

Tribunal Regional Federal da 3ª Região

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL

MINUTA DE JULGAMENTO FLS.

*** NONA TURMA ***

ANOTAÇÕES: DUPLO GRAU JUST.GRAT.

2002.61.83.003834-4 1091320 AC-SP

PAUTA: 15/10/2007 JULGADO: 15/10/2007 NUM. PAUTA: 00058

RELATOR: DES.FED. SANTOS NEVES

PRESIDENTE DO ÓRGÃO JULGADOR: DES.FED. SANTOS NEVES

PRESIDENTE DA SESSÃO: DES.FED. SANTOS NEVES

PROCURADOR(A) DA REPÚBLICA: Dr(a). JOSÉ LEONIDAS BELLEM DE LIMA

AUTUAÇÃO

APTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

APDO : A. A. DA S.

REMTE : JUIZO FEDERAL DA 7 VARA PREVIDENCIARIA DE SAO PAULO

ADVOGADO(S)

ADV : JORGE LUIS DE CAMARGO

ADV : HERMES ARRAIS ALENCAR

ADV : FERNANDO QUARESMA DE AZEVEDO

SUSTENTAÇÃO ORAL

CERTIDÃO

Certifico que a Egrégia NONA TURMA, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Nona Turma, por unanimidade, rejeitou a matéria preliminar e, no mérito, negou provimento à apelação e à remessa oficial e, antecipou, de ofício, a tutela. Votaram os(as) JUIZ CONV. MARCUS ORIONE e JUIZ CONV CIRO BRANDANI.

Ausentes justificadamente os(as) DES.FED. DIVA MALERBI e
DES.FED. MARISA SANTOS.

ANA PAULA BRITTO HORI SIMÕES

Secretário(a)

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SANTOS NEVES: Trata-se de apelação interposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, contra a decisão de primeira instância (fls. 330/341), que julgou procedente o pedido, condenando o INSS a conceder a parte Autora pensão por morte, calculada nos termos do artigo 75 da Lei n.º 8.213/91, desde a data do óbito, incidindo sobre as diferenças apuradas juros de mora e correção monetária. Condenou o Requerido, ainda, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios. Concedeu a antecipação dos efeitos da tutela. O INSS, em suas razões (fls. 348/353), requer, preliminarmente, a decretação de nulidade da prova testemunhal, em face da ausência de intimação pessoal do INSS, bem como a cassação dos efeitos da antecipação da tutela jurisdicional, deferida por ocasião da prolação da sentença, em razão da ausência dos requisitos legalmente exigidos para a concessão da medida. No mérito, sustenta a ausência do preenchimento dos requisitos necessários à concessão do benefício. Sentença submetida ao reexame necessário, com contra-razões às fls. 358/360, subiram os autos a esta Corte. Dispensada a revisão, nos termos do artigo 33, inciso VIII, do Regimento Interno deste Tribunal. É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SANTOS NEVES: O recurso atende aos pressupostos de admissibilidade e merece ser conhecido. A audiência de instrução e julgamento foi designada em 08/07/2003, para ocorrer em 07/08/2003. Nesta época, o artigo 6º da Lei n.º 9.028/95, que determinava a intimação pessoal dos membros da Advocacia-Geral da União, encontrava-se suspenso cautelarmente pela ADIN 2.251-2, de 15 de março de 2001. Logo, não havia obrigatoriedade da intimação pessoal do INSS, para participar da

audiência designada; diferentemente dos casos ocorridos após a edição da Lei n.º 10.910/2004. Ademais, não há que se falar em cerceamento de defesa, pois devidamente intimada, por meio de publicação no Diário Oficial, acerca da audiência (fls. 289), a Autarquia deixou de comparecer. Afasto a preliminar de não cabimento da tutela antecipada. Convencido o Juízo a quo do direito da parte, e presentes os requisitos do artigo 273 c.c. 461 do Código de Processo Civil, viável antecipar os efeitos da tutela jurisdicional na prolação da sentença. Por outro lado, não merece acolhida a pretensão do INSS de suspensão do cumprimento da decisão por este Relator, vez que não configuradas as circunstâncias dispostas no artigo 558 do CPC. Rejeito, pois, as preliminares argüidas. Passo ao exame do mérito.

