

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 5020964-34.2011.404.7100/RS

RELATOR : MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA

APELANTE : CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

APELADO : OS MESMOS

EMENTA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NATUREZA DO FGTS. LEGITIMIDADE DO MPF. CABIMENTO DA AÇÃO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. CARÁTER DÚPLICE DO FUNDO. DISCUSSÃO DO DIREITO DO TRABALHADOR. ILEGALIDADE DA MP FRENTE À LC. DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO. HIPÓTESES DE SAQUE POR DOENÇA.

1. O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço é direito social do trabalhador de, mediante depósitos bancários em conta vinculada, formar uma poupança e ter garantidos recursos em casos como despedida sem justa causa, aquisição da casa própria ou acometimento de doença grave.

2. Os direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum, constituindo-se em subespécie de direitos coletivos, tendo o MP legitimidade para os proteger em juízo bem como sendo a ACP instrumento hábil para veicular esta proteção.

3. A LC somente pode ser alterada mediante quórum especial. Medida Provisória ou Lei Ordinária que a contrariem são ilegais. Prevalece a competência do art. 6º da LC 73/95 frente à alteração feita pela MP 7.347/85 à Lei 7.347/85.

4. vedada antecipação de tutela que gere efeitos econômicos contra o Poder Público, não tendo cabimento em relação ao FGTS conforme expressa disposição legal. Provimento do apelo da CEF exclusivamente neste ponto.

5. a CEF é gestora do FGTS, responsável pela análise dos pedidos e efetiva liberação dos valores ao trabalhador. É única legitimada passiva nestes autos.

6. Hígida a atuação do MPF no sentido de garantir que os trabalhadores possam, sem ajuizamento de ações individuais, movimentar suas contas fundiárias na infeliz hipótese de serem acometidos por doenças que as Cortes Pátrias já afirmaram ser graves, penosas e caras o suficiente para se equipararem às hipóteses legais. O art. 20 da Lei 8.036/90 não é taxativo. Da mesma forma, o reconhecimento por parte do Poder Público de que determinadas doenças são da mesma forma graves para garantir benefícios previdenciários é bastante para declaração de que são também geradoras do direito de saque do FGTS.

6. Garantido o saque do FGTS nos casos (a) jurisprudencialmente aceitos de artrite reumatóide severa, hapatite crônica do tipo C, miastemia gravis e lupus eritematoso sistêmico e (b) previstos na Portaria Interministerial 2.998/01.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 3a. Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, dar provimento ao apelo do MPF e dar parcial provimento ao apelo da CEF, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 13 de março de 2013.

Des. Federal MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de AÇÃO CIVIL PÚBLICA proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, buscando alargar as hipóteses de levantamento do saldo de conta vinculada do FGTS pelos trabalhadores nas hipóteses em que eles ou seus dependentes sejam acometidos de doenças graves não previstas expressamente na Lei 8.036/90. Tem como lastro (a) as hipóteses deferidas judicialmente e (b) a Portaria Interministerial 2.998/01, que elenca casos de concessão de benefícios previdenciários independente de carência.

Proferida sentença indeferindo a inicial e julgando extinto o feito entendendo que descabe ao Judiciário atuar como legislador positivo, subiram os autos a este TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 4ª REGIÃO com apelo do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, pelo meio físico sob o nº originário 2004.71.00.018026-7/RS.

Dando parcial provimento ao apelo, determinei o retorno dos autos à origem para angularizar a lide e proferir decisão de mérito (DE 30/11/2009).

A sentença (a) extinguiu o feito sem exame do mérito quanto à liberação do FGTS aos pacientes em estado terminal, por ausência do interesse de agir e (b) julgou parcialmente procedente a ação no mérito para garantir o levantamento em caso de trabalhador ou dependente ser, comprovadamente, portador de tuberculose ativa, hanseníase, alienação mental, cegueira, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave ou estado avançado da doença de Paget (osteíte deformante).

Insurge-se o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL no sentido de que as doenças cuja possibilidade de levantamento do Fundo foram afastadas pela sentença são tão ou mais severas do que aquelas em que o levantamento foi autorizado. Afirma que, assim decidindo, feriu os princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana, do acesso à saúde e à seguridade social. Tanscreve literatura médica para comprovar suas alegações, bem como decisões judiciais garantindo o levantamento em tais casos.

