

**AÇÃO ORDINÁRIA (PROCEDIMENTO COMUM
ORDINÁRIO) Nº 2002.71.00.053659-4/RS**

D.E.

Publicado em 27/11/2008

AUTOR : ESPÓLIO DE M.H.C.T.
ADVOGADO : N.L.C.T.
RÉU : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

SENTENÇA

Vistos, etc.

A autora ajuizou a presente ação contra o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, visando à obtenção de provimento jurisdicional que, inclusive em sede de antecipação da tutela, determinasse a concessão imediata do benefício de pensão por morte de sua ex-companheira.

Alegou que mantivera união estável com E.M.B.J. por mais de 30 anos, a qual somente fora interrompida pelo falecimento da mesma, ocorrido em 12-03-2002. Sustentou que o relacionamento preenchia todos os requisitos à configuração da união estável, especialmente publicidade, afeto, coabitação e ânimo de construir família, tendo sido formado patrimônio em comum o que ensejou inclusive ação de reconhecimento da união e partilha de bens perante a Justiça Estadual, a qual se encontrava suspensa para celebração de acordo pelas partes.

Afirmou que recebera seguro de vida pactuado pela companheira em seu favor, existindo farta prova documental da união. Aduziu que, após o óbito da companheira, passara a sofrer dificuldades financeiras sobretudo em função de problemas de saúde enfrentados. Juntou documentos.

A ação foi proposta inicialmente perante a 2ª Vara do Juizado Especial Federal Previdenciário, tendo a MM. Juíza determinado a emenda da

inicial, para que a autora comprovasse o requerimento administrativo, bem como para regularização da inicial, mediante assinatura da advogada.

Regularizado o feito e juntado o comprovante de indeferimento do benefício, foi recebida a inicial e deferido o benefício da assistência judiciária gratuita.

Designada audiência de conciliação e instrução, foi citado o INSS.

Na referida audiência, a conciliação foi inexitosa, tendo sido determinada produção probatória (ata às fls. 114-119) pela magistrada e tomado depoimento pessoal da autora, bem como inquiridas testemunhas. Na oportunidade, a autora juntou termo de audiência da ação declaratória de união estável e partilha de bens proposta na Justiça Comum, na qual foi celebrado acordo com a sucessão da falecida companheira.

O INSS ofertou contestação escrita, suscitando preliminarmente a prescrição quinquenal nem como a ocorrência de decadência do direito de revisão do benefício, com fulcro no artigo 103, 'caput', da Lei nº 8.213/91. No mérito, sustentou a improcedência da demanda, ao argumento de que não lograra a autora comprovar que, após 1991 - ano em que no entender da autarquia havia sido desfeita a união - possuía dependência econômica em relação à falecida segurada. Alegou que a requerente era responsável pelo próprio sustento e não mais convivia sob o mesmo teto da companheira, não dependendo economicamente dela. Requereu, 'ad argumentandum' que, acaso deferido o benefício, tivesse termo inicial na data de ajuizamento da demanda.

A autora requereu a expedição de ofício pelo Juízo ao Banrisul, a fim de comprovar a movimentação na conta bancária da mesma, especialmente os depósitos efetuados pela falecida, o que foi deferido.

Às fls. 136-578 a autora juntou uma série de comprovantes de depósitos bancários em sua conta no Banrisul, extratos bancários e correspondências bancárias/documentos de cobrança.

Em decisão às fls. 579-586 foi deferida a antecipação da tutela.

Às fls. 592-599, o Banrisul acostou extratos da movimentação bancária requeridos pelo Juízo.

Intimado a comprovar a implantação em folha do benefício, o INSS acostou aos autos comprovantes de que a mãe da segurada falecida, Sra. G. B. da S. J. estaria recebendo pensão por morte da mesma desde o óbito, ocorrido em 12-03-1997.

Dada vista dos documentos à autora, determinando-se que se manifestasse, também, sobre a renúncia aos valores excedentes a 60 salários mínimos, para que fosse possível manter o feito em tramitação no Juizado Especial.

