



www.direitohomoafetivo.com.br

Julgamento: 14/10/2008 Órgao 2ª Câmara Classe: Apelação Cível
Julgador: Cível

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL Nº 2008.005717-5 - 5ª VARA
DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE NATAL/RN.

REMETENTE: JUÍZO DE DIREITO DA 5ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA
COMARCA DE NATAL.

APELANTE: MUNICÍPIO DE NATAL

PROCURADORA: CRISTINA WANDERLEY FERNANDES

APELADA: I. C. DE A.

ADVOGADOS: CARLOS MALLET DE SÁ REVORÊDO E OUTRO

RELATOR: DESEMBARGADOR RAFAEL GODEIRO

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE PENSÃO POR MORTE COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. CAUSA DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. PRETENSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. POSSIBILIDADE. PREVISÃO LEGAL EXPRESSA. REVOGAÇÃO POSTERIOR. DIREITO ADQUIRIDO. APLICAÇÃO E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. RECONHECIMENTO DO DIREITO ALMEJADO. SENTENÇA MANTIDA. 1. Em se tratando de causa de natureza previdenciária, é possível a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, porquanto não incidem as vedações da Lei nº 9.494/97. 2. A revogação de lei municipal previdenciária por norma posterior, não retira o direito à concessão do benefício da pensão por morte de companheiro homossexual, já assegurado sob a vigência da lei anterior revogada, em face do direito adquirido. 3. Ademais, ainda que não houvesse norma expressa sobre o direito ao benefício previdenciário do companheiro homossexual, ainda assim poderia o julgador interpretar as disposições normativas da

Constituição Federal, através de seus princípios, que em sua essência reconhecem os direitos oriundos das relações homoafetivas. 4. Conhecimento e improvemento da remessa necessária e do recurso voluntário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de remessa necessária e apelação cível, em que são partes as acima identificadas.

Acordam os Desembargadores que compõem a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, à unanimidade de votos, em conhecer da remessa necessária e do recurso voluntário e negar-lhes provimento, nos termos do voto do relator, que integra o acórdão.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação cível interposto contra sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Natal/RN, que nos autos da Ação Ordinária de Pensão por Morte com Pedido de Tutela Antecipada, movida por I. C.de A. contra o Município de Natal/RN, julgou procedente a pretensão inaugural.

Na referida sentença, a julgadora de primeiro grau determinou ao município réu, que concedesse à autora, I. C. de A., pensão por morte da ex-companheira, M. L.de L., servidora pública falecida em 25.02.2003. E, ainda, condenou o ente municipal, a pagar à autora os valores retroativos da pensão por morte, desde dezembro de 2004 (conforme pedido), incluindo, décimo terceiro e demais vantagens.

Ainda na sentença, deferiu o julgador a tutela

antecipada pleiteada, para que fosse concedida a pensão por morte, de imediato, a partir da intimação da decisão, sob pena de multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por mês de competência atrasado.

A seguir, condenou o réu nos ônus da sucumbência, inclusive em honorários advocatícios, no patamar de 5% (cinco por cento) do valor da condenação (art. 20, § 4º do CPC). Declarando, ainda, que a sentença está sujeita à remessa necessária, eis que o direito controvertido provavelmente excede 60 (sessenta) salários mínimos.

Inconformado com a sentença supra, o réu interpôs recurso de apelação cível, argumentando, em síntese, a não ratificação da antecipação dos efeitos da tutela, pelo fato da ora apelada ter demorado mais de dois anos para pleitear seu direito, inexistindo, assim, qualquer perigo de dano irreparável. E, ainda, que a proteção à relação homoafetiva, como forma de unidade familiar, não se encontra amparada pela Constituição Federal.

Ao final, pugnou pela reforma da sentença, para que fossem julgados improcedentes os pedidos constantes na exordial e invertidos os ônus sucumbenciais.

Devidamente intimada, a apelada apresentou contra-razões, rebatendo as argumentações do apelante, e pugnando pela manutenção da sentença atacada.

Instada a se manifestar, a 12ª Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e improvimento do recurso e da remessa necessária

É o relatório.

VOTO

Presentes os seus requisitos de admissibilidade,

conheço da apelação cível e da remessa necessária.

De início, tendo sido concedida a antecipação de tutela pleiteada, por ocasião da sentença, cumpre verificar a possibilidade, ou não, de sua concessão contra a Fazenda Pública na hipótese.

Com o advento da Lei nº 9.494 de 10 de setembro de 1997, que disciplina a aplicação da Tutela Antecipada contra a Fazenda Pública, diversas foram as divergências jurisprudenciais e doutrinárias acerca da constitucionalidade ou não do seu artigo 1º, por restringir a concessão da Tutela Antecipada contra a Fazenda Pública, de sorte que, o Presidente da República, visando ultimar tal controvérsia, interpôs Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, tendo sido deferida, em parte, medida cautelar, consolidando as determinações contidas no dispositivo *suso*.