Apela a CEF apontando, em preliminar (a) a vedação do manejo de AÇÃO CIVIL PÚBLICA que verse sobre o FGTS, conforme expressa disposição do art. 1º, parágrafo único, da Lei 7.347/85, com a redação dada pela MP 2.180-35/01; (b) que o direito a saque do FGTS é subjetivo, individual e disponível, devendo ser declarada a ilegitimidade ativa do MINISTÉRIO PÚBLICO; (c) a ilegalidade da concessão de antecipação de tutela para saque ou movimentação da conta vinculada do FGTS, eis que assim vedado pelo art. 29-B da Lei 8.036/90; (d) necessidade de inclusão da União no pólo passivo, tendo em vista as relevantes consequências jurídicas em caso de procedência do pleito. No mérito a CEF sustenta que (a) a movimentação da conta por trabalhadores com doença em estágio terminal é autorizada e devidamente feita nos moldes da Circular 487/09, regulamentando a Lei 8.036/90; (b) esta lei fixa taxativamente os casos em que a movimentação do Fundo é cabível em caso de doença: neoplasia maligna, HIV ou doença em estágio terminal, vedado alargar o dispositivo para abarcar os casos constantes na Portaria Interministerial 2.998/01 ou qualquer outra moléstia que tenha, jurisprudencialmente, sido reconhecida como suficiente par garantir a movimentação; (c) para o tratamento de qualquer doença existe a cobertura do SUS, e garantir o uso de seu Fundo para finalidade cuja responsabilidade é do Estado penaliza duplamente o trabalhador; (d) o Fundo destina-se à coletividade, destinado à promoção de políticas públicas nas áreas de habitação, saneamento e infraestrutura, conforme soluções governamentais específicas e legítimas; (e) é vedado ao Poder Judiciário atuar como legislador positivo.

Com contra-razões, subiram os autos.

Parecer do Ministério Público Federal pelo provimento do recurso do autor.

É o relatório. Peço dia.

Des. Federal MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA
Relator

VOTO

PRELIMINARES

Cabimento da Ação Civil Pública

Esta Terceira Turma, em Sessão realizada em 29/02/2012, entendeu pela arguição de inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 1º da Lei 7.347/85, acrescentado pela MP 2.180-35, nos seguintes termos:

'INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MPF. § ÚNICO DA LEI Nº 7347/85 ACRESCENTADO PELA MP Nº 2180/35. FGTS. VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 127 E 129 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A Medida Provisória nº 2180/35, ao restringir as atribuições do Ministério Público Federal, inviabilizando o ajuizamento de Ação Civil Pública que discuta o FGTS, independente da natureza da contribuição, se referente aos deveres dos empregadores ou aos direitos dos empregados, cerceou a defesa de direito individual homogêneo, com violação aos artigos 127, I e II e 129 caput da CRFB/88.'

A Arguição de Inconstitucionalidade foi autuada sob o nº 5017624-08.2012.404.0000 e restou julgada procedente pela Corte Especial deste Tribunal, em Sessão de 19/12/2012, cujo teor transcrevo ao final conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Assim, observados os arts. 97 da CRFB/88, 480 do CPC e 105 e 210 do Regimento Interno, hígido o manuseio da Ação Civil Pública no caso em comento. Passo ao exame das preliminares subseqüentes.

Natureza do direito a saque do FGTS e Legitimidade ativa do MPF

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, previsto no art. 7º, III, da CRFB/88 e regulado pela Lei 8.036/90, é direito social do trabalhador de, mediante depósitos bancários em conta vinculada, formar uma poupança e ter

garantidos recursos em casos como despedida sem justa causa, aquisição da casa própria ou acometimento de doença grave. Enquadra-se, assim, na tipificação de direito individual homogêneo: direitos ligados por um evento de origem comum, cujos titulares são indeterminados num primeiro momento e individualizáveis no futuro. No caso dos autos, a origem comum é a implementação de condição para o saque dos valores do FGTS.

O e. Supremo Tribunal Federal já decidiu que os interesses homogêneos são espécie dos interesses coletivos, registrando a máxima Corte que *'Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, JIL da Lei n 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos. (...) Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, stricto sensu, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas'*. (RE 163231/SP, Relator Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 29-06-2001).

O art. 127 da CRFB/88 define o Ministério Público como instituição permanente do Estado de Direito, *'essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis'*, sendo a Ação Civil Pública uma das formas de fazê-lo, nos termos de sua respectiva lei orgânica (art. 129, III, da CRFB/88). A Lei Complementar 75/93, Lei Orgânica do Ministério Público da União, repete a previsão constitucional e estabelece a forma que *oparquet* legitimamente ajuizará a AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

Em síntese, então, o Ministério Público Federal é instituição que detém, dentre suas atribuições constitucionais, a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, e a Lei Complementar que regula sua atuação específica o ajuizamento da Ação Civil Pública como uma das formas de cumprir tal atribuição.

