



LPP

Nº 70025780271  
2008/CÍVEL

**APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. PREVI. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. PEDIDO DE COMPLEMENTAÇÃO DE PENSÃO. PRELIMINARES. NÃO CONHECIMENTO POR AFRONTA AO ART. 514, II, CPC. PRESCRIÇÃO. FUNDO DE DIREITO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.**

**PRELIMINARES**

**NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO POR AFRONTA AO ART. 514, II, DO CPC** – O recurso ataca os fundamentos da sentença, embasando regularmente o pedido de nova decisão. Atendido, pois, o requisito do artigo 514, inciso II, do Código de Processo Civil. Preliminar afastada.

**POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO** – Por possibilidade jurídica do pedido entende-se a admissibilidade da pretensão perante o ordenamento jurídico, ou seja, previsão ou ausência de vedação, do que se postula na causa. Não sendo a pretensão da parte vedada pelo ordenamento jurídico, não há falar em impossibilidade jurídica do pedido.

**PRESCRIÇÃO** – A prescrição da pretensão constitutiva do direito de recebimento de complementação de pensão é de cinco anos nos termos do art. 1º do Decreto nº 20.910/32. A contagem do prazo prescricional, no entanto, tem como marco inicial, a data da concessão do benefício previdenciário pelo INSS. Precedentes do STJ. Prescrição afastada no caso.

**MÉRITO**

A pretensão de percepção de pensão por morte em relação homoafetiva, não é juridicamente impossível, sendo que o vácuo normativo não pode ser considerado obstáculo intransponível para o reconhecimento de uma relação jurídica emergente de fato público e notório

Muito embora não haja previsão legal específica, diante da evolução do direito e em cumprimento ao princípio constitucional da igualdade, é dever das entidades de previdência privada a inclusão do companheiro homossexual como dependente no plano mantido pelo titular.

O direito previdenciário tem por objetivo precípuo a defesa da pessoa humana, garantindo-lhe a subsistência e a seus dependentes, sendo que em cumprimento a tal objetivo, não se pode negar o direito do companheiro dependente do associado falecido.

**PRELIMINARES AFASTADAS.**



LPP  
Nº 70025780271  
2008/CÍVEL

**APELO PROVIDO.**

APELAÇÃO CÍVEL

SEXTA CÂMARA CÍVEL

Nº 70025780271

COMARCA DE PORTO ALEGRE

CAIXA DE PREVIDENCIA DOS  
FUNCIONARIOS DO BANCO DO  
BRASIL

APELANTE

APELADO

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, **à unanimidade, em afastar as preliminares e dar provimento ao apelo.**

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária, os eminentes Senhores **DES. LUÍS AUGUSTO COELHO BRAGA (PRESIDENTE E REVISOR) E DES. ANTÔNIO CORRÊA PALMEIRO DA FONTOURA.**

Porto Alegre, 18 de dezembro de 2008.

**DESA. LIÉGE PURICELLI PIRES,**  
Relatora.

## **RELATÓRIO**

**DESA. LIÉGE PURICELLI PIRES (RELATORA)**

Para evitar desnecessária tautologia, adoto o relatório da sentença de lavra do Juiz de Direito Dr. Luiz Augusto Guimarães de Souza:



LPP

Nº 70025780271

2008/CÍVEL

*“Ação de cumprimento de previsão estatutária promovida por \_\_\_\_\_ contra CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL – PREVI face à negativa de pagamento de complementação de pensão paga pelo INSS ao requerente, em razão do falecimento de seu companheiro, \_\_\_\_\_, sob a justificativa de que a união homoafetiva, como no caso, não é reconhecida pela legislação; sob a forma de antecipação de tutela, requer a suplementação do benefício por morte. Indeferida dita antecipação (fl. 51), em sua peça de bloqueio (fls. 86/117), a demandada aduz, preliminarmente, carência de ação, face à impossibilidade jurídica do pedido, e prescrição quinquenal; quanto à matéria de fundo, discorre sobre a inexistência de previsão estatutária a amparar a pretensão do autor, invocando, ainda, princípios fundados no equilíbrio atuarial, no ato jurídico perfeito e no mutualismo, conforme explicou. Seguiram réplica (fls. 316/320), desinteresse na produção de mais provas (fls. 323/326), sucessivas manifestações das partes, a fls. e fls., por fim, retornando para decisão.*