Em decisão às fls. 615-618 foi declarada a incompetência do Juizado para processar e julgar o feito, face ao valor da causa do mesmo.

Redistribuídos os autos a esta Vara Federal, foram ratificados expressamente os atos antes praticados.

Em petição à fl. 627 foi comunicado o falecimento da autora, tendo sido providenciada a habilitação do espólio, a qual foi homologada à fl. 641.

Em decisão da fl. 642 foi determinado ao espólio da autora que promovesse a citação, como litisconsorte passiva necessária, da Sra. G. B. da S. J., mãe da falecida segurada, a qual estaria percebendo a pensão pretendida.

Peticionou o espólio informando que também a Sra. G. viera a falecer, devendo ser intimado e citado seu espólio para o pólo passivo do feito e requerendo prazo para localizar o responsável.

Mediante decisão da fl. 649, constatando que a parte autora não lograra localizar os responsáveis pela sucessão ou espólio da Sra. G., considerei desnecessária sua inclusão no pólo passivo, até mesmo pelo singelo fato de que, falecida, não haveria como a decisão do feito lhe produzir efeitos. Determinei que a parte autora comprovasse documentalmente o falecimento da beneficiária da pensão e, após, viessem os autos conclusos para sentença.

Atendida a determinação à fl. 659, vieram os autos conclusos para sentença.

Não havendo outras provas a serem produzidas, vieram-me os autos conclusos para sentença.

É o relatório.

Decido.

Trata-se de ação ordinária na qual a autora, já falecida, buscava obter o reconhecimento da união estável com a sra. E.M.B.J. e, por conseguinte, ver concedido o benefício de pensão por morte.

PRESCRIÇÃO QÜINQÜENAL

Tenho que, caracterizado o benefício previdenciário como de caráter eminentemente alimentar, constituindo obrigação periódica e de trato sucessivo, não admite a pretendida prescrição do fundo do direito, mas tão-somente das parcelas vencidas há mais de cinco anos, consoante já fixado pelo Superior Tribunal de Justiça na Súmula 85:

"Súmula 85. Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figura como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior a propositura da ação."

No mesmo sentido já decidiu o Colendo Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

"PREVIDÊNCIA SOCIAL. PRESCRIÇÃO.

O DIREITO AOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS DE TRATO SUCESSIVO É IMPRESCRITÍVEL. A PRESCRIÇÃO ALCANÇA APENAS AS PRESTAÇÕES ANTERIORES AO QÜINQUÊNIO CONTADO DA DATA EM QUE O REQUERIMENTO FOI FORMULADO NA VIA ADMINISTRATIVA OU, SE A PRESTAÇÃO TIVER SIDO DESDE LOGO PLEITEADA JUDICIALMENTE, DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO.

APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA." (Tribunal Regional Federal da 4ª Região; Apelação Cível nº 89.04.18720-6; 1ª Turma; Relator o Exmo. Sr. Juiz Ari Pargendler; j. em 26-04-90; DJU em 01-08-90)

Por conseguinte, reconheço a prescrição quinquenal das parcelas pleiteadas, ou seja, de todas aquelas exigíveis até cinco anos antes do ajuizamento do presente feito.

DA DECADÊNCIA

Igualmente, quanto à decadência, não há porque dar acolhida à alegação do INSS.

Primeiramente, pelo fato de que a previsão do artigo 103 e do atual artigo 103-A da Lei nº 8.213/91 dizem com prazo decadencial para solicitação de revisão de benefício ou de pedido indeferido. No caso dos autos, embora o óbito da ex-segurada tenha ocorrido em 12-03-1997, a autora somente formulou requerimento administrativo em 13-06-2002, seis meses antes do ajuizamento da presente ação, inexistindo decurso do pretendido prazo.