Assim, decorrência imediata do reconhecimento de que o saque do FGTS é direito coletivo individual homogêneo é a declaração de legitimidade ativa do MPF para propor esta ação.

Considerando a inconstitucionalidade já declarada por esta Corte, conforme menção supra, evidentemente superadas as preliminares em comento.

Possibilidade de antecipação de tutela

Assim como vedada antecipação de tutela que gere efeitos financeiros em detrimento da União, como impossibilidade de compensação

tributária liminar, também não é cabível '(..) medida liminar em mandado de segurança (..) nem a tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil que impliquem saque ou movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS', conforme previsão do art. 29-B da Lei 8.036/90.

Assim, deve ser modificado o entendimento de primeiro grau que, em sede de embargos de declaração, deferiu antecipação de tutela nestes autos. Provido o apelo neste ponto.

Legitimidade passiva da União

Conforme arts. 4º e 7º da Lei 8.036/90, a Caixa Econômica Federal é agente operador do FGTS, responsável pela liberação dos valores depositados em conta vinculada do trabalhador. Sendo estritamente esta a questão debatida nos autos, qual seja as hipóteses de levantamento em caso de doença, não vislumbro fundamento fático ou jurídico para trazer a União ao pólo passivo da ação. O valor a ser buscado, individualmente, pelo trabalhador, é de sua propriedade, sua poupança, sua conta vinculada. Não se trata de valores da União, sequer existindo risco a seus cofres.

MÉRITO

No mérito, o Ministério Público Federal busca garantir que o trabalhador acometido de doenças graves não abarcadas no regulamento do FGTS tenha também direito de levantamento do Fundo para tratamento médico.

Conforme já mencionado supra, o FGTS é espécie de poupança feita pelo empregador em nome do empregado, tendo como função garantir verba para emergências e ajuda de custo em determinadas situações de emergência ao trabalhador, como perda do emprego, saúde e habitação.

O art. 20 da Lei 8.036/90 traz uma longa lista de hipóteses de levantamento:

"Art. 20. A conta vinculada do trabalhador no FGTS poderá ser movimentada nas seguintes situações:

- I - despedida sem justa causa, inclusive a indireta, de culpa recíproca e de força maior;*
- II - extinção total da empresa, fechamento de quaisquer de seus estabelecimentos, filiais ou agências, supressão de parte de suas atividades(..);* III - aposentadoria concedida pela Previdência Social;
- IV - falecimento do trabalhador, sendo o saldo pago a seus dependentes, (..);*
- V - pagamento de parte das prestações decorrentes de financiamento habitacional concedido no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), desde que:*
(..);
- VI - liquidação ou amortização extraordinária do saldo devedor de financiamento imobiliário, observadas as condições estabelecidas pelo Conselho Curador, dentre elas a de que o financiamento seja concedido no âmbito do SFH e haja interstício mínimo de 2 (dois) anos para cada movimentação;*

VII - pagamento total ou parcial do preço de aquisição de moradia própria, ou lote urbanizado de interesse social não construído, observadas as seguintes condições:

(..);

VIII - quando o trabalhador permanecer três anos ininterruptos, a partir de 10 de junho de 1990, fora do regime do FGTS, podendo o saque, neste caso, ser efetuado a partir do mês de aniversário do titular da conta.

IX - extinção normal do contrato a termo, inclusive o dos trabalhadores temporários regidos pela Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974;

X - suspensão total do trabalho avulso por período igualou superior a 90 (noventa) dias, comprovada por declaração do sindicato representativo da categoria profissional.

XI - quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for acometido de neoplasia maligna;

XII - aplicação em quotas de Fundos Mútuos de Privatização, regidos pela Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, permitida a utilização máxima de 50 % (cinquenta por cento) do saldo existente e disponível em sua conta vinculada do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, na data em que exercer a opção;

XIII - quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for portador do vírus HIV;

XIV - quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes estiver em estágio terminal. em razão de doença grave. nos termos do regulamento: {Incluído pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001}

XV - quando o trabalhador tiver idade igualou superior a setenta anos;

XVI - necessidade pessoal, cuja urgência e gravidade decorra de desastre natural, conforme disposto em regulamento, observadas as seguintes condições:

(..)

XVII - integralização de cotas do FI-FGTS, respeitado o disposto na alínea i do inciso XIII do art. 5º desta Lei, permitida a utilização máxima de 30% (trinta por cento) do saldo existente e disponível na data em que exercer a opção.

(..)'

A lista vem sendo ampliada reiteradamente, como feito pela MP 2.164-41/01 para garantir o uso do dinheiro em caso de contaminação por HIV ou estar o trabalhador ou seus beneficiários em estágio terminal (incisos XIII e XIV), o que demonstra o interesse e a preocupação do Poder Público em respeitar a dignidade do trabalhador.

