previu a aposentadoria por invalidez a servidores públicos. Não era ainda um benefício previdenciário, uma vez que era concedida de forma graciosa pelo Estado, ou seja, sem o recolhimento de contribuições (CASTRO E LAZZARI, 2012).

O marco legal inicial da previdência propriamente dita é o Decreto Legislativo nº 4.682/1923, conhecido como Lei Eloy Chaves, que, no ensinamento de Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari:

Criou as Caixas de Aposentadoria e Pensões nas empresas de estradas, mediante contribuições dos trabalhadores, das empresas do ramo e do Estado, assegurando aposentadoria aos trabalhadores e pensão a seus dependentes em caso de morte do segurado, além de assistência médica e diminuição do custo de medicamentos.

O modelo instituído pela Lei Eloy Chaves possuía três características fundamentais: i) obrigatoriedade de participação dos trabalhadores, fulminando a facultatividade e o caráter de seguro privado; ii) responsabilidade do Estado na regulamentação e supervisão do sistema; e iii) rol de prestações definidas em lei, agasalhando a proteção de incapacidades temporárias e, até mesmo, de morte do segurado (CASTRO E LAZZARI, 2012).

No final da primeira metade do século XX surgiram os institutos de classe – instituições de previdência social de âmbito nacional, com base na atividade econômica – como o IAPM (Instituto de Aposentadoria e Pensões do Marítimos), o IAPC (Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciários), o IAPB (Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Bancários), o IAPI (Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários), o IPASE (Instituto de Assistência e Previdência dos Servidores do Estado) e o IAPETC (Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Empregados em Transportes e Cargas) (CASTRO E LAZZARI, 2012).

A constituição de 1946 continha a primeira tentativa de sistematização constitucional de normas de âmbito social e, também pela primeira vez, a expressão “previdência social” foi empregada (CASTRO E LAZZARI, 2012).

Em 1960 foi criado o Ministério do Trabalho e da Previdência Social e promulgadas a Lei Orgânica da Previdência Social – LOPS. Na dicção de Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari:

Este diploma não unificou os organismos existentes, mas criou normas uniformes para o amparo a segurados e dependentes dos vários Institutos existentes, tendo sido efetivamente colocado em prática. Como esclarece Antônio Carlos de Oliveira, por meio da LOPS estabeleceu-se um único plano de benefícios “amplo e avançado, e findou-se a desigualdade de tratamento entre segurados das entidades previdenciárias e seus dependentes”. Continuavam excluídos da Previdência, contudo, os rurais e os domésticos.

Em 1967 foi criado, pelo Decreto-lei nº 72/1966, o Instituto Nacional de Previdência Social, unificando os Institutos de Aposentadorias e Pensões. No início da década de 70, passaram a ser segurados da Previdência Social os rurais e os domésticos, imensos contingentes de indivíduos que estavam à margem do sistema (CASTRO E LAZZARI, 2012).

A Lei 6.439/77 criou o SINPAS – Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social – dividindo sua competência entre várias autarquias, que tinham como atribuições a arrecadação e fiscalização das contribuições, o atendimento de segurados e dependentes, o pagamento e manutenção dos benefícios previdenciários, o atendimento de idosos, gestantes e menores carentes, a fabricação de medicamentos a baixo custo e o controle de dados do sistema. Em relação a esse sistema, asseveram Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari:

Observa-se, ainda, em relação à criação do SINPAS, certa confusão entre os conceitos de previdência social, assistência social e saúde pública. Como bem salienta Carlos Barroso Leite, houve uma ampliação do sentido de previdência social para abarcar também a assistência social, entendendo-se àquela época previdência social como sendo a soma das ações no campo do seguro social e das iniciativas assistenciais.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu o sistema de Seguridade Social, que abrangia as áreas da saúde, da assistência social e da previdência social, e, nesse último campo, criou o Regime Geral de Previdência Social (RGPS), que não abrangia toda a população economicamente ativa, mas somente aqueles que

contribuíam e não possuíam regime específico. Nesse sentido estavam excluídos os servidores públicos civis que possuíam regime próprio, os militares e os membros do Poder Judiciário, do Ministério Público e do Tribunal de Contas (CASTRO E LAZZARI, 2012).

Em 1990 foi criado o Instituto Nacional do Seguro Social, autarquia que, inicialmente, possuía as atribuições de arrecadação dos recursos, pagamento dos benefícios e prestação dos serviços aos segurados e dependentes. Mais tarde, em 2007, a arrecadação, fiscalização, cobrança de contribuições, aplicação de penalidades e regulamentação da matéria ligada ao custeio da Seguridade Social foram transferidas para a Receita Federal do Brasil (CASTRO E LAZZARI, 2012).

Em 1991 foram publicadas as duas principais leis acerca do tema. A Lei 8.212/91, que dispõe sobre o Plano de Custeio da Previdência Social, e a Lei 8.213/91, que dispõe sobre o Plano de Benefícios da Previdência Social (CASTRO E LAZZARI, 2012).

1.2) Fundamentos da Previdência Social

Todo o sistema da Previdência Social, com suas normas e princípios, está arvorado em noções sociológicas e políticas (CASTRO E LAZZARI, 2012).

Primeiramente, o Estado Contemporâneo deve garantir materialmente, como o faz formalmente, o acesso aos Direitos Sociais, que impelem o Estado a não se manter inerte diante das desigualdades econômicas e sociais. Pelo contrário, tem como obrigação, diante da perda ou da diminuição das condições de subsistência, amparar os indivíduos, garantido a todos uma vida digna. No campo da Previdência Social, isso se reflete, por exemplo, no caso de uma incapacidade laborativa, nas palavras Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari:

A ausência de previsão para a hipótese de impossibilidade de execução dos serviços do obreiro, em face de sua incapacidade laborativa – temporária ou permanente -, acarreta a este a possibilidade, sempre presente, de vir a ser colocado à margem da sociedade, como um ser não-útil, e, por esta razão, ignorado pelos detentores dos meios de produção, sem direito a qualquer retribuição por parte daquele que empregava a sua mão-de-obra. Nesse sentido, impõe-se afirmar que concordamos seja necessária a intervenção

estatal, uma vez que, confirme a própria doutrina internacional preconiza, o Estado utiliza a regulamentação e a prestação de serviços no campo previdenciário para fazer frente às falhas do mercado, no que tange aos ingressos jubilatórios, ou seja, a fim de garantir um regime que trate isonomicamente a todos os trabalhadores – garantia esta não concedida por um regime de previdência puramente privada -, permitindo acesso universal aos benefícios previdenciários.

A solidariedade social, por sua vez, se lastreia na ideia de compartilhamento, entre toda a sociedade, dos riscos inerentes a vida do trabalhador. Ao invés de depender da caridade de amigos e familiares ou da realização de poupança, deve existir um fundo comum de cotização coletiva em prol daqueles que, num futuro incerto, ou mesmo no presente, necessitem de auxílio temporário ou permanente (CASTRO E LAZZARI, 2012).

O êxito do fundo citado acima é garantido pelo caráter compulsório à filiação, retirando do indivíduo a escolha se vai ou não contribuir. Desse modo, o status de filiado ao Regime Geral de Previdência Social independe de manifestação de vontade daquele que exerce atividade laborativa remunerada. Além de compulsória, a vinculação jurídica, pela filiação, é automática, e se dá de imediato, como exercício do trabalho remunerado. Assegurando ainda mais tal fundo, a Previdência Social faculta aos que não exerçam atividade laborativa remunerada, a possibilidade de filiação (CASTRO E LAZZARI, 2012).

Curiosamente, ao contrário do que aparenta, a obrigatoriedade da filiação é uma proteção àqueles que mais se previnem. O exemplo de Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari:

Para compreender melhor tal fundamento, costuma-se aludir a um exercício fictício de atuária: caso existisse um Estado com apenas 100 habitantes, dos quais todos trabalhadores, e apenas 50 deles contribuíssem para a formação de um fundo previdenciário, e os 50 restantes, não contribuintes, se tornasse incapazes para o trabalho, caberia àqueles “previdentes” que contribuíram e formaram a poupança ampara os “imprevidentes”, o que lhes acarretaria um encargo “em dobro”.

Outro fundamento advém do fato de que não existe no plano material a igualdade estabelecida no plano formal, tanto em normas constitucionais como infraconstitucionais. Nesse contexto, cabe à Previdência Social a incumbência da

redução das desigualdades econômicas e sociais, por meio de uma política de redistribuição de renda, retirando maiores contribuições das camadas mais favorecidas e concedendo mais benefícios a populações de baixa renda. Nesse sentido, a Previdência Social deve ser universal, abrangendo toda a população economicamente ativa, exigindo-se de todos contribuições na mesma proporção e, por outro lado, prestando-se serviços de acordo com a necessidade de cada um (CASTRO E LAZZARI, 2012).

Por outro lado, hoje predomina a teoria de que é da sociedade a responsabilidade pelo dano patrimonial causado ao trabalhador, em função da perda da capacidade auferir rendimento, superando-se teorias anteriores que responsabilizavam o próprio indivíduo ou o tomador dos seus serviços. Segundo a teoria do risco social, cabe à sociedade assegurar o sustento do indivíduo aposentado ou vitimado por uma incapacidade laborativa, já que toda sociedade deve prestar solidariedade aos desafortunados (CASTRO E LAZZARI, 2012).

