



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 842.594-5/8-00, da Comarca de SANTOS, em que é recorrente o JUÍZO "EX OFFICIO", sendo apelante INSTITUTO DE PREVIDENCIA SOCIAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS DE SANTOS - IPREV sendo apelada MARIA LUCIA SERGIO:

ACORDAM, em Décima Primeira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO POR MAIORIA DE VOTOS, VENCIDO O 3º JUIZ QUE DECLARARÁ.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS GANZERLA (Presidente), FRANCISCO VICENTE ROSSI.

São Paulo, 27 de abril de 2009.

PIRES DE ARAUJO
Relator



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

APELAÇÃO CÍVEL Nº 842.594.5/8-00 – V. nº 16.466

Recorrente: JUÍZO "EX OFFICIO"

**Apelante: INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL DOS
SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS DE SANTOS**

Apelada: MARIA LUCIA SÉRGIO

Comarca: SANTOS

(2º Of. Proc. nº 19.139/2008)

**FUNCIONÁRIO PÚBLICO MUNICIPAL - PENSÃO POR MORTE -
RELAÇÃO HOMOAFETIVA - PROVA SEGURA FEITA POR MEIO DE
DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO, PROFERIDA EM AÇÃO DE
RECONHECIMENTO DE SOCIEDADE DE FATO - INTELIGÊNCIA DO ART
223, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, COM RELAÇÃO ÀS RELAÇÕES
HOMOSSEXUAIS E SEU DIREITO COMO ENTIDADE FAMILIAR - "Por ser a
pensão por morte um benefício previdenciário, que visa a 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 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 devera ser preenchida a partir de outras fontes do
direito (.)". (REsp nº 395 904/RS - 6ª Turma do Superior Tribunal de
Justiça - Min Hélio Quaglia Barbosa, j 13/12/05"- alteração da verba
honorária - Redução para 10% sobre o valor da condenação, mas
considerando-se o montante atualizado das prestações vencidas e mais
um ano das vincendas, conforme é orientação desta Câmara - Recursos
parcialmente providos**

**Trata-se de ação ordinária e pedido de tutela
antecipada ajuizada por MARIA LUCIA SÉRGIO contra o INSTITUTO
DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES MUNICIPAIS DE SANTOS,
buscando o reconhecimento do direito de perceber pensão por**



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

2

morte da servidora pública municipal, Terezinha Cândido Barros (Ajudante Geral Nível-A, aposentada por invalidez em outubro de 1994, e falecida em 18/7/2001), alegando que com ela manteve relação homoafetiva durante 32 anos, e de quem era dependente, conforme declarado na Ação de Reconhecimento de Sociedade de Fato (Feito nº 3.620/06, que correu pela 3ª Vara da Família e Sucessões de Santos), com decisão transitada em julgado (fls. 14/25).

A r. sentença de fls. 128/135, cujo relatório ora se adota, julgou procedente a ação, condenando o IPREV no pagamento à autora da pensão por morte deixada pela servidora pública falecida, incluindo-a no rol de seus beneficiários, aplicando-se ao caso o disposto no art. 69, inciso I, da Lei Complementar nº 592/06, contando o benefício desde o óbito, observada a prescrição quinquenal. O valor das parcelas vencidas será atualizado e acrescido de juros moratórios de 6% ao ano, contados da citação.

Pela sucumbência, a ré arcará com as despesas processuais e honorários advocatícios de 15% sobre a soma das parcelas vencidas e não prescritas até a data da implementação do regular pensionamento.

Ao lado do reexame necessário, o IPREV recorre com vistas à inversão do julgado (fls. 136/143), argüindo, outrossim, a prejudicial de prescrição do fundo de direito, pois a presente ação foi ajuizada apenas em 04/03/2088 e o óbito da servidora ocorreu em 18/7/2001.

O recurso foi respondido (fls. 145/147).

Acrescente-se ao relatório que o julgamento foi convertido em diligência (fls. 163), sendo que a apelada apresentou os esclarecimentos.



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

3

A apelada-autora, através dos documentos de fls. 166/169, demonstrou que todos os filhos de Terezinha Cândido de Barros atingiram a maioridade.

É o relatório.

Rejeita-se a questão prejudicial nos termos da r. sentença, a qual adequadamente já analisou a matéria, restando por certo que, embora a instituidora da pensão tenha falecido em 2001, somente em 17/09/2007 é que houve provimento judicial favorável ao pedido de reconhecimento da relação homoafetiva existente entre ela e a autora; e somente a partir de então é que a apelada pode requerer seu direito junto à autarquia.