De qualquer forma, a jurisprudência reiterou entendimento no sentido de que a lista não é taxativa:

'PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO, VIOLAÇÃO DO ART 535 DO CPC. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. FGTS. UTILIZAÇÃO DO SALDO PARA SITUAÇÃO NÃO PREVISTA NO ART 20 DA LEI Nº 20.039190. POSSIBILIDADE.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem resolve a controvérsia de maneira sólida e fundamentada, apenas não adotando a tese do recorrente.

2. É possível o saque do FGTS mesmo nos casos não previstos no art. 20 da Lei 8.036190, tendo em vista que o rol de hipóteses ali apresentadas não é taxativo, devendo prevalecer o fim social da norma.

3. Agravo regimental não provido.'

(AgRg no AREsp 10486 I RS; Relator(a) Ministro CASTRO MEIRA: DJe 30/08/2011)

'FGTS. MOVIMENTAÇÃO. ROL CONSTANTE DO ARTIGO 20 DA LEI 8.036190. NÃO-TAXATIVO. AUSÊNCIA DE RESTRIÇÕES A MOVIMENTAÇÃO NA LEI DEREGÊNCIA.

1. Este Superior Tribunal de Justiça já asseverou não ser taxativa a enumeração constante do artigo 20 da Lei nº 8.036190, devendo ser realizada a interpretação teleológica dessa norma.

2. A Lei nº 8.036190 não fez qualquer tipo de restrição à liberação

. do saldo do FGTS em caso do adquirente já ser proprietário de imóvel em outro município, ainda que limitrofe.

A CEF não cabe impor limitações onde a própria lei não o fez. 4. Recurso especial improvido. ' (REsp 701069 / SC; Relator(a) Ministro CASTRO MEIRA; DJ 04/04/2005)

Em síntese, então, considerando a finalidade precípua do Fundo, cabe garantir ao seu 'proprietário' o uso nas situações que dele fizer necessidade, e a manifestação do Judiciário acerca de dispositivo legal não taxativo não implica atuação como legislador positivo.

Este o fundamento pelo qual o Ministério Público Federal busca o reconhecimento definitivo de uma lista de doenças que, considerada sua gravidade e a dificuldade de tratamento, inclusive com risco de vida, justificam o saque. A declaração nestes autos vedará o indeferimento do uso dos valores depositados porque desproporcional e contrário ao próprio instrumento fundiário criado.

O elenco de doenças trazido pelo MPF é exatamente aquele que administrativamente já garante o direito de concessão de auxílio-doença e inclusive aposentadoria por invalidez aos segurados da Previdência Social. Ou seja, o trabalhador que pode se aposentar porque acometido de determinada enfermidade tem direito, pelos mesmos fundamentos, qual seja a gravidade do doença, de fazer uso dos recursos de seu FGTS. Não vejo justificativa para a doença ser grave o suficiente para uma finalidade e não o ser para outra.

O rol de casos utilizado como lastro do pedido do *parquet* está previsto na Portaria Interministerial 2.998/01:

'PORTARIA INTERMINISTERIAL MPAS/MS Nº 2.998/01 MINISTROS DE ESTADO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL EDASAÚDE

Arf. 10 As doenças ou afecções abaixo indicadas excluem a exigência de carência para a concessão de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez aos segurados do Regime Geral de Previdência Social - RGPS:

I - tuberculose ativa; II - hanseníase;

III - alienação mental; IV - neoplasia maligna; V - cegueira

VI - paralisia irreversível e incapacitante; VII - cardiopatia grave;

VIII - doença de Parkinson;

IX - espondiloartrose anquilosante;

x - nefropatia grave;

XI - estado avançado da doença de Paget (osteíte deformante); XII - síndrome da deficiência imunológica adquirida - Aids;

XIII - contaminação por radiação, com base em conclusão da medicina especializada; e

XIV - hepatopatia grave. /I

A declaração buscada nestes autos garantirá que os trabalhadores detentores do conta vinculada não precisem, na infeliz hipóteses de serem acometidos por uma destas doenças, buscar judicialmente em ação individual o reconhecimento de sua necessidade. O pedido do MPF alarga as hipóteses legais que sequer taxativas são.

A questão ora discutida independe da cobertura do SUS, da qualidade de sua prestação, obrigação do Poder Público nos termos da Carta Constitucional. São direitos diversos e ambos inequívocos: o acesso à saúde e respectivos tratamentos médicos e o uso de Fundo de sua propriedade em caso de necessidade médica grave.