*II) Julgamento na forma do art. 330, I, do CPC.”*

Sobreveio sentença, a qual julgou improcedentes os pedidos deduzidos na exordial, restando o autor condenado ao pagamento de custas e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.000,00 (fls. 348/351).

O autor interpôs embargos declaratórios sustentando estar a sentença contrária a prova dos autos, sendo que estes restaram rejeitados (fls. 553/555).

Irresignado, apelou o autor sustentando a necessidade de reforma da sentença visto que comprovado sua relação de união estável e sua relação de dependência para com o *de cujus*, associado da ré. Pugnou pela total procedência dos pedidos deduzidos na exordial (fls. 357/364).

Contra-razões às fls. 368/386, ocasião em que suscitou preliminares de não conhecimento do apelo por afronta ao art. 514, II, do CPC, impossibilidade jurídica do pedido e prescrição do fundo de direito.

Registro que foi observado o disposto nos artigos 549, 551 e 552 do CPC, tendo em vista a adoção do sistema informatizado.



LPP  
Nº 70025780271  
2008/CÍVEL

É o relatório.

## VOTOS

### **DESA. LIÉGE PURICELLI PIRES (RELATORA)**

Conheço do recurso por preenchidos os requisitos de admissibilidade intrínsecos e extrínsecos.

#### **Do não conhecimento do apelo por afronta ao art. 514, II, do CPC:**

Especificamente em relação ao pressuposto da **regularidade formal** – o qual a parte apelada sustenta não ter sido observado – entendo ser ônus do apelante demonstrar a controvérsia no plano concreto, salientando as razões pelas quais determinada decisão merece invalidação ou reforma. Cumpre-lhe declinar precisa e especificamente os fundamentos de fato e de direito que embasam o pedido de nova decisão, não bastando alegar genericamente seu direito para devolver a matéria a esta Corte. E, do exame das razões recursais ora em análise, verifico que estas atendem ao requisito do art. 514, II, do Código de Processo Civil<sup>1</sup>.

#### **Da preliminar de impossibilidade jurídica do pedido:**

Por possibilidade jurídica do pedido entende-se a admissibilidade da pretensão perante o ordenamento jurídico, ou seja, previsão ou ausência de vedação, do que se postula na causa.

Na verdade, a possibilidade ou impossibilidade jurídica do pedido não se coaduna com saber-se se a parte tem, ou não, o direito postulado, o que se situa no nível do mérito da causa.

Pois bem.

---

<sup>1</sup> Art. 514, CPC: “A apelação, interposta por petição dirigida ao juiz, conterà: I - os nomes e a qualificação das partes; II - **os fundamentos de fato e de direito**; III - o pedido de nova decisão”. (grifo acrescentado)



LPP  
Nº 70025780271  
2008/CÍVEL

O caso em apreço, pretensão de percepção de pensão por morte em relação homoafetiva, não é juridicamente impossível, sendo que o vácuo normativo não pode ser considerado obstáculo intransponível para o reconhecimento de uma relação jurídica emergente de fato público e notório.

Rejeito, pois, a preliminar.

**Da prescrição:**

A preliminar de prescrição merece ser afastada.

Com efeito, o companheiro do autor (consoante certidão de óbito acostada à fl. 09 dos autos faleceu em 26.08.1995), e a presente demanda visando a complementação de aposentadoria somente foi ajuizada em 16.03.2005.