Assim dispõe o artigo 1º da Lei 9.494/97, *in verbis*:

“art. 1º. Aplica-se a Tutela Antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e art. 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 09 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992”.

Foi firmada jurisprudência pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que a apreciação da violação dos artigos 4º da Lei nº 4.348/64 e 1º da Lei nº 9.494/97, em face de decisão que aprecia Pedido de Antecipação de Tutela contra a Fazenda Pública, demanda a análise da ocorrência de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, com o revolvimento do universo fático-probatório.

A Corte Superior seguindo entendimento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Medida Cautelar na Ação

Declaratória de Constitucionalidade nº 4, da Relatoria do Ministro Sydney Sanches, publicada no DJ de 21/05/1999, tem firme entendimento no sentido de que a concessão da Tutela Antecipada contra a Fazenda Pública é vedada somente nas situações versadas expressamente no artigo 1º da Lei nº 9.494/97.

Finalizando a discussão sobre o tema, o Pretório Excelso editou a Súmula de nº 729, que é perfeitamente aplicável à espécie, dispondo *verbis*:

“ A decisão na ação direta de constitucionalidade nº 4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária”.

Nesse sentido, inclusive, vejamos o julgado do Pretório Excelso:

“Reclamação: descabimento: antecipação de tutela que, quanto à questão de fundo - integralidade de pensão de servidor público - está de acordo com a jurisprudência reiterada do Superior Tribunal, além de se tratar de questão previdenciária, que não é alcançada pelas vedações da Lei 9.494/97 objeto da ADC-4-MC. Precedentes”(Rcl-AgR 3.935/CE, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, in DJ.10/08/2006).

Como se observa, no caso dos autos, agiu acertadamente o Juiz sentenciante ao conceder a tutela antecipada contra a Fazenda Pública Municipal, haja vista se tratar de questão de natureza previdenciária, sob a qual não incidem as vedações da Lei nº 9.494/97, como visto.

Ultrapassado este ponto, passo ao exame do mérito da questão posta na presente lide.

O cerne da questão versa sobre o direito da ora apelada em perceber a pensão por morte da sua ex-companheira, M. L. de L., servidora pública municipal, falecida em 25.02.2003, incluindo-se o décimo terceiro salário e as vantagens, como também os valores retroativos.

De início, cumpre tecer considerações acerca do direito ao benefício previdenciário, em caso de morte do segurado.

De acordo com Daniel Machado da Rocha:

"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.^[1]"

De modo que, o benefício da pensão previdenciária tem como objetivo precípua a defesa da dignidade da pessoa humana, garantindo-lhe a subsistência ou a de seus dependentes.

Assim, no caso em análise, afigura-se evidente o direito da ora apelada à percepção da prestação previdenciária, haja vista que o direito a tal benefício se deu no momento do falecimento da servidora segurada, ocorrido em 25 de fevereiro de 2003, ou seja, na vigência da Lei Complementar Municipal nº 042/2002, que, em seu artigo 9º, previa a inclusão do(a) companheiro(a) homossexual como beneficiário(a) no Regime Geral da Previdência Social na condição de dependente.

De maneira que, considerando que a norma jurídica aplica-se a todos os fatos ocorridos após sua vigência, e que a lei nova não incide sobre as situações consolidadas sob o império da lei anterior, verifica-se que a revogação da lei municipal previdenciária (Lei Complementar nº 042/02), ocorrida em 18/10/2005, com a publicação da Lei Complementar nº 063/2005, não retira o direito à concessão de pensão previdenciária do(a) companheiro(a) homossexual, já assegurado sob a vigência da norma anterior.

Portanto, na hipótese dos autos não cabe a apreciação da pretensão autoral com base em lei nova, mas sim na lei anterior, para não prejudicar o direito adquirido. E isso porque, o direito adquirido é consequência de um fato aquisitivo que se realizou por inteiro sob a égide da lei anterior, não importando que o exercício do direito se dê, tão somente, na vigência da lei nova.

In casu, o direito ao benefício em questão se incorporou em fevereiro de 2003, com o falecimento da servidora segurada, e foi incorporado ao patrimônio de seus beneficiários. Assim, a lei nova não pode prejudicar o direito adquirido, isto é, não pode tirar, limitar, modificar nem atuar de qualquer maneira sobre um direito já incorporado ao patrimônio de uma pessoa.

De maneira que, a autora demonstrou nos autos, através de documentos e depoimentos testemunhais, que efetivamente conviveu com a falecida por mais de 10 (dez)anos, mantendo residência conjunta, partilhando cartões de crédito, entre outros encargos familiares. E, assim, comprovam que à época do falecimento da servidora segurada, possuía um relacionamento homoafetivo com essa, que lhe atribuía a condição de dependente e, como tal, de beneficiária da pensão previdenciária, nos termos da Lei Complementar nº 042/2002, vigente à época. E isso porque, além dos referidos requisitos exigidos pela citada norma legal, restou configurado nos autos que a servidora segurada não possuía filhos e já era divorciada por ocasião do óbito, de modo que a sua única dependente na

linha sucessória era sua companheira, ora recorrida.