Não desconheço que, por lei, o saldo do FGTS é destinado à habitação, saneamento básico e infra-estrutura urbana, o que ressalta seu caráter social (arts. 6º e 9º da Lei 8.036/90). Trata-se de possibilidade do Poder Público 'trabalhar' com os valores depositados, tendo em vista que não serão integralmente e ao mesmo tempo sacados por todos os trabalhadores, o que significa dizer que se dá uma utilidade para os depósitos enquanto não implementadas as condições individuais de saque.

Entretanto, tal como o saque não se confunde com a existência do SUS, também em lhe prejudica a previsão de uso do saldo pelo Poder Público, eis que como acima mencionado diz exclusivamente com o direito deste de fazer uso de valores que não lhe pertencem, em prol da comunidade, enquanto seu real proprietário dele não necessitar.

Assim, é imperioso reconhecer que a finalidade precípua do Fundo é o saque individual e não o uso do saldo pelo Poder Público. Trata-se de depósito compulsório feito pelo empregador em nome do empregado, espécie de poupança garantidora do trabalhador, a ser integralmente sacada em determinadas situações. É direito e propriedade do empregado.

Qualquer alegação no sentido de que o saque pelo empregado será em detrimento da coletividade é evidente desvirtuação da finalidade precípua que originou o FGTS. Embora seja instituto de natureza multidimensional, combinando harmonicamente fins trabalhistas e fins de caráter social, somente o primeiro é preponderante e compatível com a obrigação do depósito.

Tenho que andou bem a sentença ao reconhecer tal situação, determinando a cobertura fundiária a doenças não previstas no regulamento do FGTS: *'ainda que as moléstias não se encontrem elencadas no art. 20, da Lei 8036/90, devemos considerá-las dentro dos preceitos insculpidos na Constituição Federal: o direito à saúde, à vida e à dignidade humana. Além disso, deve-se levar em conta o caráter social do Fundo que é, justamente, assegurar ao trabalhador o atendimento de suas necessidades básicas e de seus familiares'*. A decisão de primeiro grau, entretanto, foi de parcial procedência, fazendo abarcar somente parte das doenças postuladas nestes autos: incisos I, II, III, V, VI, VII, VIII, IX, X e XI, todos da Portaria Interministerial 2.998/01, considerando que os incisos IV e XII desta norma já estão previstos nos incisos XI e XIII do art. 20 da Lei 8.036/90.

Analisando detidamente a matéria, não vislumbro fundamento fático para não coferir alargamento total, abarcando todas as doenças elencadas

na Portaria Interministerial (hepatopatia grave e contaminação por radiação, constantes nos incisos XIII e XIV não deferidos) e também confirmando o direito ao saque nas hipóteses em que a jurisprudência já pacificou seu entendimento em prol do trabalhador: artrite reumatóide severa, hepatite crônica do tipo C, miastemia gravis e lúpus eritematoso sistêmico.

A artrite reumatóide em sua manifestação grave (severa), consoante os termos do Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas para o tratamento da Artrite Reumatoide do Ministério da Saúde (Portaria SCTIEJMS 66/06), tem como características *'mais de 20 articulações persistentemente acometidas, elevação dos reatores de fase aguda, anemia de doença crônica, hipoalbuminemia, fator reumatoide positivo, radiografias demonstrando erosões e perda de cartilagem e doença extra-articular'*. É jurisprudencialmente deferido o saque, como se vê em decisão deste TRF4 publicada no DJ 10/04/2002. Ademais, desde 2005, tramita estudo na Câmara dos Deputados buscando justamente incluir esta moléstia dentre as previsões legais de saque (conforme http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1402/inclusao_artrite_viv_eiros.pdf?sequence=1 <lu>).< div="">

A hepatite crônica do tipo C compromete o fígado e pode levar a morte por cirrose hepática, conforme Protocolo Clínico do Ministério da Saúde para seu tratamento (Portaria SAS/MS 863/08) e dados das Sociedades Brasileiras de Hepatite, de Infectologia e de Clínica Médica. Dados atuais indicam que é a principal causa de transplante hepático em países desenvolvidos e responsável por 60% das hepatopatias crônicas, motivo pelo qual a Corte Pátrias há muito têm deferido o levantamento do Fundo, como nos casos: **TRF3**, AC 200661080049191, Relator(a) DESEMBARGADORA FEDERAL RAMZA TARTUCE, DJF3 CJ1 DATA:22/09/2009; **TRF3**, AC 200661000029327, Relator(a) DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, DJU DATA:30/11/2007, **TRF4** AC 9504418996, Relator(a) PAULO AFONSO BRUM V AZ, DJ 16/09/1998 e **TRF5**, AC 200784000013064, Relator(a) Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, DJ - Data.:03/12/2007.

