

Publicado em 08/01/2008

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2001.71.00.018298-6/RS

RELATOR: Juiz LUIZ ANTONIO BONAT

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

ADVOGADO: Milton Drumond Carvalho

APELADO: I. DE S. R.

ADVOGADO: Maria Luiza Pereira de Almeida

REMETENTE: JUÍZO SUBSTITUTO DA 02a VARA JEF PREVIDENCIÁRIO DE PORTO ALEGRE

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. COMPANHEIRO. UNIÃO ESTÁVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. SENTENÇA DECLARATÓRIA JUSTIÇA ESTADUAL. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTS. 5º E 226, § 3º. LEI 8.213/91, ARTS. 16, I, E 74. LICC, ARTS. 4º e 5º. 1. A existência de duas sentenças antecedentes, uma proferida por Juiz Estadual e outra por Juiz Federal, amparadas por início suficiente de provas que confirmam o relacionamento entre os companheiros, torna desnecessária a produção de outras provas, permitindo o exame do mérito da pretensão. 2. A Constituição Federal reconhece a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar (art. 226, § 3º), porém, como o Direito é essencialmente dinâmico, deve acompanhar a evolução da própria sociedade, à qual dirigido. 3. Caracterizados relacionamentos entre homossexuais, resultando na chamada união homoafetiva, com intuito de constituição de família, evidenciam-se fatos que geram conseqüências jurídicas, uma vez que a Constituição Federal direciona que todos são iguais, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, caput), cabendo a adequação da situação fática perante o Direito, mediante a utilização da analogia, dos costumes e dos princípios gerais (art. 4º, LICC). 4. A existência de duas sentenças antecedentes, uma proferida por Juiz Estadual, reconhecendo o que chama de "união estável" entre os companheiros do mesmo sexo, amparada em início de prova material, e outra, proferida por Juiz Federal, reconhecendo que, apesar de não ser possível a

união estável entre os companheiros do mesmo sexo, faz-se presente a vida em comum, coabitação, laços afetivos e divisão de despesas para efeito de dependência no plano de saúde, deixam evidenciado que, efetivamente, existia a união homoafetiva, com objetivo de constituição de família, cuja concepção modernamente deve ser adequada à realidade, observando-se que na aplicação da lei deverá prevalecer os fins sociais a que ela se dirige (art. 5º, LICC). 5. Segundo previsto na Lei n.º 8.213/91, a pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer (art. 74), sendo beneficiários, na condição de dependentes do segurado, a companheira e o companheiro (art. 16), sem a distinção de que devam ser de sexos opostos. 6. Apesar de não se tratar de união estável, como assim delinea a Constituição Federal, e independente do nome que a qualifique, ficou seguramente confirmada a união entre os companheiros de mesmo sexo, por mais de dez anos, com publicidade do relacionamento e evidenciado intuito familiar, caracterizada a dependência econômica que, aliás, é presumida entre companheiros (art. 16, § 4º, Lei 8.213/91), pelo que restam atendidos os requisitos legais para o reconhecimento do direito à pensão por morte. 7. Afastada questão de ordem e negado provimento à apelação do INSS e à remessa oficial, tendo sido determinada a juntada de notas taquigráficas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria, vencido o Des. Federal Rômulo Pizzolatti, afastar questão de ordem e, no mérito, por unanimidade, negar provimento à apelação do INSS e à remessa oficial, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 04 de dezembro de 2007.

Juiz Federal LUIZ ANTONIO BONAT

Relator

Publicado em 08/01/2008

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2001.71.00.018298-6/RS

RELATOR: Juiz LUIZ ANTONIO BONAT

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

ADVOGADO: Milton Drumond Carvalho

APELADO: I. DE S. R.

ADVOGADO: Maria Luiza Pereira de Almeida

REMETENTE: JUÍZO SUBSTITUTO DA 02a VARA JEF PREVIDENCIÁRIO DE PORTO ALEGRE

RELATÓRIO

Trata-se de ação ordinária, com pedido de antecipação de tutela, ajuizada por I. DE S. R. contra o INSS, objetivando o reconhecimento de união estável para fins de concessão de pensão por morte de seu companheiro R. P. C. Sentenciando, o MM. Juízo monocrático julgou procedente o pedido para condenar o INSS a conceder à parte autora o benefício de pensão por morte, a contar da data do óbito, em 23-11-1999. A Autarquia Previdenciária foi condenada, ainda, ao pagamento dos valores devidos, de uma vez só, corrigidos monetariamente pelo IGP-DI, desde o vencimento de cada prestação, e acrescidos de juros de mora de 6% ao ano, a partir da citação. Foi condenada, também, ao pagamento dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor atualizado das prestações vencidas até a data da sentença. A r. sentença foi submetida ao reexame necessário. Irresignado, o INSS interpôs recurso de apelação, sustentando a inexistência de previsão legal para o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Caso mantida a sentença, postula que a verba honorária seja fixada em um percentual sobre o valor da causa e limitada até a data da prolação da sentença. Sem as contra-razões, vieram os autos a este Egrégio Tribunal.