De outra sorte, ainda que não houvesse previsão legal expressa acerca do direito ao benefício previdenciário em questão, ainda assim este estaria assegurado pela Constituição Federal, através de seus princípios, que em sua essência reconhecem os direitos oriundos das relações homoafetivas.

Com efeito, ao reconhecer os direitos dos companheiros advindos da união estável, equiparando-a a entidade familiar, o texto constitucional nada mais fez do que aplicar os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, acompanhando, assim, as transformações sociais que não mais concebiam a unidade familiar apenas através do casamento.

De mesma forma, e utilizando-se dos mesmos princípios constitucionais, *suso* referidos, não se pode ignorar as transformações sociais hodiernamente, nas quais as relações afetivas passaram a ser estabelecidas por pessoas do mesmo sexo, muitas vezes direcionados à constituição de verdadeiros núcleos familiares.

De fato, atualmente os antigos critérios utilizados para definir a entidade familiar vem perdendo espaço para novos parâmetros conceituais tais como: o convívio, o companheirismo e a afetividade

Sobre o tema, trago à colação os ensinamentos de Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias:

"As transformações da sociedade estão associadas a um novo discurso sobre a sexualidade, cuja base foi assentada pela psicanálise, ensejando constar que a sexualidade se insere antes na ordem do desejo, que na genitalidade, como sempre fora tratado pelo Direito. Antes essa mudança, o

pensamento contemporâneo ampliou seu horizonte sobre as diversas formas de manifestação da afetividade, compreendendo as várias possibilidades de constituir-se uma família. Principia, aí, a liberdade de afeto. Ou seja, a possibilidade de não se sujeitar aos moldes herdados e ainda postos como lei. Ganho curso histórico a libertação dos sujeitos."

(...) A legislação vigente regula a família do início do século passado, constituída unicamente pelo casamento, verdadeira instituição, matrimonializada, patrimonializada, patriarcal, hierarquizada e heterossexual, ao passo que o moderno enfoque dado à família se volta muito mais à identificação dos vínculos afetivos que enlaçando os que a integram consolidam a sua formação."^[2]

Registre-se que, com o ato de se conferir à união homoafetiva o *status* de entidade familiar, não se estaria caminhando para o fim da instituição "familiar", mas, sim, para a sua adequação aos anseios de uma nova sociedade, mais justa, mais igualitaria e menos preconceituosa. Conferir à união homoafetiva o caráter de entidade familiar não se trata de reconhecer a degradação da instituição "família", mas sim, a sua inevitável transformação.

De forma que, o art. 226 da Constituição Federal não pode ser analisado isoladamente, ou restritivamente, devendo ser interpretado à luz dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Sem embargo de que, o referido dispositivo, ao declarar a proteção do Estado à união estável entre o homem e a mulher, não pretendeu excluir dessa proteção a união homoafetiva, até porque, à época

em que entrou em vigor a atual Carta Política, há quase 20 (vinte) anos, certamente não tinha o legislador tal preocupação, a qual somente foi sentida com a transformação da sociedade, como já visto.

Assim, mesmo que não houvesse norma expressa sobre o direito ao benefício previdenciário do companheiro homossexual, ainda assim poderia o julgador interpretar as disposições normativas da Constituição Federal de forma sistêmica e evolutiva, em razão de mudanças históricas ou de fatos políticos e sociais que não se encontravam presentes na mente do legislador, aproximando-se do ideal de justiça.

Vejamos o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, acerca do tema:

“EMENTA: 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, Resp. 395.904/RS, Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, DJ. 13/12/2005, DP. 06/02/06. P.365).

Portanto, restando evidenciada nos autos a relação homoafetiva entre a autora e a servidora falecida, que perdurou por mais de 10(dez) anos, impõe-se reconhecer o direito da companheira da segurada, ora apelada, à concessão do benefício previdenciário almejado, não ensejando qualquer reparo a sentença apelada.

Pelo exposto, e em consonância com o parecer ministerial, voto pelo conhecimento e improvimento da remessa necessária e do recurso de apelação, para manter integralmente a sentença vergastada.

Natal/RN, 14 de outubro de 2008.

DESEMBARGADOR ADERSON SILVINO
Presidente

DESEMBARGADOR RAFAEL GODEIRO
Relator

Dr. CARLOS AUGUSTO CAIO DOS S. FERNANDES
18º Procurador de Justiça

^[1] *In* Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social. 4ª ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2004.P.251.

^[2] *In* Direito de Família e o Novo Código Civil-Ed. Del Rey: 2002-p.VII.