A miastenia gravis (MG) é doença auto imune que afeta mais comumente os músculos da face; causa dificuldades na fala e na mastigação, e a crise miastênica é definida por insuficiência respiratória associada a fraqueza muscular grave (conforme Portaria Ministério da Saúde/SAS 29/10 e site da Associação Brasileira de Miastenia Grave). É judicialmente deferida, conforme **TRF5**, REO 9505236506, Relator(a) Desembargador Federal Jose Delgado, DJ Data: 17/11/1995.

A lúpus eritematoso sistêmico (LES) é também doença auto-imune, afeta o tecido conjuntivo que *'se caracteriza pela presença de lesões cutâneovasculares localizadas ou disseminadas (..) no lúpus eritematoso sistêmico, além da participação cutânea, há envolvimento de outros aparelhos e sistemas'* (Portaria Conjunta MS/SPS/SAS 25/02), reconhecido direito ao saque

do FGTS conforme, por exemplo, RESP 240.920IPR, ReI. Min. GARCIA VIEIRA, DJ 27/03/2007).

Especificamente quanto às duas doenças previstas na Portaria Interministerial e não deferidas pela sentença de primeiro grau (contaminação por radiação e hepatopatia grave, incisos XIII e XIV, respectivamente), são moléstias que, em razão de sua gravidade, tornam o portador isento do recolhimento do IRPF, onforme art. 6º, XIV, Lei 7.713/88.

Ambas são doenças incapacitantes e degenerativas e, como todas as demais suprarreferidas, inclusive aquelas deferidas em sentença, devem garantir a liberação do FGTS, por coerência e interpretação sistemática do ordenamento, em especial com base nas garantias constitucionais do direito à vida, à saúde e à dignidade da pessoa.

Estas patologias se afiguram incapacitantes e/ou penosas, e são administradas com custos tão elevados, até quanto é possível comparar, quanto às demais doenças cuja manifestação se encontra reconhecida pela Lei como causa autorizadora do levantamento do saldo da conta do FGTS.

Entendo, assim, que a ação deva ser julgada totalmente procedente enfatizando, por fim, na esteira de posicionamento pacífico, que não se faz necessário indicar todos os dispositivos legais e constitucionais nos quais se funda a decisão, desde que fundamentada e motivadamente exponha suas razões.

Por fim, este o teor do julgado na Arguição de Inconstitucionalidade 5017624-08.2012.404.0000:

RELATÓRIO

Trata-se de incidente de arguição de inconstitucionalidade suscitado pela Terceira Turma deste Tribunal em face da norma prevista no parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 7.347/85, com redação dada pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001, que excluiu o cabimento de ação civil pública para veicular pretensões que envolvam o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, por ofensa ao artigo 127, caput, e artigo 129, III, ambos da Constituição Federal.

O Ministério Público Federal opina pelo provimento do incidente, com a decretação da inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º, da Lei nº 7.347/85.

É o relatório.

Peço dia para julgamento.

VOTO

Inicialmente cabe considerar que o princípio da Reserva de Plenário, inserido no artigo 97 da Constituição Federal, é condição de eficácia da decisão a ser proferida pelo tribunal. Desdobrando o referido dispositivo, torna-se evidente que a inconstitucionalidade de

qualquer ato normativo estatal só pode ser declarada pela maioria absoluta de todos os membros do Tribunal, em atenção, também, à Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal, verbis:

Súmula Vinculante 10

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Feita esta consideração, passo a análise do mérito.

A questão ora em exame, cinge-se à impossibilidade do Ministério Público manejar ação civil pública para veicular pretensões que envolvam o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS. Esta vedação foi incluída na Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) pela Medida Provisória nº 2.180-35, em 2001), verbis:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

()

Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

Com efeito, arguí na Turma a inconstitucionalidade da alteração legislativa na Lei da ACP porque entendo que houve violação às funções institucionais do Ministério Público pelo legislador infraconstitucional.

*Cabe ao Parquet ajuizar ação civil pública em defesa de direitos coletivos, desde que esteja configurado interesse social relevante, **como é o caso dos autos**, onde o Ministério Público pleiteia o alargamento das hipóteses de levantamento do saldo em conta vinculada do Fundo de Garantia de Tempo de Serviço - FGTS, nos casos em que os trabalhadores ou seus dependentes sejam acometidos de doenças graves, não previstas expressamente no artigo 20 da Lei nº 8.036/90.*

Com efeito, na Constituição de 1988 a instituição ministerial encontrou o seu apogeu, considerado como uma função essencial à justiça, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme dispõe o artigo 127, caput.

