

9



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

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

ACÓRDÃO



Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL COM REVISÃO nº 726.939-5/7-00, da Comarca de SÃO PAULO-FAZ PÚBLICA, em que é apelante ANTÔNIO DE PÁDUA GRANEIRO sendo apelada IPESP - INST. PREV. ESTADO DE SÃO PAULO:

ACORDAM, em Nona 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 ANTONIO RULLI (Presidente), OSNI DE SOUZA.

São Paulo, 17 de dezembro de 2008.

REBOUÇAS DE CARVALHO
Relator

9



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº 1913

APELAÇÃO CÍVEL: 726.939.5/7-00

COMARCA: SÃO PAULO

APELANTE: ANTÔNIO DE PADUA GRANEIRO

APELADO: IPESP – INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DE
SÃO PAULO

PREVIDÊNCIA SOCIAL –

Pensão. – A pensão por morte é devida a companheiros de mesmo sexo na constância da união homoafetiva em face do princípio constitucional da igualdade (art. 5º, caput, I, CF). – O benefício da pensão por morte deve corresponder à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido. – Inteligência do art. 40, § 5º, CF. 2. Os juros de mora incidem a partir da citação (art. 405 CC e art. 219 CPC) à razão de 6% ao ano, pois se trata de verba de caráter remuneratório (art. 1º-F da Lei nº 9.494/97). – Precedentes do STF. – Sentença reformada. – Recurso provido.

Trata-se de ação ordinária, com pedido de tutela antecipada, proposta por Antônio de Pádua Granero contra o IPESP – Instituto de Previdência do Estado de São Paulo, objetivando o reconhecimento do seu direito a receber pensão por morte decorrente do falecimento de seu companheiro homoafetivo.

A liminar foi indeferida (fl. 56), a r sentença de fls 105/110, aclarada à fl. 122, cujo relatório se adota, julgou improcedente a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

pretensão e condenou o autor ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 750,00.

Inconformado apela o vencido (fls. 114/116) objetivando a reforma do julgado, sustentando, para tanto, que o apelante faz jus ao recebimento da pensão por morte, conforme cabalmente comprovado nos autos.

Recurso recebido, com preparo (fl. 121) e contra-razões (fls. 137/139).

É o relatório

Ressalvada a convicção do D. Juiz prolator da r. sentença apelada, razão assiste ao apelante, senão vejamos.

A Constituição Federal erigiu os princípios da igualdade e isonomia como direitos fundamentais da pessoa humana, sem que se admita distinção de sexo e de orientação social (art. 5º, *caput* e I). É também objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV, CF)

A Ministra Cármem Lúcia Antunes Rocha assevera que “*igualdade constitucional é mais que uma expressão de Direito; é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental*” (O princípio constitucional da igualdade, Editora Jurídicos Lê, 1991, p 316)

Por outro lado, não se pode olvidar que os seres humanos são essencialmente distintos entre si devido a fatores históricos, e sociais, de modo que o tratamento indiferenciado dos mesmos ensejaria



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

tão somente uma aparência de igualdade. Não por outra razão a própria Constituição especificou os casos em que se permite o tratamento desigual com o objetivo nítido de igualar situações de desigualdade, como, por exemplo, a diferenciação das regras de aposentadoria para homens e mulheres.

Tratando-se a igualdade de um direito fundamental, em rigor, não deve sequer ser interpretado, mas sim concretizado (PAULO BONAVIDES, "Curso de Direito Constitucional", Malheiros, 13ª edição, p. 596).

Desta forma, situações que possuam mesmos ônus e vantagens devem sofrer de imediato, ainda que leis infraconstitucionais disponham em contrário, repartições idênticas de encargos e benefícios, a fim de que se propicie efetivamente o direito à igualdade.

Neste sentido já se pronunciou o STF:

"(...) O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é, enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica, suscetível de regulamentação ou de complementação. Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar a discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei; (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador, que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais Poderes estatais, que, na



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade. (.)
(JOSÉ AFONSO DA SILVA, Comentário Contextual à Constituição, Malheiros, 3ª edição, pág 74, apud MI 58, rel. Min. Celso de Mello, j. 14/12/1990, RDA 183/143 – grifo nosso).

Por esta razão, ainda que legislação de regência do sistema previdenciário contemple o benefício da pensão por morte somente para companheiros de gêneros distintos, certo é que, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia, deve-se estender o benefício também aos companheiros de relacionamentos homoafetivos

A propósito, esse também é o entendimento do STJ, conforme se infere do seguinte aresto:

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. PARTE LEGÍTIMA.

(...)

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



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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. "



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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." (Resp nº 395.904-RS, 6ª Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 13/12/2005, DJU 06/02/2006)

Aliás, na senda do que vem decidindo a jurisprudência nacional acerca do assunto, a LC nº 1.012/07 alterou a redação do art. 147 da LC nº 180/78, incluindo no rol de dependentes "o companheiro ou a companheira, na constância da união homoafetiva", corrigindo a inconstitucionalidade da referida lei.

Não se trata de equiparar os relacionamentos homoafetivos às uniões estáveis, mas sim de proteger a liberdade de escolha da opção sexual de cada indivíduo, garantindo-lhe, por conseguinte, uma vida digna.

No caso *sub judice*, o apelante objetiva o recebimento de pensão por morte decorrente de união homossexual de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

mais de 30 anos com falecido servidor público estadual, alegando efetiva convivência e dependência econômica.

Segundo se infere dos autos, há farta prova acerca da existência da união homoafetiva entre o apelante e Mário Marscherpe. Aliás, a r. sentença reconheceu ser inegável o relacionamento deles (fls. 108). A dependência econômica se presume diante da vida em comum por mais de cinco anos, comprovada pelo mesmo domicílio (fls. 19/22 e 27/31), imóvel comum (fls. 23/26), conta bancária em conjunto (fls. 32/33) e reconhecimento pela própria irmã do ex-servidor de que este vivia em união homossexual com o apelante (fls. 35).

Uma vez reconhecida a condição de companheiro do ex-servidor, tem o apelado direito a ser incluído como beneficiário de pensão por morte a partir da data do requerimento administrativo datado de 03 de abril de 2003 (fl. 12), conforme pleiteado.

No mais, de acordo com o texto original da Constituição Federal a pensão por morte é benefício que deve corresponder à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido (art. 40, § 5º). Apesar da existência de várias alterações havidas na Constituição, nenhuma delas modificou, na essência, o direito reconhecido aos beneficiários do servidor falecido. Logo, de nenhuma valia a invocação de legislação infraconstitucional contrária ao texto da Constituição, a qual se considera não recepcionada pela nova ordem constitucional.

Os juros de mora devem ser fixados em 6% ao ano, a partir da citação, nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo Colendo STF, tendo em vista tratar-se de verba de caráter remuneratório (STF – 2ª Turma, RE 523.006/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 15/05/2007, DJU 01/06/07 e RE-



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

AgR 466.832/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, j. em 27/03/2007, DJU 04/05/07).

Por essas razões, dá-se provimento ao recurso para, reformada a r. sentença apelada, julgar procedente a ação, condenando o réu ao pagamento do benefício pensão por morte de maneira integral ao autor, conforme acima determinado, invertidos os ônus de sucumbência.



REBOUÇAS DE CARVALHO

Relator