

**PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO GABINETE
DO DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE**

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 52117-CE (2003.05.00.028714-6)

AGRTE: UNIÃO

AGRDO: E.G.S.

ADV/PROC: JORGE FERREIRA DE SOUZA E OUTRO

RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO SILVIO OUREM
CAMPOS (CONVOCADO) – PRIMEIRA TURMA

DATA DO JULGEMNTO: 30/03/2006.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal HÉLIO SILVIO OUREM CAMPOS (Relator Convocado):

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, contra decisão proferida pela Juíza Federal da 3ª Vara-CE, Dra. Germana de Oliveira Moraes, que em sede de ação ordinária proposta por E.G.S. contra a União Federal, visando à concessão de pensão por morte deixada por ex-servidora (companheira homossexual), depois de cognição exauriente da fase de conhecimento, concedeu a antecipação dos efeitos da tutela para determinar a imediata implantação do benefício.

Aduziu a agravante que a ilustre julgadora monocrática concedeu a tutela antecipada sem considerar os argumentos por ela apresentados em sua defesa, decidindo contrário à lei, uma vez que não há respaldo legal para a pretensão da agravada e não estarem presentes os pressupostos legais do art. 273, CPC que autorizam a concessão antecipada dos efeitos da tutela pretendida em juízo.

Alegou, ainda, que a decisão vergastada foi de encontro à orientação do Supremo Tribunal Federal, que na ADC nº. 4 decidiu, em medida cautelar, pela constitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494/97, suspendendo ex nunc e com efeito vinculante a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Acrescentou ainda, que a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na ADC nº 4 possui, conforme consta no acórdão desta ação, eficácia erga omnes e força vinculante para os órgãos do Judiciário e do Poder Executivo.

A liminar foi indeferida (fls. 191-196). Não foi ofertada contra-minuta (certidão de fl. 198).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 52117-CE (2003.05.00.028714-6)

AGRTE: UNIÃO

AGRDO: E.G.S.

ADV/PROC: JORGE FERREIRA DE SOUZA E OUTRO

RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO SILVIO OUREM CAMPOS
(CONVOCADO) – PRIMEIRA TURMA

VOTO

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENSÃO ESTATUTÁRIA. MORTE DE COMPANHEIRA HOMOSSEXUAL SERVIDORA PÚBLICA FEDERAL. RECONHECIMENTO DO DIREITO NO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. INSTRUÇÃO NORMATIVA/INSS Nº 25/2000. PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA LIBERDADE INDIVIDUAL. PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL DE DISTINÇÃO EM RAZÃO DO SEXO. COMPROVAÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA E VIDA EM COMUM. DEFERIMENTO. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, contra decisão proferida pela Juíza Federal da 3ª Vara-CE, Dra. GERMANA DE OLIVEIRA MORAES, que em sede de ação ordinária proposta visando à concessão de pensão por morte deixada por ex-servidora do Ministério da Saúde (companheira homossexual), concedeu a antecipação dos efeitos da tutela para determinar a imediata implantação do benefício. 2. Sobre o ponto nodal do litígio, já decidiram outros tribunais pátrios acerca de idêntico tema, na mesma linha de entendimento adotada pelo MM. Juízo a quo, no sentido de que assiste direito ao companheiro do de cujus, decorrente de relação estável homossexual, à percepção de benefícios previdenciários. 3. Precedente do STJ: "(...) 5 - Diante do §3º do art. 16 da Lei n. 8.213/91, verifica-se que o que o legislador pretendeu foi, em verdade, ali gizar o conceito de entidade familiar, a partir do modelo da união estável, com vista ao direito previdenciário, sem exclusão, porém, da relação homoafetiva. (...) Não houve, (...) de parte do constituinte, exclusão dos relacionamentos homoafetivos, com vista à produção de efeitos no campo do direito previdenciário, configurando-se mera lacuna, que deverá ser preenchida a partir de outras fontes do direito. 8 - Outrossim, o próprio INSS, tratando da matéria, regulou, através da Instrução Normativa n. 25 de 07/06/2000, os procedimentos com vista à concessão de benefício ao companheiro ou companheira homossexual, (...)”(STJ – 6ª Turma – Resp 395904/RS – Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa – J. em 13.12.2005 – DJ 06.02.2006 – p. 365). Precedente desta Corte: "(...) O reconhecimento do direito à pensão previdenciária para companheiro(a) de homossexual, no RGPS, consubstanciado na Instrução Normativa nº 25, de 7 de junho de 2000, editada pelo INSS, pode ser utilizada, por analogia, para a concessão de tal benefício aos servidores públicos federais, em homenagem ao princípio da isonomia (...)”(TRF 5ª R. - AC 238.842 - RN - 1ª T. - Relª Desª Fed. Margarida Cantarelli - DJU 13.03.2002). 4. Preenchidas pela Agravada diversas das exigências constantes da Instrução Normativa suso mencionada, tais como contas de energia, contrato de sociedade comercial, contrato de seguro de vida e testamento público, além de fotos em comum (fls. 146-148), corroboradas, ainda, pelas testemunhas ouvidas em Juízo (fl. 181), revela-se indiscutível a alegada relação de companheirismo. 5. Agravo de Instrumento conhecido mas improvido. O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO SILVIO OUREM CAMPOS (Relator Convocado): Reputando presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade recursal, conheço do Agravo de Instrumento interposto pela UNIÃO. Sobre o assunto, transcrevo a seguir excertos da decisão liminar, exarada pelo MM. Desembargador

