



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELACAO CIVEL

410639

2005.51.01.020261-0

RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO SCHWAITZER
APELANTE : UNIAO FEDERAL
APELADO : M. A. DA S.
ADVOGADO : SONIA PEREIRA ALVES E OUTRO
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 7A VARA-RJ
ORIGEM : SÉTIMA VARA FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
(200551010202610)

RELATÓRIO

Cuida-se de remessa necessária e apelação cível interposta pela UNIÃO FEDERAL contra sentença proferida pelo Juízo da 7ª Vara Federal do Rio de Janeiro – RJ, que julgou parcialmente procedente o pedido, condenando a ré a conceder ao autor a pensão por morte instituída por seu companheiro, a partir da data do óbito deste, com correção monetária e juros de mora de 0,5% (meio por cento) ao mês a contar da citação.

O autor é servidor aposentado pelo Ministério da Fazenda e pretende receber duas pensões por morte instituídas pelo médico aposentado Z. A. C., falecido em 26/03/2002, ao argumento de que foram companheiros durante 18 (dezoito) anos, já que se conheceram em 1953 e passaram a viver em união estável a partir de 1984. O de cujus era aposentado pelo Ministério da Saúde (fl. 14) e também pelo Ministério da Fazenda (fl. 15), de modo que o autor pretende ser habilitado ao recebimento dessas duas pensões a contar da data do óbito.

O MM. Juízo a quo sustentou que a família de fato, hoje alicerçada no afeto, na dedicação e na afeição, tem sua existência consagrada na própria Constituição, que permitiu outras formas de entidades familiares além da formada pelo casamento, devendo a união entre homossexuais ser reconhecida como entidade familiar, em observância aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da não-discriminação. Outrossim, a sentenciante asseverou que restou comprovado, através de documentos e de depoimentos testemunhais, terem o autor e o de cujus vivido em união estável por longos anos. No tocante à possibilidade de cumulação das duas pensões com a aposentadoria paga ao autor pelo Ministério da Fazenda, consignou que



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELACAO CIVEL

410639

2005.51.01.020261-0

não é vedada a cumulação de aposentadoria com pensão, eis que possuem natureza e fatos geradores diversos, mas que, de outro giro, não é possível receber duas pensões (uma pelo Ministério da Saúde e outra pelo Ministério da Fazenda). Diante disso, condenou a UNIÃO a habilitar o autor como beneficiário da pensão por morte instituída por seu companheiro junto ao Ministério da Fazenda, por ser esta a de valor mais elevado, cumulativamente com a aposentadoria que o autor já percebe também pelo Ministério da Fazenda, bem como a pagar as prestações vencidas desde a data do óbito.

Em suas razões de apelação (fls. 86/92), a UNIÃO alega que só deve ser reconhecida como união estável aquela entre homem e mulher, quando a convivência é contínua, duradoura e pública, objetivando a constituição de família. Nesta rota, afirma que o pedido de pensão por morte não pode ser deferido, já que o autor não se encaixa na condição de companheiro.

Contra-razões do autor, às fls. 95/96.

É o relatório.

SERGIO SCHWAITZER
RELATOR

VOTO

A Apelante alega que a união estável como entidade familiar não pode ser constituída por pessoas do mesmo sexo, pois o art. 226, § 3º, da Constituição de 1988 estabelece como requisito da união estável a diversidade dos sexos. Nesta rota, sustenta que, se a pensão estatutária é devida à pessoa designada que comprove união estável como entidade familiar (art. 217, I, “c”, da Lei nº. 8.112/90), não pode ser concedida a parceiro(a) homossexual, que não se enquadra no conceito de companheiro(a).

Nada obstante, entendo que não assiste razão à Apelante, pois a própria Constituição de 1988, ao consagrar o pluralismo familiar e o princípio da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELACAO CIVEL

410639

2005.51.01.020261-0

dignidade da pessoa humana, reconheceu as uniões homossexuais como entidades familiares, entendimento que tem sido adotado por vários autores contemporâneos, muitos deles juízes, como MARIA BERENICE DIAS e ROGER RAUPP RIOS.

Com efeito, a atual Constituição não vinculou a família ao casamento, pois abarcou outros modelos de entidades familiares, como as uniões estáveis (art. 226, § 3º) e as famílias monoparentais (art. 226, § 4º). Porém, essa pluralidade de entidades familiares não se esgota nos modelos antes mencionados. O conceito de família não se restringe mais à união formada pelo casamento, visando à procriação, e, portanto, limitada à heterossexualidade do casal, pois, hodiernamente, sendo a afetividade o elemento fundante da família, outras formas de convivência, além da proveniente do modelo tradicional, devem ser reconhecidas.