Por último, temos que a Previdência Social, como vertente da Seguridade Social, é um importante ramo da atuação estatal no sentido de proteger a dignidade das pessoas, de segurar a vida digna dessas pessoas. Na dicção de Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari:

Numa análise mais ampla, poder-se-ia dizer que o Estado, na sua função primordial de promover o bem-estar de todos (art. 3º, IV, da CF), deve velar pela segurança do indivíduo. Este conceito de segurança abrange três vertentes: a segurança da integridade física e moral do ser humano, mediante o exercício do monopólio da força pela supremacia estatal, impedindo o exercício arbitrário das próprias razões e punindo o atentado à vida, à integridade física, à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem, bem como ao patrimônio dos indivíduos; a segurança jurídica, gerada pelo Estado de Direito, com seus princípios de legalidade e igualdade perante a lei, e da inafastabilidade de apreciação pelo Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito; e a segurança social, que se busca pelas políticas nas áreas de interesse da população menos favorecida, no escopo de erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais, sendo, pois, direito subjetivo fundamental, exercitado contra o Estado e a Sociedade.

1.3) Princípios da Previdência Social

Dentro do regime da Seguridade Social existe um grande número de princípios que regem a Previdência Social – universalidade da cobertura e do atendimento,

equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais, seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços, irredutibilidade do valor dos benefícios, equidade na forma de participação do custeio, diversidade na base de financiamento, caráter democrático da administração previdenciária (gestão quadripartite), precedência da fonte de custeio, compulsoriedade da contribuição, filiação obrigatória, caráter contributivo, equilíbrio financeiro e atuarial, preservação do valor real dos benefícios, dentro outros. Darei destaque aos que mais auxiliarão a compreender a perspectiva abordada ao longo do trabalho.

A universalidade da cobertura e do atendimento estabelece, por um lado, que a proteção social deve alcançar todos os eventos cuja reparação seja previsível, garantindo a subsistência de quem dela necessite, e, por outro, que a Seguridade Social – previdência, assistência e saúde – deve prestar seus serviços a todos que deles necessitem.

A equidade na forma de participação do custeio, princípio constitucional, busca garantir a proteção social aos hipossuficientes, de forma que destes exige-se contribuição equivalente ao seu poder aquisitivo, enquanto a contribuição empresarial tende a ter maior volume, tanto percentual quanto absoluta, na receita da Seguridade Social, exatamente por ter a classe empregadora maior capacidade contributiva. É verdadeira norma programática, dado o seu caráter de meta, objetivo (CASTRO E LAZZARI, 2012).

A diversidade da base de financiamento, também princípio constitucional, assegura que a receita da Seguridade Social terá diversas fontes, deixando o sistema livre de variações circunstanciais. No ensinamento de Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari:

Assim, com base nesse princípio, existe a contribuição social incidente sobre a receita de concursos de prognósticos, e a própria CPMF – Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira, enquanto foi cobrada. Com a adoção desse princípio, está prejudicada a possibilidade de estabelecer-se o sistema não contributivo, decorrente da cobrança de tributos não vinculados, visto que o financiamento deve ser feito por meio de diversas fontes e não de fonte única.

Por fim, o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial significa que a Administração Pública, na execução a política previdenciária, deverá sempre se

preocupar com a relação entre custeio e o pagamento de benefícios previdenciários, tentando manter essa equação superavitária.

1.4) A Ação de Regresso Previdenciária

Dentro deste arcabouço histórico, normativo e principiológico, existe um instrumento que vem ganhando destaque na atuação do Instituto Nacional do Seguro Social: a ação de regresso.

A Lei 8.213/91 assim prevê em seu art. 120: Nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis.

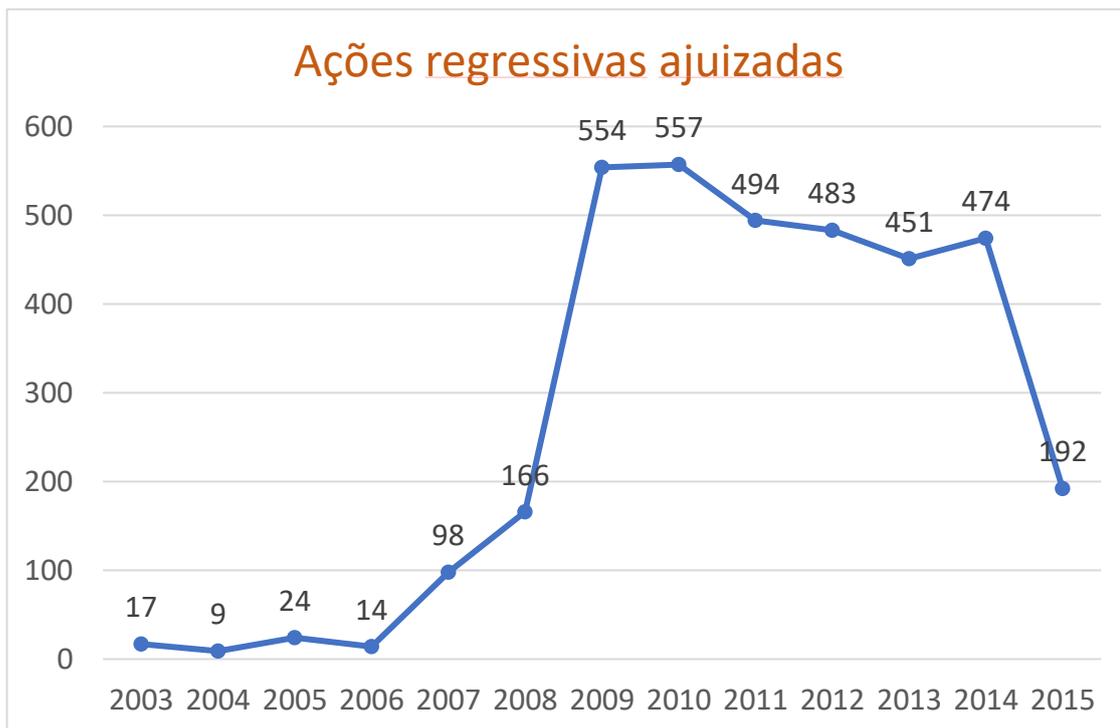
Trata-se de atribuição expressa à Administração Pública do poder-dever de reivindicar judicialmente os valores que desembolsa, na forma de benefício acidentário, em casos de negligência dos empregadores quanto às normas de segurança e higiene do trabalho (SAVARIS, 2016).

É verdadeira norma protetiva do trabalhador, que se encontra exposto a riscos advindos da busca pelo lucro de seu empregador (SAVARIS, 2016).

Em resumo, na dicção de José Antônio Savaris:

Em suma, a empresa que negligencia a segurança do trabalhador, para além do recolhimento das contribuições previdenciárias correspondentes e da sujeição à ação de reparação de danos ajuizadas pelo empregado, é obrigada a ressarcir o INSS quanto aos valores desembolsados para a concessão e manutenção do benefício acidentário correspondente.

Segundo explanação da Advocacia Geral da União ao Senado, em abril de 2016, existiam, naquele tempo, 3.962 ações regressivas previdenciárias ajuizadas, buscando, sem correções a atualizações monetária um total de R\$ 718.201.366,07. Estas ações foram assim ajuizadas:



A título de comparação, o Instituto Nacional do Seguro Social gastou, em 2013, com benefícios de natureza acidentária, R\$ 733.638.248,00.

No entanto, começam a chegar, ao Superior Tribunal de Justiça, ações regressivas não em razão da negligência de empregadores, mas de acidentes de trânsito e de homicídios.

2) Argumentos do INSS

Em análise das petições em processos no Superior Tribunal de Justiça¹ e dos pareceres da Advocacia Geral da União constata-se que o Instituto Nacional do Seguro Social apresenta alguns argumentos para embasar sua pretensão, qual seja, a de obter o ressarcimento, em casos de pensão por morte, pelos benefícios arcados pela autarquia previdenciária. O primeiro é de caráter legalista, o segundo de caráter pedagógico e, por fim, o terceiro envolve a proteção da integridade econômica e atuarial da Previdência Social.

O Instituto Nacional do Seguro Social utiliza, como fundamento de sua pretensão, os arts. 7º, XXII, 196 e 197, todos da Constituição Federal, 186 e 927, do Código Civil, e 120, da Lei 8.213/91².

Assevera a autarquia previdenciária que a morte e o acidente de trabalho, bem como outras circunstâncias, são considerados um risco social coberto pela Previdência Social. Na hipótese do infortúnio ter sido causado por culpa de terceiro, a despesa arcada pelo Seguro Social, em decorrência de eventos como doença, morte ou invalidez dos seus segurados, custo este de toda a sociedade, deve ser ressarcido pelo autor do dano, por meio da competente Ação Regressiva, em que figura, no polo ativo, a autarquia previdenciária.

¹ REsp 1.331.747/PR, REsp 1.559.575/SC, AREsp 521.595/RS, REsp 1.499.511/RN, REsp 1.490.513/PR, AREsp 697.192/PR, REsp 1.519.386/SC, AREsp 639.952/PR, REsp 1.365.905/SC, REsp 1.457.646/PR, AREsp 523.412/RS, REsp 1.452783/RS, REsp 1.423.088 / PR, AREsp 294.560/PR, REsp 1.180.261/RS.

² Art. 7º, CF: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Art. 196, CF: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197, CF: São de relevância pública as ações de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 186, CC: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927, CC: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Art. 120, 8.213: Nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis.