Federal UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE, verbis: "Omissis. A alegação de que não cabe a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, tendo em vista a decisão proferida na ADC nº 4, não merece prosperar, porquanto a vedação de que trata o art. 1º da Lei nº. 9.494/97, para a concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, não se aplica a benefício previdenciário, mas tão somente a vencimentos e vantagens de servidores públicos, conforme já entendeu o Supremo Tribunal Federal, no julgado a seguir transcrito: 'EMENTA: Reclamação. A decisão na ADC-4~não se aplica em matéria de natureza previdenciária. O disposto nos arts. 5º, e seu parágrafo único, e 7º, da Lei nº. 4348/1964, e no art. 1º e seu parágrafo 4º da Lei nº. 5021, de 9.6.1966, não concernem a benefício previdenciário garantido a segurado, mas, apenas, a vencimentos e vantagens de servidores públicos. Relativamente aos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº. 8437, de 30.6.1992 que o art 1º da Lei nº. 9494/1997 manda, também, aplicar à tutela antecipada, por igual, não incidem na espécie aforada no Juízo requerido. A Lei nº. 8.437/1992 dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público. No art. 1º, interdita-se deferimento de liminar, 'no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal'. Ocorrência de evidente remissão às normas acima aludidas, no que respeita a vencimentos e vantagens de servidores públicos, que prosseguiram, assim, em vigor. A inteligência desse dispositivo completa-se com o que se contém, na mesma linha, no art. 3º da Lei nº. 8437/1992. Não cabe emprestar ao §3º do art. 1º do aludido diploma exegese estranha a esse sistema, conferindo-lhe, em decorrência, autonomia normativa a fazê-lo incidir sobre cautelar ou antecipação de tutela acerca de qualquer matéria. Reclamação julgada improcedente.'(Rcl nº. 1122/RS, Relator: Min. Néri da Silveira, julg. 30/05/2001, Tribunal Pleno, publ. DJ. 06/09/01, pp. 000008)

No mesmo sentido decidiu o egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região: 'PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUSPENSÃO DE BENEFÍCIO. DEVIDO PROCESSO LEGAL. RESTABELECIMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. AÇÃO PRINCIPAL. RITO. CAUSA DE PEDIR. (...) 4. A vedação de antecipação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública (art. 1º da Lei nº. 9.494/97) está restrita à reclassificação ou equiparação de servidores ou de concessão de aumento ou extensão de vantagens, outorga ou adição de vencimentos ou reclassificação funcional, não se aplicando à hipótese de restabelecimento de benefício previdenciário. (...) 8. Agravo improvido"(Agravo de Instrumento nº. 01000253613, Relator: Des. Federal Eustaquio Silveira, JULG. 18/02/2003, publ. DJ: 28/02/2003, pág. 75). No que concerne à alegação da impossibilidade de manutenção da tutela antecipada, por não encontrar respaldo legal a pretensão da agravada, entendo que a respeito da questão não cabem maiores digressões, já tendo decidido outros tribunais acerca do tema, sob o mesmo entendimento adotado pelo MM. Juízo a quo, no sentido de que assiste direito ao companheiro do de cujus, decorrente de relação estável homossexual, aos benefícios previdenciários, conforme se vê nos precedentes a seguir transcritos: 'PENSÃO ESTATUTÁRIA - MORTE DE COMPANHEIRO HOMOSSEXUAL SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL - CARÊNCIA DA AÇÃO - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO

PEDIDO - INEXISTÊNCIA - INTEGRAÇÃO POR ANALOGIA - VEDAÇÃO LEGAL - INOCORRÊNCIA - RECONHECIMENTO DO DIREITO NO REGÍME GERAL DA PREVIDÊNCIA - PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA LIBERDADE INDIVIDUAL – PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL DE DISTINÇÃO EM RAZÃO DO SEXO - COMPROVAÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA E VIDA EM COMUM - DEFERIMENTO - A inexistência de norma que regule situação fática socialmente reconhecida, mas que não encontra previsão legal no ordenamento, não se faz bastante para extinção do processo por impossibilidade jurídica do pedido, que, apenas, se caracterizaria na hipótese de expressa vedação da legislação ao deferimento da pretensão do litigante. É reconhecido pela doutrina o fato de que os ordenamentos jurídicos apresentam lacunas, que se tornam mais evidentes nos dias atuais, em virtude do descompasso entre a atividade legislativa e o célere processo de transformações por que passa a sociedade, de modo que cabe ao juiz, diante de controvérsias às quais falte a norma específica que se lhes aplique, buscar a integração entre direito e realidade, amparando-se nos princípios gerais do direito, e mormente, como é o caso, fazendo uso do método da analogia, evitando, assim, o non liquet. A legislação previdenciária aplicável aos servidores públicos, regida pela l. 8.112/90, prevê a concessão de pensão por morte ao cônjuge, companheiro do de cujus, sem qualquer vedação expressa a que estes sejam do mesmo sexo. O art. 226, § 3º, da CF, esgrimido pela autarquia apelante como norma proibitiva ao reconhecimento do direito à pensão em comento, cuida especificamente da família e das relações de casamento, não visando a regular matéria previdenciária que é tratada em capítulo próprio da lex mater. A CF erigiu o princípio da igualdade com postulado fundamental, com aplicação específica em relação à proteção referente a discriminações quanto ao gênero, consoante o disposto nos arts. 3º, IV, 5º, I, e 7º, XXX, todos da CF, sendo, por isso, vedadas distinções de qualquer natureza, em razão da opção sexual do indivíduo. O reconhecimento do direito à pensão previdenciária para companheiro(a) de homossexual, no RGPS, consubstanciado na IN 25, de 7 de junho de 2000, editada pelo INSS, pode ser utilizada, por analogia, para a concessão de tal benefício aos servidores públicos federais, em homenagem ao princípio da isonomia. Exaustivamente comprovada pelo promovente, inclusive através de prova documental, a sua dependência econômica em relação ao de cujus, conseqüência direta do desfazimento de atividade comercial própria, em face do projeto de vida em comum, também cabalmente demonstrado. Preenchidas pelo autor diversas das exigências constantes da Instrução Normativa suso mencionada, e sendo-lhe vedado materializar os demais itens, por obstrução do próprio Poder Público, que não admitiria a sua inscrição como dependente do de cujus, para efeitos fiscais e de dependência econômica, na ficha cadastral do rgão patronal, é de lhe ser concedido o direito à pensão requerida. A implantação do benefício deve ser retroativa à data do óbito, nos termos do art. 215, da l. 8.112/90, sendo mantidos os juros de mora à taxa de 0, 5% (meio por cento), a partir da citação, e os honorários em 10% (dez por cento) do valor da condenação'. (TRF 5ª R. - AC 238.842 - RN - 1ª T. - Relª Desª Fed. Margarida Cantarelli - DJU 13.03.2002) 'ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. PENSÃO POR MORTE. UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO DA SOCIEDADE DE FATO. APLICAÇÃO DO PREVISTO NO ART. 217, I, "C" DA LEI 8.112/90 POR ANALOGIA À UNIÃO