Nesse mesmo diapasão, a professora ANA CARLA HARMATIUK MATOS defende que a relação entre pessoas do mesmo sexo “nada mais é que outro exemplo entre “os amores possíveis”, com os caracteres que comumente a sociedade tem conferido à família”¹:

“Não se pode mais conceber que o Direito tutele a relação familiar como se ela fosse tão-somente uma: a proveniente do modelo tradicional do matrimônio. A forma de se constituir uma família vincula-se com o “estilo de vida” dos sujeitos dessa relação, em sua procura de como melhor desenvolver sua afetividade, sua personalidade.

Dentro dos laços familiares, os sujeitos exercem a sexualidade, oferecem e recebem suporte psicológico, fazem companhia um ao outro nas atividades privadas e sociais; há auxílio econômico mútuo, com o conseqüente amparo nas adversidades financeiras; ocorre a divisão das atribuições necessárias no atendimento da casa, da alimentação e das demais atividades cotidianas; verifica-se o apoio de um para conceder a possibilidade de desenvolvimento profissional ao outro; há troca de afetividade entre os parceiros e entre eles e os filhos, bem como comum se torna a divisão das

¹ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 161.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELACAO CIVEL

410639

2005.51.01.020261-0

tarefas de socialização das crianças. Estas características em uniões homo e heterossexuais. Há, portanto, uma relação indissociável entre o princípio da pluralidade familiar e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, visto ser a união afetiva parte essencial dos valores personalísticos, como os acima mencionados.”

Ora, se não se pode negar o caráter de entidade familiar das uniões homossexuais alicerçadas no amor mútuo, na convivência pública e duradoura e na assistência recíproca, é inadmissível que tais uniões, por serem formadas por pessoas do mesmo sexo, sejam tratadas como meras sociedades de fato, sem a possibilidade de equiparação ao companheirismo.

Observe-se que a própria Constituição veda a discriminação (art. 5º, caput), inclusive a fundada na orientação sexual do indivíduo, hipótese de diferenciação que, por resultar da combinação dos sexos das pessoas envolvidas, é, por isso, apanhada pela proibição de discriminação por motivo de sexo, conforme ensina ROGER RAUPP RIOS²:

“De fato, quando alguém atenta para a direção do envolvimento (seja mera atração, seja a conduta) sexual de outrem, valoriza a direção do desejo ou da conduta sexual, isto é, o sexo da pessoa com quem o sujeito deseja relacionar-se ou efetivamente se relaciona. No entanto, essa definição (da direção desejada, de qual seja a orientação sexual do sujeito – isto é, pessoa do mesmo sexo ou do sexo oposto) resulta tão-só da combinação dos sexos de duas pessoas (A, quem escolhe; B, o escolhido). Ora, se A for tratado diferentemente de uma terceira pessoa (C, que tem sua sexualidade direcionada para o sexo oposto), em razão do sexo da pessoa escolhida (B, do mesmo sexo que A), conclui-se que a escolha de A lhe fez suportar tratamento discriminatório unicamente em função de seu sexo (se A, homem, tivesse escolhido uma mulher, não sofreria discriminação). Fica claro, assim, que a discriminação fundada na orientação sexual de A esconde, na verdade, uma discriminação em virtude de seu sexo (de A).”

² RIOS, Roger Raupp. *Direitos fundamentais e orientação sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade*. In: Revista de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, n. 6, set./dez. 1998, p. 29.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELACAO CIVEL

410639

2005.51.01.020261-0

Ademais, ao reconhecer a dignidade da pessoa humana como um de seus elementos centrais e fundantes, o Estado Democrático de Direito induz que, além de proteger os indivíduos de invasões ilegítimas de suas esferas pessoais, promete a promoção positiva de suas liberdades. O princípio da dignidade da pessoa humana não está definido no texto constitucional, mas forma a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, pois atrai para si o conteúdo de todos os direitos fundamentais. Assim, a discriminação fundada no fato de a pessoa ser homossexual é uma agressão à sua liberdade, individualidade, intimidade e personalidade.