Discute-se neste recurso o preenchimento dos requisitos exigidos para a concessão do benefício pleiteado – pensão por morte, com reconhecimento de união estável homoafetiva– sendo necessária, ex vi do artigo 74 c.c. artigo 16, inciso I e §3º da Lei 8.213/91, a comprovação da qualidade de segurado do De Cujus ao tempo da ocorrência do fato gerador do benefício (óbito em 12/09/2002), a dependência econômica do Autor, bem como sua condição de companheiro do falecido. A Constituição, em seu artigo 226, regulamentado pela Lei n.º 9.278/96, reconhece e protege a união estável, igualando-a, inclusive, em efeitos, ao casamento, e garantindo, com isso, todos os direitos inerentes, no qual se inclui a pensão por morte (artigo 16, I, da lei n.º 8.213/91). Não obstante conceituada no artigo 226, §3º, da Carta Magna, a união estável como a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, o mesmo tratamento dispensado às relações heterossexuais deve ser estendido às relações homossexuais, pois a opção ou condição sexual não pode ser usada como fator de discriminação, em face do disposto no inciso IV, do artigo 3º, da Constituição Federal, que proclama, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Ademais, com base no princípio da isonomia, o companheiro ou companheira homossexual, desde maio/2001, por força de decisão judicial proferida na ação civil pública nº 2000.71.00.009347-0, da 3ª Vara Federal Previdenciária de Porto Alegre, da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul, teve reconhecido o direito de obter pensão por morte do companheiro participante do regime de previdência do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. A concessão do benefício foi regulamentada pelo INSS através da Instrução Normativa INSS/PRES nº 11 - de 20 de setembro de 2006 - DOU de 21/9/2006:

“Art. 271. Por força de decisão judicial (Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0), fica garantido o direito à pensão por morte ao companheiro ou companheira homossexual, para óbitos ocorridos a partir de 5 de abril de 1991, desde que atendidas todas as condições exigidas para o

reconhecimento do direito a esse benefício, observando-se o disposto no art. 105 do RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999.”

A propósito, confira-se a jurisprudência:

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. PARTE LEGÍTIMA. (...) 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, mercedoras do mesmo tratamento. 9 - Recurso Especial não provido. (STJ, Sexta Turma, RESP – 395904, proc. n.º: 200101897422/RS, v.u., Rel. Des. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, DJ de 06/02/2006, pg. 365) Com efeito, estabelecida a possibilidade de reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo para fins previdenciários, impende verificar se restou comprovada esta relação nos autos, o que viabilizaria à concessão do benefício almejado. A comprovação da união estável havida entre o Autor e o falecido, impõe a existência de um início de prova material para sua comprovação.

Nesta esteira, a jurisprudência do E. STJ:

“PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - EX-COMPANHEIRA - REQUISITOS. 1. A VALORAÇÃO DA PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL DA DEPENDENCIA ECONOMICA E DO CONCUBINATO DE EX-SEGURADO É VÁLIDA SE APOIADA EM INDÍCIO RAZOÁVEL DE PROVA MATERIAL. 2. RECURSO NÃO CONHECIDO.” (STJ - RESP 142601/PE, DJ de 03/08/1998, página 00285, Rel. Min. Edson Vidigal, j. em 18/06/1998, 5ª Turma).

No caso destes autos, a Certidão de Óbito (fls. 64), ocorrido em 12/09/2002, a fatura mensal de cartão de crédito em nome do falecido, datada de 08/05/1999 (fls. 68); as correspondências enviadas pela Telesp em nome do falecido (fls. 70) e do Autor (fls. 71), ambas datadas de 09/1996; a nota fiscal de fls. 72, em nome do falecido, datada de 14/12/1998, todos evidenciando domicílio em comum; a Declaração firmada em cartório, conjuntamente, pelo falecido e pelo Autor, em 24/07/2002, informando sobre a relação de sociedade conjugal que tiveram desde 26/05/1995 (fls. 66); as justificações eleitorais (fls. 73), com número de protocolo subseqüentes e carimbo de data e local coincidentes (Piracaia/1996); a Declaração firmada em cartório pelo falecido, em 12/06/2000, por meio da qual transferiu todos os seus direitos, exercitáveis na assembléia condominial, para o Autor (fls. 69); a fatura de cartão de crédito em nome do falecido, com data de vencimento em 11/05/1999, e respectivo comprovante de pagamento em nome do Autor (fls. 74/75); o cheque caução assinado pelo Autor, a fim de possibilitar a internação do falecido em 10/09/2002 (fls. 76); as fotos (fls. 77/90); o instrumento particular de contrato de locação firmado entre o Autor e terceiros, em 30/07/1997, no qual consta cláusula outorgando ao falecido poderes para representá-lo em questões inerentes ao imóvel (fls. 101/108), constituem início de prova material que,