ESTÁVEL. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. JUROS MORATÓRIOS DE 1% AO MÊS. VERBA ALIMENTAR. - A sociedade de fato estabelecida entre homossexuais merece tratamento isonômico ao dispensado às uniões heterossexuais em respeito aos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e o da promoção do bem de todos sem preconceito ou discriminação. - O reconhecimento da sociedade de fato permite a aplicação do art. 217, I, "c", como pedido na inicial destes autos, embora não caracterizada a união estável, sob pena de discriminação sexual, interpretando-o de forma analógica e sistemática. Fixação dos juros moratórios à razão de 1% ao mês, pois a jurisprudência dos Tribunais pátrios é massiva em relação à incidência dos juros fixados na taxa prevista por se tratar de dívida de natureza alimentar. Precedentes'. (TRF 4ª R. – AC 412151 - RS - 4ª T. - Rel. Dês. Fed. EDGARD A LIPPMANN JUNIOR - DJU 20.11.2002 p 422)

‘CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. CONCESSÃO. COMPANHEIRO. UNIÃO HOMOSSEXUAL. REALIDADE FÁTICA. TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS. EVOLUÇÃO DO DIREITO. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE IGUALDADE. ARTIGOS 3º, IV E 5º. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. A realidade social atual revela a existência de pessoas do mesmo sexo convivendo na condição de companheiros, como se casados fossem. 2. O vácuo normativo não pode ser considerado obstáculo intransponível para o reconhecimento de uma relação jurídica emergente de fato público e notório . 3. O princípio da igualdade consagrado na Constituição Federal de 1988, inscrito nos artigos 3º, IV, e 5º, aboliram definitivamente qualquer forma de discriminação. 4. A evolução do direito deve acompanhar as transformações sociais, a partir de casos concretos que configurem novas realidades nas relações interpessoais. 5. A dependência econômica do companheiro é presumida, nos termos do § 4º do art. 16 da Lei nº 8.213/91. 6. Estando comprovada a qualidade de segurado do de cujus na data do óbito, bem como a condição de dependente do autor, tem este o direito ao benefício de pensão por morte, o qual é devido desde a data do ajuizamento da ação, uma vez que o óbito ocorreu na vigência da Lei nº 9.528/97. 7. As parcelas vencidas deverão ser corrigidas monetariamente desde quando devidas, pelo IGP-DI (Medida Provisória nº 1.415/96). 8. Juros de mora de 6% ao ano, a contar da citação. 9. Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação, nesta compreendidas as parcelas vencidas até a execução do julgado. 10. Apelações providas’. (TRF 4ª R. - AC 349785 - RS - 6ª T. - Rel. Dês. Fed. NYLSON PAIM DE ABREU - DJU 10.01.2001 p 373)

Compulsando os autos, verifico que a decisão recorrida, submetida a esta Corte por força do presente agravo, deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos. Entendo que o ilustre julgador monocrático interpretou corretamente a legislação de regência, aplicando os institutos jurídicos disponíveis em nosso ordenamento, avaliando os fatos narrados pela requerente, e decidindo acertadamente. De fato, não há vedação legal à pretensão da recorrida, restando cabalmente comprovada a relação de companheirismo homossexual (convivência more uxorio) entre a agravada e a ex-servidora falecida, considerando a farta documentação anexada aos autos. Sem dúvida, há que se concordar com a conclusão a que chegou a juíza

singular, ao aferir que estão presentes os pressupostos que possibilitam o julgador antecipar os efeitos da tutela postulada em juízo, restando presente o primeiro requisito a possibilitar a concessão do provimento antecipatório, configurado pela prova inequívoca da verossimilhança da alegação, em face da comprovada relação estável homossexual, bem como o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, como segundo requisito, também restou configurado, tendo em vista se tratar de crédito de natureza alimentar indispensável à sobrevivência do agravado.(art. 273, I e II, CPC). Omissis”.