Na verdade, a relação discutida na demanda não é de trato sucessivo, pois nestas hipóteses, o direito já era preexistente, pelo que a ilegalidade vai se repetindo a cada período, acarretando apenas a prescrição de parcelas vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação, incidindo, assim, os termos da Súmula n.º 291 do STJ. A hipótese dos autos não se amolda a tal caso, porquanto **inadmissível a violação de relação jurídica de trato sucessivo, se tal relação necessita ser constituída por determinação judicial.**

Nesse sentido, vale transcrever a brilhante lição do Des. Galeno Lacerda, no acórdão que julgou o Agravo de Instrumento n.º 583001979:

*Três correntes se revelam a respeito, nascidas, sem dúvida, da notória impropriedade de redação do Decreto nº 20.910, de 6.1.32: duas radicais em pólos opostos, considerando tais direitos prescritíveis ou imprescritíveis, e uma terceira, intermediária, inclinando-se por distinguir as situações emergentes.*



LPP  
Nº 70025780271  
2008/CÍVEL

*Pela imprescritibilidade, os acórdãos em R.T.J., 37/34, 46/44, 50/639, 53/532, 53/128, 53/818, 54/119, 54/605, 56/167, 57/621, 66/317, 72/181, 79/546, 85/560, 92/354, e 93/1385, e em RJTJRS, 15/306, 22/271, 24/301, 46/238, 60/309, 68/306, 69/121, 69/325, 70/575, 73/570, 77/373, e 82/350.*

*Expoente dessa orientação, o Ministro ELOY DA RACHA assim se manifesta: “ A relação estatutária do servidor público compõe-se com todos os direitos e obrigações. Os direitos não se sujeitam à prescrição. O que pode prescrever são os efeitos produzidos, as prestações. O direito à gratificação, que tem o servidor, é um dos que integram a relação. Quando o servidor não recebe e não reclama essa gratificação, decorridos cinco anos, a respectiva prestação cai na prescrição. Mas, o direito, que se insere na relação, que não se pode separar dela, nada sofre, não é atingido pela prescrição (R.T.J., 46/45). “ Tenho como relevante a consideração de que as vantagens serão percebidas, periodicamente, depois de prestado o serviço, durante determinado tempo. Produz-se, então, esse efeito da relação, robustecida com a nova regra jurídica. Cada vez que se produz o efeito, verifica-se novo termo inicial da prescrição da respectiva pretensão. A prescrição será da pretensão aos efeitos produzidos, isto é, às prestações quando se trata de efeitos sucessivos, eles poderão ser exigidos, em qualquer época, na medida em que se concretizarem os pressupostos de sua existência. A lei dá, ao servidor, determinada vantagem patrimonial. Ele não a reclama, durante algum tempo. Está sujeito, é claro, na sua pretensão, à regra da prescrição. Mas, se a lei lhe concede a vantagem, que se consubstancia em prestações periódicas, não prescreve a pretensão, senão relativamente a cada prestação. Não perecerá o direito que ao servidor foi deferido pela lei”... (...) “Suponha-se o direito a férias anuais. O servidor que não as tirar jamais, nunca perderá, contudo, o direito”. (...) “A prescrição, que encobre somente a eficácia da pretensão, ou da ação, verificando-se, nas prestações periódicas, em relação ao efeito efetivamente produzido, isto é, a cada prestação. Não se extingue o direito” (R.T.J., 46/110-111).*

*Tempos depois, quando essa posição não logrou acolhida em embargos, em sessão plenária, o Ministro*



LPP

Nº 70025780271  
2008/CÍVEL

*ELOY DA ROCHA teve oportunidade de citar, em favor da tese, as opiniões de RUY CIRNE LIMA (“Princípios”, 4ª ed., p. 101) e de PONTES DE MIRANDA (“Tratado”, VI/394 – 396), concluindo o voto com estas palavras: “Admitida a prescrição de qualquer direito, ou de quaisquer direitos, dos que constituem a relação de função pública, e não somente da percepção de seus efeitos, admitir-se-ia a existência, dentro dos quadros da Administração, de relação jurídica mutilada, quanto a este ou aquele funcionário, em confronto com as dos demais. Os direitos e obrigações, que se inserem, essencialmente, na relação de função pública, não se extinguem senão com esta” (RTJ, 83/789 – 790).*