A Constituição adotou, ainda, o princípio da igualdade de direitos, sendo pacífico na doutrina que, dependendo das inúmeras diferenças existentes entre as pessoas e situações, poderá haver tratamento desigual para elas. Contudo, de acordo com o magistério de ROGER RAUPP RIOS³, essa diferenciação só é válida se fundada em justificativa racional, o que o professor ÁLVARO RICARDO DE SOUZA CRUZ⁴ denomina “discriminação lícita”. No caso das uniões homossexuais, ROGER RAUPP RIOS defende que não há justificativa racional, mas verdadeiro preconceito, o qual não tem o condão de servir de justificativa à diferenciação por orientação sexual, especialmente em face da Constituição de 1988, que o proíbe expressamente (art. 3º, IV).

Assim, ainda que não haja previsão legal para o reconhecimento das uniões homossexuais como entidades familiares, devem ser respeitados os princípios e garantias fundamentais da Constituição, que é o documento supremo de uma Nação, e suas normas não se sobrepõem umas às outras nem podem ser analisadas isoladamente: devem se subsumir completamente com os princípios constitucionais para obter seu sentido último.

³ RIOS, Roger Raupp. *Discriminação por orientação sexual e acesso à justiça : a homossexualidade no direito brasileiro e a concretização dos princípios constitucionais*. In: Revista da AJURIS, Rio Grande do Sul: AJURIS, ANO xxvi, Nº 81, TOMO i, MAR. 2001, p. 289.

⁴ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O Direito à Diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 21.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELACAO CIVEL

410639

2005.51.01.020261-0

De acordo com JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS⁵, como a Constituição é um sistema aberto de normas e princípios, é de se observar, prima facie, que o art. 226, § 3º não estabelece que a união entre pessoas do mesmo sexo não será considerada união estável como entidade familiar. O que o constituinte fez ao tutelar a união estável entre homens e mulheres foi estabelecer um mínimo legal, silenciando a respeito dos inúmeros outros tipos de famílias ou uniões não formadas pelo casamento. No entanto, não se confunda, aqui, dito silêncio com o “silêncio eloqüente”, que, na doutrina teutônica, significa que a hipótese contemplada na norma (no caso, a união entre homem e mulher) é a única aplicável ao preceito legal (aqui, o reconhecimento da união estável como entidade familiar para efeito de proteção do Estado). Esse vazio normativo, que, ao contrário, representa a existência de uma lacuna, pode e deve ser preenchido.

Como não é possível buscar a integração analógica na legislação infraconstitucional no caso de lacuna constitucional, a solução do vazio tem de ser buscada por analogia iuris, nos princípios da própria Constituição.

Como leciona MARIA BERENICE DIAS, “*mais do que uma sociedade de fato, trata-se de uma sociedade de afeto, o mesmo liame que enlaça os parceiros heterossexuais. Na lacuna da lei, ou seja, na falta de normatização, há que buscar subsídios no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que determina a aplicação da analogia, dos costumes e princípios gerais de direito. Não se pode deixar de estabelecer analogia com as demais relações que têm o afeto por causa, ou seja, o casamento e as uniões estáveis.*”⁶

Outrossim, de extrema relevância para o tema é o fenômeno da “mutação constitucional” (para alguns autores também chamada de “mudança material”, “processo de fato”, “revisão formal” ou “processo oblíquo”), que é, basicamente, um processo informal de alteração, atualização e concretização da Constituição cuja finalidade é colocá-la em sintonia com as transformações sofridas pela sociedade sem atingir o seu texto, ou seja, sem que este precise ser alterado. Esse processo, de acordo com ADRIANA ZANDONADE, dá-se,

⁵ GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A natureza jurídica da relação homoerótica*. In: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: AJURIS, v. 29, n. 88, dez. 2002, p. 237.

⁶ DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e o direito à diferença*. Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/site/frames.php?idioma=pt>. Acesso em: 30/08/2005.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELACAO CIVEL

410639

2005.51.01.020261-0

por excelência, através da interpretação, visto que o caráter sintético e incompleto da Constituição faz com que o intérprete tenha mais espaço para atuar e se esforce continuamente para completá-la e integrá-la no momento de sua aplicação ao caso concreto⁷.

Da “mutação constitucional” resulta tão-somente a modificação do significado, sentido e alcance do texto. Então, onde está escrito “união estável entre o homem e a mulher” no art. 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988, pode-se ler “união estável entre o homem e a mulher ou entre pessoas do mesmo sexo”, como um novo preceito, de maior alcance, resultante da mutação constitucional.