É o relatório.

À revisão.

Juiz Federal LUIZ ANTONIO BONAT

Relator

VOTO

Controverte-se nos autos acerca do direito da parte autora à concessão de pensão por morte, em virtude do falecimento do companheiro, R. P. C. , em 23-

11-1999 (fl.09). O benefício de pensão por morte independe de carência e rege-se pela legislação vigente à época do óbito, nos termos da Súmula 340 do STJ. Na hipótese, o falecimento ocorreu em 23-11-1999, sendo aplicáveis as disposições da Lei n.º 8.213/91, com a redação dada pela Lei n.º 9.528/97. O indeferimento do pedido na via administrativa ocorreu devido ao fato da legislação vedar o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo (fl. 122). Mister consignar, ab initio, que não houve controvérsia, em nenhum momento no transcorrer da lide, a respeito da condição de segurado do de cujus, razão pela qual tem-se por incontroversa. De qualquer modo, a condição de segurado do falecido restou demonstrada, pois ele era beneficiário de aposentadoria por invalidez (NB 0670804207), fl. 119. Quanto à união estável, é de ser observado que, a legislação previdenciária, representada pela Lei n.º 8. 213/91, acabou por acatar a condição de dependente do segurado para o companheiro, inclusive, com a presunção da dependência econômica, in verbis :

"Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado : (...) I - ... a companheira, o companheiro (...)

§ 4º. A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada" (destaquei).

Em relação à comprovação da qualidade de companheiro do autor frente ao de cujus, foi juntada aos autos (fls. 134-142) a sentença declaratória de união estável entre o autor e o de cujus, desde 1989 até o óbito de R. P. C. , em 23-11-1999, com trânsito em julgado em 30-05-2001, de acordo com as informações processuais consultadas no site do Tribunal de Justiça/RS. Não foi produzida prova testemunhal, todavia o caso dos autos é peculiar, porquanto houve ação declaratória ajuizada na Justiça Estadual com o fito de reconhecer a união estável entre o autor e o falecido, julgada procedente e transitada em julgado, como já referido acima. Neste ponto, cumpre observar que a competência para julgamento das ações de declaração de união estável é da Justiça Estadual, segundo entendimento pacificado no STJ, mesmo que com o fito de obtenção de benefícios junto a autarquias ou empresas públicas. O resultado na ação estadual vincula o INSS, mesmo que não tenha sido parte naquele feito. E dessa forma, mesmo que a Justiça Federal possa declarar incidentalmente a união estável, cuja sentença terá efeitos somente entre as partes litigantes, havendo sentença declaratória estadual, esta possui efeitos erga omnes, que devem ser obrigatoriamente observados pelo instituto previdenciário. Nesse sentido, observa-se a jurisprudência dos Tribunais: STJ - CC nº 36210, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 2º Seção , DJ 22-08-2005 e TRF 4 Região - AC nº 2001.71.00.018306-1/RS, Rel. Des. Celso Kipper; Quinta Turma, DJ 26-07-2006. Portanto, restou plenamente provada a condição de dependente do demandante em relação ao de cujus até a data do óbito, fazendo jus ao benefício de pensão por morte, a contar da data do óbito, em

23-11-1999, como bem dispôs o magistrado singular. Com relação aos honorários advocatícios a que foi condenada a Autarquia, fica mantido o percentual fixado pelo Juízo monocrático, esclarecendo-se que deve este incidir tão-somente parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, excluídas as parcelas vincendas, na forma das Súmulas nºs 111 do STJ e 76 deste Tribunal. Frente ao exposto, consoante fundamentação precedente, voto por negar provimento à apelação do INSS e à remessa oficial. Considerando que há sentença advinda da Justiça Estadual reconhecendo como "fato incontroverso a vida em comum entre Isidoro e Ricardo e mútua dependência" e declarando a existência de união estável entre eles, no período de 1989 até 24-11-1999 (fls. 152/160), e sentença oriunda da Justiça Federal reconhecendo a qualidade de companheiros do autor e o de cujus, uma vez que "estão presentes todos os requisitos exigidos: vida em comum, coabitação, laços afetivos, divisão de despesas" (fls. 10/77), entendo ser desnecessária a conversão do julgamento em diligência para a produção de provas para atestar que, na data do óbito de R. P. C. (23-11-1999), este vivia em união homoafetiva com o autor. Ante o exposto, voto por rejeitar a questão de ordem formulada pelo Des. Federal Rômulo Pizzolatti.