Afirma, ainda, que os benefícios dispostos na lei nº 8.212/91 tutelam o risco ordinário das atividades da vida em sociedade, concebido sob a perspectiva da exata observância das normas constitucionais e legais.

O que exorbita é risco extraordinário, não garantido pelo seguro social, razão de sua responsabilização civil. No que se refere à Previdência Social, como responde objetivamente pela concessão e pagamento dos benefícios, conta com o direito de regresso contra os causadores do dano, sobretudo quando o infortúnio ocorreu por culpa ou dolo (responsabilidade subjetiva).

A ação regressiva tem o objetivo, ainda, de recuperar gastos com prestações sociais acidentárias que não tiveram prévio custeio (Petição inicial, REsp 1.499.511/RN).

Com o manejo da ação regressiva acidentária, busca-se recuperação dos gastos com prestações sociais acidentárias e, com isso, a proteção da integridade econômica e atuarial do fundo previdenciário destinado à execução das políticas do Regime Geral de Previdência Social, o qual, na perspectiva da autarquia, não foi concebido para custear a concessão precoce de prestações acidentárias, originadas extraordinariamente de acidentes que deveriam ter sido evitados pelos responsáveis pela segurança do trabalhador (Petição inicial, REsp 1.499.511/RN).

Por fim, ter-se-ia a função pedagógica da referida ação, uma vez que a condenação monetária do empregador que descumpra as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho é baseada no valor dos benefícios pagos pelo Seguro Social, e tem como finalidade inibir a perpetuação da conduta ilícita, evitando-se, conseqüentemente, a ocorrência de novos acidentes.

Mais importante do que recuperar os gastos com os benefícios previdenciários, é despertar, nos empregadores, o respeito à dignidade da pessoa humana, de modo que o trabalhador não pode ser tratado como mero instrumento da atividade econômica. A ação regressiva visa, ainda, mostrar que garantir condições adequadas de saúde, higiene e segurança no trabalho é mais vantajoso do que pagar os valores correspondentes às pensões, auxílios ou aposentadorias (petição inicial. REsp 1.490.513/PR).

Com a ação regressiva, procura-se também a prevenção de futuros acidentes do trabalho. O caráter pedagógico da medida consiste na percepção de que o investimento em ações de prevenção de acidentes do trabalho é muito menos dispendioso do que uma eventual condenação de ressarcimento. Assim, espera-se a

criação de uma cultura preventiva tendente a evitar danos pessoais aos trabalhadores (petição inicial, REsp 1.490.513/PR).

Ao penalizar, por exemplo, uma empresa negligente quanto ao cumprimento de seus deveres, incentiva-se os demais agentes econômicos a observarem as normas de segurança e saúde dos trabalhadores, o que certamente contribuirá para a implementação da política pública voltada à prevenção dos riscos inerentes às atividades laborais, bem como viabilizará a pretendida redução dos índices de acidentes de trabalho registrados no país (petição inicial, REsp 1.490.513/PR).

3) Perspectiva do Superior Tribunal de Justiça

Por enquanto, analisando o mérito em ações dessa natureza, o Superior Tribunal de Justiça somente julgou o REsp 1.431.150/RS.

Trata-se, na origem, de ação regressiva previdenciária, por violência contra a mulher, ajuizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social, objetivando o ressarcimento do pagamento de pensão por morte aos filhos de segurada falecida, vítima de homicídio, praticado pelo recorrente, seu ex-companheiro.

O pedido foi parcialmente acolhido, em 1º Grau, para CONDENAR o demandado ao pagamento de 20% de todos os valores que o Instituto Nacional do Seguro Social já pagou e que futuramente venha a pagar, relativamente ao benefício previdenciário NB 145.675.586-0, sobre o qual incidirá correção monetária pelo IPCA-E a partir desta sentença e juros de mora à razão de 1% ao mês, desde o evento danoso, além de custas processuais e honorários advocatícios.

Ambas as partes apelaram: o réu, alegando o cabimento da ação regressiva apenas nos casos de negligência quanto às normas de segurança e higiene do trabalho, e o Instituto Nacional do Seguro Social, sustentando que o ressarcimento deve ser integral.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, deu provimento à apelação do Instituto Nacional do Seguro Social e à remessa oficial, e negou provimento à apelação do réu, conforme acórdão assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL, CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. ASSASSINATO DE SEGURADA PELO EX-MARIDO. VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER. RESPONSABILIDADE CIVIL DO AGENTE, QUE DEVERÁ RESSARCIR O INSS PELOS VALORES PAGOS A TÍTULO DE PENSÃO POR MORTE. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA.

1. Cabe ao agente que praticou o ato ilícito que ocasionou a morte do segurado efetuar o ressarcimento das despesas com o pagamento do benefício previdenciário, ainda que não se trate de acidente de trabalho. Hipótese em que se responsabiliza o autor do homicídio pelo pagamento da pensão por morte devida aos filhos, nos termos dos arts. 120 e 121 da Lei nº 8.213/91 c/c arts. 186 e 927 do Código Civil.

2. O ressarcimento deve ser integral por não estar comprovada a co-responsabilidade do Estado em adotar medidas protetivas à mulher sujeita à violência doméstica.

3. Incidência de correção monetária desde o pagamento de cada parcela da pensão.

4. Apelação do INSS e remessa oficial providas e apelação do réu desprovida.

Sustenta, o recorrente, no mérito:

Que o acórdão regional contrariou as disposições contidas nos arts. 120 e 121 da Lei n. 8.213/91 e 948, inciso II, do CC, porquanto não há previsão legal para ação regressiva previdenciária em casos de homicídio ou quaisquer outros eventos danosos não vinculados a relações de trabalho. Logo, a responsabilização se opera na esfera civil apenas e diretamente entre o lesado e o causador do dano, nos termos do art. 927 e seguintes do Código Civil, e, se for o caso, também na esfera criminal.

O relator, Ministro Humberto Martins, afirma que restringir o ressarcimento ao Instituto Nacional do Seguro Social somente às hipóteses estritas de incapacidade ou de morte por acidente do trabalho nos quais há culpa do empregador induziria a negativa de vigência dos dispositivos do Código Civil. Assim, resta evidente que, apesar de regramento fazer menção específica aos acidentes de trabalho, é a origem em uma conduta ilegal que possibilita o direito de ressarcimento da autarquia previdenciária (MARTINS, 2016).

Afirma, ainda, que o art. 121, da Lei 8.213/90, possibilita a reparação civil advinda de um ato ilícito, porquanto assevera que o pagamento das prestações por acidente de trabalho, pela Previdência Social, não excluirá a responsabilidade civil da empresa ou de outrem (MARTINS, 2016).

O ministro Mauro Campbell, proferindo voto-vista, assevera, por sua vez, que o art. 120 da Lei 8.213/91 é resultante da política pública preventiva de acidentes do trabalho, corresponde a uma conquista social do trabalhador brasileiro, positivada no ordenamento jurídico. Consiste na autorização legal para que a Autarquia participe dessa política preventiva, adentrando o patrimônio das empresas empregadoras quando culpadas pelo acidente do trabalho. Assim, o Instituto Nacional do Seguro Social, nessas ações de indenização, atuará por imposição legal (CAMPBELL, 2016).

Nesse contexto, alega o ministro, o ressarcimento só seria possível nos casos expressamente previstos em lei, uma vez que o Instituto Nacional do Seguro Social, autarquia administrativa, se limita pela legalidade administrativa, tendo sua natureza vinculada à missão legal.

O ministro Mauro defende, ainda, que a atual realidade brasileira, no que se refere à violência contra a mulher, com números espantosos, não é argumento suficiente para a punição patrimonial do infrator sem prévia fixação legal, à míngua de qualquer prévia autorização de lei, não detém a Autarquia previdenciária o interesse de agir e por conseguinte a legitimidade ativa *ad causam*, para postular tal pretensão (CAMPBELL, 2016).

Sob o enfoque do Código Civil, também não prospera a pretensão do Instituto Nacional do Seguro Social, uma vez que, segundo o Ministro Mauro, a reparação protegida naquele código é a daqueles que sofreram diretamente os efeitos do ato ilícito, no caso em tela, a dos filhos da segurada falecida (CAMPBELL, 2016).

Por seu turno, o ministro Herman Benjamin, acompanhando o ministro relator, assevera que, nos termos dos arts. 186 e 927, ambos do código Civil, e 120 e 121, ambos da Lei 8.213/91, o recorrente tem a obrigação de reparar o dano imputado ao Instituto Nacional do Seguro Social, uma vez que a lei de benefícios prevê hipótese exemplificativa de ação regressiva. Prevendo esta ação em caso de omissão dos deveres de cuidado do empregador, com muito mais razão deve alcançar hipótese de homicídio doloso praticado contra a segurada do Regime Geral de Previdência Social.

Afirma, também, que o art. 195 da Constituição Federal, dispõe que a Seguridade Social será financiada por toda a sociedade, contudo, o risco que deve ser rateado pela coletividade, na visão do ministro Herman Benjamin, não inclui o originado por crimes.

Por fim, a Ministra Assusete Magalhães, última a argumentar, inicia seu voto afirmando que o art. 120 da Lei 8.213/91 é cristalino e que, por força do princípio da legalidade, somente abarca o caso previsto, não alcançando o homicídio, seja ou não contra mulher.