*Em oposição, pela prescritibilidade, encontram-se os seguintes acórdãos: RTJ, 35/592, 46/64, 46/107, 46/780, 47/438, 52/489, 53/322, 56/667, 70/719, 75/326, 80/999, e RTJRS, 5/156, 33/328, 48/248, 55/233, 59/400, 59/402, 66/321, 69/332, 73/737, 77/373, 82/278 e 82/318.*

*Essa corrente se atém à interpretação literal do art. 1º do Decreto nº 20.910, de 6.1.32, que sujeita à prescrição “todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda”, entre os quais inclui ela o próprio “fundo de direito” da relação de função pública.*

*Já a terceira corrente, pela distinção conforme as hipóteses, hoje preponderante, se manifesta nestes arestos: RTJ, 49/214, 51/708, 52/673, 61/418, 62/816, 63/246, 63, 792, 70/761, 83/787, 84/193, 87/889, 93/450, 94/153, 99/908, 100, 1276, 101/816 e 102/825, e RJTJRS, 44/295, 45/121, 56/111, 56/115, 56/234, 56/307, 57/248, 58/293, 60/315, 63/247, 66/141, 73/673, 77/340 e 82/381.*

*Provém esse entendimento da voto do Ministro COSTA MANSO”, adotado, depois, pelo Ministro LUIZ GALOTTI, ao interpretar a expressão “devendo o prazo da prescrição correr da data do ato ou fato do qual se originar a mesma ação”, consoante o art. 178, § 10º, VI, do Código Civil e, com ligeira variante, do art. 1º do Decreto 20.910, pondo-a em consonância com o art. 3º desse Decreto: “Quando existe um ato ou fato que ofenda de modo geral, permanente, definitivo,*



LPP

Nº 70025780271  
2008/CÍVEL

*o direito do autor, como a demissão, a preterição no acesso, o cancelamento da pensão, a tomada de coisas sem as formalidades legais, a destruição de objetos, etc., o lapso prescricional corre da data do ato ou fato. Quando, porém, a prestação periódica não for paga (vencimento, juros, de apólices, pensão, aluguéis de imóveis, etc.), por negligência do credor, por falta de verba orçamentária ou de numerário, ou, ainda, em consequência de dificuldades burocráticas, o prazo é contado da data em que cada prestação for exigível” (AJ, 53/236, e RTJ 51/708-710).*

*Precisando seu pensamento, o Ministro LUIZ GALLOTTI adotou, depois, em vários acórdãos, esta distinção: “Quando é um direito reconhecido, sobre o qual não se questiona, aí, são as prestações que vão prescrevendo, mas, se o direito às prestações decorre do direito à anulação do ato, é claro que prescrita a ação em relação a este, não é possível julgar prescritas apenas as prestações, porque prescreveu a ação para reconhecimento do direito, do qual decorreria o direito às prestações. Do contrário, seria admitir o efeito sem a causa (RTJ 52/673, 62/816, 63/246 e 63/792).*

*A distinção recebeu remate acurado em voto do Ministro MOREIRA ALVES, em hipótese de reclassificação funcional não reconhecida pela Administração: “Não se trata, portanto, de obtenção de vantagem pecuniária vinculada a situação funcional indiscutível, como são, por exemplo, as hipóteses de adicional por tempo de serviço, gratificação, aumento de vencimentos. Nesses casos, o direito ao adicional, à gratificação ou aos vencimentos renasce cada vez (dia, mês ou ano, conforme o caso) em que ele é devido, pois a sua fonte imediata é a situação jurídica que não é discutida. Por isso, tal hipótese é prevista no art. 3º do Decreto nº 20.910/32: “At. 3º - Quando o pagamento se dividir por dias, meses ou anos, a prescrição atingirá progressivamente as prestações, à medida que completarem os prazos estabelecidos pelo presente decreto.” O mesmo não sucede, evidentemente, quando o que se pleiteia não é a vantagem pecuniária diretamente vinculada a situação jurídica indiscutível, mas sim, o reconhecimento de uma situação jurídica controvertida (terem, ou não, sido preenchidos os requisitos necessários à*