Como já dito, a Constituição (plano estrutural básico de uma sociedade) é um sistema aberto de princípios e regras (imperfeitas e inacabadas) que deve se manter vivo, atento à evolução da realidade. Não pode, por isso, negar em si a possibilidade de alteração. Como define J. J. CANOTILHO⁸, as normas constitucionais que o integram apresentam disponibilidade e capacidade de aprendizagem para captarem a mudança da realidade, estando abertas às concepções cambiantes de “verdade” e “justiça”.

Desta feita, não há como deixar de reconhecer as uniões homossexuais como entidades familiares, razão pela qual não pode prosperar a alegação da Apelante no sentido de que a pensão estatutária somente é devida à pessoa designada que comprove união estável com outra do sexo oposto.

Ademais, o vocábulo “família” pode ser compreendido sob vários aspectos: do direito das sucessões, do direito de família, do direito previdenciário e pelas implicações fiscais. Assim, como o art. 226, § 3º, da Constituição Federal está inserido no capítulo “Da Família”, sua aplicação no âmbito previdenciário deve ser feita de acordo com os diversos princípios e valores constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a pluralidade familiar, o direito à personalidade, à liberdade e à intimidade, ensejando, assim, a subsunção da realidade à regra.

Registre-se, por oportuno, que foi em consequência da decisão proferida, com eficácia erga omnes, na Ação Civil Pública nº. 2000.71.00.009347-0, pela

⁷ ZANDONADE, Adriana. *Mutação constitucional*. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 35, ano 9, abr./jun. 2001, p. 226.

⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, 6ª ed., Coimbra: Almedina, 1993, p. 174.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELACAO CIVEL

410639

2005.51.01.020261-0

juíza Simone Barbasin Fortes, da Terceira Vara Previdenciária de Porto Alegre, que o Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, para disciplinar a concessão de benefícios previdenciários a companheiros homossexuais, baixou a IN/INSS/DC n°. 20, de 18 de maio de 2000, e a IN/INSS/DC n°. 25, de 07 de junho de 2000, tendo sido esta última revogada pela IN/INSS/DC n°. 50, de 08 de maio de 2001.

E, já em uma perceptível e tendencial ampliação do leque de proteções aos casais homossexuais, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça começa a permitir a inclusão de parceiro dependente em plano de saúde e a concessão de pensão previdenciária por morte ao parceiro supérstite, sob o fundamento de que, nessas duas searas, a união entre homossexuais equipara-se à união estável, não se deslocando, contudo, para o âmbito do direito de família⁹. No entanto, muito antes disso, já havia esta Corte se manifestado no sentido de que era possível a concessão de pensão por morte a companheira de servidora pública¹⁰, entendimento também adotado recentemente pelos Tribunais Regionais Federais da 4ª e 5ª Regiões¹¹.

Em recentes decisões, o TRF da 4ª Região deslindou exemplarmente a questão do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, não se utilizando da noção da sociedade de fato, o que já mostra, per si, uma evolução na construção jurisprudencial, apesar de as decisões terem seus efeitos adstritos à esfera previdenciária¹².

Feitas essas considerações, ante a indiscutível possibilidade de se conferir efeitos jurídicos às uniões homossexuais especialmente no âmbito previdenciário, resta verificar, enfim, se há nos autos provas suficientes de que o autor viveu em união estável com Z. A. C. por 18 (dezoito) anos, eis que, conforme entendimento jurisprudencial, a designação expressa, contida no art.

⁹ Cf. STJ, 3ª Turma, REsp 238715-RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, publ. DJ de 02/10/2006 e STJ, 6ª Turma, REsp 395904-RS, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, publ. DJ de 06/02/2006.

¹⁰ Cf. TRF da 2ª Região, 3ª Turma, AC 275207-RJ, Rel. Des. Fed. Chalu Barbosa, publ. DJU de 13/11/2003 e TRF da 2ª Região, 3ª Turma, AC 323577, Rel. Tânia Heine, publ. DJU de 21/07/2003.

¹¹ Cf. TRF da 4ª Região, Terceira Turma, AC n° 200371000524432-RS, Rel. Des. Fed. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, publ. DJU de 22/11/2006, p. 455; TRF da 5ª Região, Terceira Turma, AC n° 376373-PE, Rel. Des. Fed. Élio Wanderley de Siqueira Filho, publ. DJ de 06/12/2006, p. 623.