De outro lado, trata-se de vantagem relacionada com a situação jurídica fundamental, atingindo, a prescrição, apenas as parcelas alcançadas pelo quinquênio anterior ao ajuizamento da ação (Súmula 85 do STJ), e não o fundo de direito.

No mérito, deve-se manter a procedência da ação.

De natureza fática, a “união estável”, mesmo entre homossexuais, somente deverá produzir efeitos jurídicos a partir da comprovação, em juízo, dos requisitos necessários para a sua caracterização. Uma vez comprovada a “affectio maritalis” (pelos meios probatórios estabelecidos na lei processual em vigor), admissível o reconhecimento da união entre a autora e a falecida servidora e, conseqüentemente, a concessão da pensão por morte.

No caso dos autos, a prova é a decisão judicial prolatada na Ação de Reconhecimento de Sociedade de Fato (fls. 14/25), que reconheceu a existência da relação havida entre Terezinha Cândido de Barros e Maria Lúcia Sérgio, entre o período de 1969 e 18/7/21001.



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

4

Não obstante a possibilidade de realização de outros meios probatórios, o título judicial trazido aos autos é, por si só, o quanto basta para a procedência desta ação. Trata-se de sentença declaratória, que a teor do art. 475-N, inciso I, c.c. o art. 4º, parágrafo único, ambos do CPC, é considerada título executivo e tem eficácia executiva¹.

Na hipótese, verifica-se que a apelante rebate os termos da inicial, fundamentando sua argumentação em preceitos já antes analisados. Ou seja, tenta discutir novamente, nesta ação, o que restou decidido na declaratória de reconhecimento da relação homoafetiva já mencionada e que transitou em julgado. O que é impossível.

Nesse sentido, correta a conclusão do d. Magistrado:

“[a] defesa não contrasta a realidade *de fato* que se insere na ‘causa petendi’ remota, senão as consequências jurídicas que dela a autora persegue conquistar: segundo a autarquia, a legislação local, como projeção do ditame constitucional (art 226, § 3º, da CF) é da própria legislação civil federal (CC, art. 1723),

¹ “No atual estágio do sistema do processo civil brasileiro não há como insistir no dogma de que as sentenças declaratórias ‘jamais’ têm eficácia executiva. O art. 4º, § único, do CPC considera ‘admissível a ação declaratória ainda que tenha ocorrido a violação do direito’, modificando, assim, o padrão clássico da tutela puramente declaratória, que a tinha como tipicamente preventiva. Atualmente, portanto, o código dá ensejo a que a sentença declaratória possa fazer juízo completo a respeito da existência e do modo de ser da relação jurídica concreta. Tem eficácia executiva a sentença declaratória que traz definição integral da norma jurídica individualizada. Não há razão alguma, lógica ou jurídica, para submetê-la, antes da execução, a um segundo juízo de certificação, até porque a nova sentença não poderia chegar a resultado diferente do da anterior, sob pena de comprometimento da garantia da coisa julgada, assegurada constitucionalmente.” (RSTJ 118/117: REsp 587.061, 1ª T.). No mesmo sentido: ED no RESp 502.618, Min. João Otávio, j. 8/6/05, DJU de 1/7/05) in Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, ‘Theotomo Negrão e José Roberto F. Gouvêa’, São Paulo, Ed. Saraiva, 40ª ed., 2008, Nota 1-F ao art. 475-N, inciso I – pág. 597.



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

5

somente se ocupa do benefício à companheira no quadrante de união estável entre *homem e mulher*.

A união *de fato* entre pessoas do mesmo sexo não alcançaria o *status* de união estável, para efeito de proteção do Estado (CF, art. 226, § 3º, *a contrário*).

Mas assim não pode ser entendido, sem embargo do respeito denotado as mais ilustres opiniões que abonam diversa orientação. O tema, como se sabe, é polêmico por demais.

No que atina a melhor interpretação para o aludido art. 226, § 3º, da Carta Federal, este Juízo secunda a igualmente abalizada opinião da ilustre Desª Maria Berenice dias, para quem:

“A restrição consoante o § 3º do art. 226 da Constituição Federal, só reconhecendo como entidade familiar, merecedora da proteção do Estado, a união estável entre um homem e uma mulher, configura verdadeira afronta tanto ao cânone do respeito à dignidade humana como ao princípio da igualdade, que são vetores do perfil democrático do Estado. Diante desse aparente confronto entre a norma constitucional e os princípios que a norteiam, até por uma questão de coerência interna, a conclusão só pode ser uma: desde que uma norma constitucional se mostre contrária a um princípio constitucional, há de prevalecer o princípio”.

A onipotência do Estado tem limites, e as normas constitucionais devem adequar-se aos princípios e garantias que identificam o modelo consagrado pela comunidade que a Carta Política deve servir.

A regra maior da Constituição Pátria é o respeito à dignidade humana, verdadeira pedra de toque de todo o sistema jurídico nacional. Esse valor implica dotar os princípios de igualdade e da isonomia de potencialidade transformadora na configuração de todas as relações jurídicas. Frente a esse

Apelação Cível nº 842.594.5/8-00 – V. nº 16.466



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

6

compromisso, cabe investigar-se, na distinção estabelecida no §3º, do art. 226, da Constituição Federal – exigindo a diversidade de sexos para o deferimento de proteção estatal à entidade familiar –, há congruência entre a distinção de regime estabelecida e a desigualdade de situações correspondentes. Esse questionamento, sugerido por Celso Antônio Bandeira de Melo para a avaliação de eventual afronta ao princípio da igualdade, é por ele mesmo respondido: é agredida a igualdade quando o fator diferencial for adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou a exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto. Esse verdadeiro teste identificador de eventual afronta ao mais elementar princípio constitucional revela, nitidamente, que a exigência da diversidade de sexo para o reconhecimento de uma união estável encobre dissimulada discriminação à orientação sexual. Repugna ao princípio constitucional da igualdade que sejam regulados os aspectos materiais do relacionamento afetivo heterossexual e não o sejam os do relacionamento afetivo homossexual” (*in União Homossexual – O Preconceito – Editora Livraria do Advogado – Porto Alegre – Ano 2000 – págs 71/72 e 84*).

E sobre a projeção dessa linha de pensamento no quadrante do regime previdenciário, vem a talho o seguinte excerto de acórdão do eg. Superior Tribunal de Justiça, ao se ocupar de questão no todo assemelhada, na órbita do regime geral de previdência:

“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
Apelação Cível nº 842.594.5/8-00 – V. nº 16 466



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

7

atividade ou não (neste caso, desde que mantida a qualidade do 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 Paulo Baltazar Junior, 4ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, Editora Esmafe, 2004, p. 251). 4 - Em que pese 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 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 nº 8.213/91, verifica-se 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 a 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

Apelação Cível nº 842.594 5/8-00 - V nº 16 466



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

8

lei, a: [...] V – pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto no § 2º. 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. (...)”. (REsp nº 395.904/RS – 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça – Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 13/12/05.”

Então, essa interpretação do texto constitucional que se abona irá iluminar, na órbita local, a interpretação das disposições da lei Complementar nº 592/06 e das disposições equivalentes do regime previdenciário anterior, razão por que não se há alijar a companheira de união homoafetiva dos potenciais beneficiários da pensão por morte.” (fls. 130/134).

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, em Direito de Família, já teve a oportunidade de decidir sobre os direitos dos integrantes da relação homoafetiva. Veja o quanto segue:

“Nada em nosso ordenamento jurídico disciplina os direitos orondos dessa relação tão corriqueira e notória nos dias de hoje.

A realidade e até a ficção (novelas, filmes, etc.) nos mostram, todos os dias, a evidência desse fato social.

Há projetos de lei, que não andam, emperrados em arraigadas tradições culturais.

A construção pretoriana, aos poucos, supre o vazio legal: após longas batalhas, os Tribunais, aos poucos, proclamam os efeitos práticos da relação homoafetiva.

Apelação Cível nº 842.594.5/8-00 – V nº 16 466



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

9

Apesar de tímido, já se percebe algum avanço no reconhecimento dos direitos advindos da relação homossexual.

O reconhecimento da sociedade de fato (CC/1916, art. 1.363 - cf. REsp nº 148.897 - Rosado) tem servido para a divisão do patrimônio amealhado pelo esforço comum.

O INSS, motivado pela Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, editou a Instrução Normativa nº 25, de 7/6/2000, que estabelece os 'procedimentos a ser adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual'. O ato permuta a concessão de pensão por morte ou auxílio-reclusão ao companheiro ou companheira homossexual. Já é clara a relevância dessa relação afetiva no Direito Previdenciário.

Recentemente, em julgado de que participei, o TSE (REsp. nº 24.564/PA) entendeu que o relacionamento homossexual estável gera a inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da CF. É que, à semelhança do casamento, da união estável e do concubinato, presume-se na relação homoafetiva o forte laço afetivo, que influencia os rumos eleitorais e políticos. Por isso, o TSE atestou a existência duma 'relação estável homossexual'.

Nesse processo, a r. sentença, verdadeira monografia sobre o fato social da homossexualidade, demonstrou que o conceito de união estável não abrange o concúbio entre pessoas do mesmo sexo.

Como disse acima, nada disciplina os direitos oriundos da relação homoafetiva.

Há, contudo, uma situação de fato a reclamar tratamento jurídico.

A teor do art. 4º da LICC, sendo omissa a lei, o Juiz deve exercer a analogia.

O relacionamento regular homoafetivo, embora não configurado união estável, é análogo a esse instituto

Com efeito: duas pessoas com relacionamento estável, duradouro e afetivo, sendo homem e mulher, formam união estável reconhecida pelo Direito. Entre pessoas do mesmo



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

10

sexo, a relação homoafetiva é extremamente semelhante à união estável.

(...)

Finalmente, não tenho dúvidas de que a relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro como dependente em plano de assistência médica.

O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana" (DJ de 2/10/2006)."²

A parte final do voto acima, enseja a citação de uma passagem da obra de Paulo Roberto Iotti Vecchiatti³, sobre a questão da dignidade humana: É a seguinte:

"Enuncia o art. 226, § 3º, da CF/1988 que: "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 "

Pelas mesmas razões expostas quanto ao casamento civil homoafetivo, tem-se por inequívoca a possibilidade jurídica da união estável homoafetiva, por interpretação extensiva ou analogia, que são técnicas interpretativas que visam justamente suprir lacunas da legislação (constitucional e infraconstitucional). Afinal, é *inegável* que a *família contemporânea constituída por casais forma-se pelo amor que vise a uma comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura (amor familiar), que é o elemento*

² STJ - 3ª T. AgRg no AI nº 971.466-SP, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 2/9/2008, v.u..

³ 'Manual da Homoafetividade' - Prefácio de Maria Berenice Dias e Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme - São Paulo, Ed. Método, 2008, os, 309/310.



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

11

valorativamente protegido pelas normas que consagram a união estável. Em outras palavras, considerando que as uniões heteroafetivas são protegidas pelo regime jurídico da união estável em virtude de formarem famílias, e que ditas famílias formam-se pelo *amor familiar*, então as uniões homoafetivas merecem a mesma proteção jurídica, devendo ser reconhecidas como uniões estáveis por meio da interpretação extensiva ou da analogia, em virtude de serem pautadas pelo mesmo *amor familiar* existente nas uniões heteroafetivas, tratando-se, pois, de situações idênticas, ou, no mínimo, idênticas no essencial a estas.”

E, continua o autor, mencionando trecho da obra de Ingo Wolfgang Sarlet (*A Eficácia dos direitos fundamentais*, 6ª Ed, Porto Alegre, Ed. Livraria do Advogado, 2006, p.118/119 e 121):

“Inicialmente, cumpre salientar que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, como elemento integrante e irrenunciável da natureza da pessoa humana, é algo que se reconhece, respeita e protege, mas não que possa ser criado ou lhe possa ser retirado, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente.”⁴

“Destarte, os princípios da igualdade e da proporcionalidade devem ser os nortes utilizados quando da

⁴ Ob. Cit. p. 153.



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

12

decisão sobre qual dignidade humana deve prevalecer no confronto direto que as lides concretas podem trazer ao juiz.

Isso porque, conforme já demonstrado no capítulo referente à isonomia, um dos critérios para a *discriminação seja constitucionalmente válida* é a existência de um motivo lógico-racional que justifique a discriminação pretendida em face do critério desigualador erigido, o que visa evitar a desproporcionalidade da restrição a todo e qualquer direito.

Dessa forma, *somente deve o juiz proceder à relativização da dignidade humana em questão se verificar a existência de um fundamento lógico-racional no caso concreto que o justifique, assim como se dita relativização for proporcional (adequada, necessária e proporcional em sentido estrito)*⁵.

Portanto, a procedência da ação era de rigor.

Ainda quanto aos juros, correto é o valor de 6% ao ano (ou 0,5% ao mês), uma vez que a ação foi protocolizada em 04/03/2008 após a vigência da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001, publicada em 27.08.2001, incidindo "suas disposições, inclusive a que, introduziu nova norma da Lei 9.494, de 1997, limitou a 6% ao ano os juros de mora "nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos" (art. 1º-F).

Destaca-se, sobre o tema, ementa do AgRg no AgRg no REsp 591.160 (Rel. Min. Laurita Vaz):

"Nas ações ajuizadas posteriormente ao advento da MP 2.180-35/01, hipótese dos autos, os juros moratórios devem ser fixados no patamar de 6% ao ano, em face da regra inserta no

⁵ Ob Cit. ps. 158/159.



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

13

art. 4º da referida Medida Provisória, que acrescentou o art. 1º-F à Lei nº 9.494/97" (cf., no mesmo sentido, os precedentes indicados no voto da Min. Laurita Vaz: REsp 572.790 – Min. Felix Fischer; REsp 572.429 – Min. Felix Fischer)."⁶

Dessa maneira, quando a ação — é o caso destes autos — foi ajuizada depois da vigência da MP 2.180-35, incidem suas disposições, com limitação dos juros moratórios em 6% ao ano ("nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos" (art. 1º-F), prevalecendo a regra específica sobre a especial trazida pelo art. 406, do novo Código Civil, **a recair sobre o valor especificado na referida certidão de fls. 7, a contar da citação** (Lei nº 4.414/1964, art. 1º, c.c. art. 405, do novo Código Civil, art. 219, do Código de Processo Civil: "A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as autarquias, quando condenados a pagar juros de mora, por estes responderão na forma do direito civil", e Súmula 204 do STJ), sem previsão, portanto, de capitalização.

Repita-se, não há que se falar na incidência do art. 406 do Novo Código Civil – Lei nº 10.406/2002 em detrimento da norma insculpida no art. 1º-F da Lei 9.494/97 – com redação dada pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001, haja vista que esta, por ser norma especial deve prevalecer à norma geral.

Nesse sentido é a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça:

⁶ TJSP – Apelação Cível nº 385.874-5-5, 11ª Câmara D. Público – Rel. Des. Ricardo Dip.



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

14

“Processual Civil. Pagamento de parcelas atrasadas. Dívida de natureza alimentar. Juros de mora. Percentual de 6% a.a. Medida Provisória 2.180-35, de agosto de 2001. Incidência. Precedentes do STJ. Art. 406 da Lei nº 10.406/2002. Não aplicação. Recurso desprovido. I – Consoante entendimento desta Corte, a Medida Provisória 2.180-35/2001, que acrescentou o art. 1º-F ao texto da Lei nº 9.494/97, somente pode ser aplicada às ações ajuizadas após sua vigência. Tendo sido a ação proposta após a vigência da referida Medida Provisória, os juros moratórios devem ser fixados no patamar de 6% ao ano. Precedentes. II – Na hipótese dos autos, não há que se falar na incidência do art. 406 do Novo Código Civil – Lei nº 10.406/2002 em detrimento da norma insculpida no art. 1º-F da Lei 9.494/97 – com redação dada pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001, haja vista que esta, por ser norma especial – para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos – deve prevalecer sobre norma geral, conforme regra de hermenêutica preconizada na Lei de Introdução ao Código Civil. Precedentes. III – Agravo interno desprovido”.⁷

Esta Câmara já teve a oportunidade de decidir que:

“Correta, também, a fixação dos juros de mora à base de seis por cento (6%) ao ano, a contar da citação. A presente ação foi iniciada em 2003, após o advento da Medida Provisória nº 2.180, de 2001, que introduziu o artigo 1º-F à Lei Federal nº 9.949, de 1997 (“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 6% (seis por cento) ao ano”). Esse dispositivo tem aqui aplicação, tendo sido a presente ação ajuizada em dezembro de 2003, como tem decidido o E. STJ: “A

⁷ STJ – Ag. Rg. No R. Esp. 762.545/RS – 5ª Turma, j. 20.9.2005, Rel. Min. GILSON DIPP, DJU 10/10/2005, p. 431.



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

15

jurisprudência do STJ, pela Corte Especial, firmou-se no sentido de só aplicar a MP 2.180/2001 nos processos iniciados posteriormente à sua vigência (múltiplos precedentes)” (Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 495.702-RX, j. 01.12.2004, DJU 28.02.2005, p. 1776, Rel. Min. ELIANA CALMON).”⁸

E também:

“Quando a ação foi ajuizada após a vigência da MP 2 180-35, incidem suas disposições, inclusivamente a que, a introduzir nova norma da Lei 9.494, de 1997, limitou a 6% ao ano os juros de mora “nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos” (art. 1º-F).

Destaca-se da ementa do AgR no AgR no REsp 591.160 (Ministra LAURITA VAZ):

“Nas ações ajuizadas posteriormente ao advento da MP 2.180-35/01, hipótese dos autos, os juros moratórios devem ser fixados no patamar de 6% ao ano, em face da regra inserta no art. 4º da referida Medida Provisória, que acrescentou o art. 1º-F à Lei n.º 9.494/97” (cfr., no mesmo sentido, os precedentes indicados no voto da Ministra LAURITA VAZ: REsp 572.790 – Ministro FELIX FISCHER; REsp 572.429 – Ministro FELIX FISCHER)”.⁹

Quanto aos honorários advocatícios, já se decidiu que a “equidade reclamada no par. 4º, do art. 20, do CPC não traduz sejam os honorários estabelecidos em valor certo, podendo arbitrá-

⁸ TJSP- Apelação Cível 444.719-5/8-00 – São Paulo – Rel. Des. AROLDO VIOTTI.

⁹ TJSP – Apelação Cível 426.430-5/7-00 – Rel. Des. RICARDO DIP.

Apelação Cível nº 842.594 5/8-00 – V nº 16.466



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

16

lo o juiz em percentual sobre a condenação”¹⁰, acrescentando-se que, embora o par. 3º não incida sobre os casos excepcionais do par. 4º do art. 20 do CPC (quando vencida a Fazenda Pública)¹¹, não significando que os “honorários devam ser, necessariamente, arbitrados em montante inferior a dez por cento do valor da condenação; o juiz, nesse caso, fixa a verba honorária segundo apreciação eqüitativa, sem outros parâmetros que aqueles definidos nas alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’.”¹²

Assim, a verba honorária será reduzida para 10% sobre o valor da condenação, mas considerando-se o montante atualizado das prestações vencidas e mais um ano das vincendas, conforme é orientação desta Câmara, em face da condenação da Fazenda Pública, pois, nos termos do julgado paradigma da lavra do Des. RICARDO DIP :

“No concernente aos honorários advocatícios, deve considerar-se a questão à luz do critério de equidade a que se reporta designadamente a regra contida no § 4º, art. 20, CPC, que recruta indicações inscritas no § 3º do mesmo dispositivo, a saber: (a) o grau de zelo do profissional; (b) o lugar de prestação do serviço; (c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

De um lado deve estimar-se a posição mesma da Fazenda que, ao menos em princípio, se supõe defensiva de interesses da Sociedade política. Todavia, de outro lado, os critérios objetivos contidos nas alíneas do § 3º, art. 20, CPC —aos quais remete, como visto, a regra do § 4º, art. 20, Cód. cit.— não

¹⁰ STJ-3ª Turma, REsp 162.995-PR – rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 16.6.1998, deram provimento parcial, v.ou., DJU 31.8.1998 – p.780.

¹¹ STF-RJTJESP 41/101.

¹² STJ-2ª Turma, REsp 130.430-SP, rel. Min. Ari Pargendler, j. 1.12.1997, não conheceram, v.u., DJU 15.12.1997, p.66.362.



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

17

podem marginar-se, e, no caso, a natureza e a importância da causa (art 20, § 3º, c, CPC) aconselham, a meu ver, estimativa pertinente da condenação objeto —considerando-se o montante atualizado das prestações vencidas e mais um ano das vincendas (cfr., a título exemplificativo, REsp 446.800 - STJ - 6ª Turma - Ministro HAMILTON CARVALHIDO)— como base de cálculo para a imposição da verba honorária, adotando-se o percentual mínimo de 10% inscrito no § 3º, art. 20, CPC, que se toma de empréstimo e ao modo de paradigma.”¹³

Do exposto, dá-se parcial provimento ao reexame necessário e ao apelo do IPREV.



PIRES DE ARAÚJO

Relator

¹³ Mesma apelação anterior.



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
11ª Câmara de Direito Público

VOTO Nº: 10337
APELAÇÃO Nº: 842.594.5/8-00
COMARCA: SANTOS
APELANTE: INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL DOS
SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS DE
SANTOS
APELADA: MARIA LÚCIA SÉRGIO

Voto Divergente

Data maxima venia, usei divergir do eminente Relator, Des. Pires de Araújo, e, pelo meu voto, dou provimento ao reexame necessário e ao recurso do IPREV, para julgar improcedente a ação, isenta da sucumbência (Lei 1.060/50), adotando o relatório do v. Voto.

Almeja a autora o recebimento de pensão por morte, pois reconhecida relação homoafetiva, por sentença.

A Constituição Federal, no §3º, do art. 226, ao tratar da união estável, reconhece, unicamente, como entidade familiar, “a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”, e o novo Código Civil, trilhando pelo mesmo caminho, a equipara à entidade familiar, para efeito de proteção do Estado, e também impõe, em seu artigo 1723, para que seja reconhecida como entidade familiar, que a união estável se dê “entre o homem e a mulher” e que seja “estabelecida com objetivo de constituição de família”.

Percebe-se, portanto, que o ordenamento pátrio não prevê união estável entre pessoas do mesmo sexo, exigindo, para tanto, expressamente, como requisito principal, que a relação se dê entre um homem e uma mulher, sem abrir margem a interpretações distintas.

No mesmo sentido, e não poderia ser diverso, o art. 8º, da Lei Complementar 592/06, relaciona os beneficiários do RPPS, na condição de dependente do segurado e esclarece:

“§5º - Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantenha união estável com o segurado ou segurada, de acordo com o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal.

§6º - Considera-se união estável aquela verificada entre o homem e a mulher, como entidade familiar, quando forem solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, ou tenham prole em comum, enquanto não se separarem” (fls. 58).

A heterossexualidade é a essência do casamento. Tanto que a melhor doutrina entende ser ato inexistente a união que se oficialize entre pessoas do mesmo sexo. O mesmo entendimento aplica-se à união estável, logo, enquanto não houver lei que reconheça tal direito, não pode o julgador, cuja tarefa é aplicar a norma posta, ignorar os limites legais para tutelá-lo.

Como bem pondera o saudoso Pontes de Miranda, citado por Álvaro Villaça Azevedo, “uma união, ainda solenemente feita, entre duas pessoas do mesmo sexo, não constitui matrimônio, porque ele, é, por definição, contrato do homem e da mulher, *virí et mulieris coniunctio*, com o fim de satisfação sexual e de procriação. Advirta-se, porém, que a conformação viciosa ou a mutilação dos órgãos sexuais não torna impossível a existência do casamento (Pacifci-Mazzoni. *Istituzioni di diritto civile italiano*, VII, 12), se o sexo



pode ser reconhecido e se distingue do sexo do outro cônjuge. A ignorância de defeito físico irremediável ou de moléstia grave e transmissível entra na classe dos impedimentos dirimentes relativos: concerne, portanto, à validade, e não à existência do casamento. Se, no caso de conformação viciosa, predomina o sexo igual ao do outro cônjuge, está expressa a figura da igualdade sexual, e, *ipso facto*, inexistente o casamento. Dar-se-á o mesmo em caso de indistinção sexual, *quia coniuge non habet sexum* (Zachariae, *De droit civil français*, I, 171; aliás era bem de esperar-se que o formulador da teoria dos atos inexistentes não escapasse o caso do *cônjuge sem sexo*) (...).

E Villaça de Azevedo prossegue “do mesmo modo, ainda que se cogite de mera convivência, no plano fático, entre pessoas do mesmo sexo, não se configura a união estável. Realmente, desde que foram conferidos efeitos ao concubinato, até o advento da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, sempre a jurisprudência brasileira teve em mira o par andrógino, o homem e a mulher.

Com a Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, ficou bem claro esse posicionamento de só reconhecer, como entidade familiar, a união estável entre o homem e a mulher, conforme o claríssimo enunciado do parágrafo 3º do seu artigo 226” (*A Família na Travessia do Milênio*, Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família, IBDFAM, BH:Ed.Del Rey, p. 141/159).

Conforme doutrina Euclides de Oliveira, “por assemelhação com a figura do casamento, a união estável somente tem reconhecimento constitucional e legal quando decorra do relacionamento entre homem e mulher”.

E ainda, como bem aponta Milton Paulo de Carvalho Filho:



“Buscando reconhecer e dar amparo jurídico à união havida entre casais em formação do matrimônio, realidade vivida já há muito tempo pela sociedade brasileira e admitida pela jurisprudência de nossos tribunais, o art. 226, §3º, da Constituição da República impôs que, para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Visando à regulamentação do dispositivo constitucional, após o reconhecimento da união estável como entidade familiar, sobrevieram a Lei n. 8.971/94, que num primeiro momento somente disciplinou os direitos dos companheiros a alimentos e à sucessão e a Lei n. 9.278/96, que expressamente quis regular o §3º antes referido. Por não regulamentar todas as matérias de que a outra tratava, a lei posterior não revogou totalmente a anterior.

O Código Civil de 2002, contudo, encampou todas as questões disciplinadas nas leis referidas, que deixaram de existir, com a exceção do direito real de habitação assegurado no parágrafo único do art. 7º da Lei n. 9.278/96. (...) A união estável é tema tratado no livro do direito de família exatamente por força do §3º do art. 226 da Constituição. O artigo ora comentado define união estável, repetindo disposição contida no art. 1º da Lei n. 9.278/96. E, desta definição, extraem-se seus elementos constitutivos. Ao dispor o artigo – e o texto Constitucional – que a união estável será reconhecida como entidade familiar quando entre homem e mulher, foi excluída a possibilidade de aplicarem-se as regras da união estável à união homossexual ou às parcerias homoafetivas” (*Código Civil Comentado*, Coord. Min. César Peluso, SP:Ed. Manole, 2007, p. 1699).



Nesse diapasão, a C. 10ª Câmara de Direito Público deste E. Tribunal:

“União estável – Relacionamento entre pessoas do mesmo sexo – Impossibilidade – Diversidade de sexos – Pressuposto do reconhecimento da união estável – Assemelhação com a figura do casamento – Possibilidade de vir reconhecida quando decorrente do relacionamento entre homem e mulher – Adequação, por emenda da inicial (sociedade de fato) determinada – Decisão mantida – Recurso improvido” (Ag.Instr. nº 433.168.4/3-00, Rel. Des. Octavio Helene, j. 19/09/2006).

Ainda:

“Agravo de Instrumento – Reconhecimento e dissolução de união estável homoafetiva – Preliminar – Impossibilidade jurídica do pedido – Acolhimento – Recurso provido para extinguir a ação sem apreciação do mérito.

Embora relevante a discussão concernente à união homossexual, sobretudo em razão dos efeitos que irradia na divisão do patrimônio adquirido com o esforço comum, nossa legislação não permite por ora seu reconhecimento como união estável” (TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado, Ag. Instr. 544.640.4/2, Rel. Des. Jesus Lofrano, voto 8944, j. 12/02/08).

“Respeitado o entendimento contrário, deve mesmo ser entendido que a competência no caso recai sobre a Vara Cível. Não há razão jurídica para que o processamento de ação envolvendo união homoafetiva se desenvolva como se união estável fosse, ausente o requisito da diversidade sexual. Além disso, igualmente não presente disposição legal no direito civil nacional para casamento ou união estável entre pessoas do mesmo sexo” (TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, Ag. Instr. 456.449.4/4, Rel. Des. J.G. Jacobina Rabello, voto 18.790, j. 29/06/06).

“A união homoafetiva não pode ser processada como se união estável fosse, pois o requisito dessa é a dualidade sexual,



não havendo previsão legal no direito pátrio, para casamento ou união estável entre pessoas do mesmo sexo” (TJSP, Câmara Especial, Conflito de Competência 127.165.0/9, Rel. Des. Eduardo Gouveia, voto 1559, j. 27/03/06).

O STJ deixa hialino:

“A primeira condição que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos. A união entre homossexuais juridicamente não existe nem pelo casamento, nem pela união estável” (REsp 502.995/RN, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 24/04/05).

Não há, em nosso ordenamento jurídico, amparo legal à união estável homoafetiva, o que impossibilita ao Judiciário acatá-la, sob pena de funcionar como legislador positivo, em afronta ao princípio constitucional da separação dos poderes.

O apelante cumpriu a legislação e a lei local, com seu inconformismo merecendo prosperar, exceto quanto à questão preliminar, bem afastada pelo voto do ilustre Relator.



FRANCISCO VICENTE ROSSI
3º JUIZ