Assevera, em seguida, que o financiamento da Previdência Social deriva diretamente de lei, seguindo diretrizes da Constituição Federal. Dessa forma, encontra-se prevista, na Lei 8.212/91, a fonte de custeio da pensão por morte, que, para ampliação, exige interposição legislativa. Nesse contexto, a participação social será em conformidade com a previsão legal, sob as mais variadas formas de arrecadação. Esclarece:

(A)dmittir a iniciativa do INSS e ampliar a possibilidade de ajuizamento de ação de ressarcimento, pela autarquia previdenciária, no caso, implicaria reconhecer-lhe o direito de criar outras fontes de custeio, além daquelas previstas em lei, segundo os princípios traçados na Constituição da República, e à minguada de norma legislativa.

Finalizando, afirma a ministra que, mesmo que sob enfoque da responsabilidade civil, não deve prosperar a pretensão do Instituto Nacional do Seguro Social, já que a concessão de benefício previdenciário, por si só, não representa dano à autarquia previdenciária, sendo, na verdade, o cumprimento de sua função constitucional e, além disso, direito subjetivo do segurado, que contribuiu em vida. Nesse sentido:

O INSS, de seu lado, já foi, previamente, compensado, segundo o critério da lei, pelo benefício que agora tem de pagar, porquanto arrecadou, enquanto viva a segurada, a contribuição devida, cujo pagamento objetivava, justamente, cobrir o sinistro.

Em verdade, se foi paga a contribuição pelo segurado, em vida, e se foram atendidas todas as demais condições legais para reconhecer o direito, o INSS, ao pagar a pensão por morte, nada mais faz do que arcar com o ônus que assumiu, ao aceitar a inscrição do segurado (MAGALHÃES, 2016).

Para fins de registro, a ministra Diva Malerbi acompanhou o entendimento dos ministros Humberto Martins e Herman Benjamin, negando provimento ao Recurso Especial.

4) Análise dos argumentos/fundamentos

Tendo os argumentos da Advocacia Geral de União a favor do direito ao regresso do Instituto Nacional do Seguro Social em casos de pensão por morte oriundas de homicídios e os fundamentos que embasaram os ministros do Superior Tribunal de Justiça no julgamento REsp 1.431.150/RS como ponto de partida, o presente trabalho objetiva analisar os principais pontos acerca do tema.

4.1) A legalidade

Um dos mais importantes princípios da administração pública é o da legalidade. Constitucionalmente consagrado – daí seu destaque no ordenamento jurídico - esse princípio traz consigo a carga axiológica que separa a atuação pública da privada.

Se, por um lado, nas relações particulares, é permitido tudo o que a lei não proíbe (princípio da autonomia da vontade), quanto aos poderes públicos, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário só podem agir no quadro delimitado pela lei.

Este princípio é de suma importância para a configuração do regime jurídico-administrativo. Na síntese de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Para avaliar corretamente o princípio de legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social -, garantir que a atuação do executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral.

Consequência natural é a de que cabe ao Poder Legislativo, competente para legislar, inovar a ordem jurídica e, por óbvio, delinear a atividade administrativa. Nesse sentido é o ensinamento de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

O sentido primeiro do princípio da legalidade comporta o entendimento segundo o qual é o constituinte, depois o legislador e, por último, o administrador – nesta ordem hierárquica – que devem tomar decisões importantes para os destinos do Estado. As decisões fundamentais de uma

sociedade devem ter assento constitucional, e outras tantas, de natureza perene e de importância e abstração reconhecidas, devem estar presentes em textos de leis e demais atos legislativos.

(...)

De tudo resta claro que a Administração Pública rege-se pelo princípio da legalidade, que representa o primado da lei sobre as decisões dos administradores, fixando-se a pedagogia adstrita ao velho brocardo de Seabra Fagundes: ser administrador é aplicar a lei de ofício.

Partindo desse pressuposto, importante salientar, no âmbito do direito previdenciário, a natureza jurídica da instituição que operacionaliza a Previdência Social no Brasil, qual seja, o Instituto Nacional do Seguro Social, que prevê, em seu regimento interno:

CAPÍTULO I DA NATUREZA, SEDE E COMPETÊNCIA

Art. 1º O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, **Autarquia Federal**, com sede em Brasília - Distrito Federal, vinculada ao Ministério da Previdência Social, instituída com fundamento no disposto no art. 17 da Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990, tem por finalidade promover o reconhecimento, pela Previdência Social, de direito ao recebimento de benefícios por ela administrados, assegurando agilidade, comodidade aos seus usuários e ampliação do controle social.

O Instituto Nacional do Seguro Social, assim como toda autarquia – entidade da administração indireta -, deve observar, em sua atuação, o que a legislação dispõe.

4.1.1) A legalidade na Lei de Benefícios

Especificamente sobre as ações de regresso da Previdência Social, o já citado art. 120 da Lei 8.213/91 determina:

Art. 120. Nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis.

Em interpretação literal, apenas a negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho autorizam a autarquia previdenciária a agir em ação ressarcitória. Outros fatos geradores de benefício previdenciário, como acidente de trânsito e homicídio, não geram este direito subjetivo.

Dessa maneira, somente o Poder Legislativo, por ter sido designado pela Constituição Federal, possui legitimidade, sob pena de afronta à própria separação dos poderes, para aumentar ou diminuir hipóteses em que o Instituto Nacional terá o direito ao regresso.

Existem, no Congresso Nacional, projetos nesse sentido, como o Projeto de Lei 264/2012, no Senado Federal, que sugere nova redação art. 121, da Lei 8.213/91:

Art. 120. Caberá ação regressiva da Previdência Social contra os responsáveis por atos ilícitos que ocasionem a concessão de alguma prestação social, dentre as previstas no art. 18 desta Lei, nos casos de: I – acidentes de trabalho decorrentes de negligência quanto às normas de saúde e segurança indicadas para a proteção individual e coletiva dos trabalhadores; II – acidentes de trânsito decorrentes de infrações gravíssimas às normas de trânsito, assim definidas no Código de Trânsito Brasileiro; III – violência doméstica e familiar contra a mulher, assim definida na Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.

Com a justificação:

Objetivando ampliar essa responsabilização civil para outras hipóteses de atos ilícitos com repercussão previdenciária, apresentamos a presente proposta da ampliação do art. 120 da Lei 8.213/91, a fim de também abranger os casos de acidentes de trânsito e a violência doméstica e familiar praticada contra a mulher, conforme as definições da Lei Maria da Penha. Estamos convencidos de que a dimensão punitivo-pedagógica dessa medida contribuirá de maneira efetiva para a redução dos acidentes de trânsito e da violência contra a mulher, que têm tirado dos indivíduos senão a vida, sua capacidade produtiva, com prejuízos irrecuperáveis para toda a sociedade.

Já o Projeto de Lei 290/2015, na Câmara dos Deputados, que sugere nova redação ao artigo 17-A da Lei Maria da Penha, concederia ao INSS não o direito à ação de regresso, mas a reparação como efeito automático da sentença penal condenatória, em crimes abrangidos pela citada lei:

Art. 17-A. A sentença condenatória deve determinar ao agressor, como efeito automático, o dever de indenizar a Previdência Social por todos os valores pagos com benefícios de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e pensão por morte, quando concedidos em decorrência de atos de violência doméstica e familiar por ele praticados, independentemente de ajuizamento de ação regressiva.

Sob a seguinte justificação:

(N)ossa proposta é que o dever de indenizar a Previdência Social, por parte do agressor, seja um efeito automático da sentença condenatória, independentemente de propositura de ação regressiva para veicular judicialmente o pedido. Acreditamos que a proposta representará significativo avanço no combate aos atos de violência doméstica e familiar, por seu efeito repressivo, moral e pedagógico, além da diminuição nas necessidades de financiamento de uma parcela dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Em vista do alcance social desta proposição, contamos desde já com o apoio dos nobres Pares para a sua aprovação.

4.1.2) O equilíbrio atuarial e financeiro

A constituição Federal, em seus arts. 194 e 195³, regulamentados pela lei 8.212/91, conhecida como Lei de Custeio da Previdência Social, estipula que toda a sociedade, direta ou indiretamente, é responsável pelo financiamento da Seguridade Social, sendo que suas fontes são, primordialmente, provenientes do erário público e de contribuições sociais.

³ Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

- I - universalidade da cobertura e do atendimento;
- II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
- IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;
- V - equidade na forma de participação no custeio;
- VI - diversidade da base de financiamento;

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

- I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:
 - a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;
 - b) a receita ou o faturamento;
 - c) o lucro;
- II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;
- III - sobre a receita de concursos de prognósticos.
- IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

Como consequência, temos o princípio da diversidade da base de financiamento, com origem histórica na Lei Eloy Chaves e na Constituição de 1934. Leciona, acerca do tema, Fábio Ibrahim:

Enfim, a ideia da diversidade da base de financiamento é apontar para um custeio da seguridade social o mais variado possível, de modo que oscilações setoriais não venham a comprometer a arrecadação de contribuições. Da mesma forma, com amplo leque de contribuições, a seguridade social tem maior possibilidade de atingir sua principal meta, que é a de universalidade de cobertura e atendimento.

A diversidade da base de financiamento é que permitirá a evolução da seguridade social no sentido de assegurar aos mandamentos constitucionais, em especial, a garantia efetiva do bem-estar e justiça sociais.

Nesse sentido, atualmente, as principais receitas advêm dos tributos (federais, estaduais, distritais e municipais), das contribuições dos segurados (empregados, trabalhadores avulso, empregados domésticos, contribuintes individuais, segurados facultativos e segurados especiais) e das contribuições das empresas. Nos termos da Lei de Custeio:

Art. 10. A Seguridade Social será financiada por toda sociedade, de forma direta e indireta, nos termos do art. 195 da Constituição Federal e desta Lei, mediante recursos provenientes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de contribuições sociais.