¹² Cf. TRF da 4ª Região, 6ª Turma, AC n° 200071000093470-RS, Rel. João Batista Pinto Silveira, publ. DJU de 10/08/2005 e TRF da 4ª Região, 3ª Turma, AC n° 200172000061190-SC, Rel. Luiz Carlos de Castro Lugon, publ. DJU de 27/10/2004.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELACAO CIVEL

410639

2005.51.01.020261-0

217, I, “c”, da Lei nº. 8.112/90, visa tão-somente a facilitar a comprovação, junto ao órgão administrativo competente, da vontade do falecido servidor em indicar o companheiro, ou companheira, como beneficiário da pensão por morte, sendo, portanto, desnecessária caso a comprovação da união estável venha a ser suprida por outros meios idôneos de prova (MS 8153/DF; STJ; TERCEIRA SEÇÃO; Rel. Min. FELIX FISCHER; in DJ: 04/11/2002; pág.: 144).

Cabe consignar também que, em nenhum momento, a Lei nº. 8.112/90 estabelece que o companheiro somente fará jus à pensão estatutária se comprovar, além da designação expressa e da união estável como entidade familiar, a dependência econômica com relação ao instituidor. Com efeito, o art. 217, I, “c” dispõe tão-somente que é beneficiário da pensão vitalícia o companheiro designado que comprove união estável como entidade familiar, não se referindo à necessidade de comprovação da dependência econômica como fez na alínea “d” para a mãe e o pai do servidor falecido. Ademais, se o companheiro que comprove união estável como entidade familiar se equipara ao cônjuge, nos termos do parágrafo único do art. 241, é certo que, assim como ele, está dispensado de comprovar tal dependência.

Compulsando os autos, resta indene de dúvida que o autor e o servidor falecido tiveram uma união pública, duradoura e contínua, com a chamada *affectio maritalis*. E é firme nesse sentido a douta sentença da MM. Juíza SALETE MARIA POLITA MACCALÓZ, cujas razões de decidir quanto a esse aspecto adoto integralmente, permitindo-me a transcrição do seguinte trecho, in verbis:

“Ficou demonstrado, pelos depoimentos das testemunhas, na audiência às fls. 70/71, que o Autor e o *de cujus* conviveram em união estável, num relacionamento duradouro.

Os documentos juntados pelo Autor, certidão de óbito do ex-servidor (fl. 11), cópias da ficha de lançamento e carnê do IPTU (fls. 16 e 17), conta telefônica de fl. 19, contracheques de fl. 20 e 24, bem como correspondências de fls. 21/23, constata a sociedade que residiam, pelo menos nos últimos anos, no mesmo endereço, Rua Francisco Sá, 36/401, Copacabana.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELACAO CIVEL

410639

2005.51.01.020261-0

Assim há comprovação suficiente de que residiram sob o mesmo teto.

Mesmo que assim não fosse, a Súmula n. 382 do STF, orienta no sentido de a ausência de convivência sob o mesmo teto, *more uxório*, não ser apta a descaracterizar o concubinato.

De mais a mais, o Autor foi beneficiado pelo *de cujus* em seu testamento com o imóvel situado na Rua S., 77/1201, seu atual endereço (fls. 29/32).

Além disso foi o Autor o responsável pelo pagamento das custas do funeral do ex-servidor (fl. 25).

Também as fotos de fls. 26/28 comprovam que o relacionamento entre o Autor e o Sr. Z. advinha de longa data.

2.4. O Autor dependia economicamente do falecido companheiro, haja vista que conforme depoimentos, era este quem arcava com as despesas da casa, sendo que a aposentadoria que percebe como artífice de carpintaria e marcenaria do Ministério da Fazenda não é capaz de fazer face às suas despesas, mormente levando-se em conta a sua avançada idade – 79 anos.

Por questão de bom senso, e ainda que desejasse e dispusesse de saúde, de participar do mercado formal de trabalho, é certa sua incapacidade laboral, a fim de complementar seus rendimentos, uma vez que a própria lei prevê a aposentadoria compulsória às pessoas que completaram 70 anos.

2.5. Também, o *de cujus* não deixou outros dependentes que o excluísse, faleceu no estado civil de solteiro e sem filhos, como se verifica pela Certidão de Óbito à fl. 11.

(...)

No caso em tela, restou devidamente provada a união estável, conforme fundamentação supra, por onde se conclui que enquadra-se na alínea “c” do artigo 217 da legislação supracitada, o que não pode ser desconsiderado por esta magistrada.

Logo, está amparado pela Carta Magna e pela legislação ordinária, além de estarem presentes as condições para a pensão requerida.”



