

**AÇÃO ORDINÁRIA (PROCEDIMENTO COMUM
ORDINÁRIO) Nº 2008.70.00.009772-0/PR**

D.E.

Publicado em 29/04/2009

AUTOR : R.M.
ADVOGADO : PETERSON ZANCANELLA
RÉU : UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

SENTENÇA

Por meio da presente ação, pretende o autor o direito ao pagamento da pensão decorrente do falecimento de seu companheiro, T.E.F., servidor público federal, em caráter definitivo e retroativo desde a data da morte, em 02/06/2006.

Relata em síntese que viveu em união estável homoafetiva por mais de trinta anos, vez que o vínculo iniciou-se em meados de 1974, quando fixaram residência. Desde então, viveram como se casados fossem, em convivência pública, cumprindo todas as obrigações decorrentes do casamento como as de afeto, companheirismo, mútua assistência, a administração de patrimônio comum.

Alega que a legislação que disciplina a pensão por morte e as relações de família não fazem distinção entre a união homo ou heterossexual, entendendo que não poderia ser diferente, em face do princípio da igualdade previsto no inciso I do artigo 5º da Constituição Federal, o qual veda discriminações de diversas naturezas, inclusive em razão do sexo.

A decisão de fl. 105 determinou a manifestação preliminar da ré antes de apreciar o pedido de tutela antecipada.

Em manifestação preliminar, a União alega que nos assentos funcionais no *de cujus* não constam dependentes declarados, de modo que a relação de dependência não está comprovada na esfera administrativa. Afirma a inexistência do perigo de dano irreparável e a impossibilidade de concessão da tutela antecipada, nos termos do artigo 1º, §4º da Lei nº 5.021/66.

O autor juntou às fls. 115/117 parecer da AGU do Estado do Rio de Janeiro reconhecendo a união estável de pessoas do mesmo sexo e o direito ao pagamento de pensão por morte.

A decisão de fl. 118 indeferiu a tutela antecipada por ausência de perigo na demora e a necessidade de produção de provas.

O autor interpôs agravo de instrumento.

A ré ofereceu contestação às fls. 130/137. Preliminarmente, alega impossibilidade jurídica do pedido, já que o § 3º, do art. 226, da Constituição Federal, só reconhece a união estável de homem com mulher, à luz do qual deve ser interpretado o art. 217, I, c, da Lei nº 8.112/90. No mérito, com base neste artigo legal, defende a improcedência do pedido.

O autor ofereceu réplica dizendo que a ré não contestou a união estável, a qual se presume verdadeira.

O autor pediu a produção de prova testemunhal.

Às fls. 162/165, termos de audiência e depoimentos.

As partes fizeram suas alegações finais por memoriais juntados aos autos.

Juntada decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região negando provimento ao agravo de instrumento.

RELATADOS. DECIDO.

Preliminarmente, a ré alega impossibilidade jurídica do pedido, já que o § 3º, do art. 226, da Constituição Federal, só reconhece a união estável de homem com mulher, à luz do qual deve ser interpretado o art. 217, I, c, da Lei nº 8.112/90.

Entretanto, esclareça-se que "por possibilidade jurídica do pedido entende-se a admissibilidade da pretensão perante o ordenamento jurídico, ou seja, previsão ou ausência da vedação, no direito vigente, do que se postula na causa" (STJ-RT 652/183). No caso, não há lei prevendo o direito dos autores, mas também não há vedação expressa. E, hodiernamente, a possibilidade jurídica do pedido é entendida como ausência de norma proibitiva do pedido deduzido. Como esclarece Nelton Agnaldo Moraes dos Santos, a ausência de norma a regular a situação fática não enseja a impossibilidade jurídica:

"Ensina Liebman que a possibilidade jurídica consiste na admissibilidade em abstrato do provimento pedido, isto é, no fato de incluir-se este entre aqueles que a autoridade judiciária pode emitir, não sendo expressamente proibido. A locução não sendo expressamente proibido não se confunde, de modo algum, com sendo expressamente permitido. Explica Moniz de Aragão que a possibilidade fica satisfeita pela inexistência de norma expressa que proíba o exercício da ação. Portanto, a ausência de norma a regular a situação fática não enseja a impossibilidade jurídica." (in "A técnica de elaboração da sentença civil", SP, Saraiva, 1996, pág. 121-2, grifos no original)

Em suma, não existindo norma expressa que proíba o exercício do direito de ação dos autores, em relação ao pedido formulado, rejeito esta preliminar.

Por outro lado, embora a Constituição só preveja a união estável de homem e mulher, há de ser interpretada sistematicamente, observando-se o princípio constitucional de igualdade e de não discriminação por qualquer motivo, inclusive de natureza sexual. Assim, cabe, no mínimo, a apreciação do mérito do pedido.