Por sua vez, as funções institucionais do Ministério Público, estão elencadas no artigo 129, verbis:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

(...)

Na lição de Maria Sylvia Zanella di Pietro, constitui pressuposto da ação civil pública o dano ou a ameaça de dano a interesse difuso ou coletivo, abrangido por essa

expressão o dano ao patrimônio público e social, entendida a expressão no seu sentido mais amplo. Com a expressão interesse difuso ou coletivo, constante no artigo 129, III, da Constituição, foram abrangidos os interesses públicos concernentes a grupos indeterminados de pessoas (interesse difuso) ou a toda a sociedade (interesse geral); a expressão interesse coletivo não está empregada, aí, em sentido restrito, para designar o interesse de uma coletividade de pessoas determinadas. (Direito Administrativo, 20ª edição. Ed. Atlas).

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, atualmente regido pela Lei nº 8.036, de 1990, tem acento constitucional, no artigo 7º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. Constitui-se, pois, em um direito social do trabalhador, espécie do gênero direito fundamental.

Com efeito, os direitos sociais são liberdades ou prestações positivas que têm por escopo beneficiar os hipossuficientes, assegurando-lhes situação de vantagem, direta ou indireta, a partir da realização da igualdade real. Funciona como um pecúlio acumulado, uma espécie de reserva do trabalhador ou poupança particular, com o fito de suprir despesas excepcionais não acobertadas pelo salário, v.g, casos de doença grave, aquisição de casa própria, etc. Por isso, envolve um complexo de depósitos em contas bancárias de que são titulares os empregados, cuja responsabilidade fica a cargo dos empregadores. (Constituição Federal Anotada, Uadi Lammêgo Bulos, ed. Saraiva, 2007).

*Conforme reiterado entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, o FGTS tem natureza **dúplice - de salário diferido** (em relação ao empregado) e **de espécie análoga a tributo** (em relação ao empregador) - conforme RR-9895500-43.2004.5.09.0016, Relator Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires, DEJT 07/05/2010.*

*Entendo que a Medida Provisória, ao restringir as atribuições do Ministério Público, inviabilizando o ajuizamento de ação civil pública que discuta o FGTS, **independentemente da sua natureza** - se referente aos deveres dos empregadores ou aos direitos dos empregados - cerceou a defesa de um interesse coletivo e violou frontalmente os artigos 127, e 129, inciso III, da CF/88, trazendo uma expressa capitis diminutio à instituição a quem a Constituição de 1988 confiou à defesa dos interesses mais elevados da convivência social.*

Cito trecho do parecer da representante do Ministério Público nesta Corte, Dra. Andrea Falcão de Moraes:

É inegável o caráter social dos interesses defendidos por via da presente demanda - o que, por si só, já elide qualquer óbice infraconstitucional ao manejo da ação civil pública pelo Ministério Público, haja vista o disposto no art. 127 e no art. 129, inciso II, ambos da CF. Efetivamente, o FGTS é um direito social, expressamente reconhecido aos trabalhadores pelo art. 7.º, inciso III, da CF. Outrossim, a possibilidade de levantamento dos valores do FGTS - salário diferido ou poupança forçada do trabalhador, para uso em situações de séria necessidade - em caso de doença grave, nos moldes em que defendida na presente demanda, com assegurar ao trabalhador recursos voltados a seu tratamento e bem-estar em situações tais, vem em prol da máxima efetivação do direito fundamental social à saúde, previsto no art. 6.º, caput, e no art. 196, ambos da CF.

Outrossim, não desconheço posicionamento firmado no Supremo Tribunal Federal, desde 2000, no sentido de que incabível ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público para questionar exigibilidade de tributo (RE 213.631/MG, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ 07/04/2000 e RE 195.056/PR, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ 14/11/2003).

O entendimento busca evitar que, em sede de controle difuso de constitucionalidade, quando o efeito deve ser inter partes, produzam-se efeitos erga omnes, o que é típico de decisões relativas ao recolhimento tributário.

Entretanto, este não é o caso em comento. Como se vê, especificamente em relação aos direitos dos trabalhadores, o FGTS é espécie de 'para-salário'. Evidencia-se como direito social de, mediante depósitos bancários em conta vinculada, formar uma poupança e ter garantidos recursos em casos como o acometimento, dele ou de seus dependentes, de doença grave. Sua movimentação, em especial para fins de garantir o direito fundamental à saúde, cuja defesa mediante ação civil pública por parte do Ministério Público Federal é constitucionalmente prevista.