Art. 11. No âmbito federal, o orçamento da Seguridade Social é composto das seguintes receitas:

I - receitas da União;

II - receitas das contribuições sociais;

III - receitas de outras fontes.

(...)

Art. 27. Constituem outras receitas da Seguridade Social:

(...)

VIII - outras receitas previstas em legislação específica.

Sobre desse último dispositivo, mais uma vez, Fábio Ibrahim assevera:

São elas: multas, atualização monetária, juros moratórios; remuneração recebida pela prestação de serviços de arrecadação, fiscalização e cobrança prestados a terceiros; receitas provenientes de prestação de outros serviços e de fornecimento ou arrendamento de bens; demais receitas patrimoniais, industriais e financeiras; doações, legados, subvenções e outras receitas eventuais; 50% da receita obtida na forma do parágrafo único do art. 243 da Constituição Federal, repassados pelo INSS aos órgãos responsáveis pelas ações de proteção à saúde e a ser aplicada no tratamento e na recuperação de viciados em entorpecentes e drogas afins; 40% do resultado dos leilões dos bens apreendidos pela Receita Federal do Brasil; e outras receitas previstas em legislação específica.

Destaco o que a doutrina também destaca: o art. 27, VIII, da Lei de Custeio, exige, para o exercício dessa faculdade, legislação específica. A alegação, do INSS, de que as ações de regresso contra os deflagradores de pensão por morte, ou seja, uma outra fonte para o custeio da Previdência Social, contribuiriam para o equilíbrio atuarial e financeiro da previdência encontra barreira, mais uma vez, na legalidade.

4.2) A responsabilidade civil

A responsabilidade civil, normatizada pelo art. 927 do Código Civil (Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo), é conceituada por Arnoldo Wald como *“uma forma de obrigação derivada, secundária ou sucessiva da atividade do homem, respaldada no princípio fundamental da proibição de causar prejuízo a outrem, ou seja, a ideia de que ninguém deve ser lesado”* (WALD, Arnoldo; GIANCOLO, Brunno Pandori, 2012).

Seus elementos essenciais, ou seja, aqueles necessários a qualquer espécie de responsabilidade civil, são a conduta do agente (ação ou omissão), o dano (violação ao direito) e o nexo causal entre a conduta e o dano.

4.2.1) A conduta

A conduta é a exteriorização, omissiva ou comissiva, da maneira de viver de uma pessoa, em um determinado tempo e em um determinado espaço. É a união entre a face objetiva/física e a face subjetiva/psíquica do comportamento humano. Para que essa conduta gere o dever de indenizar, ela deve ser, regra geral, voluntária e consciente. Voluntariedade e consciência significam gerência, controle, domínio livres sobre a vontade, e não intenção ou finalidade específica. Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves:

A exigência de um fato 'voluntário' na base do dano exclui do âmbito da responsabilidade civil os danos causados por forças da natureza, bem como os praticados em estado de inconsciência, mas não os praticados por uma criança ou por um demente. Essencial é que a ação ou omissão seja, em abstrato, controlável ou dominável pela vontade do homem.

4.2.2) O dano

O segundo elemento é a ocorrência de dano. É amplamente pacificado, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, que, com raríssimas exceções, sem dano não há responsabilidade, de modo que o mero ato ilícito, sem qualquer prejuízo, patrimonial ou extrapatrimonial, não gera o direito ao ressarcimento. Ainda na lição de Carlos Roberto Gonçalves:

Sem a prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado civilmente. O dano pode ser material ou simplesmente moral, ou seja, sem repercussão na órbita financeira do ofendido. Pode ser também, coletivo ou social. O Código Civil consigna um capítulo sobre a liquidação do dano, ou seja, sobre o modo de se apurarem os prejuízos e a indenização cabível. A inexistência de dano é óbice à pretensão de uma reparação, aliás, sem objeto.

No mesmo sentido é a jurisprudência do TJRS e do TJSP, respectivamente:

DECISÃO MONOCRÁTICA. APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. PARCELAMENTO DE SALÁRIO. AFRONTA AO ART. 35 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL EVIDENCIADA. CORREÇÃO MONETÁRIA PRO RATA DIE. DANOS MORAIS AFASTADOS. AUSÊNCIA DE PROVA DO **DANO**. 1. Conforme preconiza o art. 35 da Constituição Estadual, o

pagamento da remuneração mensal dos servidores públicos deverá ser realizado até o último dia útil do mês do trabalho prestado. 2. Art. 36 da Constituição Estadual que prevê a atualização de valores das obrigações não liquidadas até o último dia do mês, a incidir mesmo na forma pro rata die. 3. **Danos morais. Em que pese demonstrado atraso no pagamento integral do salário, não há elementos nos autos que comprovem a violação ao elemento subjetivo (dano).** 4. **A ausência de qualquer dos pressupostos da responsabilidade civil afasta a indenização pretendida.** 5. Norte que rende homenagem ao princípio do não enriquecimento indevido das partes. 6. Sentença de improcedência na origem. 7. Matéria que encontra solução unânime pelos integrantes da Câmara. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70075503912, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Vinícius Amaro da Silveira, Julgado em 30/10/2017).

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. DIREITO À INFORMAÇÃO E INVIOLABILIDADE À HONRA. Autor que alega ter sido vítima de calúnia, injúria e difamação por veiculação de imagem em programa televisivo com imputações inverídicas contra sua pessoa – Sentença de parcial procedência – Inconformismo das partes — Reportagem com conteúdo desatualizado – Ato ilícito caracterizado – Danos morais inequívocos ante a ofensa à honra do autor – Quantia indenizatória majorada para R\$60.000,00 (sessenta mil reais) – Observância às peculiaridades do caso e aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade – **Danos materiais não demonstrados – Ausência de comprovação do efetivo prejuízo** – Recurso do autor provido em parte, não provido o da ré (TJSP; Apelação 0040513-88.2009.8.26.0068; Relator (a): Fábio Quadros; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Barueri - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/11/2015; Data de Registro: 01/12/2015).

Ainda sobre esse elemento, impende salientar que existem alguns requisitos para que o dano seja indenizável.

O dano deve violar um interesse juridicamente protegido, seja de uma pessoa natural, de uma pessoa jurídica ou da coletividade. Deve ser, ainda, certo, de modo que a mera abstração ou hipótese não configura sua indenizabilidade. Deve, também, no momento de sua judicialização, subsistir, ou seja, sua reparação pelo responsável extingue a possibilidade de indenização. Por fim, o dano deve ser direito e imediato, com raras exceções a quem sofre prejuízos por ricochete/reflexo.

Acerca desse último aspecto, Maria Helena Diniz ensina:

Na responsabilidade extracontratual é mais fácil caracterizar o direito à indenização dos lesados indiretos. P. Ex.: o homicídio de uma pessoa (vítima direta) pode provocar, como vimos, danos a terceiros, lesados indiretos, que deverão ser indenizados de certas despesas que terão de fazer (CC, art. 948). Os lesados indiretos pela morte de alguém serão aqueles que, em razão dela, experimentem um prejuízo distinto do que sofreu a própria vítima. Terão legitimação para requerer indenização por

lesão a direito da personalidade da pessoa falecida, o cônjuge sobrevivente, o companheiro (Enunciado n. 275 do CJF aprovado na IV jornada de Direito Civil), qualquer parente em linha reta, ou colateral até quarto grau (CC, art. 12, parágrafo único).

O que percebemos, pela análise do trecho doutrinário, é que se tutela a lesão indireta, mas considerando aqueles que conviviam e dependiam da vítima, em um círculo de proximidade. E não qualquer pessoa que se julga prejudicada. O próprio Código Civil, em seu art. 948, ao dispor sobre a indenização em casos de homicídio, se preocupa com despesas com o funeral, com o luto da família e com a prestação de alimentos aos dependentes da vítima. Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. LEGITIMIDADE ATIVA. PAIS DA VÍTIMA DIRETA. RECONHECIMENTO. DANO MORAL POR RICOCHETE. DEDUÇÃO. SEGURO DPVAT. INDENIZAÇÃO JUDICIAL. SÚMULA 246/STJ. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DE SÚMULA. DESCABIMENTO. DENUNCIAÇÃO À LIDE. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ E 283/STF.

1. A interposição de recurso especial não é cabível quando ocorre violação de súmula, de dispositivo constitucional ou de qualquer ato normativo que não se enquadre no conceito de lei federal, conforme disposto no art. 105, III, "a" da CF/88.

2. Reconhece-se a legitimidade ativa dos pais de vítima direta para, conjuntamente com essa, pleitear a compensação por dano moral por ricochete, porquanto experimentaram, comprovadamente, os efeitos lesivos de forma indireta ou reflexa. Precedentes.