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELACAO CIVEL

410639

2005.51.01.020261-0

Com base na existência dessa união, o autor pretende receber as duas pensões por morte de seu companheiro, que era médico e recebia duas aposentadorias, uma pelo Ministério da Fazenda e outra pelo Ministério da Saúde, cumulativamente com a aposentadoria que ele (o autor) recebe pelo Ministério da Fazenda.

Consoante o art. 40, § 6º, da Constituição de 1988, é vedada a percepção de proventos decorrentes de mais de uma aposentadoria, exceto quando os cargos são acumuláveis na atividade: (grifos nossos)

“Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§ 6º - Ressalvadas as aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis na forma desta Constituição, é vedada a percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime de previdência previsto neste artigo.”

Os cargos acumuláveis na atividade são os que possuem compatibilidade de horários, conforme descritos nas alíneas “a”, “b” e “c” do inciso XVI do art. 37 da Constituição:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI.

a) a de dois cargos de professor;

b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;

c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;”



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELACAO CIVEL

410639

2005.51.01.020261-0

Tendo em vista que a interpretação do conceito de proventos de aposentadoria tem sido estendida ao de pensão para efeito de inacumulabilidade de benefícios, essa regra também se aplica às pensões estatutárias, de modo que a percepção simultânea de duas pensões, autorizada pela Lei nº. 8.112/90 (art. 225), somente é permitida quando se tratar de cargos, funções ou empregos acumuláveis na atividade, conforme estabelecido pela Constituição.

Nesse mesmo sentido, aliás, confira-se a mais recente jurisprudência do C. STF acerca do tema, *ipsis litteris*: (grifos nossos)

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PENSÃO. TCU: JULGAMENTO DA LEGALIDADE: CONTRADITÓRIO. DECADÊNCIA. I. - O Tribunal de Contas, no julgamento da legalidade da concessão de aposentadoria ou pensão, exercita o controle externo que lhe atribui a Constituição Federal, art. 71, III, no qual não está jungido a um processo contraditório ou contestatório. II. - Precedentes do Supremo Tribunal: MS 24.859/DF e MS 24.784/PB, Ministro Carlos Velloso, "DJ" de 27.8.2004 e 25.6.2004. III. - Inaplicabilidade, no caso, da decadência do art. 54 da Lei 9.784/1999. IV. - A acumulação de pensões somente é permitida quando se tratar de cargos, funções ou empregos acumuláveis na atividade, na forma permitida pela Constituição. RE 163.204/SP, Ministro Carlos Velloso, "DJ" de 31.3.1995. V. - MS indeferido.”

(STF, MS 25256/PB, Tribunal Pleno, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, in DJ: 24/03/2006, p. 07)

Ora, o instituidor das pensões ora vindicadas percebia duas aposentadorias à conta do regime da previdência dos servidores públicos, porque se enquadrava na hipótese da alínea “c” do inciso XVI do art. 37 da Constituição, não havendo, em tese, óbice à cumulação dos dois benefícios pelo autor.

Em tese, pois, no caso concreto, verifica-se que o autor é aposentado pelo Ministério da Fazenda, e o nosso ordenamento jurídico veda a acumulação tríplice, vale dizer, a percepção simultânea de mais de dois estípedios oriundos de cargos, funções ou empregos públicos.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELACAO CIVEL

410639

2005.51.01.020261-0

Esse é o sentido da norma contida no art. 40, § 6º e no art. 37, § 10 (incluído pela EC nº. 20/98), da Constituição de 1988, que, além de vedar a percepção simultânea de proventos decorrentes de duas aposentadorias de servidor público, proibiu a cumulação de aposentadoria estatutária com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma do art. 37, XVI, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração¹³.

Nesse mesmo sentido, da inacumulabilidade tríplice de estipêndios decorrentes de cargos, funções ou empregos acumuláveis na atividade, confirmam-se, por todos, os seguintes arestos, proferidos no âmbito do Eg. STJ e do C. STF, in verbis:

“ADMINISTRATIVO. CUMULAÇÃO DE TRÊS CARGOS DE MÉDICO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA NA VIGÊNCIA DA CARTA DE 1969. DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA.

1 – Doutrina e jurisprudência são assentes no sentido de que, contra o Poder Constituinte Originário não se pode opor a alegação de direito adquirido, daí porque, ainda que tenha a situação da recorrente se consolidado na vigência da ordem constitucional anterior, a cumulação de três cargos remunerados de médico, na Administração Pública é írrita, a teor do que dispõe o art. 37, incisos XVI e XVII, da CF/88. Precedentes do STF e desta Corte.