Passo, pois, à apreciação do mérito.

É certo, há polêmica sobre a equiparação dos efeitos jurídicos entre união estável heteroafetiva e a homoafetiva. Todavia, de modo irenista e não polemista, penso que o tema pode ser tratado singelamente, sem grandes passionalidades e sem arroubos retóricos sobre direitos humanos ou qualquer dessas categorias conceituais brandidas como se fossem varinhas mágicas capazes de convencer miraculosamente as demais pessoas.

Para a constituição e manutenção de pequenos grupos de pessoas, imprescindível haver concordância sobre o propósito ou os propósitos da agregação. E, como regra, as pessoas têm a possibilidade de, no dissenso, deixar o grupo. Todavia, no maior de todos os grupos, a Sociedade, organizada ou não em Estado, a variedade de interesses e de propósitos individuais é de tal amplitude que não há possibilidade, salvo imposição forçada, de haver concordância sobre todos ou, ao menos, a maioria dos assuntos. Além disso não é possível, à Raul Seixas, dizer: "pare o Mundo que eu quero descer". O indivíduo não tem em sua caixa de ferramentas uma chave para abrir a porta para uma sociedade alternativa. O *strepitu mundi*, o fragor da pluralidade é o som ambiente da vida.

Pode-se reduzir ou suprimir a manifestação da variedade de interesses, pensamentos e propósitos individuais. Por meio da força, instrumento *par excellence* do poder político, é possível impor pensamento único sobre economia, religião, casamento, procriação, alimentação, labor, raça, predileções sexuais, lúdicas. Todavia, sociedades vendadas e amordaçadas pelo pensamento único não são democráticas, ainda que usem essa palavra nos rótulos de apresentação escrita de suas normas. A sócio-diversidade, situação na qual a variedade de interesses, pensamentos e propósitos individuais se manifesta, é *conditio sine qua* da democracia.

Sociedades moldadas pelo pensamento único ou pela escassez de diversidade, rumam à estagnação e fencimento no processo de seleção cultural. Ainda que essa analogia entre a vida biológica e a vida social soe hiperbólica, o fato é que não há registro de guerra entre democracias e de violações massivas e orquestradas de direitos de minorias. A idéia *mater* desse raciocínio é a da democracia como um valor absoluto, não susceptível a contingências, a relativizações culturais.

A multímada expressão das individualidades tem por pressuposto a liberdade. As pessoas, ao exercerem a liberdade, produzem a sócio-diversidade. Ações do Leviathan tendentes a reduzir a diversidade maculam a liberdade e, levadas ao extremo, a suprimem. A vedação constitucional à discriminação (art. 5o. XLI) visa manter a sócio-diversidade não porque devemos ser afáveis com o próximo. Não se tem a expectativa de construir uma democracia apenas se houver pessoas boas; o desenho institucional que tem a liberdade por alicerce almeja a democracia apesar da humanidade. Governo de leis e não de pessoas.

A irrefragabilidade da existência dentro da Sociedade torna imperiosa a regulação dos contactos polidos ou abrasivos entre as pessoas. As normas de conduta ética, para as situações em que há liberdade quanto aos meios e quanto aos fins, são a construção cultural para regular a convivência.

A Constituição, naquilo que ela tem de constitucional e não de conjuntural, não é um livro de boas-maneiras ou de exortações ao progresso moral dos indivíduos. Ela é a planta, o projeto arquitetônico e estrutural de um Estado. Por isso a homoafetividade, como uma das possibilidades da sócio-diversidade, não deve ser simplesmente tolerada, pois a mera tolerância tem algo de rancoroso. A homoafetividade, toda a diversidade, deve ser reconhecida como produto de uma sociedade democrática que tem a liberdade como lastro propiciador de estabilidade.

Aceitação ou repúdio difusos são irrelevantes para a sanidade do sistema, pois também faz parte da diversidade não gostar disso ou daquilo. A discriminação articulada em força política é nociva, enferruja a estrutura da democracia. Ao embarçar a concessão de pensão ao autor, por não reconhecer a união homoafetiva como um fato apto a produzir efeitos jurídicos, a Administração reduz a liberdade de R. a expressar a sua individualidade, a compor o mosaico da sócio-diversidade. O Estado atenta contra a liberdade, alicerce da democracia.

Em suma, a união entre R. e T., provada com fatura por meio de fotos, juntadas com a inicial, e depoimentos (fls. 162/165), expressão da liberdade de ambos, é um fato com repercussão jurídica igual à de qualquer união estável.

Assim, demonstrada a juridicidade e a união estável, resta reconhecer ao autor o direito à pensão por morte do servidor, como se faria em qualquer união estável heterossexual.