3. Recurso especial não provido (STJ, REsp 1.208.949/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 15/12/2010).

RECURSOS ESPECIAIS - RESPONSABILIDADE CIVIL - ALUNA BALEADA EM CAMPUS DE UNIVERSIDADE - DANOS MORAIS, MATERIAIS E ESTÉTICOS - ALEGAÇÃO DE DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO, CONSISTENTE EM GARANTIA DE SEGURANÇA NO CAMPUS RECONHECIDO COM FATOS FIRMADOS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM - FIXAÇÃO - DANOS MORAIS EM R\$ 400.000,00 E ESTÉTICOS EM R\$ 200.000,00 - RAZOABILIDADE, NO CASO - PENSIONAMENTO MENSAL - ATIVIDADE REMUNERADA NÃO COMPROVADA - SALÁRIO MÍNIMO - SOBREVIVÊNCIA DA VÍTIMA - PAGAMENTO EM PARCELA ÚNICA - INVIABILIDADE - DESPESAS MÉDICAS - DANOS MATERIAIS - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO - JUROS MORATÓRIOS - RESPONSABILIDADE CONTRATUAL - TERMO INICIAL - CITAÇÃO - DANOS MORAIS INDIRETOS OU REFLEXOS - PAIS E IRMÃOS DA VÍTIMA - LEGITIMIDADE - CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL - TRATAMENTO PSICOLÓGICO - APLICAÇÃO DA SÚMULA 7/STJ.

1.- Constitui defeito da prestação de serviço, gerando o dever de indenizar, a falta de providências garantidoras de segurança a estudante no campus, situado em região vizinha a população permeabilizada por delinquência, e tendo havido informações de conflagração próxima, com circulação de panfleto por marginais, fazendo antever violência na localidade, de modo que, considerando-se as circunstâncias específicas relevantes, do caso, tem-se, na hipótese, responsabilidade do fornecedor nos termos do artigo 14, § 1º do Código de defesa do Consumidor.

(...)

7.- É devida, no caso, aos genitores e irmãos da vítima, indenização por dano moral por ricochete ou préjuízo d'affection, eis que, ligados à vítima por laços afetivos, próximos e comprovadamente atingidos pela repercussão dos efeitos do evento danoso na esfera pessoal.

(...) (STJ, REsp 876.448/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/06/2010, DJe 21/09/2010).

4.2.3) O nexu causal

O nexu causal, que é o vínculo, a ligação, da causa com os seus efeitos, ou, no caso, da conduta com o dano.

Para melhor explicar esse conceito, ao longo dos anos surgiram as mais diversas teorias. De acordo com Arnaldo Wald, temos: a) teoria da equivalência dos antecedentes – causa é o somatório de todas as condições que não podem ser suprimidas sem que o evento seja eliminado, assim, todas as condições possuem o mesmo peso; b) teoria da causa direta e imediata – o dano deve ser a consequência necessária, direta imediata da conduta; c) teoria da causa próxima – no conjunto de acontecimentos que geraram o dano, somente se consideraria aquele que por último ocorreu, virando mera questão cronológica; d) teoria da causa preponderante – interessa apenas a causa que teve maior grau de eficiência no resultado; e) teoria da causalidade adequada – não basta que um fato gere um evento, é preciso que se trate de uma condição necessária e suficiente, analisando a possibilidade e probabilidade que o resultado venha a ocorrer; f) teoria do escopo da norma jurídica violada – não existe uma fórmula para se analisar nexu causal em todas as situações portanto, o julgador determina, ao avaliar a função da norma violada, se o dano estava ou não tutelado.

O Código Civil, em seu art. 403⁴ adota expressamente a teoria da causa direta e imediata, mais restritiva. Essa é a lição do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A NEGLIGÊNCIA DO ESTADO E O ATO ILÍCITO PRATICADO POR FORAGIDO DE INSTITUIÇÃO PRISIONAL. AUSÊNCIA.

1. A imputação de responsabilidade civil, objetiva ou subjetiva, supõe a presença de dois elementos de fato (a conduta do agente e o resultado danoso) e um elemento lógico-normativo, o nexo causal (que é lógico, porque consiste num elo referencial, numa relação de pertencibilidade, entre os elementos de fato; e é normativo, porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito).

2. ‘Ora, em nosso sistema, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil [art. 403 do CC/2002], a teoria adotada quanto ao nexo causal é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva (...). Essa teoria, como bem demonstra Agostinho Alvim (Da Inexecução das Obrigações, 5ª ed., nº 226, p. 370, Editora Saraiva, São Paulo, 1980), só admite o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa’ (STF, RE 130.764, 1ª Turma, DJ de 07.08.92, Min. Moreira Alves).

3. No caso, não há como afirmar que a deficiência do serviço do Estado tenha sido a causa direta e imediata do ato ilícito praticado pelo foragido. A violência contra a recorrida, que produziu os danos reclamados, ocorreu mais de dez meses após o foragido ter se evadido do presídio. Ausente o nexo causal, fica afastada a responsabilidade do Estado. Precedentes do STF (RE 130.764, 1ª T., Min. Moreira Alves, DJ de 07.08.92; RE 369.820-6, 2ª T., Min. Carlos Velloso, DJ de 27.02.2004; RE 341.776-2, 2ª T., Min. Gilmar Mendes, DJ de 17.04.2007) e do STJ (REsp 858.511/DF, 1ª T., relator para acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 19.08.2008) .

4. Recurso especial a que se dá provimento” (STJ, REsp 719.738/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/09/2008, DJe 22/09/2008).

Em resumo da teoria adotada pelo Código Civil, deve haver proximidade entre a ação ou omissão e o dano, para que haja responsabilidade. O dano remoto é consequência indireta à conduta e não gera o dever de indenizar, já que a distância rompe o nexo causal.

⁴ Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

4.2.4) Considerações acerca da Responsabilidade Civil na Ação de Regresso

Existem três argumentos que fulminam a pretensão do INSS, de ver o autor do homicídio condenado ao pagamento dos custos relativos à pensão por morte.

Primeiramente, o que já seria suficiente para afastar de vez tal pretensão, não existe dano. Dano pressupõe, como dito, violação a um interesse juridicamente tutelado. No caso de concessões de benefícios previdenciários, o INSS não percebe prejuízo, muito pelo contrário. Nada mais faz do que cumprir sua missão institucional e constitucional, qual seja, proteger aqueles que contribuíram com o Regime Previdenciário.

Por outro lado, se, absurdamente, se reconhecesse a existência do dano, não há como afirmar que o dano é direto, uma vez que a interpretação ampliativa dos dispositivos mencionados, acerca do tema, geraria situação absolutamente estranha às pretensões do legislador, caracterizando verdadeiro enriquecimento ilícito. O autor do homicídio responderia, por exemplo, por demandas dos amigos da vítima, que perderiam estimado colega, do empregador da vítima, que perderia funcionário dedicado, e do empregado da vítima, que perderia bom patrão. Nesse sentido é a pretensão do INSS ao se sentir legitimado na ação de regresso em caso de pagamento por pensão por morte. Impende existir um limite lógico na busca dos prejudicados, sob pena de gravar o praticante do ato ilícito com pena desproporcional ao dano causado.

E, por último, mas não menos importante, mesmo reconhecendo a existência de dano e que esse dano é direto, impossível reconhecer o nexo de causalidade entre o homicídio e o pagamento da pensão por morte. O que gera a pensão por morte é o óbito. Simplesmente o óbito. Não há que se investigar as causas do óbito, porquanto estas causas estão remotas ao benefício previdenciário. Para exemplificar no direito previdenciário, assim como não se investiga o motivo do aprisionamento no auxílio-reclusão e do adoecimento no auxílio-doença, não importa a causa do óbito na pensão por morte.

4.3) As limitações constitucionais

O constitucionalismo está ligado ao poder que a Constituição deve ter e, muitas vezes tem, de fornecer meios, instrumentos e institutos para se alcançar o ideal de

liberdade humana, independente de época ou lugar. Esse movimento não defende, simplesmente, a existência de uma constituição, até porque todo Estado organizado a tem, mas que esse documento realmente constitua uma sociedade livre de arbitrariedades, assegurando direitos fundamentais e a separação das funções estatais (CUNHA JÚNIOR, 2015).

O constitucionalismo moderno introduz a ideia de constituição escrita, atingindo seu ápice com as constituições dos Estados Unidos da América, em 1787, e da França, em 1791, tendo as duas, como características marcantes, a organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio de uma declaração de direitos e garantias fundamentais. A ideia de constituição, portanto, envolve uma força capaz de limitar e vincular todos os órgãos do poder político (CUNHA JÚNIOR, 2015).

Nesse contexto, emerge a Constituição moderna, entendida como uma norma jurídica fundamental plasmada num documento escrito, que contém o conjunto de direitos fundamentais e suas respectivas garantias e a organização e disciplina do poder político, limitando e moderando-o (CUNHA JÚNIOR, 2015).

O constitucionalismo moderno representou, também, a aproximação ou congruência entre os fundamentos éticos da sociedade e o direito, dando grande destaque aos princípios constitucionais, expressos ou implícitos. Na lição de Uadi Lammêgo Bulos:

Ora, a grande novidade do constitucionalismo moderno não foi propriamente especificar os princípios que deveriam integrar as constituições escritas, mas sim reconhecer-lhes a dimensão normativa que lhes encontra subjacente. É que os princípios vêm de priscas eras. Presentes em textos religiosos, filosóficos, jusnaturalistas e místicos, atravessam os milênios, influenciando a vida social.

Seja como for, os princípios foram reconhecidos normativamente, sintetizando a tábua de valores que viriam influenciar os ordenamentos jurídicos de todo o mundo. É o caso dos pórticos da legalidade, da igualdade, da separação de Poderes, do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da reserva de jurisdição, da solidariedade e da equidade. Todos eles, alguns tidos como clássicos, outros como modernos, evoluíram significativamente, sofreram releituras para espelhar as necessidades da vida moderna.