2 – Recurso ordinário improvido.”

(STJ, RMS 9555/CE, Sexta Turma, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, DJ: 13/08/2001, p. 265)

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MAGISTÉRIO. ACUMULAÇÃO TRÍPLICE DE PROVENTOS E VENCIMENTOS. SUPERVENIÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 20/98. INAPLICABILIDADE.

1. A acumulação de proventos e vencimentos somente é permitida

¹³ Registre-se, no entanto, que o art. 11 da EC nº. 20/98 resguardou o direito de acumulação de proventos com remuneração para os servidores, civis ou militares, que, antes da publicação da Emenda, já estavam aposentados e ingressaram novamente no serviço público. Porém, ao se aposentarem no novo cargo, não poderão receber proventos simultâneos.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELACAO CIVEL

410639

2005.51.01.020261-0

quando se tratar de cargos, funções ou empregos acumuláveis na atividade, na forma permitida pela Constituição do Brasil. 2. Inaplicabilidade, no caso, da Emenda Constitucional n. 20/98, vez que inadmissível, na ativa, a acumulação de três cargos de magistério. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(STF, AI-AgR 567707/PR, Segunda Turma, Rel. Min. EROS GRAU, DJ: 23/06/2006, p. 64)

Desta feita, tendo em vista ser constitucionalmente vedada a acumulação tríplice de estipêndios decorrentes de cargos, funções ou empregos públicos, não pode o autor receber sua aposentadoria cumulativamente com as duas pensões instituídas por seu companheiro.

Entretanto, é possível a percepção cumulativa de sua aposentadoria paga pelo Ministério da Fazenda com apenas uma das duas pensões instituídas por ZAIRO AUTRAN CORDEIRO, no caso a oriunda do Ministério da Fazenda, por ser a de maior valor, hipótese em que as parcelas atrasadas serão devidas a contar de 26/03/2002, pois a presente ação foi ajuizada em 27/09/2005, ou seja, menos de 5 (cinco) anos após o falecimento do instituidor e, a teor do art. 215, da Lei nº. 8.112/90, a pensão é devida a partir da data do óbito do servidor.

Face ao exposto, nego provimento à apelação e à remessa necessária, como de direito, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

SERGIO SCHWAITZER
RELATOR

EMENTA

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – PENSÃO ESTATUTÁRIA – CONCESSÃO – COMPANHEIRO HOMOSSEXUAL – LEI DE REGÊNCIA – LEI Nº. 8.112/90 (ART. 217, I, “C”) – DESIGNAÇÃO EXPRESSA – DISPENSA – DEPENDÊNCIA ECONÔMICA DO COMPANHEIRO – PRESUNÇÃO – ART. 241, DA LEI Nº. 8.112/90 – UNIÃO ESTÁVEL HOMOSSEXUAL – NATUREZA DE



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELACAO CIVEL

410639

2005.51.01.020261-0

ENTIDADE FAMILIAR – ART. 226, § 3º C/C ART. 5º, CAPUT E ART. 3º, IV, DA CONSTITUIÇÃO – COMPROVAÇÃO – MEIOS IDÔNEOS DE PROVA – ATRASADOS – TERMO INICIAL – DATA DO ÓBITO DO INSTITUIDOR – CUMULAÇÃO DE APOSENTADORIA DE SERVIDOR COM DUAS PENSÕES ESTATUTÁRIAS DE MÉDICO – IMPOSSIBILIDADE – VEDAÇÃO À CUMULAÇÃO TRÍPLICE DE ESTIPÊNDIOS – DIREITO À CUMULAÇÃO COM APENAS UMA DAS PENSÕES.

I – A atual Constituição não vinculou a família ao casamento, pois abarcou outros modelos de entidades familiares. Porém, essa pluralidade de entidades não se esgota nas uniões estáveis (art. 226, § 3º) e nas famílias monoparentais (art. 226, § 4º), pois o conceito de família não se restringe mais à união formada pelo casamento, visando à procriação; hodiernamente, sendo a afetividade o elemento fundante da família, outras formas de convivência, além da proveniente do modelo tradicional, devem ser reconhecidas, como, por exemplo, as uniões homossexuais.

II – Ainda que não haja previsão legal para o reconhecimento das uniões homossexuais como entidades familiares, devem ser respeitados os princípios e garantias fundamentais da Constituição, cujas normas não podem ser analisadas isoladamente, devendo se subsumir completamente aos princípios constitucionais para obter seu sentido último.

