



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

---

RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL POUL ERIK  
DYRLUND

APELANTE : UNIAO FEDERAL

APELADO : \_\_\_\_\_

ADVOGADO : MARLON REZENDE FERREIRA

APELADO : \_\_\_\_\_

ADVOGADO : JOEL PECANHA DE ABREU

REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 1A VARA DE NITEROI-  
RJ

ORIGEM : 1A. VARA FEDERAL - NITEROI/RJ  
(200451020042581)

### RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pela parte ré - UNIÃO FEDERAL -, e de remessa necessária para reexame da r.sentença prolatada pelo Juízo Federal da 1ªVara de Niterói/RJ, nos autos da ação ordinária com pedido de antecipação de tutela nº2004.51.02.004258-1, proposta por \_\_\_\_\_, também proposta em face de \_\_\_\_\_, que restou julgada parcialmente procedente, e que assim resumiu o pleito principal (fl.99), verbis:

*“ \_\_\_\_\_, pessoa natural qualificada e representada nos autos, ajuizou ação pelo rito ordinário em face da UNIÃO FEDERAL, tendo como litisconsorte passivo necessário \_\_\_\_\_, pessoa natural também qualificada e representada nos autos, objetivando o reconhecimento de sociedade de fato existente entre si e o Sr. \_\_\_\_\_, ex-militar da Marinha do Brasil, bem como a concessão de pensão por morte em seu benefício, a contar da data do óbito do companheiro, e a liberação dos valores creditados em nome do falecido na conta do PASEP.*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

*Em antecipação de tutela, requereu o Autor sua inclusão como beneficiário do serviço de saúde da Marinha do Brasil.  
(...)”. (verbis)*

Restou a pretensão autoral parcialmente acolhida (fls.99/110), “*para RECONHECER, exclusivamente para fins previdenciários junto à Marinha do Brasil, a existência de sociedade de fato entre o Autor e o Sr. \_\_\_\_\_, bem como para CONDENAR a UNIÃO FEDERAL a conceder a pensão por morte pleiteada e pagar as parcelas devidas, a contar da data do óbito, cujos valores deverão ser corrigidos monetariamente e acrescidos de juros de mora no percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês (STF, Plenário, RE453740/RJ, Rel.Min.Gilmar Mendes, DJ de 24.08.07), estes a partir da data da citação, e, em consequência, DELARO a nulidade do ato administrativo que reconheceu direito à mesma pensão ao segundo réu, Sr. \_\_\_\_\_, isentando-o de devolução das quantias recebidas até a definitiva suspensão dos pagamentos mensais. Faculto à União Federal promover a imediata suspensão dos pagamentos mensais referentes à pensão que vem sendo paga ao segundo Réu, independentemente do trânsito em julgado da sentença.*”. Condenada a União Federal na verba honorária de 5% sobre o montante devido, e o \_\_\_\_\_, em 5% do valor da causa, monetariamente atualizado, com custas ex lege.

Razões de recurso (fls.114/121), pugnando pela improcedência dos pedidos constantes da exordial, reformando-se a sentença hostilizada, “*por inexistência de comprovação da sociedade de fato ante a total falta de provas documental/testemunhal*”, ou, se assim não entender o Colegiado, que passe a pensão perseguida, a contar da data da entrada do pedido em juízo, reconhecendo-se a habilitação tardia, aduzindo, em suma, que:

(a) “*A União Federal foi condenada a conceder pensão por morte ao autor \_\_\_\_\_, por ter o Juízo "a quo" reconhecido a existência de sociedade de fato com \_\_\_\_\_, militar falecido da Marinha do Brasil, pagando-lhe as parcelas vencidas a contar da data do óbito, cujos valores deverão ser corrigidos monetariamente e acrescidos de juros de mora no percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês.*”;



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

(b) *“Para que o pedido seja deferido, há necessidade imperiosa de se comprovar a convivência familiar entre o falecido e o autor.*

*Os simples documentos acostados aos autos não são provas insofismáveis para que o Juízo conclua que \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_ possuíam uma relação amorosa estável, não podendo, tais documentos isoladamente, servir de prova do direito.*

*Além do mais, inexistem outros documentos que indicam o estabelecimento de vida em comum, COM O INTUITO DE CONSTITUIR FAMÍLIA, tais como, declaração de imposto de renda, conta corrente conjunta, etc.*

*Neste contexto, os documentos acostados podem ser interpretados como prova de generosidade, gratidão, amizade, amor ou paixão, mas nunca como prova de convivência comum com o ânimo indicado no §3º do art. 226 da CF.*

*Tampouco testemunhas foram inquiridas para comprovação do alegado.*

(c) *Sendo assim, é certo que não restou comprovada a suposta união estável, o que certamente inviabiliza a concessão do benefício de pensão pleiteado, .....*

*(...).*

*Assim, não demonstrada, por prova documental, a união estável com o ex-militar, situação essa corroborada por depoimentos firmes e coerentes colhidos em juízo, não pode ser devida a pensão por morte ao companheiro do militar.”;*

(d) *“Os atos da Administração Pública foram praticados em perfeita consonância com os dispositivos legais vigentes, reguladores da matéria, não cabendo, qualquer reparo.*

*O autor não comprova cabalmente sua qualidade de companheiro, razão pela qual o pedido não encontra qualquer respaldo na legislação que rege a espécie, sendo o caso de indeferimento por falta de amparo legal.*

(e) *“Através da Certidão de Óbito de fls. 30, verifica-se que \_\_\_\_\_ faleceu no dia 01 de julho de 2000.*

*No mês de março do ano de 2001 o autor tomou ciência de que a União Federal (Marinha do Brasil), através de requerimento administrativo datado*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

*de 13/06/2000, indeferiu o direito do demandante a receber pensão em razão do falecimento do ex militar.*

*Assim, caso seja procedente o pedido da parte autora, o recebimento de quantias atrasadas, deve ser analisado considerando que houve no caso, habilitação tardia do demandante.*

*Para corroborar tal alegação, o próprio Juízo em seu r. despacho saneador de fls. 93 assim decide : "Indefiro a tutela antecipada porque a demora do autor em buscar seu direito afasta o 'periculum in mora", requisito indispensável para a concessão da tutela. De fato, transcorreram mais de 04 (quatro) anos entre a propositura de demanda (08.10.2004) e o falecimento do Sr. \_\_\_\_\_, em 01.07.2000 (fl. 30)."*

*Esta habilitação tardia gera ônus para a parte requerente, qual seja o de receber a pensão devida a partir da data do protocolo em Juízo, e não da data do óbito do instituidor ou da entrada do requerimento administrativo no órgão responsável pelo instituidor.*

*Tal maneira de proceder encontra amparo no art. 219, § único da Lei 8.112/90, estatuto dos servidores civis da União, (...).";*

*Sem contrarrazões, inobstante regular intimação (fls.123/124).*

*O Ministério Público Federal, se manifesta no sentido da desnecessidade de intervenção daquele órgão, invocando o art.82/CPC (fl.131).*

*É o Relatório.*

POUL ERIK DYRLUND  
Relator

VOTO

A decisão objurgada resumiu a questão (fl.99), verbis:



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

“ \_\_\_\_\_, pessoa natural qualificada e representada nos autos, ajuizou ação pelo rito ordinário em face da UNIÃO FEDERAL, tendo como litisconsorte passivo necessário \_\_\_\_\_, pessoa natural também qualificada e representada nos autos, objetivando o reconhecimento de sociedade de fato existente entre si e o Sr. \_\_\_\_\_, ex-militar da Marinha do Brasil, bem como a concessão de pensão por morte em seu benefício, a contar da data do óbito do companheiro, e a liberação dos valores creditados em nome do falecido na conta do PASEP.

Em antecipação de tutela, requereu o Autor sua inclusão como beneficiário do serviço de saúde da Marinha do Brasil.

(...)”. (verbis)

A pretensão autoral foi dirimida sob a seguinte fundamentação (fls.99/110), in verbis:

“Narra a exordial que o Autor manteve, por mais de dez anos, com o Sr. \_\_\_\_\_, que ocupava o cargo de Terceiro-Sargento sinaleiro da Marinha, relação amorosa estável, "convivendo sob o mesmo teto, como se casados fossem", sendo certo que cabia ao militar a obrigação de manutenção e sustento do lar (fl. 3). Todavia, o companheiro do Autor faleceu, em 1o de julho de 2000, no Hospital Naval Marcílio Dias (fl.30), em virtude de insuficiência respiratória, insuficiência renal e pneumonia, em consequência de ser portador de Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS).