Por outro lado, acerca da comprovação do aventado companheirismo, assim deixou assentado a magistrada de primeiro grau, verbis:

“(...) Os documentos acostados à exordial (contas de energia, contrato de sociedade comercial, contrato de seguro de vida e testamento público) traduzem, sem sombra de dúvidas, prova inequívoca das alegações da exordial, as quais foram corroboradas, a todo instante, pelas testemunhas ouvidas em Juízo, que informaram ser notória a situação de companheirismo (...)” (decisão a quo, fl. 181). Sobre o thema decidendum, confira-se recente pronunciamento do STJ, verbis:

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. PARTE LEGÍTIMA. 1 - A teor do disposto no art. 127 da Constituição Federal, " O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático de direito e dos interesses sociais e individuais indisponíveis." In casu, ocorre reivindicação de pessoa, em prol de tratamento igualitário quanto a direitos fundamentais, o que induz à legitimidade do Ministério Público, para intervir no processo, como o fez. 2 - No tocante à violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, uma vez admitida a intervenção ministerial, quadra assinalar que o acórdão embargado não possui vício algum a ser sanado por meio de embargos de declaração; os embargos interpostos, em verdade, sutilmente se aprestam a rediscutir questões apreciadas no v. acórdão; não cabendo, todavia, redecidir, nessa trilha, quando é da índole do recurso apenas reexpressar, no dizer peculiar de PONTES DE MIRANDA, que a jurisprudência consagra, arredando, sistematicamente, embargos declaratórios, com feição, mesmo dissimulada, de infringentes. 3 - A pensão por morte é : "o benefício previdenciário devido ao conjunto dos dependentes do segurado falecido – a chamada família previdenciária - no exercício de sua atividade ou não (neste caso, desde que mantida a qualidade de segurado), ou, ainda, quando ele já se encontrava em percepção de aposentadoria. O benefício é uma prestação previdenciária continuada, de caráter substitutivo, destinado a suprir, ou pelo menos, a minimizar a falta daqueles que proviam as necessidades econômicas dos dependentes. " (Rocha, Daniel Machado da, Comentários à lei de benefícios da previdência social/Daniel Machado da Rocha, José Paulo Baltazar Júnior. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2004. p.251). 4 - Em que pesem as alegações do recorrente quanto à violação do art. 226, §3º, da Constituição Federal, convém mencionar que a ofensa a artigo da Constituição Federal não pode ser analisada por este Sodalício, na medida em que tal mister é atribuição exclusiva do Pretório Excelso. Somente por amor ao debate,

porém, de tal preceito não depende, obrigatoriamente, o desate da lide, eis que não diz respeito ao âmbito previdenciário, inserindo-se no capítulo 'Da Família'. Face a essa visualização, a aplicação do direito à espécie se fará à luz de diversos preceitos constitucionais, não apenas do art. 226, §3º da Constituição Federal, levando a que, em seguida, se possa aplicar o direito ao caso em análise. 5 - Diante do § 3º do art. 16 da Lei n. 8.213/91, verifica-se que o que o legislador pretendeu foi, em verdade, ali gizar o conceito de entidade familiar, a partir do modelo da união estável, com vista ao direito previdenciário, sem exclusão, porém, da relação homoafetiva. 6- Por ser a pensão por morte um benefício previdenciário, que visa suprir as necessidades básicas dos dependentes do segurado, no sentido de lhes assegurar a subsistência, há que interpretar os respectivos preceitos partindo da própria Carta Política de 1988 que, assim estabeleceu, em comando específico: " Art. 201- Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a: [...] V - pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto no § 2º." 7 - Não houve, pois, de parte do constituinte, exclusão dos relacionamentos homoafetivos, com vista à produção de efeitos no campo do direito previdenciário, configurando-se mera lacuna, que deverá ser preenchida a partir de outras fontes do direito. 8 - Outrossim, o próprio INSS, tratando da matéria, regulou, através da Instrução Normativa n. 25 de 07/06/2000, os procedimentos com vista à concessão de benefício ao companheiro ou companheira homossexual, para atender a determinação judicial expedida pela juíza Simone Barbasin Fortes, da Terceira Vara Previdenciária de Porto Alegre, ao deferir medida liminar na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, com eficácia erga omnes. Mais do que razoável, pois, estender-se tal orientação, para alcançar situações idênticas, merecedoras do mesmo tratamento. 9 - Recurso Especial não provido. (STJ – 6ª Turma - REsp 395904/RS – Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa – J. em 13.12.2005 – DJ 06.02.2006 – p. 365). Por conseguinte, com fundamento nas razões acima alinhadas, NEGO PROVIMENTO ao Agravo de Instrumento interposto pela UNIÃO. É como voto.