LPP  
Nº 70025780271  
2008/CÍVEL

*reclassificação), da qual, se for reconhecida, decorrerão vantagens pecuniárias dia a dia, mês a mês, ou ano a ano, conforme o caso. Nesta hipótese, para que surja o direito à vantagem pecuniária – que é o direito que renasce a cada período em que é devida a prestação – é preciso que se reconheça a existência da situação jurídica controvertida (a reclassificação), causa permanente daquele efeito periódico. Essa permanência afasta a possibilidade de aplicação de prescrição que pressupõe a periodicidade das violações. (...) A situação jurídica fundamental – ser funcionário – não é estática, imutável. Ela se modifica no tempo, por força de promoções, acessos, reclassificações. O direito a essas modificações, à semelhança do que ocorre com a própria situação jurídica básica – ser funcionário – é suscetível de ser violado, nascendo daí a pretensão para que se afaste tal ofensa, pretensão que prescreve em cinco anos a contar da violação. E tanto isso é certo que, sem o reconhecimento da modificação na situação funcional (assim, o reconhecimento à reclassificação), não há que se falar em violação ao direito de receber vantagens econômicas decorrentes dessa modificação que é causa mesma do nascimento de tal direito, nem, portanto, em pretensão à obtenção dessas vantagens, pretensão que se prescreve periodicamente (RTJ, 84/199-200).*

*O Ministro CUNHA PEIXOTO, de modo mais sintético, sentenciou: “A imprescritibilidade do direito decorrente da relação de emprego de natureza estatutária, deve ser entendida no sentido de que o funcionário pode, a qualquer tempo, exigir esse direito, vez que compete à própria Administração aplicar a lei ao caso concreto. Se o titular do direito subjetivo, entretanto, provoca, sem sucesso, a Administração, daí passa a fluir o prazo prescricional, que no caso sob exame, é de cinco anos” (RTJ, 100/1276).*

*Neste Tribunal, há um voto de grande acuidade proferido pelo Desembargador MÍLTON DOS SANTOS MARTINS, distinguindo entre direitos funcionais oriundos de fatos, independentes de reconhecimento porque imprescritíveis, e outros, provenientes de atos da Administração, sujeitos a reconhecimento (RJTJRS, 82/381).*



LPP

Nº 70025780271

2008/CÍVEL

*Depois dessa longa análise, não hesito em filiar-me à última corrente, mediante, porém, as distinções a seguir expostas.*

*Distingo entre situações jurídicas essenciais e acidentais à função pública. São essenciais os direitos à remuneração e ao tempo de serviço, o primeiro porque de natureza alimentar e o segundo porque nasce de um fato que se incorpora ao patrimônio do funcionário. Esses direitos são imprescritíveis. O tempo, como fato, não prescreve. Dele provém direitos a gratificações, a promoções, a férias. Quando suscetíveis de reflexo patrimonial, prescrevem apenas as prestações, nos termos do art. 3º do Decreto 20.910. O direito, não.*

*Outros direitos, porém, decorrem de situações especiais previstas em lei, para determinados funcionários que satisfaçam requisitos eventuais e específicos. Essas situações são acidentais, e não essenciais à função pública. Se o funcionário não preencher o requisito legal, a juízo da Administração, e não reclamar contra a recusa, a ação respectiva prescreve. Se, entretanto, não houver recusa, poderá sempre pleitear o reconhecimento. Prescreverão, aí, apenas as prestações. De qualquer forma, a situação nova, acidental, não interfere nos direitos essenciais. Mesmo não reconhecida, e prescrita a ação, esses direitos permanecem, porque integram o 'status' do funcionário e, por isto, se estatutários.*