Ou seja, a pretensão não é questionar a higidez da ação civil pública como meio para discussão do recolhimento do FGTS, mas a possibilidade de utilizá-la para discutir as hipóteses de seu levantamento por seu 'proprietário/beneficiário'.

A toda evidência, a alteração legislativa provocada pela já referida Medida Provisória, não pode prevalecer nas situações em que estejam previstos os requisitos constitucionais para propositura da ação civil pública. Entendo que o legislador infraconstitucional ao mencionar indiscriminadamente o FGTS, acabou por restringir indevidamente a atuação do MPF e a defesa do trabalhador.

Qualquer mudança na legislação infraconstitucional deve ser compatível com a Constituição, uma vez que o ordenamento jurídico é um sistema (Claus-Wilhelm Canaris, Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito, 1999, p. 12 e ss).

Um sistema pressupõe ordem e unidade, devendo suas partes conviverem de maneira harmoniosa. A quebra dessa harmonia deverá deflagrar mecanismos de correção, sendo o controle de constitucionalidade o mais importante mecanismo de verificação da compatibilidade entre uma lei ou ato normativo infraconstitucional e a Constituição Federal.

Cabe a nós, Poder Judiciário, o exercício desta nobre função. Deve ser ela desempenhada da maneira menos traumática, ou seja, buscando preservar o máximo possível a manutenção no ordenamento jurídico das leis, em atenção à presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente. Para isto, mister o exercício de interpretação feito pelo juiz (técnicas da interpretação conforme a Constituição, declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e permanência da norma ainda constitucional).

Nesta linha de entendimento, embora reconheça que existam muitas decisões no STF sinalizando, pelo menos no controle abstrato de normas, no sentido da equivalência entre a interpretação conforme a Constituição e a declaração de nulidade parcial sem redução de texto, ao fundamento que esta pode ser utilizada como um mecanismo para atingir-se àquela (ADI-MC 491, Rel. Moreira Alves), sigo aqui o magistério de Gilmar Ferreira Mendes (Curso Direito Constitucional, ed. Saraiva, página 1303/1305).

Explica que, enquanto na interpretação conforme a Constituição se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na declaração de nulidade sem redução de texto, a expressão exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal.

Leciona o autor, se se pretende realçar que determinada aplicação do texto normativo é inconstitucional, dispõe o Tribunal da declaração de inconstitucionalidade sem

redução de texto, que, além de mostrar-se tecnicamente adequada para essas situações, tem a virtude de ser dotada de maior clareza e segurança jurídica, expressas na parte dispositiva da decisão. Exemplifica: a lei X é inconstitucional se aplicável a tal hipótese; a lei Y é inconstitucional se autorizativa da cobrança do tributo em determinado exercício financeiro.

A declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto possui uma dimensão negativa. Significa dizer que procura retirar um sentido normativo do texto - não se limitando a uma simples atividade hermenêutica -, enquanto que a interpretação conforme possui uma dimensão positiva, ou seja, no sentido de atribuir um sentido normativo ao texto.

Por fim, e apenas para reforçar a minha opção pela declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, destaco que o legislador distingue as duas figuras, no artigo 28, § único da Lei nº 9.868/99, a conhecida 'Lei da ADI':

Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. Grifo nosso

Assim, entendo que o § único, do artigo 1º, da Lei nº Lei nº 7.347/85 é inconstitucional, no tocante a vedação do cabimento da ação civil pública para veicular pretensões que envolvam o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS quando a questão se referir aos direitos dos empregados.

Ante o exposto, voto por acolher o incidente de inconstitucionalidade, para declarar a inconstitucionalidade parcial do § único, do artigo 1º, da Lei nº Lei nº 7.347/85, sem redução de texto, por ofensa aos artigos 127 e 129, III, da Constituição Federal.

ACÓRDÃO

'INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ARTIGO 1º, § ÚNICO, DA LEI 7.347/85. VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 127 E 129 DA CF.

O § único, do artigo 1º, da Lei nº Lei nº 7.347/85 é inconstitucional, no tocante a vedação do cabimento da ação civil pública para veicular pretensões que envolvam o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS quando a questão se referir aos direitos dos empregados, por ofensa aos artigos 127 e 129, III, da Constituição Federal.'

Ante o exposto, voto por dar provimento ao recurso de apelação do Ministério Público Federal e dar parcial provimento ao recurso de apelação da Caixa Econômica Federal para afastar a antecipação de tutela.

Des. Federal MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA

Relator

</lu>>.<◇>

Documento eletrônico assinado por **Des. Federal MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **5672447v3** e, se solicitado, do código CRC **A0B99989**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Maria Lúcia Luz Leiria

Data e Hora: 13/03/2013 14:34