De igual modo, não poder-se-ia considerar que o prazo decadencial em referência era de cinco anos, uma vez que, estabelecido o prazo decenal pela Lei nº 9.528/97, resultado da conversão da MP nº 1.523-9 e subsequentes, foi reduzido já em 1998 pela Lei nº 9.711/98 para 5 anos. Por sua vez, ainda em 1999 foi editada a Lei nº 9.784/99 fixando o prazo em 5 anos e em 20-11-2003 passou a vigor a MP nº 138 que aumentou o mesmo para 10 anos. Tendo sido o ato de indeferimento do benefício praticado em junho de 2002, tenho que a ele é aplicável o regramento assim resumido pelo Exmo. Sr. Desembargador Federal Rômulo Pizzolatti em artigo publicado na Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

"b) se o ato ocorreu a partir da publicação da Lei 9.784 (D.O.U. de 01.02.99) até a entrada em vigor da MP nº 138 (D.O.U. de 20.11.2003), aplica-se o prazo decadencial de cinco anos previsto na primeira norma, a partir do termo inicial

previsto em lei, mas, como seu termo final ocorrerá na vigência da MP nº 138 (D.O.U. de 20.11.2003) ou da Lei nº 10.839 (D.O.U. de 06.02.2004), fica ampliado para dez (10) anos, conforme previsto nas duas últimas normas, computando-se o tempo decorrido sob a Lei nº 9.784," (in 'A decadência no Âmbito do Direito Previdenciário: Questões de Direito Intertemporal', Revista do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, ano 18, n. 65, 2007, pp.68-9).

Rejeito, portanto, a decadência invocada.

Passo a apreciar o mérito.

Tenho que, em se tratando de questão atinente a pensão decorrente de união estável entre pessoas do mesmo sexo, comumente chamada de 'união homoafetiva', mister se faz inicialmente, analisar a possibilidade jurídica em tese de tal forma de reconhecimento de relação de dependência para fins previdenciários para, logo após, apreciar a configuração dos requisitos necessários à concessão do benefício.

PENSÃO PREVIDENCIÁRIA - POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO EM RELAÇÃO A SITUAÇÕES DE COMPANHEIRISMO ENVOLVENDO PESSOAS DO MESMO SEXO

O benefício da pensão por morte é decorrente da configuração de elementos referentes a duas relações jurídicas distintas. Com efeito, para que se faça presente o direito à percepção de pensão em decorrência de falecimento de uma pessoa, mister se faz, primeiramente, que haja uma relação jurídica de vinculação entre tal pessoa, que é o segurado e o ente previdenciário responsável pelo suporte do benefício (no caso, o INSS). Em segundo momento, indispensável também que esteja presente outra relação jurídica, desta feita entre o segurado e o pretendo dependente ou beneficiário (a autora do presente feito), a caracterizar a relação de dependência. Configurados ambos os requisitos, tem-se o direito subjetivo ao benefício previdenciário da pensão por morte.

O cerne da controvérsia, portanto, reside em apreciar a configuração da segunda relação jurídica necessária, a da dependência entre a falecida E.M.B.J. e a autora, sobretudo pela peculiaridade especial de ser discutida questão relativa às uniões homoafetivas. E, neste aspecto, tenho que assiste razão à demandante.

A Constituição Federal promulgada em 05-10-88, em seu artigo 226, parágrafo 3º, assim estabeleceu:

"§ 3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento."

É inequívoca a supremacia no ordenamento jurídico dos preceitos constitucionais, os quais delimitam a eficácia e amplitude da legislação

infraconstitucional, que há de ser interpretada de modo conciliatório com a Magna Carta, sob pena de não se caracterizar o fenômeno da recepção da legislação anteriormente editada.

Tratando-se de pensão devida em função do falecimento de segurado da Previdência Social, a norma aplicável ao caso é o artigo 16 da Lei nº 8.213/91, verbis:

"ART.16 - São beneficiários do Regime Geral da Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

...

§ 4º - A dependência econômica das pessoas indicadas no inc. I é presumida e a das demais deve ser comprovada;"

A questão central diz, inicialmente, com a admissão em tese, deu que, reconhecida a existência de relacionamento entre duas pessoas do mesmo sexo, possa este ser considerado, para fins legais, uma 'união estável' ou relação de companheirismo equivalente e que produza os mesmos efeitos jurídicos.

A matéria, ensejadora de diversos e profundos debates na jurisprudência e doutrina pátrias, me parece não mais se mostrar provida de tamanha controvérsia sobretudo de reconhecermos que, ao fim e ao cabo, a negativa de tutela dos direitos das pessoas envolvidas em tal situação tem por mote a discriminação em função da opção sexual. Com efeito, embora o artigo 226, § 3º da Constituição Federal se refira unicamente à união estável entre homem e mulher, apegar-se a autarquia previdenciária apenas a tal previsão parece, realmente, tentar priorizar a forma e não o conteúdo da relação. Ora, o estabelecimento da união estável e sua equiparação ao núcleo familiar passam, fundamentalmente, como já referido pelo colega Eduardo Tonetto Picarelli, por uma visão na qual *'a família é vista não como uma instituição formal, mas como a união de pessoas fundada no afeto e no amor, no companheirismo, união estabelecida com o propósito de assegurar aos seus membros o pleno desenvolvimento pessoal e afetivo'* (processo nº 2006.71.00.021019-0). Não parece razoável - e violaria os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, do direito à liberdade sexual e à proibição de discriminação pela orientação sexual.

A priorização da existência dos elementos homem e mulher na pretensa caracterização de entidade familiar ou união estável vai em absoluto detrimento daquilo que é efetivamente relevante para a caracterização da mesma, qual seja, a relação afetiva, com a finalidade de mútuo auxílio, desenvolvimento e proteção! Tanto não deve ser este o norte do intérprete que a própria Constituição Federal expressamente previu outras formas de entidades familiares diversas daquela considerada 'normal', como, p.ex., a família monoparental (o que, por sua vez, retira do conceito de união estável ou família a necessidade de que vise à procriação ou ao menos que exista tal possibilidade) e a própria união estável.

A respeito da necessidade de evolução da jurisprudência quanto ao tema, assim se manifestou a ilustre Maria Berenice Dias, citada pelo Ministro Celso de Mello, ao julgar a cautelar da ADI nº 3.300:

"A prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, descabendo deixar fora do conceito de família as relações homoafetivas. Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, mútua assistência, é de se concederem os mesmos direitos e se imporem iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tenham idênticas características. Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os juízes, pode fechar os olhos a essas novas realidades. Posturas preconceituosas ou discriminatórias geram grandes injustiças. Descabe confundir questões jurídicas com questões de caráter moral ou de conteúdo meramente religioso. Essa responsabilidade de ver o novo assumiu a Justiça ao emprestar juridicidade às uniões extraconjugais. Deve, agora, mostrar igual independência e coragem quanto às uniões de pessoas do mesmo sexo. Ambas são relações afetivas, vínculos em que há comprometimento amoroso. Assim, impositivo reconhecer a existência de um gênero de união estável que comporta mais de uma espécie: união estável heteroafetiva e união estável homoafetiva. Ambas merecem ser reconhecidas como entidade familiar. Havendo convivência duradoura, pública e contínua entre duas pessoas, estabelecida com o objetivo de constituição de família, mister reconhecer a existência de uma união estável. Independente do sexo dos parceiros, fazem jus à mesma proteção. Ao menos até que o legislador regulamente as uniões homoafetiva - como já fez a maioria dos países do mundo civilizado -, incumbe ao Judiciário emprestar-lhes visibilidade e assegurar-lhes os mesmos direitos que merecem as demais relações afetivas." (União homossexual: O Preconceito & a Justiça", p. 71/83 e p. 85/99, 97, 3ª ed., 2006, Livraria do Advogado Editora)

De igual modo, a Constituição Federal, ao tratar da pensão por morte no âmbito da Previdência Social, assim previu o benefício:

"Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

...

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2;º"

Neste aspecto, cabe ressaltar que a expressão 'companheiro' não se mostra exclusiva das ditas uniões heterossexuais e nem com este específico fim parece ter sido utilizada pelo Constituinte.

A matéria igualmente já foi objeto de apreciação pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em paradigmático acórdão, cujos fundamentos reforçam a tese aqui exposta:

"CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. ABRANGÊNCIA NACIONAL DA DECISÃO. HOMOSSEXUAIS. INSCRIÇÃO DE COMPANHEIROS COMO DEPENDENTES NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL.

...

5. O princípio da dignidade humana veicula parâmetros essenciais que devem ser necessariamente observados por todos os órgãos estatais em suas respectivas esferas de atuação, atuando como elemento estrutural dos próprios direitos fundamentais assegurados na Constituição.

6. A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas.

7. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana.

8. As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais.

9. A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial - em alguns países de forma mais implícita - com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo.

10. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas.

11. Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (art. 16, I, da Lei n.º 8.213/91), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio reclusão. (TRF4, APELAÇÃO CIVEL, 2000.71.00.009347-0, Sexta Turma, Relator João Batista Pinto Silveira, DJ 10/08/2005)

Por sua vez, quanto à alegação normalmente apresentada pelo INSS a ensejar o indeferimento de pedidos assemelhados, consistente na expressa referência a ambos os sexos no artigo 226, § 3º, da CF-88, o que determinaria a impossibilidade de relação de união estável entre dois homens ou duas mulheres, peço vênica para adotar as razões do MM. Juiz Substituto desta Vara, Gustavo Pedroso Severo, no artigo doutrinário abaixo transcrito:

"Particularmente, entendemos que a referência a "homem" e "mulher" no § 3º do art. 226 da CF/88 não inviabiliza o reconhecimento oficial da convivência entre pessoas do mesmo sexo. Conforme já salientado, essa distinção é circunstancial, resultando antes do contexto sociocultural em que foi elaborada nossa Constituição do que de uma vontade consciente do legislador constituinte. Ademais, é preciso superar a concepção de que a solução dos problemas concretos está sempre a depender de um texto indicativo do caminho adequado para tanto. Se antes o direito era eminentemente normativo, hoje é cada vez mais principiológico, dotado de "conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, que são pontos de mobilidade e de abertura do sistema para as modificações da realidade". Nesse novo cenário a Constituição desempenha papel proeminente, seja em razão de sua "força ativa", seja em razão da multiplicidade de direitos que consagra. Não se justifica, pois, a manutenção de posturas herméticas, divorciadas da realidade e dos objetivos sociais da lei. Posturas que vêem o ordenamento jurídico como um fim em si mesmo, e não como um meio para a efetivação da liberdade, da igualdade e da paz; que vêem a Constituição como uma mera declaração de boas intenções, e não como um instrumento de realização da justiça." ("O Reconhecimento das Uniões Homoafetivas como entidades familiares e a possibilidade jurídica de adoção em conjunto por parceiros do mesmo sexo", artigo publicado na 'Revista de Doutrina' do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 22ª edição, fevereiro/2008, disponível em <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br>)

Sendo assim, tenho por admissível, em tese, a tutela previdenciária à união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Resta aferir, portanto, a efetiva caracterização do relacionamento entre a falecida autora e a segurada E.M.B.J..

Tenho que, a prova documental é suficientemente forte para embasar a procedência da demanda, eis que há documentos comprovando que ambas conviviam maritalmente, publicamente, com comunhão de vida e de interesses e mútuo auxílio por mais de 30 anos. A existência de seguro de vida efetuado em favor da falecida autora (fl. 29), os comprovantes de residência comum, o imóvel comprado em nome de ambas (fl. 127) são provas hábeis à caracterização daquela união estável. De igual modo, as testemunhas ouvidas em juízo demonstram claramente o caráter de publicidade da relação e o preenchimento de todos os requisitos para a caracterização de relacionamento tutelado pelo direito sobretudo o mútuo auxílio e proteção em função de relação de afetividade.

Registre-se, porém, que ao contrário do afirmado pela autora em seu depoimento pessoal, a convicção deste Juízo é de que o relacionamento efetivamente findou em 1991, o que, porém, não altera o juízo de procedência.

Com efeito, a declaração da fl. 23, firmada de próprio punho pela falecida segurada E.J. e com firma reconhecida contemporaneamente àquela data em Cartório evidencia que se tratava do final de um relacionamento, tendo

uma série de cláusulas e pactuações inerentes àquelas formuladas por casais heterossexuais quando de divórcios ou separações amigáveis. Não parece crível que se tratasse de uma mera deliberação de que passariam a residir em imóveis diversos, mantendo-se o relacionamento ou 'arejando a relação', uma vez que seriam absolutamente desnecessárias, em tal caso, cláusulas como a que garantia a manutenção do terminal telefônico na residência da autora e de assistência veterinária aos animais mantidos na casa. Acaso estivéssemos a tratar de relação heterossexual, dificilmente seria colocada alguma dúvida sobre a efetiva intenção daquela declaração, qual seja, por fim ao relacionamento até então existente, reconhecendo-o expressamente e deliberando, de pronto, sobre eventual partilha de bens ou responsabilidade por despesas e prestação de alimentos. Tanto é assim que o item 1 daquele documento consiste na obrigação de alcançar à parte autora o equivalente a 30% dos rendimentos líquidos da falecida segurada E., em autêntica - embora assim não mencionada - pensão alimentícia.

E, ante tal pactuação é que entendo que, ainda que cessado o relacionamento em 1991 - como alegado pelo INSS - assiste razão à parte demandante, que, infelizmente pela demora no processamento deste feito, não se encontra viva para presenciar o efetivo reconhecimento de seu direito.

Tenho que, neste caso, é de ser aplicado o preceito do § 2º do artigo 76 da Lei nº 8.213/91, que assim dispõe:

'Art. 76.

'''

§ 2º O cônjuge divorciado ou separado judicialmente ou de fato que recebia pensão de alimentos concorrerá em igualdade de condições com os dependentes referidos no inciso I do art. 16 desta Lei.'

Essa relação jurídica de dependência a caracterizar o direito subjetivo à pensão deve ser aferida no momento em que surge a possibilidade de pagamento do benefício, ou seja, quando eclode o fator de risco social eleito pelo legislador para o deferimento de determinada prestação pecuniária. No caso da pensão, logicamente, tal fator é o óbito do segurado, o qual ocorreu em 12-03-97.

Em se tratando de separação ou divórcio formalizados judicialmente, aplicar-se-ia o art. 17, § 2º da nº Lei 8.213/91 que assim dispõe:

'O cancelamento da inscrição do cônjuge se processa em face de separação judicial ou divórcio sem direito a alimentos, certidão de anulação de casamento, certidão de óbito ou sentença judicial, transitada em julgado.'

A contrário senso, entende-se que o cônjuge separado ou divorciado que percebe pensão alimentícia do segurado mantém sua condição de dependência, inobstante a cessação da união. No mesmo sentido a disposição da Súmula 64 do extinto Tribunal Federal de Recursos:

'A mulher que dispensou, no acordo de desquite, a prestação de alimentos, conserva, não obstante, o direito à pensão decorrentes do óbito do marido, desde que comprovada a necessidade do benefício'.

Consoante tudo o acima exposto, tenho por plenamente adaptáveis e aplicáveis os preceitos e lições acima à situação da união entre pessoas de mesmo sexo que tenha findado com expressa pactuação de pensão alimentícia, consoante a intenção de amparo do dependente de segurado da previdência frente à ocorrência do risco social e impossibilidade de manutenção do dependente pelo segurado. Em harmonia ao disposto, a brilhante lição dos Eminentes colegas Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior, in 'Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social', Livraria do Advogado/ESMAFE, Porto Alegre, 2000:

'Em caso de separação - seja judicial ou de fato - bem como de divórcio, o fator determinante da manutenção da qualidade de dependente, pelo sistema da lei, será o recebimento ou não de alimentos por conta da separação ou divórcio. Com efeito, o cônjuge mantém a qualidade de dependente mesmo após separado ou divorciado, desde que receba alimentos por conta da separação ou divórcio, como deflui da leitura dos arts. 17, §2º, e 76, §2º. Pela utilização do argumento a contrário, a conclusão é de que, pelo sistema da lei, a separação judicial ou divórcio sem direito a alimentos implicam perda da qualidade de dependente. A flexibilização deste dispositivo, em nosso entendimento, abarca apenas a demonstração da vinculação econômica, podendo o Juiz valer-se de qualquer elemento idôneo, tais como depósitos bancários, entrega mensal de rancho, pagamento de aluguel, etc.'

Diante da produção probatória colacionada nos autos, resta incontroverso o fato de que a falecida autora, ainda após 1991, possuía clara relação de dependência econômica com a falecida segurada, o que resta evidenciado não apenas pela continuidade dos pagamentos de telefone e IPTU pela mesma e pela extensa gama de responsabilização por ela assumida naquela declaração da fl. 23 como também pela realização periódica dos depósitos acertados para reembolso de despesas e como pensão alimentícia, equivalente a 30% dos salários líquidos de E.J.

Sendo assim, reconheço o direito da parte autora à percepção do referido benefício de pensão por morte.

Embora o requerimento administrativo tenha sido efetuado em 13-06-2002, tenho que a concessão deve retroagir à data do óbito, ou seja, 12-03-1997. Isto porque, tendo o óbito ocorrido em 12 de março de 1997, e estando implementadas as condições para a concessão do benefício postulado, a legislação aplicável no caso é a redação original do art. 74, da Lei nº 8.213/91, que assim dispunha:

'Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data do óbito ou da decisão judicial' (grifei)

Tal previsão sustentou-se até 10 de dezembro de 1997, data em que entrou em vigor a Lei nº 9.528, a qual alterou sensivelmente o regramento quanto ao termo inicial do benefício em comento, 'in verbis':

'Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data:

I - do óbito, quando requerida até trinta dias depois deste;

II - do requerimento, quando re-querida após o prazo previsto no inciso anterior;

III - da decisão judicial, no caso de morte presumida.'

Ou seja, para os benefícios decorrentes de falecimentos anteriores a 11 de dezembro de 1997, data da publicação da Lei n.º 9.528/97, a data de início o benefício será a data do óbito, mesmo que tenha havido o requerimento depois do prazo de 30 (trinta) dias, a que se refere a lei atual, e ainda que não se trate de menor.

A questão, por oportuno, já foi analisada pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a exemplo da seguinte ementa:

'PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. TERMO INICIAL. RETROAÇÃO DA DIB. DATA DO ÓBITO. ART. 74 DA LEI Nº 8.213/91.

1. O benefício deve ser concedido desde a data do óbito do ex-segurado (12.06.96), conforme art. 74 da Lei 8.213/91, com a redação vigente na época do fato gerador do direito postulado.

2. Tendo o óbito ocorrido em data anterior à edição da Lei 9.528/97, prevalece a redação original do art. 74, ainda que o requerimento tenha sido ou venha a ser formulado depois do prazo de trinta dias a que alude o inciso 11 do mencionado dispositivo legal.

3. A correção monetária deve ser feita desde o vencimento de cada parcela, por tratar-se de verba alimentar, segundo os critérios da Lei 6.899/81 (ORTN/OTN/BTN), observada a variação do IPC nos meses de janeiro/89, março, abril e maio/90 e fevereiro/91 (Súmulas 32 e 37 desta Corte) e, a partir de julho/91, os critérios da Lei nº 8.213/91 (INPC de 07/91 a 12/92) e alterações (IRSM de 01-1993 a 02-1994, URV de 03-1994 a 06-1994, IPC-r de 07-1994 a 06-1995, INPC de 07-1995 a 04-1996 e IGP-DI a partir de 05-1996).

4. *Apelação e remessa oficial improvidas'* (Tribunal Regional Federal da 4ª Região; *Apelação Cível nº 1999.04.01133692-0, 5ª Turma, Relator o Exmo. Des. Fed. Sérgio Renato Tejada Garcia, DJ em 04-07-01, pág. 998).*

Dessa forma, diante da situação fática circunscrita nestes autos, vislumbro a possibilidade de concessão do benefício pleiteado, desde a data do óbito.

Contudo, existe mais uma situação peculiar aos autos que determina que, quanto ao pagamento das parcelas, seja diferenciado o cálculo.

Ocorre que a falecida autora somente formalizou seu requerimento administrativo em 13-06-2002. Por sua vez, a falecida mãe da segurada E.M.B.J. requereu o benefício de pensão por morte logo após o óbito

da mesma, tendo recebido integralmente aquele benefício até seu recente falecimento. Embora a autora tenha sido considerado como companheira da falecida segurada, fazendo jus ao benefício por relação de dependência prevista no inciso I do artigo 16 da Lei nº 8.213/91, o qual teria preferência e excluiria a genitora (prevista no inciso II) como beneficiária da pensão, o fato é que o INSS, até aquele requerimento administrativo, não possuía conhecimento da existência potencial de dependente classificado no inciso I. Deste modo, a mãe da segurada E. recebeu 100% da pensão desde o óbito e, ao menos até o requerimento administrativo feito pela autora, não havia como pretender que desta forma não procedesse o INSS! Se é certo que, a partir de então, acaso reconhecesse a união da autora com E. para fins previdenciários, deveria a autarquia cessar o pagamento da pensão à mãe de E. (G.B.S.J.) e passar M.H.C.T. a receber exclusivamente a pensão, também correto é que, até o requerimento da mesma, não tinha o INSS por onde presumir a existência de outros dependentes. Sendo assim, não vejo como punir a autarquia condenando-a a pagar à autora a pensão desde o óbito de E. eis que já pagou a pensão ao tempo certo a quem habilitada para tanto (G., mãe da segurada) sem que tivesse elementos para presumir em sentido diverso. Acaso assim não o fizesse, estaria este Juízo a determinar que o INSS, ao fim e ao cabo, arcasse com 2 pensões integrais pelo falecimento de E. eis que inviável qualquer desconto ou cobrança em relação a G., eis que já falecida.

De tal modo, fixo como termo inicial das diferenças devidas à autora a data do requerimento administrativo, ou seja, 13-06-2002.

Embora a partir desta data o INSS tenha, igualmente, pago a integralidade da pensão à falecida mãe da segurada E., tenho que, em tal delimitação temporal, não há como escusar a autarquia de novo pagamento integral à autora, porquanto ciente do requerimento administrativo por ela formulado para a concessão da pensão.

ANTE O EXPOSTO, reconhecendo a prescrição quinquenal das parcelas pleiteadas e rejeitando a decadência argüida, **JULGO PROCEDENTES** o(s) pedido(s) formulado(s) na presente Ação, condenando o INSS conceder à parte autora o benefício de pensão por morte de E.M.B.J., com termo inicial (DIB) em 13-06-2002, data do requerimento administrativo.

Em decorrência da pensão acima deferida, deverá o réu pagar à sucessão da autora os valores relativos ao benefício desde aquela data de concessão (13-06-2002) até o falecimento da mesma, ocorrido em 18-01-2005, sem quaisquer descontos em função da concomitância de pensão antes paga à mãe de E.. O montante da condenação sofrerá a incidência da correção monetária, desde o período em que seriam devidas as respectivas parcelas, e dos juros moratórios de 1% ao ano, a contar da citação, sendo utilizado como indexador monetário o IGP-DI (Lei nº 9.711/98, art. 10º).

Condeno o réu ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência, estes fixados em 10% do valor da condenação, a ser apurado, em conformidade com o § 3º do artigo 20 e com o parágrafo único do artigo 21,

ambos do Código de Processo Civil, excluindo-se de tal base de cálculo as parcelas vincendas, consoante Súmula nº 111 do STJ.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Havendo apelação(ões) tempestiva(s), tenha-se-a(s) por recebidas em ambos os efeitos. Intime(m)-se a(s) parte(s) contrária(s) para apresentação de contra-razões. Juntados os eventuais recursos e as respectivas contra-razões apresentadas no prazo legal devem ser os autos remetidos ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Decorrido o prazo legal para recursos voluntários, remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por força do reexame necessário determinado pelo artigo 10 da Lei nº 9.469/97 combinado com o artigo 475, I, do CPC (redação dada pela Lei 10.352, de 26-12-2001).

Porto Alegre, 22 de outubro de 2008.

FÁBIO DUTRA LUCARELLI
Juiz Federal