*(...)*

*Não se trata, como se vê, de direito fundamental, estatutário, mas de direito eventual, dependente de reconhecimento, nascido de requisitos funcionais peculiares e individuais, cuja existência cumpria ser provada pelo interessado e reconhecida pela Administração. A ação para tutelá-lo é, portanto, prescritível, porque incide a regra geral do art. 1º do Decreto 20.910.*

Veja-se, o direito pretendido imprescinde de ser constituído, no entanto, no caso, a prescrição do fundo de direito somente ocorre se a parte



LPP  
Nº 70025780271  
2008/CÍVEL

deixa transcorrer mais de cinco anos entre a concessão da pensão e o pedido para sua complementação, o que não é o caso.

Nesse sentido, o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

**AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. SERVIDOR DO BANESPA. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO.** 1. Ocorre a *prescrição do fundo de direito* se a parte deixa transcorrer mais de cinco anos entre a aposentadoria e o pedido de sua *complementação*, nos termos do art. 1º do Decreto nº 20.910/32. 2. Agravo improvido (AgRg no Ag 759775 / SP, Rel. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJ 18/02/2008).

**"ADMINISTRATIVO. FUNCIONÁRIOS DA BANESPA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. DIREITO ADQUIRIDO. ANÁLISE REFLEXA DA LEI ESTADUAL 4.819/58 E DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL 200/74. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 280/STF. RECURSO ESPECIAL**

**CONHECIDO E PARCIALMENTE ROVIDO.** 1. Nas ações que objetivam o reconhecimento do direito à complementação de aposentadoria, a prescrição atinge o próprio fundo de direito daqueles que se aposentaram mais de cinco anos antes de seu ajuizamento, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/32. 2. (...) 3. Recurso especial conhecido e parcialmente provido para reconhecer a prescrição do fundo de direito à complementação de aposentadoria com relação aos autores Edna Alice Oliveira Serrano, Paulo Porto Magalhães e Cecília Tuyako Hirose." (REsp 751.735/SP, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES DE LIMA, QUINTA TURMA, DJ 14/06/2007)

No caso telado, a concessão do benefício de pensão pela autarquia previdenciária foi deferido ao requerente em 19/10/2000 (consoante faz certa a carta de concessão do benefício da fl. 11 dos autos),



LPP  
Nº 70025780271  
2008/CÍVEL

sendo a demanda ajuizada em 16.03.2005, portanto, quando ainda não implementado o prazo prescricional.

Com tais considerações, estou em afastar a preliminar de prescrição suscitada.

**Do mérito:**

No mérito, tenho que o recurso merece provimento.

A questão central debatida na presente demanda diz quanto ao dever das entidades de previdência privada de inclusão do companheiro homossexual como dependente no plano mantido pelo titular.

Segundo a farta documentação acostada aos autos, logrou o autor comprovar, efetivamente, sua relação com o falecido associado, sendo inclusive tal relação reconhecida pela autarquia previdenciária.

Pois bem.

Saliente-se, por primeiro, que a hipótese controvertida nos autos em nada diz com Direito de Família e, sim, com pretensão previdenciária.

Levando-se tal fato em consideração, de se fazer uma segunda observação: o direito previdenciário tem por objetivo precípuo a defesa da pessoa humana, garantindo-lhe a subsistência e a seus dependentes, e, em cumprimento a tal objetivo, não se pode negar o direito do companheiro dependente do segurado falecido.

Veja-se, muito embora não haja previsão específica a regular a matéria, há que se fazer no caso uma interpretação constitucional das normas estatutárias, levando-se em consideração, especialmente, o direito constitucionalmente garantido da igualdade.