Seguindo a linha histórica do pensamento constitucional, o fracasso da nazismo e do Estado Legislativo de Direito, em que toda a legitimação advinha única

e exclusivamente da lei, possibilitou com que, em meados do século XX, se originasse, na Europa, um novo movimento constitucional, voltado a reconhecer a supremacia material da constituição, cujo conteúdo, dotado de força normativa e expansiva, passou a condicionar a validade e a compreensão de todo o direito e a estabelecer deveres de atuação para os órgãos de direção política. Foi o surgimento do neoconstitucionalismo e do Estado Constitucional do Direito (CUNHA JÚNIOR, 2015).

As características desse novo raciocínio, na dicção de Uadi Lammêgo Bulos:

Para os defensores do neoconstitucionalismo, ele apresenta as seguintes características: (i) equivale a uma nova teoria de Direito Constitucional; (ii) promoveu a decodificação do Direito, cujos ramos saíram da órbita infraconstitucional, passando para o campo constitucional; (iii) inaugura um novo período de hermenêutica constitucional; (iv) reflete a pujança da força normativa da Constituição; (v) corresponde a uma nova ideologia ou método de análise do Direito; (vi) retrata o advento de um novo sistema jurídico e político; (vii) inaugura um novo Estado de Direito; e (viii) reúne novos valores que se pronunciam vigorosamente.

Dessa forma, o neoconstitucionalismo defende a centralidade da Constituição dentro do ordenamento jurídico. As normas infraconstitucionais têm de ser não somente formalmente constitucionais, mas, principalmente, materialmente constitucionais, ou seja, deve haver uma leitura constitucional em todos os ramos do direito.

Ocorre, então, um processo de transformação do ordenamento jurídico ao fim do qual a ordem jurídica em questão resulta totalmente impregnada pelas normas constitucionais, que passam a condicionar tanto a legislação quanto a jurisprudência, a doutrina, as ações dos atores políticos e as relações sociais (CUNHA JÚNIOR, 2015).

No bojo desse novo delineamento, surgiu, ainda, o reconhecimento da força normativa dos princípios, com grande destaque ao da dignidade da pessoa humana, revelando a centralidade do homem e a sua ascendência a filtro axiológico de todo o sistema político e jurídico, com a conseqüente ampliação e fortalecimento da proteção dos direitos fundamentais (CUNHA JÚNIOR, 2015).

Dirley da Cunha Júnior, citando Luís Roberto Barroso, sintetiza a contribuição do neoconstitucionalismo para o Direito Constitucional:

O neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.

A partir da centralidade da Constituição e de seus valores no ordenamento jurídico e na irradiação de seus efeitos por todos os ramos do Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana apresenta-se como fundamental no atual arranjo constitucional brasileiro.

Ao proclamar a dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal consagra um valor constitucional supremo, cujo conteúdo é amplo, abarcando vetores espirituais (liberdade de crença, de pensamento) e materiais (renda mínima, saúde, moradia), aspectos individuais, coletivos, sociais e políticos, desde a concepção até depois da morte (BULOS, 2014).

Acerca da dignidade da pessoa humana na exegese constitucional, Uadi Lammêgo Bulos assevera:

A dignidade da pessoa humana, enquanto vetor determinante da atividade exegética da Constituição de 1988, consigna um sobreprincípio, ombreando os demais pórticos constitucionais, como o da legalidade (art. 5º, II), o da liberdade de profissão (art. 5º, XIII), o da moralidade administrativa (art. 37) etc. Sua observância é, pois, obrigatória para a interpretação de qualquer norma constitucional, devido à força centrípeta que possui. Assim, a dignidade da pessoa humana é o carro-chefe dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. Esse princípio conferiu ao texto uma tônica especial, porque o impregnou com a intensidade de sua força. Nesse passo, condicionou a atividade do intérprete.

Por outro lado, temos, também, como sustentáculo da atual ordem constitucional, o princípio da proporcionalidade, que sustenta o sopesamento entre meios e fins, ou, mais detalhadamente, entre as desvantagens dos meios em relação

às vantagens dos fins, de modo evitar restrições e penalidades desnecessárias ou abusivas (MELLO, 2016).

Esse princípio, mais aplicável ao direito administrativo, mas que nem por isso deixa de ser constitucional, possui três elementos: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Na dicção de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Conforme expressões de Canotilho, a adequação “impõe que a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes”; o princípio da necessidade ou da menor ingerência possível coloca a tônica da ideia de que “o cidadão tem direito à menor desvantagem possível” e o princípio da proporcionalidade em sentido restrito é “entendido como o princípio da justa medida. Meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’ para se alcançar um fim.

Ambos os princípios são consagrados na doutrina do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Destaco, por ilustrativos:

HABEAS CORPUS - PROCESSO PENAL - PRISÃO CAUTELAR - EXCESSO DE PRAZO - INADMISSIBILIDADE - OFENSA AO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (CF, ART. 1º, III) - TRANSGRESSÃO À GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (CF, ART. 5º, LIV) - CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL - UTILIZAÇÃO, PELO MAGISTRADO, DE CRITÉRIOS INCOMPATÍVEIS COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - SITUAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADA - PEDIDO DEFERIDO. O EXCESSO DE PRAZO NÃO PODE SER TOLERADO, IMPONDO-SE, AO PODER JUDICIÁRIO, EM OBSÉQUIO AOS PRINCÍPIOS CONSAGRADOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, O IMEDIATO RELAXAMENTO DA PRISÃO CAUTELAR DO INDICIADO OU DO RÉU. - Nada pode justificar a permanência de uma pessoa na prisão, sem culpa formada, quando configurado excesso irrazoável no tempo de sua segregação cautelar (RTJ 137/287 - RTJ 157/633 - RTJ 180/262-264 - RTJ 187/933-934), considerada a excepcionalidade de que se reveste, em nosso sistema jurídico, a prisão meramente processual do indiciado ou do réu. - O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário - não derivando, portanto, de qualquer fato procrastinatório causalmente atribuível ao réu - traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas (CF, art. 5º, LXXVIII) e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional, inclusive a de não sofrer o arbítrio da coerção estatal representado pela privação cautelar da liberdade por tempo irrazoável ou superior àquele estabelecido em lei. - **A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o**

postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Constituição Federal (Art. 5º, incisos LIV e LXXVIII). EC 45/2004. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, ns. 5 e 6). Doutrina. Jurisprudência. - O indiciado e o réu, quando configurado excesso irrazoável na duração de sua prisão cautelar, não podem permanecer expostos a tal situação de evidente abusividade, sob pena de o instrumento processual da tutela cautelar penal transmutar-se, mediante subversão dos fins que o legitimam, em inaceitável (e inconstitucional) meio de antecipação executória da própria sanção penal. Precedentes (HC 97476, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 15/09/2009, DJe-223 DIVULG 26-11-2009 PUBLIC 27-11-2009 EMENT VOL-02384-03 PP-00492).

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO E TENTATIVAS DE HOMICÍDIO. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. **1. A duração prolongada da prisão cautelar afronta princípios constitucionais, especialmente, o da dignidade da pessoa humana, devido processo legal, presunção de inocência e razoável duração do processo.** 2. A demora na instrução e julgamento de ação penal, desde que gritante, abusiva e irrazoável, caracteriza o excesso de prazo. 3. Manter uma pessoa presa cautelarmente por mais de dois anos é desproporcional e inaceitável, constituindo inadmissível antecipação executória da sanção penal. 4. Precedentes. 5. Ordem de habeas corpus deferida de ofício (HC 86915, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 21/02/2006, DJ 16-06-2006 PP-00028 EMENT VOL-02237-02 PP-00309 LEXSTF v. 28, n. 332, 2006, p. 414-425).

DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ATO DE DEMISSÃO. **PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE DA SANÇÃO APLICADA.** ANÁLISE DO ACERVO PROBATÓRIO. **1. O Tribunal de origem entendeu que a decisão administrativa que conclui pela demissão do autor não encontrou embasamento nas provas produzidas no inquérito policial, motivo pelo qual considerou desarrazoada a sanção aplicada.** Para divergir de tal conclusão seria necessária a análise dos fatos e prova dos autos, o que é vedado pela súmula 279/STF. 2. Agravo regimental a que se nega provimento (RE 783609 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 26/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 19-09-2016 PUBLIC 20-09-2016).

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Tribunal de Contas. Redução de multa decorrente de processo de tomada de contas especial. Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa. Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Controle da legalidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. Possibilidade. Precedentes. 1. O tribunal a quo, com fundamento na legislação infraconstitucional e no conjunto-fático probatório da causa, determinou a redução da multa imposta ao ora agravado como penalidade decorrente de processo de tomada de contas especial, por considerá-la exorbitante. Incidência das Súmulas nºs 636 e 279/STF. **2. A jurisprudência da Corte é no sentido da possibilidade de controle pelo Poder Judiciário**

de ato administrativo eivado de ilegalidade ou abusividade, podendo ele atuar, inclusive, em questões atinentes à proporcionalidade e à razoabilidade do ato. 3. Agravo regimental não provido. 4. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC, pois o agravado não apresentou contrarrazões (ARE 947843 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 14/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-163 DIVULG 03-08-2016 PUBLIC 04-08-2016).