somada aos depoimentos testemunhais (fls. 304/305), comprovam a convivência pública, contínua e duradoura entre o Autor e o falecido até o instante do óbito. Assim, uma vez comprovada a união estável, não subsistem dúvidas sobre a dependência econômica do Requerente, pois o companheiro é dependente por presunção legal, a teor do disposto no artigo 16, inciso I e § 4º da Lei n.º 8.213/91. Por outro lado, a qualidade de segurado do falecido restou comprovada, pois, através de anotação em CTPS (fls. 144), -confirmada pelo CNIS/DATAPREV-, constata-se que o De Cujus recebia auxílio-doença (NB 1203080392), mantendo, assim, a qualidade de segurado, independentemente de contribuição, por estar no gozo de benefício, nos termos do artigo 15, inciso I, da Lei n.º 8.213/91. Em decorrência, concluo pelo preenchimento dos requisitos exigidos pela legislação previdenciária para a concessão da pensão por morte. Antecipo, de ofício, a tutela jurisdicional, nos termos do artigo 461, § 3º do Código de Processo Civil, para que o INSS proceda à imediata implantação da prestação em causa, tendo em vista a doença do Autor (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) e o caráter alimentar do benefício. Determino seja remetida esta decisão por via eletrônica à autoridade administrativa, a fim de que cumpra a ordem judicial no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária, que será oportunamente fixada em caso de descumprimento.

Segurado: A. A. da S. Benefício: Pensão por morte. DIB: data do óbito. RMI: a calcular.

Ante o exposto, rejeito a matéria preliminar e, no mérito, nego provimento à apelação interposta pelo INSS e à remessa oficial, bem como, antecipo, de ofício, a tutela, para determinar a imediata implantação do benefício, mantendo, no mais, a sentença apelada. É o voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. PRELIMINARES. CERCEAMENTO DE DEFESA. INTIMAÇÃO PESSOAL DO INSS. TUTELA ANTECIPADA. EFEITO SUSPENSIVO. UNIÃO ESTÁVEL. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. COMPANHEIRO. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. QUALIDADE DE SEGURADO. GOZO DE BENEFÍCIO. TUTELA ANTECIPADA. 1- Desnecessidade da intimação pessoal do INSS para comparecer à audiência de instrução e julgamento, uma vez que à época em que realizada, o artigo 6º da Lei nº 9.028/95, que disciplinava a obrigatoriedade, encontrava-se suspenso por força da ADIN 2.251-2/2001. 2- Não houve cerceamento de defesa, pois devidamente intimada, por meio de publicação no Diário Oficial, acerca da audiência, a Autarquia deixou de comparecer. 3- Convencido o Juízo a quo do direito da parte, e presentes os requisitos do artigo 273 c.c. 461 do Código de Processo Civil, viável antecipar os efeitos da tutela jurisdicional na prolação da sentença. 4- Ausentes as

circunstâncias dispostas no artigo 558 do CPC, não é possível o deferimento do efeito suspensivo pelo Relator. 5- A Constituição, em seu artigo 226, regulamentado pela Lei n.º 9.278/96, reconhece e protege a união estável, igualando-a, inclusive, em efeitos, ao casamento, e garantindo, com isso, todos os direitos inerentes, no qual se inclui a pensão por morte (artigo 16, I, da lei n.º 8.213/91). 6- Não obstante o artigo 226, §3º, da Carta Magna, conceituar a união estável como a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, o mesmo tratamento dispensado às relações heterossexuais deve ser estendido às relações homossexuais, pois a opção ou condição sexual não pode ser usada como fator de discriminação, em face do disposto no inciso IV, do artigo 3º, da Constituição Federal, que proclama, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. 7- Com base no princípio da isonomia, o companheiro ou companheira homossexual, desde maio/2001, por força de decisão judicial proferida na ação civil pública nº 2000.71.00.009347-0, da 3ª Vara Federal Previdenciária de Porto Alegre, da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul, teve reconhecido o direito de obter pensão por morte do companheiro participante do regime de previdência do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. 8- União estável comprovada por início de prova material corroborada por prova testemunhal. 9- O companheiro é dependente por presunção legal, a teor do disposto no artigo 16, inciso I e § 4º da Lei n.º 8.213/91. 10- O falecido gozava de benefício previdenciário (auxílio-doença), mantendo, assim, sua qualidade de segurado, nos termos do artigo 15, I, da Lei n.º 8.213/91. 11- Tutela antecipada concedida de ofício, para que o INSS proceda à imediata implantação do benefício, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária, tendo em vista a doença do Autor (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) e o caráter alimentar do benefício. 12- Preliminares rejeitadas. Apelação do INSS e remessa oficial não providas. Sentença mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes os acima indicados, ACORDAM os Desembargadores Federais da Nona Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, em rejeitar a matéria preliminar e, no mérito, negar provimento à apelação interposta pelo INSS e à remessa oficial, bem como, antecipar, de ofício, a tutela, para determinar a imediata implantação do benefício, nos termos do relatório e voto do Senhor Relator, constantes dos autos, e na conformidade da ata de julgamento, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 15 de outubro de 2007. (data do julgamento)

Documento assinado por DF10054-Desembargador Federal Santos Neves