Sobre o tema, vale transcrever parte do voto do Min. Hélio Quaglia Barbosa, quando do julgamento do Recurso Especial n.º 395.904/RS, que examinou com brilhantismo a questão:



LPP

Nº 70025780271  
2008/CÍVEL

*Face à particularidade da espécie, deverá ser acionada a interpretação de diversos preceitos constitucionais em conjunto, não apenas a do art. 226, §3º da Constituição Federal, para que, em seguida, se possa aplicar o direito infraconstitucional à espécie.*

*O princípio da igualdade caminha juntamente com princípios de idêntica relevância, não podendo jamais estar dissociado do princípio da justiça, em seu sentido mais puro.*

*Há que se perceber que não há igualdade jurídica no não direito.*

*Ao se negarem, mesmo através de mecanismos legais, direitos fundamentais, entre eles o de sobrevivência, mediante recebimento de benefícios previdenciários, a pessoas que, se fossem de sexos diferentes, lograriam êxito em auferi-los, emerge um não direito, ferindo o sentido que o Poder Constituinte procurou proteger, com a igualdade, ao editar a Constituição Federal de 1988.*

***Outrossim, o preceito : "o igual deve ser tratado igualmente e o desigual desigualmente " não contém o critério material de um juízo de valor sobre a relação de igualdade (ou desigualdade). A questão da igualdade justa pode colocar-se nestes termos: o que é que no leva a afirmar que uma lei trata dois indivíduos de uma forma igualmente justa? Qual o critério de valoração para a relação de igualdade? Uma possível resposta, sufragada em algumas sentenças do Tribunal Constitucional, reconduz-se à proibição geral do arbítrio: existe observância da igualdade quando indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente (proibição do arbítrio) tratados como desiguais. Por outras palavras: o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária. O arbítrio da desigualdade seria condição necessária e suficiente da violação do princípio da igualdade. Embora ainda hoje seja corrente a associação do princípio da igualdade com o princípio da proibição do arbítrio, este princípio, como simples princípio de limite, será também insuficiente se não transportar já, no seu normativo-material, critérios possibilitadores da valoração das relações de igualdade ou desigualdade. Esta a justificação de o princípio da***



LPP  
Nº 70025780271  
2008/CÍVEL

***proibição do arbítrio andar sempre ligado a um fundamento material ou critério material objetivo. Ele costuma ser sintetizado da forma seguinte: existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido***

***legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável. Todavia, tal proibição do arbítrio intrinsecamente determinada pela exigência de um "fundamento razoável" implica, de novo, o problema da qualificação desse fundamento, isto é, a qualificação de um fundamento como razoável aponta para um problema de valoração. A necessidade de valoração ou de critérios de qualificação, bem como a necessidade de encontrar "elementos de comparação" subjacentes ao caráter relacional do princípio da igualdade implicam: (1) a insuficiência do "arbítrio" como fundamento adequado de "valoração" e de "comparação"; (2) a imprescindibilidade da análise de natureza de o peso, dos fundamentos ou motivos justificadores de solução diferenciadas; (3) insuficiência da consideração do princípio da igualdade como um direito de natureza apenas defensiva ou negativa. Esta idéia de igualdade justa deverá aplicar-se mesmo quando estamos em face de medidas legislativas de graça ou de clemência (perdão, anistia), pois embora se trata de medidas que, pela sua natureza, transportam referências individuais ou individualizáveis, elas não dispensam a existência de fundamentos materiais justificativos de eventuais tratamentos diferenciadores."*** (Canotilho, José Joaquim Gomes, ob. cit., p. 429)

*Tampouco se vislumbra ofensa ao art. 16, §3º, da Lei n. 8.213/91.*

*Dispõe o referido artigo, no seu todo:*

*" 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.*

*(...)*



LPP  
Nº 70025780271  
2008/CÍVEL

*Da leitura se extrai referência ao art. 226, §3º, da Constituição Federal, exatamente no parágrafo 3º, que a recorrente diz malferido.*

*Ao primeiro exame, poderia parecer que, realmente, o preceito em causa restara violado.*