Nesse sentido, dispõe a Lei 8.112/90:

"Art. 215. Por morte do servidor, os dependentes fazem jus a uma pensão mensal de valor correspondente ao da respectiva remuneração ou provento, a partir da data do óbito, observado o limite estabelecido no art. 42."

"Art. 217. São beneficiários das pensões:

I - vitalícia:

...

b) a pessoa desquitada, separada judicialmente ou divorciada, com percepção de pensão alimentícia;

c) o companheiro ou companheira designado que comprove união estável como entidade familiar;"

Note-se, aliás, que a norma não ressalva companheiro ou companheira heterossexual, mas reconhece o direito ao companheiro ou companheira, o que, interpretado à luz da Constituição e do exposto acima, abrange o companheiro homoafetivo.

O art. 215 é bastante claro em relação ao direito do autor.

No sentido do direito ora reconhecido, ressalvada a particularidade da relação homoafetiva, já decidiu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região - TRF, em caso em que, semelhantemente ao sob análise, a companheira não havia sido designada e, por outro lado, tinha dependência econômica:

"ADMINISTRATIVO. JUIZ DO TRABALHO. PENSÃO. COMPANHEIRA.

1. COMPROVADA A UNIÃO ESTAVEL ENTRE A AUTORA E O MAGISTRADO FALECIDO, EM QUE PESE NÃO TER SIDO FORMALIZADA A SUA DESIGNAÇÃO PERANTE O ORGÃO ADMINISTRATIVO, E SENDO CERTA A DEPENDENCIA ECONOMICA, MANTIDO O DEFERIMENTO DA PENSÃO PELO JUÍZO MONOCRÁTICO, DESDE A DATA DA MORTE DO MESMO, EM CARATER VITALICIO.

2. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL IMPROVIDAS."

(TRF 4ª REGIÃO, 4ª TURMA; DECISÃO:02-12-1997; AC NUM:0433670-3 ANO:96 UF:RS; Fonte: DJ DATA:14-01-98 PG:514; Relator: JUIZA SILVIA GORAIEB)

Ou seja, a designação pelo servidor do beneficiário da pensão não é condição *sine qua non* para o seu recebimento.

Quanto ao valor da pensão a ser percebido pelo autor, é igual aos dos proventos a que teria direito o servidor, se estivesse vivo, haja vista o art. 215, da Lei 8.112/90, bem como, o § 7º, do art. 40, da Constituição Federal (na redação anterior do art. 40, é o § 5º, em vigência quanto do falecimento do servidor, e, portanto, aplicável):

"§ 5 O benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, até o limite estabelecido em lei, observado o disposto no parágrafo anterior"

Reconhecido o direito, o autor pede o pagamento dos atrasados desde o falecimento de seu companheiro.

Nos termos do art. 215, da Lei 8.112/90, a pensão é devida desde o óbito do servidor. Assim, tem o autor o direito a receber os atrasados, desde 02/06/2006.

Os valores atrasados deverão ser pagos devidamente corrigidos.

Considerando-se serem os débitos de natureza não tributária, e de acordo com a Tabela da Justiça Federal, o índice de correção monetária a ser aplicado é o INPC (Índice Nacional de Preços ao Consumidor, empregado desde março de 1991 até a atualidade).

A correção monetária é devida a partir da data que é devida cada parcela atrasada.

Os juros de mora são de 0,5% ao mês, e são devidos a partir da citação.

Os juros de mora devem incidir na forma estabelecida pela Medida Provisória 2.180-35/2001, legislação específica que rege a matéria, vigente de acordo com o artigo 2º, da Emenda Constitucional nº 32/2001, a qual acrescentou à Lei 9.494/97, o artigo 1º-F, *in verbis*:

Art. 1º-F. Os juros de mora, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, não poderão ultrapassar o percentual de seis por cento ao ano.

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE O PEDIDO** para reconhecer ao autor o direito de receber a pensão por morte deixada por T.E.F., e condenar a ré União que providencie o pagamento da pensão ao autor em definitivo. Também condeno a ré a pagar os atrasados, desde o falecimento do *de cujus*, com correção monetária pelo INPC, a partir de cada parcela atrasada, e juros de mora de 0,5% ao mês, a partir da citação.

Custas "ex lege". Condeno a ré a pagar honorários de advogado, fixados em 10% sobre o valor da condenação, compreendendo-se por este o valor dos atrasados com os acréscimos, mais o valor da causa atualizado (art. 20, § 4º, do CPC).

Sentença sujeita ao reexame necessário.

P.R.I.

Curitiba, 23 de abril de 2009.

Friedmann Wendpap

Juiz Federal