MANDADO DE SEGURANÇA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA E IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PRELIMINARES AFASTADAS. SERVIDOR PÚBLICO.PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DESCRIÇÃO DOS FATOS A SEREM INVESTIGADOS NA PORTARIA INAUGURAL. DESNECESSIDADE. DETALHAMENTO REALIZADO NA INDICIAÇÃO. INTERVENÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO.ATUAÇÃO JUNTO AO PODER JUDICIÁRIO PARA SOLICITAR AS PROVAS PRODUZIDAS NA AÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE OITIVA DE TESTEMUNHAS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXCESSO DE PRAZO NA CONCLUSÃO DO PAD. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE RESPEITADO. PROVA EMPRESTADA. ADMISSIBILIDADE. DECISÃO TOMADA EXCLUSIVAMENTE COM BASE NAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. INOCORRÊNCIA. INTIMAÇÃO DO ADVOGADO DOS ATOS PRATICADOS. VERIFICAÇÃO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. JULGAMENTO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. Restringindo pretensão do impetrante ao procedimento adotado no processo administrativo disciplinar, cujo teor foi encartado aos autos, não há se falar em inadequação da via eleita pela necessidade de dilação probatória.**2. É reconhecida a possibilidade jurídica do pedido do mandado de segurança impetrado contra ato de demissão de servidor público, pois o ato administrativo que impõe a sanção disciplinar está vinculado aos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade. Assim, o controle jurisdicional é amplo e não se limita somente aos aspectos formais do procedimento (...)** (MS 14.504/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2013, DJe 20/08/2013).

Nesse contexto, o poder de punir do Estado não é absoluto, pode e deve ser limitado. Esses limites são encontrados justamente sob a ótica dos princípios constitucionais supracitados.

A jurisprudência pátria, tanto do Supremo Tribunal Federal quanto do Superior Tribunal de Justiça, associa, normalmente, essas limitações ao processo penal e aos processos administrativos, por serem situações em que mais se acentua o *ius puniendi* do Estado. No entanto, as ações de regresso do Instituto Nacional do Seguro Social, por mais nobres que sejam seus motivos, também são formas de penalizar o cidadão e, portanto, também devem sofrer limitações.

5) Considerações finais

Por intermédio do presente trabalho tentou-se destrinchar os principais aspectos acerca da ação de regresso proposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social em face do autor do homicídio que resultou no pagamento, por parte da autarquia previdenciária, de benefício previdenciário.

Primeiramente, sob o ponto de vista da legalidade exsurtem dois pontos importantes. Por um lado, a Lei de Benefícios somente prevê a ação ressarcitória em casos de negligência do empregador em relação às normas de higiene e segurança do trabalho, carecendo, o Instituto Nacional do Seguro Social, de base legal para expansão desse direito subjetivo a outras hipóteses. Por outro lado, a Lei de Custeio, mesmo levando em consideração o princípio constitucional da diversidade da base de financiamento da Previdência Social, exige, para estabelecer outra fonte de custeio, além das já previstas, interposição legislativa, limitando, mais uma vez, a atuação da autarquia previdenciária.

Sob o enfoque da responsabilidade civil, destaca-se que esta possui três pressupostos: a conduta, o dano e nexos causal. A pretensão do Instituto Nacional do Seguro Social esbarra na ausência de dano, uma vez que o pagamento de pensão por morte não é prejuízo e sim missão institucional, e mesmo que fosse, esse dano não é direto, elemento dito essencial pela jurisprudência pátria para que se responsabilize civilmente, e nem mesmo indireto, o que também afasta uma possível exceção legal relativa à necessidade do dano direto. Quanto ao nexos causal, temos que o homicídio é causa remota do pagamento da pensão por morte, quebrando o possível nexos entre a conduta e o suposto dano.

Por fim, com o crescente destaque que a sociedade moderna dá às suas constituições, devemos analisar qualquer coisa sob seu filtro. Desse modo, o poder do Estado de sancionar os administrados encontra óbice nos princípios da dignidade da pessoa humana, vetor interpretativo dos direitos humanos, e na proporcionalidade, vista, aqui, como uma necessidade de adequação entre a sanção empregada e o resultado que se quer obter. No caso em análise, a autarquia previdenciária não deve gravar ainda mais aquele que já poderá ser civil (em ação de danos morais e materiais) e penalmente responsabilizado.

Diante de todo o exposto, defende-se a alteração do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça em ações da mesma natureza, porquanto todos os argumentos pendem em desfavor da Advocacia Geral da União. Ressalta-se que tal mudança é perfeitamente possível, uma vez que a composição da Segunda Turma já foi alterada, sendo composta, agora, pelos ministros Francisco Falcão, Mauro Campbell, Herman Benjamin, Assusete Magalhães e Og Fernandes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 de março de 2017.

BRASIL. **Lei 8.212, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui o Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm

BRASIL. **Lei 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. **Agravo no Recurso Especial nº 294.560-PR**. 2ª Turma. Relator Ministro Herman Benjamin. DJe, 22 de abr. 2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. **Agravo no Recurso Especial nº 521.595-RS**. 1ª Turma. Relator Ministro Benedito Gonçalves. DJe, 04 de agos. 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. **Agravo no Recurso Especial nº 523.412-RS**. 2ª Turma. Relator Ministro Og Fernandes. DJe, 26 de set. 2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. **Agravo no Recurso Especial nº 639.952-PR**. 2ª Turma. Relator Ministro Herman Benjamin. DJe, 06 de abr. 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. **Agravo no Recurso Especial nº 697.192-PR**. 2ª Turma. Relator Ministro Humberto Martins. DJe, 19 de jun. 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. **Mandado de Segurança nº 14.504-DF**. 3ª Seção. Relator Ministro Jorge Mussi. DJe, 20 de ago. 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. **Recurso Especial nº 876.448-RJ**. 3ª Turma. Relator Ministro Sidnei Beneti. DJe, 21 de set. 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. **Recurso Especial nº 1.180.261-RS**. 5ª Turma. Relator Ministro Napoleão Filho. DJe, 13 de set. 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. **Recurso Especial nº 1.208.949-MG**. 3ª Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. DJe, 15 de dez. 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. **Recurso Especial nº 1.331.747-PR**. 2ª Turma. Relator Ministra Diva Malerbi. DJe, 18 de dez. 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. **Recurso Especial nº 1.365.905-SC**. 1ª Turma. Relator Ministro Sérgio Kukina. DJe, 25 de nov. 2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. **Recurso Especial nº 1.423.088-PR**. 2ª Turma. Relator Ministro Humberto Martins. DJe, 19 de mai. 2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. **Recurso Especial nº 1.452.783-RS**. 2ª Turma. Relator Ministro Herman Benjamin. DJe, 13 de out. 2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. **Recurso Especial nº 1.457.646-PR**. 1ª Turma. Relator Ministro Sérgio Kukina. DJe, 20 de out. 2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. **Recurso Especial nº 1.490.513-PR**. 1ª Turma. Relator Ministra Regina Helena Costa. DJe, 05 de agos. 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. **Recurso Especial nº 1.499.511-RN**. 2ª Turma. Relator Herman Benjamin. DJe, 05 de agos. 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. **Recurso Especial nº 1.519.386-SC**. 2ª Turma. Relator Ministro Herman Benjamin. DJe, 05 de agos. 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. **Recurso Especial nº 1.559.575-SC**. 2ª Turma. Relator Ministro Mauro Campbell. DJe, 14 de dez. 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. **Agravo em Recurso Extraordinário 947.843-BA**. 2ª Turma. Relator Ministro Dias Toffoli. DJe, 03 de ago. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. **Habeas Corpus 86.915-SP**. 2ª Turma. Relator Ministro Gilmar Mendes. DJe, 16 de jun. 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. **Habeas Corpus 97.476-RJ**. 2ª Turma. Relator Ministro Celso de Mello. DJe, 26 de nov. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. **Recurso Extraordinário 783.609-RS**. 1ª Turma. Relator Ministro Roberto Barroso. DJe, 19 de set. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Edição. Editora Saraiva, 2007.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de.; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 14ª Edição. Conceito Editorial, 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª Edição. Editora Juspodium, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, Volume 7, Responsabilidade Civil**. 26ª Edição. Editora Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 15ª Edição. Editora Saraiva, 2014.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 22ª Edição. Editora Impetus, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª Edição. Editora Malheiros, 2013.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª Edição. Editora Saraiva, 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão. **Apelação Cível nº 70075503912**. 4ª Câmara Cível. Relator Desembargador Antônio Vinícius Amaro da Silveira. Julgado em 30 de out. de 2017. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia>.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão. **Apelação nº 0040513-88.2009.8.26.0068**. 4ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Fábio Quadros. Julgado em 26 de nov. de 2015. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>.

SAVARIS, José Antônio. **O princípio da legalidade como limite para o ajuizamento de ações regressivas pelo INSS**. Disponível em: <http://www.joseantoniosavaris.com.br/artigo-o-principio-da-legalidade-como-limite-para-o-ajuizamento-de-aco-es-regressivas-pelo-inss>.

Site da Câmara dos Deputados. Disponível em (http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=697BBD A55B837166B91EB04FD24D9B2C.proposicoesWebExterno2?codteor=1299640&file name=PL+290/2015).

Site do Instituto Nacional do Seguro Social. Disponível em <http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/66/MPS/2009/296.htm>.

Site do Senado Federal. Disponível em <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=2939703&disposition=inline>).

WALD, Arnoldo; GIANCOLO, Brunno Pandori. **Direito Civil, Volume 7, Responsabilidade Civil**. 2ª Edição. Editora Saraiva, 2012.