*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.*

*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. "*

*Não há, dessarte, exclusão alusiva aos relacionamentos homoafetivos no campo do Direito Previdenciário, que não se identifica com o Direito de Família.*

*O que há é uma lacuna, que cumpre ser preenchida mediante acesso a outras fontes do direito.*

*Ademais, o próprio art. 4º da LICC dispõe:*

*" Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito."*

Veja-se, o reconhecimento da evolução das relações, bem assim da necessidade de adaptação é tão patente que a própria ré estabeleceu legislação própria ao fim de reconhecer o direito de complementação de aposentadoria aos companheiros e companheiras do



LPP  
Nº 70025780271  
2008/CÍVEL

mesmo sexo, como faz certo o documento encartado à fl. 334 dos autos, de modo que, enquanto não aprovada a referida mudança no Regulamento do Plano de Benefícios, passou a aplicar analogicamente a legislação expedida pelo INSS sobre a questão, qual seja, INSS/DC nº 25, de 7 de junho de 2000.

E não se diga tal fato tenha sido possível tão-somente em razão da aprovação da RB1 em 04/05/2006, uma vez que a legislação somente veio a reconhecer um direito que já existia, devendo, pois, ser aplicado a fatos pretéritos e futuros, sob pena de violação ao princípio da igualdade.

Nesse sentido, já se pronunciou esta Câmara:

*“APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. PREVI. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. COMPLEMENTAÇÃO DE PENSÃO PELO COMPANHEIRO. DIREITO DE IGUALDADE RECONHECIDO. Não sendo vedada desde logo pelo ordenamento a pretensão exarada na petição inicial, descabe a decretação de carência de ação sob alegação de ser impossível o pedido formulado. Sua procedência ou improcedência é questão de mérito, o que não se confunde com a mencionada preliminar. Complementação de pensão. Companheiro. Direito constitucional à igualdade de tratamento, independentemente da orientação sexual. Relacionamentos homo-afetivos que passaram a fazer parte de nossa realidade social. Exclusão do companheiro do rol dos dependentes do ex-associado que implicaria na prática do preconceito. Preliminar rejeitada. Apelação desprovida.” (Apelação Cível Nº 70021198023, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, Julgado em 24/07/2008).*

Com tais considerações estou em **AFASTAR AS PRELIMINARES** suscitadas em contra-razões e **DAR PROVIMENTO** ao apelo do autor para:





LPP  
Nº 70025780271  
2008/CÍVEL

a) reconhecer o direito do autor ao recebimento dos proventos referentes à complementação da pensão por morte de seu companheiro \_\_\_\_\_ --.

b) condenar a demandada ao pagamento das parcelas vencidas referentes a tal complementação, devendo ser levado em consideração como termo inicial do benefício a concessão da pensão por morte pela autarquia previdenciária – INSS acrescidos de correção monetária pelo IGP-M a partir do vencimento de cada prestação e juros legais a partir da citação;

c) sobre tais valores devidos deverão incidir os descontos previdenciários e deduções do imposto de renda;

d) condenar a ré ao pagamento de custas e honorários advocatícios, estes fixados em 15% sobre o valor da condenação, em razão do labor zeloso do profissional, o tempo de tramitação da demanda e a complexidade do feito (art. 20, § 3º, do CPC), excluídas as parcelas vencidas a partir da sentença, nos termos do verbete da súmula 111 do STJ.

É o voto.

PCM

**DES. LUÍS AUGUSTO COELHO BRAGA (PRESIDENTE E REVISOR)** - De acordo.

**DES. ANTÔNIO CORRÊA PALMEIRO DA FONTOURA** - De acordo.

**DES. LUÍS AUGUSTO COELHO BRAGA** - Presidente - Apelação Cível nº 70025780271, Comarca de Porto Alegre: "À UNANIMIDADE AFASTARAM AS PRELIMINARES E DERAM PROVIMENTO AO APELO."

Julgador(a) de 1º Grau: LUIZ AUGUSTO GUIMARAES DE SOUZA