Com o óbito de seu companheiro, o Autor, que também é portador de AIDS (fl.37), viu-se



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

*desamparado financeiramente para arcar com seu próprio sustento e custear o tratamento da doença. Posto isso, requereu o Autor, administrativamente, junto ao Serviço de Inativos e Pensionistas da Marinha, a concessão de pensão por morte, comprovando o respectivo convívio afetivo.*

*Todavia, a pretensão foi rechaçada (fls. 39, 71 e 92).*

*A pensão vem sendo destinada ao pai do falecido (fl. 72), pessoa que, segundo salienta a inicial, há muito, não tinha qualquer contato com o militar, por conta da sua opção afetiva, de forma homossexual.*

*Assevera ainda que a Constituição da República garante tratamento isonômico entre as uniões heterossexuais e as sociedades de fato estabelecidas entre homossexuais, dada a aplicação dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Igualdade e da Proibição de Discriminação em razão do Sexo, constantes dos arts.3º, IV, 5º, I e 7º, XXX.*

*Invoca a seu favor a Instrução Normativa n.º 25, de 07.06.2000, editada pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, que aplica, analogicamente, a casos tais o art.217, I, "c", da Lei nº8.112/90 (fl. 73), bem como a Instrução Normativa nº06/2002, do Município de São Paulo, a qual ampara o pagamento de benefícios previdenciários a companheiros de servidores municipais homossexuais, estendendo o conceito de "companheiro" previsto no art.8º, II, da Lei nº10.828/90 a hipóteses homoafetivas.*

*Inicialmente, no que tange ao possível impedimento legal à análise da pretensão autoral,*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

*especialmente por força dos arts.226, §3º, da Constituição da República, e do art. 1.723 do Código Civil, como sustentou a primeira Ré, é de ver que, em caso semelhante, levado à publicação em data bem recente (06.10.2008), o Colendo Superior Tribunal de Justiça entendeu não haver vedação explícita no ordenamento jurídico pátrio para o prosseguimento de feito em que se pretenda ver declarada a união homoafetiva, destacando, ainda, que "poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu", de sorte que "ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal"; confira-se:*

*"(...) No que se refere à impossibilidade jurídica do pedido, pacífico o entendimento, tanto na doutrina como na jurisprudência, de que esta só se configura quando há expressa vedação dada pelo ordenamento jurídico.*

*Nestes termos, ensina Nelson Nery Júnior: 'o pedido é juridicamente possível quando o ordenamento não o proíbe expressamente. Deve-se entender o termo 'pedido' não em seu sentido estrito de mérito, pretensão, mas conjugado com a causa de pedir'(Código de Processo Civil Comentado, 6ª Edição, p. 594). A jurisprudência desta Corte também é tranqüila no sentido aqui afirmado.*

*Vejam-se as ementas:*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

*'(..) 3. Doutrina e jurisprudência caminham no sentido de que a possibilidade jurídica do pedido, a que se refere o artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, é a inexistência, no direito positivo, de vedação explícita ao pleito contido na demanda. Precedentes.*

*4. Recurso especial não conhecido' (REsp nº 438.926/AM:Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 17-11-2003).*

*'I - A possibilidade jurídica do pedido, a que se refere o artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, é a inexistência, no direito positivo, de vedação explícita ao pleito contido na demanda.*

*(...) Recurso provido' (RMS 14.815/DF, Relator Ministro Félix Fischer, DJ de 07-10-2002).*

*Transcrevo os dispositivos referidos pelas instâncias ordinárias para afirmar a impossibilidade jurídica do pedido, afim de analisar se, no caso, há vedação do ordenamento jurídico:*

*Artigo 226, §3º, da Constituição da República:  
'Art. 226. (...)*

*§3º - 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'.*

*Art. 1º da Lei nº9.278/96:*

*'Art. 1º É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família'.*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

*Art. 1.723 e 1.724, do Código Civil:*

*'Art. 1.723. É reconhecida 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'.*

*'Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos'.*

*Da análise dos dispositivos transcritos não vislumbro em nenhum momento vedação ao reconhecimento de união estável de pessoas do mesmo sexo, mas, tão-somente, o fato de que os dispositivos citados são aplicáveis a casais do sexo oposto, ou seja, não há norma específica no ordenamento jurídico regulando a relação afetiva entre casais do mesmo sexo. Todavia, nem por isso o caso pode ficar sem solução jurídica, sendo aplicável à espécie o disposto nos arts. 4º da LICC e 126 do CPC. Cabe ao juiz examinar o pedido e, se acolhê-lo, fixar os limites do seu deferimento.*

*Note-se que há um mau hábito, de alguns juizes, de indeferir requerimentos feitos pelas partes dizendo que o fazem 'por falta de amparo legal'. A se interpretar tal expressão como querendo significar que o indeferimento se deu por não haver previsão legal daquilo que se requereu, a decisão obviamente estará a contrariar o disposto no art. 126 do CPC, pois, em tal caso, o juiz deixará de decidir por haver lacuna na lei. A lacuna da lei não pode jamais ser usada como escusa para que o juiz deixe de decidir, cabendo-lhe supri-la através*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

*dos meios de integração da lei (Alexandre Freitas Câmara, Lições de Direito Processual Civil, 10ª Ed., vol. I, p. 30).*

*No caso destes autos, tenho como violados os arts. 4º e 5º da LICC e 126, do CPC. Frise-se, aliás, que o art. 5º da LICC diz que o juiz deve atender aos fins sociais a que a lei se destina. (...)"*

*(STJ, Quarta Turma, transcrição de trecho do voto do Relator, Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 21.08.07, DJ de 06.10.08).*

*A despeito das normas legais indicadas pelos Réus, as Cortes Superiores brasileiras já subsumiram as uniões homoafetivas ao conceito de entidade familiar, permitindo, inclusive, a concessão de benefício previdenciário ao dependente do segurado falecido, nestes termos:*

**"DECISÃO AÇÃO CIVIL PÚBLICA - TUTELA IMEDIATA - INSS – CONDIÇÃO DE DEPENDENTE - COMPANHEIRO OU COMPANHEIRA HOMOSSEXUAL - EFICÁCIA ERGA OMNES - EXCEPCIONALIDADE NÃO VERIFICADA - SUSPENSÃO INDEFERIDA.**

*1. O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, na peça de folha 2 a 14, requer a suspensão dos efeitos da liminar deferida na Ação Civil Pública nº2000.71.00.009347-0, ajuizada pelo Ministério Público Federal. O requerente alega que, por meio do ato judicial, a que se atribuiu efeito nacional, restou-lhe imposto o reconhecimento, para fins previdenciários, de pessoas do mesmo sexo*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

*como companheiros preferenciais. Eis a parte conclusiva do ato (folhas 33 e 34): 'Com as considerações supra, DEFIRO MEDIDA LIMINAR, de abrangência nacional, para o fim de determinar ao Instituto Nacional do Seguro Social que:*

*a) passe a considerar o companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial (art. 16,1, da Lei 8.213/91);*

*b) possibilite que a inscrição de companheiro ou companheira homossexual, como dependente, seja feita diretamente nas dependências da Autarquia, inclusive nos casos de segurado empregado ou trabalhador avulso;*

*c) passe a processar e a deferir os pedidos de pensão por morte e auxílio reclusão realizados por companheiros do mesmo sexo, desde que cumpridos*

*pelos requerentes, no que couber, os requisitos exigidos dos companheiros heterossexuais (arts.74 a 80 da Lei 8.213/91 e art.22 do Decreto n º3.048/99).*

*Fixo o prazo de 10 dias para implementação das medidas necessárias ao integral cumprimento desta decisão, sob pena de multa diária de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), com fundamento no art. 461, §4º, do Código de Processo Civil.' (...)*

*Aduz que o ato 'possibilita que qualquer pessoa se diga companheiro de pessoa de mesmo sexo e solicite o benefício' (folha 4), prejudicando o funcionamento da máquina administrativa, em face da ausência de fixação*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

*de critérios. (...) Sustenta a violação ao princípio da separação dos Poderes, apontando que a Juíza substituiu o Congresso Nacional ao reconhecer a união estável ou o casamento entre homossexuais. A lesão à economia pública decorreria do fato de não se ter estabelecido a fonte de custeio para o pagamento do benefício, o que acabaria por gerar desequilíbrio financeiro e atuarial. (...) Constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV do artigo 3º da Carta Federal). Vale dizer, impossível é interpretar o arcabouço normativo de maneira a chegar-se a enfoque que contrarie esse princípio basilar, agasalhando-se preconceito constitucionalmente vedado.*