III – Observe-se que a própria Constituição veda a discriminação (art. 5º, caput), inclusive a fundada na orientação sexual do indivíduo, hipótese de diferenciação que, por resultar da combinação dos sexos das pessoas envolvidas, é, por isso, apanhada pela proibição de discriminação por motivo de sexo. Outrossim, ao reconhecer a dignidade da pessoa humana como um de seus elementos centrais e fundantes, o Estado Democrático de Direito, além de proteger os indivíduos de invasões ilegítimas de suas esferas pessoais, promete a promoção positiva de suas liberdades.

IV – O legislador constituinte adotou, ainda, o princípio da igualdade de direitos, sendo pacífico na doutrina que, dependendo das inúmeras diferenças existentes entre as pessoas e situações, poderá haver tratamento desigual para elas, desde que essa diferenciação seja fundada em justificativa racional. No caso das uniões homossexuais, não há justificativa racional, mas verdadeiro



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELACAO CIVEL

410639

2005.51.01.020261-0

preconceito, o qual não tem o condão de legitimar a diferenciação por orientação sexual, especialmente em face da norma inserta no art. 3º, IV, que o proíbe expressamente.

V – Não se pode, assim, negar o caráter de entidade familiar das uniões homossexuais alicerçadas no amor mútuo, na convivência pública e duradoura e na assistência recíproca, sendo inadmissível que tais uniões, por serem formadas por pessoas do mesmo sexo, sejam tratadas como meras sociedades de fato, sem a possibilidade de equiparação ao companheirismo.

VI – A designação expressa, contida no art. 217, I, “c”, da Lei nº. 8.112/90, visa tão-somente a facilitar a comprovação, junto ao órgão administrativo competente, da vontade do(a) falecido(a) servidor(a) em indicar o companheiro, ou companheira, como beneficiário da pensão por morte, sendo, portanto, desnecessária caso a comprovação da união estável venha a ser suprida por outros meios idôneos de prova.

VII – Em nenhum momento, a Lei nº. 8.112/90 estabelece que o companheiro somente fará jus à pensão estatutária se comprovar, além da designação expressa e da união estável como entidade familiar, a dependência econômica com relação ao instituidor. Ademais, se o companheiro que comprove união estável como entidade familiar se equipara ao cônjuge, nos termos do parágrafo único do art. 241, é certo que, assim como ele, está dispensado de comprovar tal dependência.

VIII – Consoante o art. 40, § 6º, da Constituição de 1988, é vedada a percepção de proventos decorrentes de mais de uma aposentadoria, exceto quando os cargos são acumuláveis na atividade, por possuírem compatibilidade de horários, conforme descritos nas alíneas “a”, “b” e “c” do inciso XVI do art. 37 da Constituição.

IX – Essa regra também se aplica às pensões estatutárias, de modo que a percepção simultânea de duas pensões, autorizada pela Lei nº. 8.112/90 (art. 225), somente é permitida quando se tratar de cargos, funções ou empregos acumuláveis na atividade, conforme estabelecido pela Constituição.

X – O instituidor das pensões pleiteadas percebia duas aposentadorias à conta do regime da previdência dos servidores públicos, porque se enquadrava na hipótese da alínea “c” do inciso XVI do art. 37 da Constituição, não havendo, em tese, óbice à cumulação dos dois benefícios pelo autor. No



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELACAO CIVEL

410639

2005.51.01.020261-0

entanto, como o autor é aposentado pelo Ministério da Fazenda, e o nosso ordenamento jurídico veda a acumulação triplíce, vale dizer, a percepção simultânea de mais de dois estípidios oriundos de cargos, funções ou empregos públicos, não faz jus à cumulação de sua aposentadoria com as duas pensões de médico instituídas por seu falecido companheiro, mas apenas com uma delas,.

XI – As parcelas atrasadas são devidas a contar da data do óbito do instituidor, pois a presente ação foi ajuizada menos de 5 (cinco) anos após o falecimento deste, não havendo se falar em prescrição, e, a teor do art. 215, da Lei nº. 8.112/90, a pensão é devida a partir da data do óbito do servidor.

XII – Apelação da UNIÃO e remessa necessária desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas

Decide a Sétima Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, à unanimidade, negar provimento ao recurso da UNIÃO e à remessa necessária, nos termos do voto do Relator, constante dos autos, que fica fazendo parte integrante do presente julgado.

Rio de Janeiro, 05 de março de 2008 (data de julgamento).

SERGIO SCHWAITZER
RELATOR