VOTO-VISTA

Não foi produzida prova testemunhal da convivência nem da dependência econômica, tendo-se o relator apoiado única e exclusivamente em sentença declaratória de união estável proferida pela Justiça Estadual, a pretexto de que essa decisão "possui efeitos erga omnes, que devem ser obrigatoriamente observados pelo instituto previdenciário" (voto do relator, 2/3). Não teria dificuldade em acompanhar o voto do relator, se essa sentença proferida pela Justiça Estadual (fls. 134-142) fosse juridicamente existente e eficaz. Contudo, trata-se de sentença inexistente, por pretender impor um resultado juridicamente impossível (vide sobre "sentença inexistente": DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. Vol. III, nº 1.232, p. 680-681, e Vol. II, nº 707, p. 582-585). É que a Constituição Federal só estabelece o instituto da "união estável" entre homem e mulher (art. 226, §3º), o que é repetido pela Lei nº 9.278, de 1996 (art. 1º). Também assim entende a doutrina (vide COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil. São Paulo: Saraiva, 2006. Vol. 5, p. 126; MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo Código Civil e a união estável. In: Revista de direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais. nº 13, p. 50-62). A jurisprudência segue a mesma trilha, cabendo referir, por relevante, que o ora demandante já postulou o reconhecimento de união estável na Justiça Federal, o que foi rechaçado por sentença do juiz federal Roger Raupp Rios, de 09-07-1996 (fls. 10-77), confirmada, à unanimidade, pelo TRF da 4ª Região (AC nº 96.04.55333-0/RS, rel. Juíza Marga Barth Tessler, fls. 78-117), e mantida, a

seu turno, pelo STJ (RESP nº 238.715-RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros). Contra o capítulo da sentença do Juiz Rios que negou o reconhecimento da união estável, a pretexto de que juridicamente impossível entre pessoas do mesmo sexo, o autor nem sequer interpôs recurso, pelo que transitou em julgado. Ainda que se objete que a Justiça Federal não teria competência para conhecer de pedido de reconhecimento de união estável, é certo que o fundamento utilizado pelo TRF da 4ª Região para a rejeição do pedido vale também para a Justiça Estadual: tal reconhecimento, assentou o acórdão, só é viável quando se tratar de pessoas de sexo oposto; logo, não pode ser reconhecida a 'união' em relação a pessoas do mesmo sexo (vide ementa do acórdão, item 5, fls. 116). Nada impede, todavia, que o Poder Judiciário, em aplicando princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, confira proteção jurídica aos que, mesmo sendo do mesmo sexo, constituíram de fato família, por força de convivência duradoura, pública e contínua, caso em que se lhes deve aplicar, por analogia, o regime jurídico da união estável, como preconiza o Prof. Fábio Ulhoa Coelho (op. cit., p. 141-145). Ora, afastada, por juridicamente inexistente, a sentença declaratória de união estável (fls. 134-142), o que há nos autos, como prova da convivência duradoura, pública e contínua direcionada à constituição de família, é apenas uma declaração dos pais do apontado companheiro do autor (fls. 120) e a inclusão, por decisão judicial, deste último como dependente daquele no plano de saúde da FUNCEF, o que, a meu ver, é insuficiente para convencimento judicial quanto aos quatro requisitos exigíveis à união homossexual ad familiam (objetivo de constituir família, convivência duradoura, convivência contínua e convivência pública). Assim, face à insuficiência da instrução do presente feito, impõe-se converter o julgamento em diligência, na linha da orientação hoje prevalecente nas turmas previdenciárias deste Tribunal (vide, entre outros julgados, acórdão na AC nº 2005.04.01.051272-8/SC, publicado na Revista do TRF da 4ª Região, n. 63, p. 309-319), propiciando-se à parte autora produzir prova testemunhal, documental e indiciária da presença, à data do óbito do segurado, dos requisitos da alegada união homossexual ad familiam, acima indicados, mediante remessa dos autos ao juízo de origem, pelo prazo de 90 dias. Ante o exposto, voto por suscitar questão de ordem, propondo a conversão do julgamento em diligência.

Desembargador Federal RÔMULO PIZZOLATTI(Digital)