*O tema foi bem explorado na sentença (folhas 351 à 423), ressaltando o Juízo a inviabilidade de adotar-se interpretação isolada em relação ao artigo 226, §3º, também do Diploma Maior, no que revela o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar.*

*Considerou-se, mais, a impossibilidade de, à luz do artigo 5º da Lei Máxima, distinguir-se ante a opção sexual.*

*Levou-se em conta o fato de o sistema da Previdência Social ser contributivo, prevendo a Constituição o direito à pensão por morte do segurado, homem ou mulher, não só ao cônjuge, como também ao companheiro, sem*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

*distinção quanto ao sexo, e dependentes - inciso V do artigo 201. Ora, diante desse quadro, não surge excepcionalidade maior a direcionar à queima de etapas. A sentença, na delicada análise efetuada, dispôs sobre a obrigação de o Instituto, dado o regime geral de previdência social, ter o companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial. Tudo recomenda que se aguarde a tramitação do processo, atendendo-se às fases recursais próprias, com o exame aprofundado da matéria. Sob o ângulo da tutela, em si, da eficácia imediata da sentença, sopesaram-se valores, priorizando-se a própria subsistência do beneficiário do direito reconhecido. É certo que restou salientada a eficácia da sentença em todo o território nacional. Todavia este é um tema que deve ser apreciado mediante os recursos próprios, até mesmo em face da circunstância de a Justiça Federal atuar a partir do envolvimento, na hipótese, da União.*

*Assim, não parece extravagante a óptica da inaplicabilidade da restrição criada inicialmente pela Medida Provisória nº1.570/97 e, posteriormente, pela Lei nº9.497/97 à eficácia erga omnes, mormente tendo em conta a possibilidade de enquadrar-se a espécie no Código de Defesa do Consumidor.*

*3. Indefiro a suspensão pretendida. "*

*(STF, Pet-1.984, Rei. Min. Marco Aurélio, j. 10.02.03, DJ de 20.02.03) (grifos nossos).*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

*"UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS. PRETENDIDA QUALIFICAÇÃO DE TAIS UNIÕES COMO ENTIDADES FAMILIARES. DOCTRINA. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI Nº9.278/96. NORMA LEGAL DERROGADA PELA SUPERVENIÊNCIA DO ART. 1.723 DO NOVO CÓDIGO CIVIL (2002), QUE NÃO FOI OBJETO DE IMPUGNAÇÃO NESTA SEDE DE CONTROLE ABSTRATO. INVIABILIDADE, POR TAL RAZÃO, DA AÇÃO DIRETA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA, DE OUTRO LADO, DE SE PROCEDER À FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA DE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS (CF, ART 226, §3º, NO CASO). DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA (STF). NECESSIDADE, CONTUDO, DE SE DISCUTIR O TEMA DAS UNIÕES ESTÁVEIS HOMOAFETIVAS, INCLUSIVE PARA EFEITO DE SUA SUBSUNÇÃO AO CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR: MATÉRIA A SER VEICULADA EM SEDE DE ADPF?"*

*DECISÃO: A Associação da Parada do Orgulho dos Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros de São Paulo e a Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo - que sustentam, de um lado, o caráter fundamental do direito personalíssimo à*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

*orientação sexual e que defendem, de outro, a qualificação jurídica, como entidade familiar, das uniões homoafetivas - buscam a declaração de inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.278/96, que, ao regular o §3º do art. 226 da Constituição, reconheceu, 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'.*

*As entidades autoras da presente ação direta apóiam a sua pretensão de inconstitucionalidade na alegação de que a norma ora questionada (Lei nº9.278/96, art.1º), em cláusula impregnada de conteúdo discriminatório, excluiu, injustamente, do âmbito de especial proteção que a Lei Fundamental dispensa às comunidades familiares, as uniões entre pessoas do mesmo sexo pautadas por relações homoafetivas. (...)*

*Uma simples análise comparativa dos dispositivos ora mencionados, considerada a identidade de seu conteúdo material, evidencia que o art. 1.723 do Código Civil (Lei nº10.406/2002) efetivamente derogou o art.1º da Lei nº9.278/96: Código Civil (2002) (...)*

*Extremamente significativa, a tal respeito, a observação de CARLOS ROBERTO GONÇALVES ('Direito Civil Brasileiro - Direito de Família', vol. VI/536, item n.3, 2005, Saraiva): 'Restaram revogadas as mencionadas Leis n.8.971/94 e n.9.278/96 em face da inclusão da matéria no âmbito do*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

---

*Código Civil de 2002, que fez significativa mudança, inserindo o título referente à união estável no Livro de Família e incorporando, em cinco artigos (1.723 a 1.727), os princípios básicos das aludidas leis, bem como introduzindo disposições esparsas em outros capítulos quanto a certos efeitos, como nos casos de obrigação alimentar (art.1.694).'*

*A ocorrência da derrogação do art.1º da Lei nº9.278/96 - também reconhecida por diversos autores (...)- torna inviável, na espécie, porque destituído de objeto, o próprio controle abstrato concernente ao preceito normativo em questão. É que a regra legal ora impugnada na presente ação direta já não mais vigorava quando da instauração deste processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. (...) Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídico-social da matéria – cuja apreciação talvez pudesse viabilizar-se em sede de argüição de descumprimento de preceito fundamental -, cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

---

*significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito e na esfera das relações sociais. Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início de terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em fórmulas preconceituosas inadmissíveis, vem sendo externada, como anteriormente enfatizado, por eminentes autores, cuja análise de tão significativas questões tem colocado em evidência, com absoluta correção, (a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas (...))*

*Concluo a minha decisão. E, ao fazê-lo, não posso deixar de considerar que a ocorrência de insuperável razão de ordem formal (esta ADIN impugna norma legal já revogada) torna inviável presente ação direta, o que me leva a declarar extinto este processo (RTJ 139/53 - RTJ 168/174-175), ainda que se trate, como na espécie, de processo de fiscalização normativa abstrata (RTJ 139/67), sem prejuízo, no entanto, da utilização de meio processual adequado à discussão, 'in abstracto' - considerado o que dispõe o art. 1.723 do Código Civil -, da relevantíssima tese pertinente ao*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

*reconhecimento, como entidade familiar, das uniões estáveis homoafetivas.*

*Arquivem-se os presentes autos.*

*Publique-se."*

*(STF, ADI-3.300/MC, Rei. Min. Celso de Mello, j. 03.02.06, DJ de 09.02.06)*

*(grifos nossos).*

**"EMENTA - RECURSO ESPECIAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO (...)**

*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 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*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

*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 REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

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 nº2000.71.00.009347-0, 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. "

(STJ, Sexta Turma, Rei. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j.13.12.05, DJ de 06.02.06) (grifos nossos).

*Por todo o já exposto, constata-se que, embora não haja no Brasil legislação específica tratando da matéria, tanto os Tribunais Superiores, quanto os Tribunais Regionais Federais, conforme arestos colacionados na petição inicial, vêm reconhecendo a possibilidade de se estender os benefícios previdenciários aos parceiros homossexuais conviventes. O INSS, por força da Instrução Normativa nº25, de 7 de junho de 2000, passou a reconhecer possível a concessão de*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

*benefício ao companheiro ou companheira homossexual, contemplando as relações homoafetivas e garantindo a pensão por morte nos moldes ali disciplinados.*

*Assim, longe de se ignorar ou repudiar a realidade existente, deve-se conceder a pensão por morte, desde que reste provada a qualidade de segurado do de cujus e a convivência afetiva e duradoura entre o falecido e o Autor. Encontra-se demonstrada a qualidade de militar e de segurado da Marinha do Brasil pelo Sr. \_\_\_\_\_, inclusive porque o seu genitor – que ora figura como segundo Réu - é o atual beneficiário do benefício pleiteado. Há de se analisar, então, a comprovação da convivência familiar entre o falecido e o Autor.*

*Dentre os documentos acostados aos autos encontram-se, exemplo:*

*=> Extrato mensal da TV por assinatura Sky, de junho/2000, destinado ao Autor (fl. 25), e encaminhado ao mesmo endereço do falecido, indicado na certidão de óbito de fl. 30 e no documento de fl. 24;*

*=> Comprovante de pagamento de despesas funerárias, no cemitério de São Gonçalo, em decorrência do falecimento de \_\_\_\_\_, que teriam sido satisfeitas pelo Autor (fl. 31);*

*=> Fotos em que o Autor e o finado aparecem juntos, algumas em cenas carinhosas (especialmente fl. 34) e que demonstram, ao menos a*

*priori, que os mesmos mantinham um relacionamento afetivo (fls.33/36);*

*=> Documentos pessoais do finado, que dizem respeito à sua vida escolar e funcional, aos quais só quem tinha relacionamento próximo e*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

---

*pessoal com o de cujus poderia ter acesso (fls. 40/45);*

*E em especial,*

*=>Recibo de indenização de Seguro de Vida (pela Real Previdência e Seguros S/A), de 17.07.00, em que o falecido figura como segurado, e o Autor, como beneficiário (fl. 23).*

*Ora, se o Sr. \_\_\_\_\_ indicou o Autor como beneficiário do seu seguro de vida, nada mais justo que se conclua que os dois possuíam uma relação amorosa estável. Se se tratasse de um relacionamento passageiro e superficial, como sugere o segundo réu, o falecido militar não teria se preocupado em dar segurança econômica ao seu companheiro, na hipótese de falecimento.*

*O mais comum seria a inclusão, pelo de cujus, do Autor como seu beneficiário da pensão militar, na condição de companheiro. Entretanto, diante da situação, é certo que não teria sido permitida ao falecido tal inclusão. É o que se depreende, diante das alegações da contestação da União Federal, que pretende fazer crer que a união homossexual não configura união estável, para fins de observância das Leis n.ºs 8.971/94 e 9.278/96 (fl. 89), e supõe que se trata de relação não amparada pelos arts. 78 da Lei n.º 5.774/71 e 156 da Lei n.º 6.880/80 (fls. 81 e 89), e que contraria o art. 226, § 3º, da Constituição da República (fls. 81, 84 e 89), não obstante a jurisprudência e a doutrina caminhem em sentido oposto, como visto. Daí se compreende e se justifica o porquê da apólice de seguro de vida.*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

*Ressalte-se que, nas Normas sobre Declarações de Dependentes e Beneficiários das Pensões, aprovadas pela Diretoria-Geral do Pessoal da Marinha - DGPM-303, que estabelecem o procedimento para o companheiro obter o benefício, caso não haja sido designado em vida pelo militar como beneficiário da pensão por morte (fls. 91/91), prevê-se o seguinte:*

*"3.7 - Da companheira não designada*

*3.7.1 -A(o) companheira(o) não designada(o) em vida pelo militar poderá fazer prova da união estável pela apresentação dos documentos abaixo relacionados, não estando excluídos outros de igual força probante:*

*a) certidão de nascimento de filho havido em comum;*

*b) certidão de casamento religioso;*

*c) declaração de Imposto de Renda da qual conste o (a) interessado (a) como companheiro (dependente);*

*d) disposição testamentária em relação a(o) companheira(o);*

*e) prova de domicílio comum;*

*f) conta bancária conjunta;*

*g) escritura de compra-e-venda de imóvel em nome de ambos os conviventes;*

*h) apólice de seguro pessoal da qual conste como proponente o(a) militar e beneficiária(o) a(o) companheira(o) ou vice-versa; e*

*i) justificação judicial."*

*Tal qual foi exposto, a alínea "h" do item "3.7.1" foi satisfeita, pois o Autor era beneficiário de Seguro de Vida, instituído pelo Sr. \_\_\_\_\_, junto*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

*à Real Previdência e Seguros S/A, tendo, inclusive, recebido a indenização respectiva, nos termos do documento de fl. 23, dado o falecimento do segurado. Não haveria, portanto, justo motivo para que a primeira Ré tenha indeferido a concessão da pensão por morte ao Autor.*

*Uma vez que a legislação de pensões militares, vigente à data do óbito, estabelece que a concessão de pensões a beneficiários de primeira ordem, como o Autor (companheiro), exclui o direito dos demais, como o segundo Réu, que era pai do falecido (artigo 9º, da Lei 3.765/1960), o mesmo deve ser excluído do benefício, cabendo tão-somente ao Autor o recebimento integral da pensão.*

*O direito do autor retroage à data do óbito, pois requereu administrativamente a pensão apenas doze dias após (fl. 59), e muito antes do deferimento da pensão em favor do segundo Réu, em 02.05.2001 (fl.72). Entretanto, os valores já recebidos pelo segundo Réu não são repetíveis pela União, em razão de seu caráter alimentar, presumindo-se que foram consumidos para o seu sustento, o que não afasta a obrigação da União em efetuar o pagamento retroativo ao Autor, que não deu causa ao pagamento efetuado a quem não era o detentor do direito à pensão.*

*No que concerne à liberação dos valores creditados, em nome do falecido, na conta do PASEP, é de ver que o Enunciado nº 161, da Súmula da jurisprudência do STJ, define que "É da competência da Justiça Estadual autorizar o levantamento dos valores relativos ao PIS/PASEP e FGTS, em decorrência do falecimento do titular da conta" (DJ de 19.06.96), razão pela qual exsurge a*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

*absoluta incompetência deste Juízo para o processamento do feito, neste particular.*

*ANTE O EXPOSTO, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido para RECONHECER, exclusivamente para fins previdenciários junto à Marinha do Brasil, a existência de sociedade de fato entre o Autor e o Sr. \_\_\_\_\_, bem como para CONDENAR a UNIÃO FEDERAL a conceder a pensão por morte pleiteada e pagar as parcelas devidas, a contar da data do óbito, cujos valores deverão ser corrigidos monetariamente e acrescidos de juros de mora no percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês (STF, Plenário, RE 453.740/RJ, Rei. Min. Gilmar Mendes, DJ de 24.08.07), estes a partir da data da citação, e, em consequência, DECLARO a nulidade do ato administrativo que reconheceu direito à mesma pensão ao segundo réu, Sr. \_\_\_\_\_, isentando-o de devolução das quantias recebidas até a definitiva suspensão dos pagamentos mensais.*

*FACULTO à União Federal promover a imediata suspensão dos pagamentos mensais referentes à pensão que vem sendo paga ao segundo Réu, independentemente do trânsito em julgado desta sentença.*

*CONDENO a União Federal, ainda, em honorários advocatícios, arbitrados em 5% (cinco por cento) sobre o montante devido.*

*CONDENO também o Réu \_\_\_\_\_ em honorários advocatícios, os quais arbitro em 5% (cinco por cento) do valor da causa, monetariamente atualizado.*

*Custas ex lege.*

*(...)" (omissis/grifos originais/grifamos)*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

Irresignado, recorre o ente federativo/1º réu (fls.114/121), renovando, em suma, os argumentos deduzidos na exordial, e pugnando pela sua improcedência, com a reforma da sentença hostilizada, sublinhando a “...inexistência de comprovação da sociedade de fato ante a total falta de provas documental/testemunhal”, ou, se assim não entender o Colegiado, que se reconheça a habilitação tardia, passando a ter o benefício perseguido como termo a quo, a contar da data da entrada do pedido em juízo.

A Egrégia 8ª Turma Especializada, mutatis mutandis, no REOAC2006.51.01.021811-7/RJ, DJ 07/04/09, desta Relatoria, já decidiu:

“E M E N T A

*ADMINISTRATIVO. PENSÃO ESTATUTÁRIA POR MORTE. INÉPCIA DA INICIAL – NÃO CONFIGURADA. UNIÃO HOMOAFETIVA. INTELIGÊNCIA DO ART. 226, §3º DA CR/88 E DO ART.1723 DO CÓDIGO CIVIL/2002. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA LIBERDADE, DA IGUALDADE, DA NÃO DISCRIMINAÇÃO, UNIÃO ESTÁVEL. COMPROVAÇÃO. ARTIGO 217, INCISO I, “C”; DA LEI N. 8.112/90. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART.20, §4º, DO CPC. FAZENDA PÚBLICA. APRECIÇÃO EQÜITATIVA DO JUIZ.*

*1-Vislumbrando-se a consonância da exordial com o disposto no art. 282 do CPC, vez que a causa de pedir e o pedido encontram-se ao alcance do julgador, não se configurando qualquer óbice quer para defesa, com o regular desenvolvimento do processo, quer para a apreciação judicial, não há falar em inépcia da inicial.*

*2-Improspora a alegação de que os documentos juntados pelo apelado não têm qualquer valor jurídico, pelo mero argumento de não serem autenticados, uma vez que a apelante não apontou*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

*qualquer fraude ou falta de autenticação que justificasse a existência de distorções no conteúdo do documento a ensejar dúvida acerca da autenticidade (TRF 1a REGIÃO, AC 199838000267190/MG, DJ de 09/10/2006).*

*3-Há que se aplicar o direito à luz de diversos preceitos constitucionais e não apenas atendo-se à interpretação literal do art. 226, §3º da Constituição Federal, invocado pela recorrente, que não diz respeito ao âmbito previdenciário, inserindo-se no capítulo 'Da Família', sendo certo que não houve 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 (STJ, RESP 395904, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 06/02/2006).*

*4-Conforme registrado pelo STF no julgamento da ADI 3300 MC/DF, o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito e na esfera das relações sociais.*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

*5-Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (...), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão. (Revista do TRF/4ª Região, vol. 57/309-348, 310, Rel. Des. Federal João Batista Pinto Silveira - grifei) in STF, ADI 3300 MC/DF.*

*6-A prova pré-constituída, configurada na documentação trazida aos autos, irradia o direito líquido e certo do recorrido, como que se extrai da documentação produzida no processo, que comprova que: o instituidor residia no mesmo endereço que o autor, quando do seu óbito (faturas de serviços de luz; IPTU, cota condominial); o ex-servidor efetuou doação ao requerente, em 08/10/2001, do imóvel em que viviam; designou expressamente o autor, na qualidade de seu companheiro há 21 anos, como o beneficiário de sua pensão estatutária, na forma prevista no art. 217 da Lei 8.112/90 (termo de fl. 11), declarando-o como seu dependente econômico e reconhecendo a união estável desde o ano de 1985.*

*7-Honorários advocatícios arbitrados em R\$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos reais), com base no art. 20, § 4º do CPC e atento aos parâmetros das alíneas "a", "b" e "c" do § 3º, eis que vencida a Fazenda Pública.*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

*8-Recurso da UNIÃO desprovido e remessa necessária provida parcialmente.*

ACÓRDÃO

*Vistos e relatados os presentes autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Membros da Oitava Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, em desprover a apelação e prover parcialmente a remessa necessária, na forma do voto do Relator, que fica fazendo parte integrante do presente julgado.*

*Rio de Janeiro, 31 de março de 2009 (data do julgamento).”*

Extraindo-se do voto condutor, in verbis:

*“Como relatado, trata-se de remessa necessária e recurso de apelação interposto contra sentença que julgou procedente pedido de concessão de pensão, em razão do falecimento de servidor inativo do Ministério da Saúde,*

*Cinge-se a controvérsia sobre a possibilidade do reconhecimento da união estável homoafetiva, para fins de concessão de benefício de pensão por morte.*

*Inicialmente, cumpre notar que o juízo a quo, rechaçou, de forma judiciosa, a preliminar de inépcia da inicial, sob o fundamento de que a exordial está em consonância com o disposto no art. 282 do CPC, vez que a causa de pedir e o pedido encontram-se ao alcance do julgador, não se configurando qualquer óbice quer para defesa, com o regular desenvolvimento do processo, quer para a apreciação judicial.*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

*Quanto à data de agosto de 2006, constante da inicial para fins de pagamento de atrasados, afigura-se o mero equívoco por parte do autor ao confundir a data do óbito do ex-servidor em outubro de 2006 com a do requerimento em que o ex-servidor postulou administrativamente a inscrição do Sr. \_\_\_\_\_ como seu companheiro para fins de futura pensão estatutária (fls. 11).*

*De qualquer forma, insta ressaltar que o juízo a quo, quando da condenação, observou a data correta do óbito do instituidor.*

*Noutro giro, rejeita-se a alegação de que os documentos juntados pelo apelado não têm qualquer valor jurídico, pelo simples fato de não serem autenticados, uma vez que a apelante não apontou qualquer fraude ou falta de autenticação que justificasse a existência de distorções no conteúdo do documento a ensejar dúvida acerca da autenticidade (TRF 1ª REGIÃO, AC199838000267190/MG, DJ de 09/10/2006)*

*No mérito, não obstante as razões recursais, ressaltou-se que a decisão objurgada encontra-se em consonância com a interpretação jurisprudencial contemporânea a respeito da matéria, no sentido da aplicação, na espécie, de diversos preceitos constitucionais, como da dignidade da pessoa humana (art.1º, III); da igualdade, da liberdade (art.5º, caput); da não discriminação (art.3º, §4º) (TRF – 4ª REG., Agravo de Instrumento nº 200604000267110/PR, Rel. Des. Fed. Luiz Carlos De Castro Lugon, DJU de 18/04/2007; Agravo de Instrumento nº 200404010493160/RS, Rel. Des. Fed. Vânia Hack de Almeida, DJU de 05/10/2005).*

*E, como já ressaltou o Col. STJ, há que se aplicar o direito à luz de diversos preceitos*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

*constitucionais e não apenas atendo-se à interpretação literal do art. 226, §3º da Constituição Federal, invocado pela recorrente, que não diz respeito ao âmbito previdenciário, inserindo-se no capítulo 'Da Família', sendo certo que não houve 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 (STJ, RESP 395904, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 06/02/2006).*

*Naquela oportunidade, atentou o STJ para a natureza jurídica da pensão por morte, consubstanciada em benefício previdenciário devido ao conjunto dos dependentes do segurado falecido - a chamada família previdenciária, constituindo uma prestação 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 Júnior. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2004. p.251).*

*Não é demais sobressair que, consoante destacou o douto juízo sentenciante, o Informativo da Suprema Corte nº 414, de fevereiro de 2006, resume decisão proferida por aquele Tribunal, no julgamento da ADI 3300 MC/DF, Relator Min. Celso de Mello, em que se apresentou o tema: Homoafetividade - União entre pessoas do mesmo sexo - Qualificação como entidade familiar. Naquela julgado o STF, conquanto não conhecesse da ação por questões de ordem formal, trouxe à reflexão do judiciário o posicionamento da doutrina a respeito*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

---

*da questão, cujo excerto, pela relevância, peço vênua para transcrever:*

*“Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídico-social da matéria – cuja apreciação talvez pudesse viabilizar-se em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental -, cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito e na esfera das relações sociais. Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início de terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em fórmulas preconceituosas inadmissíveis, vem sendo externada, como anteriormente enfatizado, por eminentes autores, cuja análise*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

*de tão significativas questões tem colocado em evidência, com absoluta correção, a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas (LUIZ EDSON FACHIN, “Direito de Família – Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro”, p. 119/127, item n. 4, 2003, Renovar; LUIZ SALEM VARELLA/IRENE INNWINKL SALEM VARELLA, “Homoerotismo no Direito Brasileiro e Universal – Parceria Civil entre Pessoas do mesmo Sexo”, 2000, Agá Juris Editora, ROGER RAUPP RIOS, “A Homossexualidade no Direito”, p. 97/128, item n. 4, 2001, Livraria do Advogado Editora – ESMAFE/RS; ANA CARLA HARMATIUK MATOS, “União entre Pessoas do mesmo Sexo: aspectos jurídicos e sociais”, p. 161/162, Del Rey, 2004; VIVIANE GIRARDI, “Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais”, Livraria do Advogado Editora, 2005; TAÍSA RIBEIRO FERNANDES, “União Homossexuais: efeitos jurídicos”, Editora Método, São Paulo; JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, “A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica”, “in” “Revista da AJURIS” nº 88, tomo I, p. 224/252, dez/2002, v.g.). Cumpre referir, neste ponto, a notável lição ministrada pela eminente Desembargadora MARIA BERENICE DIAS (“União Homossexual: O Preconceito & a Justiça”, p. 71/83 e p. 85/99, 97, 3ª ed., 2006, Livraria do Advogado Editora), cujas reflexões sobre o tema*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

*merecem especial destaque: “A Constituição outorgou especial proteção à família, independentemente da celebração do casamento, bem como às famílias monoparentais. Mas a família não se define exclusivamente em razão do vínculo entre um homem e uma mulher ou da convivência dos ascendentes com seus descendentes. Também o convívio de pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes, ligadas por laços afetivos, sem conotação sexual, cabe ser reconhecido como entidade familiar. A prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, descabendo deixar fora do conceito de família as relações homoafetivas. Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, mútua assistência, é de se concederem os mesmos direitos e se imporem iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tenham idênticas características. Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os juízes, pode fechar os olhos a essas novas realidades. Posturas preconceituosas ou discriminatórias geram grandes injustiças. Descabe confundir questões jurídicas com questões de caráter moral ou de conteúdo meramente religioso. Essa responsabilidade de ver o novo assumiu a Justiça ao emprestar juridicidade às uniões extraconjugais. Deve, agora, mostrar igual independência e coragem quanto às uniões de pessoas do mesmo sexo. Ambas são relações*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

*afetivas, vínculos em que há comprometimento amoroso. Assim, impositivo reconhecer a existência de um gênero de união estável que comporta mais de uma espécie: união estável heteroafetiva e união estável homoafetiva. Ambas merecem ser reconhecidas como entidade familiar. Havendo convivência duradoura, pública e contínua entre duas pessoas, estabelecida com o objetivo de constituição de família, mister reconhecer a existência de uma união estável. Independente do sexo dos parceiros, fazem jus à mesma proteção. Ao menos até que o legislador regulamente as uniões homoafetivas - como já fez a maioria dos países do mundo civilizado -, incumbe ao Judiciário emprestar-lhes visibilidade e assegurar-lhes os mesmos direitos que merecem as demais relações afetivas. Essa é a missão fundamental da jurisprudência, que necessita desempenhar seu papel de agente transformador dos estagnados conceitos da sociedade. (...).” (grifei) Vale rememorar, finalmente, ante o caráter seminal de que se acham impregnados, notáveis julgamentos, que, emanados do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, acham-se consubstanciados em acórdãos assim ementados: “Relação homoerótica – União estável – Aplicação dos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade – Analogia – Princípios gerais do direito – Visão abrangente das entidades familiares – Regras de inclusão (...) – Inteligência dos arts. 1.723, 1.725 e 1.658 do*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

---

*Código Civil de 2002 – Precedentes jurisprudenciais. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas.” (Apelação Cível 70005488812, Rel. Des. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, 7ª Câmara Civil - grifei)*

*“(…) 6. A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas. 7. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. 8. As*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

*noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais. 9. A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial – em alguns países de forma mais implícita – com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. 10. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas. 11. Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (...), quando do processamento dos pedidos de pensão por*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

*morte e auxílio-reclusão.” (Revista do TRF/4ª Região, vol. 57/309-348, 310, Rel. Des. Federal João Batista Pinto Silveira - grifei) Concluo a minha decisão. E, ao fazê-lo, não posso deixar de considerar que a ocorrência de insuperável razão de ordem formal (esta ADIN impugna norma legal já revogada) torna inviável a presente ação direta, o que me leva a declarar extinto este processo (RTJ 139/53 – RTJ 168/174-175), ainda que se trate, como na espécie, de processo de fiscalização normativa abstrata (RTJ 139/67), sem prejuízo, no entanto, da utilização de meio processual adequado à discussão, “in abstracto” – considerado o que dispõe o art. 1.723 do Código Civil –, da relevantíssima tese pertinente ao reconhecimento, como entidade familiar, das uniões estáveis homoafetivas.” (grifos acrescentados).*

*Assim, a jurisprudência tem se posicionado no sentido de que a inexistência de regra que contemple a possibilidade da percepção de benefício de pensão por morte, por companheiro(a) homossexual de servidor público falecido, não pode ser considerada como obstáculo para o reconhecimento da existência de um fato notório, para o qual a proteção jurídica é reclamada.*

*É que, mesmo que se pudesse entender que a Lei nº 8.112/90 não contemplaria a situação do Autor, se o Sistema Geral de Previdência do País cogita de hipótese similar - IN nº 25-INSS, que estabelece os procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual -, em*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

*respeito ao princípio isonômico, deve-se aplicar aos servidores públicos federais, por analogia, as disposições desse ato normativo (TRF 5ª REG., Apelação Cível nº 200383000201948/PE, Relator Des. Fed. Élio Wanderley de Siqueira Filho, DJ de 06/12/2006).*

*A propósito, esta Eg. Corte já desposou tal entendimento, de que é exemplo o recente julgado proferido pela Sétima Turma Especializada a seguir:*

*“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – PENSÃO ESTATUTÁRIA – CONCESSÃO – COMPANHEIRA HOMOSSEXUAL – LEI DE REGÊNCIA – LEI Nº.8.112/90 (ART.217, I, “C”) – DESIGNAÇÃO EXPRESSA – DISPENSABILIDADE – DEPENDÊNCIA ECONÔMICA DA COMPANHEIRA – PRESUNÇÃO – ART. 241, DA LEI Nº. 8.112/90 – UNIÃO ESTÁVEL HOMOSSEXUAL – NATUREZA DE ENTIDADE FAMILIAR – ART. 226, § 3º C/C ART. 5º, CAPUT E ART. 3º, IV, DA CONSTITUIÇÃO – COMPROVAÇÃO – MEIOS IDÔNEOS DE PROVA – ATOS ADMINISTRATIVOS – PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE E LEGITIMIDADE – PAGAMENTO – ATRASADOS – TERMO INICIAL – INDEFERIMENTO DO PEDIDO NA VIA ADMINISTRATIVA – VERBAS HONORÁRIAS – PERCENTUAL – REDUÇÃO – ART. 20, § 4º, DO CPC.*

*I – A atual Constituição não vinculou a família ao casamento, pois abarcou outros modelos de entidades familiares, como as uniões estáveis*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

*(art. 226, §3º) e as famílias monoparentais (art. 226, § 4º). Porém, essa pluralidade de entidades familiares não se esgota nos modelos antes mencionados. O conceito de família não se restringe mais à união formada pelo casamento, visando à procriação, e, portanto, limitada à heterossexualidade do casal, pois, hodiernamente, sendo a afetividade o elemento fundante da família, outras formas de convivência, além da proveniente do modelo tradicional, devem ser reconhecidas.*

*II – Ainda que não haja previsão legal para o reconhecimento das uniões homossexuais como entidades familiares, devem ser respeitados os princípios e garantias fundamentais da Constituição – um sistema aberto de princípios e regras (imperfeitas e inacabadas) que deve se manter vivo, atento à evolução da realidade –, cujas normas não podem ser analisadas isoladamente, devendo se subsumir completamente aos princípios constitucionais para obter seu sentido último.*

*III – Observe-se que a própria Constituição veda a discriminação (art. 5º, caput), inclusive a fundada na orientação sexual do indivíduo, hipótese de diferenciação que, por resultar da combinação dos sexos das pessoas envolvidas, é, por isso, apanhada pela proibição de discriminação por motivo de sexo. Outrossim, ao reconhecer a dignidade da pessoa humana como um de seus elementos centrais e fundantes, o Estado Democrático de Direito, além de proteger os indivíduos de invasões*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

---

*legítimas de suas esferas pessoais, promete a promoção positiva de suas liberdades.*

*IV – O legislador constituinte adotou, ainda, o princípio da igualdade de direitos, sendo pacífico na doutrina que, dependendo das inúmeras diferenças existentes entre as pessoas e situações, poderá haver tratamento desigual para elas, desde que essa diferenciação seja fundada em justificativa racional. No caso das uniões homossexuais, não há justificativa racional, mas verdadeiro preconceito, o qual não tem o condão de legitimar a diferenciação por orientação sexual, especialmente em face da norma inserta no art. 3º, IV, que o proíbe expressamente.*

*V – Não se pode, assim, negar o caráter de entidade familiar das uniões homossexuais alicerçadas no amor mútuo, na convivência pública e duradoura e na assistência recíproca, sendo inadmissível que tais uniões, por serem formadas por pessoas do mesmo sexo, sejam tratadas como meras sociedades de fato, sem a possibilidade de equiparação ao companheirismo.*

*VI – Tendo em vista a presunção de legalidade e legitimidade atribuída aos atos administrativos, presume-se, até prova em contrário, que a concessão de pensão previdenciária pelo INSS à autora, em razão do óbito de sua companheira, foi realizada em estrita observância à lei, o que, aliado ao fato de os documentos constantes dos autos – como escritura pública declaratória de dependência econômica e de convivência more uxório há*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

*mais de 15 (quinze) anos, extrato bancário de conta-corrente em nome da falecida servidora (titular) e da autora (2ª titular) e contas telefônicas comprovando o mesmo domicílio – serem mais do que suficientes à comprovação da relação de companheirismo entre a autora e a falecida servidora, mais do que razoável é garantir àquela o direito à pensão por morte desta, a contar da data do indeferimento do pedido na esfera administrativa, conforme requerido na inicial.*

*VII – A designação expressa, contida no art. 217, I, “c”, da Lei nº. 8.112/90, visa tão-somente a facilitar a comprovação, junto ao órgão administrativo competente, da vontade do(a) falecido(a) servidor(a) em indicar o companheiro, ou companheira, como beneficiário da pensão por morte, sendo, portanto, desnecessária caso a comprovação da união estável venha a ser suprida por outros meios idôneos de prova.*

*VIII – Em nenhum momento, a Lei nº. 8.112/90 estabelece que a companheira somente fará jus à pensão estatutária se comprovar, além da designação expressa e da união estável como entidade familiar, a dependência econômica com relação ao instituidor. Ademais, se a companheira que comprove união estável como entidade familiar se equipara ao cônjuge, nos termos do parágrafo único do art. 241, é certo que, assim como ele, está dispensada de comprovar tal dependência.*

*IX – Devido à simplicidade e a pouca repercussão da causa, não caracterizando a*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

*“importância” de que trata o Código de Processo Civil, bem assim por ter sido dispensável deslocamento ou exigido muito tempo do procurador para a prestação de seu serviço, reduz o percentual arbitrado pelo juízo a quo a título de honorários advocatícios para 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação, a teor do art. 20, § 4º, do CPC.*

*X – Apelação e remessa necessária parcialmente providas.” - grifos acrescentados.*

*(TRF 2ª REG., APELAÇÃO CIVEL Nº 200251010195768/RJ, SÉTIMA TURMA ESPECIALIZADA, Relator JUIZ SERGIO SCHWAITZER, DJU DE 25/09/2007)*

*No mesmo sentir, confira-se os seguintes arestos dos Regionais:*

*“CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENSÃO ESTATUTÁRIA. MORTE DE COMPANHEIRA HOMOSSEXUAL SERVIDORA PÚBLICA FEDERAL. RECONHECIMENTO DO DIREITO NO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. INSTRUÇÃO NORMATIVA/INSS Nº 25/2000. PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA LIBERDADE INDIVIDUAL. PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL DE DISTINÇÃO EM RAZÃO DO SEXO. COMPROVAÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA E VIDA EM COMUM. DEFERIMENTO. AGRAVO IMPROVIDO.*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

1. *Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, contra decisão proferida pela Juíza Federal da 3ª Vara-CE, Drª GERMANA DE OLIVEIRA MORAES, que em sede de ação ordinária proposta visando à concessão de pensão por morte deixada por ex-servidora do Ministério da Saúde (companheira homossexual), concedeu a antecipação dos efeitos da tutela para determinar a imediata implantação do benefício.*

2. *Sobre o ponto nodal do litígio, já decidiram outros tribunais pátrios acerca de idêntico tema, na mesma linha de entendimento adotada pelo MM. Juízo a quo, no sentido de que assiste direito ao companheiro do de cujus, decorrente de relação estável homossexual, à percepção de benefícios previdenciários.*

3. *Precedente do STJ: "(...) 5 - Diante do parágrafo 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 direi o previdenciário, sem exclusão, porém, da relação homoafetiva. (...) Não houve, (...) 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*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

*concessão de benefício ao companheiro ou companheira homossexual, (...)"(STJ - 6ª Turma - REsp 395904/RS - Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa - J. em 13.12.2005 - DJ 06.02.2006 - p. 365). Precedente desta Corte: "(...) O reconhecimento do direito à pensão previdenciária para companheiro(a) de homossexual, no RGPS, consubstanciado na Instrução Normativa nº 25, de 7 de junho de 2000, editada pelo INSS, pode ser utilizada, por analogia, para a concessão de tal benefício aos servidores públicos federais, em homenagem ao princípio da isonomia (...)"(TRF 5ª R. - AC 238.842 - RN - 1ª T. - Relª Desª Fed. Margarida Cantarelli - DJU 13.03.2002).*

*4. Preenchidas pela Agravada diversas das exigências constantes da Instrução Normativa suso mencionada, tais como contas de energia, contrato de sociedade comercial, contrato de seguro de vida e testamento público, além de fotos em comum (fls. 146-148), corroboradas, ainda, pelas testemunhas ouvidas em Juízo (fl. 181), revela-se indiscutível a alegada relação de companheirismo.*

*5. Agravo de Instrumento conhecido, mas improvido."*

*(TRF – 5ª REGIAO, AG 200305000287146/CE, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Hélio Sílvio Ourem Campos, DJ de 30/05/2006)*

-----  
-----  
**ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL.  
PENSÃO POR MORTE DE SERVIDOR**



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

*PÚBLICO. REGIME DE UNIÃO ESTÁVEL.  
COMPANHEIRO HOMOSSEXUAL.  
RECONHECIMENTO DO DIREITO.  
LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO.  
HABILITAÇÃO DA EX-CÔNJUGE.  
BENEFICIÁRIA DE PENSÃO ALIMENTÍCIA.  
RATEIO EM PARTES IGUAIS. DIES A QUO  
DO BENEFÍCIO. CORREÇÃO MONETÁRIA.  
JUROS DE MORA.*

*(...)*

*A interpretação que vêm sendo consolidada pelos nossos Tribunais defende a ótica de que não se deve ignorar os princípios norteadores da Lei Maior que consagram a igualdade em seu artigos 3.º, IV e 5.º em detrimento da discriminação preconceituosa.*

*Independentemente das teses enunciadas pelos diversos pretórios, é uníssono o repúdio da jurisprudência pátria à negativa aos companheiros homossexuais dos direitos que são ordinariamente concedidos aos parceiros de sexos diversos.*

*O companheiro homossexual concorre igualmente com os demais dependentes referidos no art. 16, inciso I, da Lei 8.213/91, assim como o cônjuge divorciado, separado judicialmente ou de fato que recebia pensão de alimentos.*

*A jurisprudência do e. STJ já firmou o posicionamento de que, na hipótese versada nos autos, a pensão vitalícia deve ser repartida em partes iguais entre a ex-esposa do servidor falecido e a companheira, que com ele vivia em união estável, por ocasião do seu falecimento.*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

*A União deve arcar com as parcelas vencidas da pensão desde o requerimento de habilitação do companheiro na via administrativa ou, na ausência desta, a partir do ajuizamento da ação.*

*Os valores a serem pagos deverão ser corrigidos monetariamente desde a data em que se tornaram devidos. Definida a utilização do INPC, e, caso seja extinto esse indexador, pelo que vier a substituí-lo.*

*(...)*

*Prequestionamento delineado pelo exame das disposições legais pertinentes ao deslinde da causa. Precedentes do STJ e do STF.”*

*(TRF-4ªREG., APELAÇÃO CIVEL 200471070067476/RS, Rel. Des. Fed. VÂNIA HACK DE ALMEIDA, DJ de 31/01/2007)*

*Portanto, a correta inteligência do art.217, I, "c", da Lei nº 8.112/90 há de ser compreendida no sentido de que também nas relações homoafetivas existe o direito à pensão por morte instituída pelo servidor falecido ao companheiro ou à companheira que comprove união estável como entidade familiar, não exigindo a lei qualquer prova específica para tal, podendo, portanto, tal comprovação ser demonstrada por quaisquer meios de prova admitidos em direito.*

*Com efeito, a prova pré-constituída, configurada na documentação trazida aos autos, irradia o direito líquido e certo do recorrido, como que se extrai da documentação produzida no processo, que comprova que: o instituidor residia no mesmo endereço que o autor, quando do seu óbito (faturas de serviços de luz, em out/2006 em nome do*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

*autor, e, em abril/2006 em nome do ex-servidor (fls. 10 e 20); IPTU referente ao ano de 2003 e cota condominial de outubro de 2006 em nome do instituidor (fls. 21 e 22); o ex-servidor efetuou doação ao requerente, em 08/10/2001, do imóvel em que viviam (fls. 18/19); designou expressamente o Sr. \_\_\_\_\_, na qualidade de seu companheiro há 21 anos, como o beneficiário de sua pensão estatutária, na forma prevista no art. 217 da Lei 8.112/90 (Termo de fl. 11), declarando-o, às fls. 16, como seu dependente econômico e reconhecendo a união estável desde o ano de 1985.*

*Assim é que tendo sido demonstrada e provada a convivência do autor com o falecido, presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, mútua assistência, bem como a dependência econômica, comprovando-se uma união estável da espécie homoafetiva, escorreita a sentença que concluiu fazer jus o autor à pensão por morte com espeque no art. 217, I, “c”, da Lei 8.112/90.*

*Todavia, merece reparo a sentença no tocante aos honorários advocatícios fixados à taxa de 10% sobre o valor atualizado da condenação, que ora arbitro em R\$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos reais), com base no art. 20, § 4º do CPC e atento aos parâmetros das alíneas “a”, “b” e “c” do § 3º, eis que vencida a Fazenda Pública.*

*Ante o exposto, DESPROVEJO O RECURSO DA UNIÃO e PROVEJO PARCIALMENTE A REMESSA NECESSÁRIA para fixar os honorários em R\$1.500,00.” (grifamos)*

Inexistindo situação destoante, in casu, do apreciado, em epígrafe, o inconformismo não tem como prosperar.

Com efeito.



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

Destarte, comungo do mesmo sentir da decisão de piso, na medida em que, a meu juízo, o acervo probatório, conforme declinado, em epígrafe, cuja fundamentação, ora se incorpora, bem delineou a sociedade de fato constituída, o que conduz à manutenção do decisum, sob esta vertente.

Quanto ao termo inicial para o pagamento da pensão em comento, não há que se falar em habilitação tardia, face ao que se extrai dos documentos acostados aos autos (fls.59; 72), e como bem explicitado na sentença objurgada, no sentido de que, *“O direito do autor retroage à data do óbito, pois requereu administrativamente a pensão apenas doze dias após (fl.59), e muito antes do deferimento da pensão em favor do segundo Réu, em 02.05.2001 (fl.72). (...)”*, pelo que, de rigor a sua manutenção, também sob este flanco.

Por derradeiro, por força da remessa necessária, no que pertine à verba honorária fixada em desfavor do ente federativo, a teor do §4º, do artigo 20, do CPC, sopesados os critérios estabelecidos nas alíneas “a”, “b” e “c” do parágrafo 3º do citado artigo, e ante a ausência de complexidade da vexata quaestio, a reforma, neste aspecto deve ser efetivada, de molde a se preservar a regra, arbitrando-se em R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais).

Ante o exposto, desprovejo o recurso e dou parcial provimento à remessa necessária, fixando a verba honorária em R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais).

É como voto.

POUL ERIK DYRLUND  
Relator

VOTO-VISTA



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

Trata-se de remessa necessária e apelação interposta pela UNIÃO contra a sentença proferida pelo MM. Juízo da 1ª Vara Federal de Niterói/RJ (fls. 99/110) que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial para reconhecer, exclusivamente para fins previdenciários junto à Marinha do Brasil, a existência de sociedade de fato entre o Autor e o Sr. \_\_\_\_\_, bem como para condenar a União Federal a conceder a pensão por morte pleiteada e pagar as parcelas devidas a contar da data do óbito, com os consectários legais, e, em consequência, declarou a nulidade do ato administrativo que reconheceu direito à mesma pensão ao segundo Réu, Sr. \_\_\_\_\_, isentando-o de devolução das quantias recebidas até a definitiva suspensão dos pagamentos mensais.

Em sua apelação de fls. 114/121 alegou a União ausência de provas suficientes quanto à existência de relação amorosa estável entre \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_. Sustentou, ainda, que o indeferimento do requerimento administrativo pautou-se no princípio da legalidade, eis que não poderia a Administração agir *contra legem* para deferir pensionamento a beneficiário não elencado em lei. Afirmou, ainda, ter havido habilitação tardia do demandante na esfera administrativa, uma vez que o óbito teria ocorrido em 01.07.2000 e o Autor teria tomado ciência, em março de 2001, do indeferimento do requerimento administrativo, datado de 13.06.2000, o que, a seu ver, levaria a não lhe serem devidas parcelas em atraso anteriores à data do protocolo em juízo.

O Ministério Público Federal não vislumbrou interesse público em sua intervenção no feito, deixando, assim, de oferecer parecer sobre o *meritum causae*.

O eminente Relator do recurso, Desembargador Federal Poul Erik Dyrlund, aderindo às razões postas na sentença recorrida, apenas dela destoou no que tange à fixação da verba honorária em desfavor do ente público, arbitrando-a em R\$1.500,00 (hum mil e quinhentos reais). Neste sentido, houve por bem o douto Relator negar provimento ao recurso e dar parcial provimento à remessa necessária, apenas para alterar o valor da verba



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

honorária, no que foi acompanhado pelo eminente Desembargador Federal Raldênio Bonifácio Costa.

Cumpre, todavia, divergir dos eminentes pares, assim como do MM. Magistrado prolator da sentença recorrida, eis que, ao ver deste Juiz Convocado, afigura-se descabida a concessão da pensão pleiteada, à luz do ordenamento jurídico vigente.

Com efeito: em se tratando de pretensão que envolve a concessão de pensão militar em favor de companheiro fundada em união estável entre indivíduos do mesmo sexo, algumas questões merecem ser previamente resolvidas, a fim de solucionar a questão de fundo trazida à apreciação desta Corte. E, dentre estas, cumpre decidir se uma relação homossexual, ainda que pública, notória e duradoura, poderia enquadrar-se no conceito de “união estável” para fins previdenciários, à luz do atual ordenamento jurídico.

E a resposta, em que pesem as louváveis e autorizadas opiniões em contrário, somente pode ser negativa.

Com efeito: consoante o §3º do art. 226 da Constituição Federal: “*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*”. Prevê ainda a Constituição que “*a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes*” deverá ser entendida como “*entidade familiar*”, tudo conforme dispõe o §4º do seu art. 226.

Não há negar, assim, que apenas a união estável entre *homem e mulher* passou a ser reconhecida, a partir de 1988, como entidade familiar, gozando de especial proteção do Estado, tanto assim que a lei civil (art. 1521 do Código Civil), atenta aos ditames do texto constitucional, assentou que união estável é aquela caracterizada por uma convivência pública, contínua, duradoura, com o objetivo de constituir família, entre homem e mulher que não sejam casados, nem apresentem impedimentos ao casamento.



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

Defender, com apoio no princípio da isonomia entre homens e mulheres, ou, ainda, no princípio da dignidade da pessoa humana, o reconhecimento da união homoafetiva como mais uma espécie de entidade familiar, não expressamente prevista pelo legislador constituinte, a fim de estender-lhe todos os direitos assegurados aos indivíduos heterossexuais conviventes em união estável, em que pese seja uma tese atraente, até mesmo pela imediata simpatia com que passam a contar os seus ilustres defensores, não atende, por outro lado, a uma responsável exegese da vontade da Constituição.

Destaca-se, na veemente defesa desse entendimento, a Desembargadora aposentada do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul Maria Berenice Dias, autora da conhecida obra *“União homoafetiva – O preconceito & a justiça”* (4ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 178/182), segundo a qual a Constituição, ao eleger o afeto como elemento constitutivo da união estável, não poderia de sua abrangência excluir os homossexuais, mormente em razão da garantia do direito à igualdade e da vedação a qualquer espécie de discriminação, inclusive em razão do sexo, também previstos no texto constitucional. Assim, segundo Maria Berenice, *“apesar de não agasalhar expressamente a união homossexual, (a Constituição) o faz de forma implícita”,* pois *“poderia o legislador ter utilizado expressão restritiva, impedindo de modo expresso a união entre pessoas de idêntico sexo. Não o fez. (...)”*

O raciocínio inverso, todavia, parece mais consentâneo com a análise do problema: quisesse o constituinte, originário ou derivado, trazer as parcerias homossexuais para o abrigo das uniões estáveis e reconhecê-las como entidades familiares, tal como fez em relação às famílias monoparentais, nada o impedia. Entretanto - e neste ponto existe consenso na doutrina e na jurisprudência - , o legislador pátrio, nas oportunidades em que lhe teria sido lícito fazê-lo, omitiu-se solenemente em regular a questão relativa aos direitos dos homossexuais, sendo notória a sua resistência em aprovar qualquer dos vários projetos de lei que até hoje tramitam nas casas legislativas sem aprovação, e que tratam do tema, como nos informa Maria Berenice Dias (*ob cit.*, PP. 78/81):



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

“O mais antigo e popular dos Projetos de Lei é o de número 1.151, de 1995, de autoria da ex-Deputada Marta Suplicy, que regula a “união civil entre pessoas do mesmo sexo”. O substitutivo alterou inclusive o nome para “Parceria Civil Registrada”. O parecer favorável da Comissão Especial do Congresso é de 10.12.1996. Apesar de estar pronto para ser incluído na ordem do dia, desde 31.05.2001, por acordo de lideranças, foi retirado várias vezes de pauta.

Também se encontra em plenário aguardando votação o Projeto de Lei 70, de 1995, que propõe a inclusão do §9º. (que agora seria o de número 12) ao art. 129 do Código Penal, criando excludente de criminalidade à intervenção cirúrgica destinada a alterar o sexo dos transexuais. Igualmente acrescenta os §§2º e 3º ao art. 58 da Lei dos Registros Públicos, autorizando a mudança do prenome e a averbação da identidade como transexual. