

12

Jurisprudência



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

ACÓRDÃO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº



02090746

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL COM REVISÃO nº 822.918-5/1-00, da Comarca de SÃO VICENTE, em que é apelante P. R. R. sendo apelado INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES MUNICIPAIS DE SÃO VICENTE:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAGALHAES COELHO e ANTONIO C. MALHEIROS.

São Paulo, 02 de dezembro de 2008.

MARREY UINT
Presidente e Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Voto nº 4.108

Apelação Cível nº 822.918-5/1-00

Comarca : SÃO VICENTE

Apelante(s): P. R. R.

Apelado(s): INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES
MUNICIPAIS DE SÃO VICENTE

***Pensão por morte – Relação homoafetiva.
Lei 498/2006 reconhece o direito pleiteado.
A recusa ofende os princípios
constitucionais da dignidade humana,
isonomia e liberdade. “Não basta
equiparar as pessoas na lei ou perante a
lei, sendo necessário equipará-las,
também, perante a vida, ainda que
minimamente”.
Recurso provido.***

Cuida-se de ação de ordinária interposta
por P. R. R. , em face do Instituto de
Previdência dos Servidores Municipais de São Vicente com
vistas à concessão do benefício de pensão por morte.

Afirma que foi companheiro de Isidro
Castelillsague Guerrero, ex-servidor municipal falecido em



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

04.07.1993 e obteve o reconhecimento judicial de sociedade de fato por este Tribunal.

A sentença de fls. 51/54 julgou improcedente a ação por ausência de previsão legal condenando o vencido ao pagamento de despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da causa devidamente corrigida, observada a concessão da justiça gratuita.

Apela o vencido (fls. 106/113) afirmando que o artigo 9º da Lei Complementar nº 498/2006 prevê pensão aos dependentes dos segurados, não tendo a Administração negado o seu direito à pensão mas sim afirmando ter havido prescrição.

Contra-razões às fls. 160/171.

Subiram os autos.

É o relatório.

A r. sentença apelada julgou improcedente a ação por ausência de previsão legal para a concessão da pensão requerida.

Porém, foi, nos termos da expressão popular, "mais realista que o Rei".

O próprio Réu admite o direito do Autor, apenas afirmando ter ocorrido a prescrição.

Apelação Cível nº 822.918-5/1 Voto nº 4.108



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Assim, o parecer elaborado pela Assessoria Jurídica do Réu (fls. 29/31) sobre o pedido de pensão por morte afirma que “encontra-se evidenciado nos autos do processo em lume, que o companheiro do ex-servidor comprovou a condição de dependência econômica, coabitação e vida em comum existente entre ambos através de inúmeras provas carreadas aos autos, sendo passível, preliminarmente, a concessão do benefício pleiteado” (fls. 29).

Porém, segue dizendo que “entretanto, aplicando-se o artigo 40 da Lei Complementar nº 498/06, incide ao caso em tela a prescrição quinquenal do pleiteado, haja vista que o benefício deveria ser requerido, prescritivamente, até cinco anos após a data do óbito” (fls. 31).

O indeferimento do pedido (fls. 32) foi feito “com base na manifestação da Assessoria Jurídica”.

Na contestação e nas contra-razões, o Réu mantém esse posicionamento.

Assim, não se discute se o Autor tem ou não o direito, em tese, à pensão.

Discute-se, apenas, se esse direito prescreveu ou não.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Os limites da ação são dados pela exordial e pela contestação.

Dentro desses limites definidos pelas partes é que deve decidir a sentença.

No presente caso, a r. sentença, deixando de lado o fato inconteste da admissão do direito em tese pelo Réu, inovou ao afastar a prescrição e, pelo mérito, julgar improcedente a ação.

A prescrição do fundo de direito foi afastada – e muito bem – pela r. sentença, sendo que o Réu não recorreu dessa decisão, restando, portanto, transitado em julgado essa parte do julgado.

Porém, apenas para que não se alegue, no futuro, nulidade, a questão será apreciada neste Grau Recursal, com, evidente afastamento da tese da prescrição do direito.

A prescrição atinge, apenas, as parcelas vencidas anteriormente ao quinquênio legal precedente ao ajuizamento da ação, incidindo a Súmula nº 85, do E. STJ, tendo em vista o disposto no Decreto nº 20.910/32.

Ademais, o indeferimento do pedido administrativo feito pelo Autor é datado de 18.12.2006, e se deu em virtude de decisão transitada em julgado em ação de reconhecimento de sociedade de fato entre o Autor e o



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

ex-servidor falecido que se processou de 1996 até 2004, não havendo o que se falar em prescrição de fundo de direito.

Nesse entendimento:

"RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. LEI Nº 8.880/94. DIFERENÇAS VENCIMENTAIS. LEI MUNICIPAL Nº 6.612/94. PRESCRIÇÃO. PRESTAÇÕES DE TRATO SUCESSIVO. SÚMULA 85/STJ.

Em se tratando de ação que visa o pagamento de diferenças vencimentais oriundas da edição da Lei nº 8.880/94, a relação é de trato sucessivo, incidindo a prescrição nos moldes da Súmula nº 85/STJ: "Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação". Não ocorrência da chamada prescrição do fundo de direito. Recurso não-conhecido"

(RESP 627718/RN, 5ª Turma, Ministro Felix Fischer, DJU de 02/08/2004)

Porém, mesmo que tivesse havido contestação do direito, em tese, do Autor, este faria jus ao benefício pleiteado.

Houve o reconhecimento da sociedade de fato mas o Autor não logrou êxito no pedido administrativo de benefício previdenciário por entender o Apelado ter ocorrido a prescrição, nem nesta ação, já que o MM Juiz afirmou existir omissão legislativa.

É sabido que em casos de omissão legiferante, deve o juiz atender à determinação do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Art. 4º - Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

A analogia reconhece o caráter familiar das uniões homossexuais que satisfazem os pressupostos valorizados pelo direito de família e consagrados na Constituição Federal.

A ausência de lei não pode resultar em negativa de direitos a vínculos afetivos que não têm como pressuposto a diferença de sexos.

Os princípios constitucionais da dignidade humana, isonomia, liberdade pessoal e segurança jurídica se sobrepõem à omissão legislativa.

Luis Roberto Barroso, em parecer monográfico, discorreu acerca da ofensa ao princípio da dignidade humana (*"Diferentes, mas Iguais: O Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil"*, extraído do site <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/grupos-de-trabalho/dir-sexuaisreprodutivos> em 22.09.2008):

"É impossível deixar de reconhecer que a questão aqui tratada envolve uma reflexão acerca da dignidade humana. Dentre as múltiplas possibilidades de sentido da idéia de dignidade, duas delas são reconhecidas pelo conhecimento convencional: i) ninguém pode ser tratado como meio, devendo cada indivíduo ser considerado sempre como fim em si mesmo; e ii) todos os projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são dignos de igual respeito e consideração, são merecedores de igual "reconhecimento". A não atribuição de reconhecimento à união entre pessoas



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

do mesmo sexo viola simultaneamente essas duas dimensões nucleares da dignidade humana."

E prossegue o ilustre doutrinador citando Ricardo Lobo Torres (Teoria dos Direitos Fundamentais, 1999) a respeito do princípio da isonomia: *"não basta equiparar as pessoas na lei ou perante a lei, sendo necessário equipará-las, também, perante a vida, ainda que minimamente."*

No que se refere às liberdades pessoais, a Constituição Federal é hermética pois são indispensáveis para a vida humana com dignidade (direito à privacidade, liberdade de religião, de expressão e outros). Não reconhecer que um indivíduo tenha liberdade de escolha em sua orientação sexual, é condená-lo a uma vida infeliz e indigna.

Excluir do mundo jurídico o reconhecimento das relações homoafetivas gera insegurança jurídica.

Daí, cada vez mais, os Tribunais vêm reconhecendo os direitos decorrentes das relações homossexuais:

PREVIDÊNCIA SOCIAL - Ipesp - Companheiro de servidor falecido que pretende receber pensão por morte - Relação homoafetiva - Prova suficiente da vida em comum - LC 180/78, art 147, que tem de se adaptar à CF e aos princípios de igualdade e não discriminação - Evidenciados a relação homoafetiva e a dependência econômica por ocasião do óbito (Leis 8.971/94 e 9.278/%) - Recurso não provido.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÃO CÍVEL COM REVISÃO na 678.678-5/1-00, Comarca de SÃO PAULO, Décima Câmara de Direito Público, Relator Urbano Ruiz, julgado em 16.06.2008.

PENSÃO - Servidora pública - Relação homoafetiva - Possibilidade de reconhecimento - Dependência econômica da autora comprovada - Aplicação dos princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana - Requisitos preenchidos - Ação procedente - Benefício devido a partir do óbito - Honorários corretamente arbitrados - Recurso da autora provido em parte - Recursos voluntário e necessário do Instituto não providos. Apelação Cível nº 446.031.5/2-00, Comarca de Ribeirão Preto, Relator Luiz Cortez, julgado em 10.06.2008.

PREVIDENCIÁRIO - pleito de pagamento de pensão efetuado por companheiro de falecido contribuinte do IPESP, com quem vivia more uxorio - procedência - inteligência do inc. IV do art 147 da Lei Complementar Estadual nº 180/78 e 5º, I, da CF - ademais, existência de sociedade de fato entre o autor e o falecido servidor que não foi questionada. Recurso não provido. APELAÇÃO CÍVEL nº 636.769-5/0-00, Comarca de SÃO PAULO, Sétima Câmara de Direito Público, Relator Coimbra Schmidt, julgado em 03.09.2007.

Inaceitável a alegação de que o artigo 226 da Constituição Federal diz respeito somente à união entre homem e mulher. Essa interpretação é isolada, restritiva. Há que ser observado, como já ilustrado, os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Principalmente se levarmos em conta, que à época em que foi elaborada a Carta Constitucional de 1988, esses dilemas não eram enfrentados cotidianamente, e o legislador não teve a preocupação em dispor nesse



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

sentido, daí a necessidade de aplicação da analogia no caso em comento.

A própria Lei Complementar nº 498/2006, Estatuto dos Servidores de São Vicente reconhece o direito do Autor dispondo:

"Artigo 9º - São beneficiários do RPPSSV, além do cônjuge, companheiro ou companheira, na seguinte ordem:

(...)

§3º - Considera-se companheiro ou companheira a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o disposto no §3º do art. 226 da Constituição Federal;

§4º - Para efeito do disposto no parágrafo anterior, são provas de vida em comum a existência de um mesmo domicílio, o registro como dependente na declaração de imposto de renda, a conta bancária conjunta, encargos domésticos evidentes ou quaisquer outras que permitam ao Instituto de Previdência formar convicção.

§5º - A dependência econômica do cônjuge, companheiro(a) e das pessoas indicadas no inciso I deste artigo é presumida e a das demais será comprovada documentalmente."

Segundo o ensinamento de José Afonso da Silva: "A questão mais debatida feriu-se em relação às discriminações dos homossexuais. Tentou-se introduzir uma norma que a vedasse claramente, mas não se encontrou uma expressão nítida e devidamente definida que não gerasse extrapolações inconvenientes. Uma delas fora

Apelação Cível nº 822.918-5/1 Voto nº 4.108



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

conceder igualdade, sem discriminação de orientação sexual, reconhecendo, assim, na verdade, não apenas a igualdade, mas igualmente a liberdade de as pessoas de ambos os sexos adotarem a orientação sexual que quisessem. Teve-se receio de que esta expressão albergasse deformações prejudiciais a terceiros. Daí optar-se por vedar distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação, que são suficientemente abrangentes para recolher também aqueles fatores, que têm servido de base para desequiparação e preconceitos." (José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2004, p. 223).

Sendo assim, resta a esse intérprete da lei, aplicar os princípios constitucionais de forma a dar eficácia à intenção do legislador de buscar a justiça social assegurando os direitos mais caros às pessoas e à sociedade em geral. Este é o Estado Democrático de Direito.

O fato de o Apelante já receber pensão por morte do companheiro, concedida pelo INSS não afasta o presente pedido.

O Sr. I. C. G. era médico e, certamente, além de funcionário público, exercia sua profissão na iniciativa privada, também, conforme lhe faculta a Constituição.

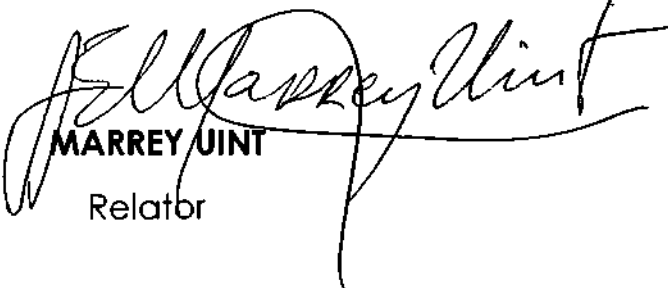


PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Ao agir assim, contribuía para ambos os institutos, o INSS e o Instituto de Previdência dos Servidores Municipais de São Vicente.

Desse modo, fazia jus às duas aposentadorias e, portanto, podia dar origem a duas pensões.

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso do Autor, reconhecendo o seu direito ao recebimento de pensão por morte, bem como às parcelas vencidas desde agosto de 2002 (prescrição quinquenal), devidamente corrigidas pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça, com juros de mora de 0,5% ao mês, desde a citação, conforme o artigo 1º-F da Lei 9.494/97, condenando a autarquia ao pagamento de custas e despesas processuais e verba honorária fixada em 10% sobre o valor da condenação.


MARREY UINT
Relator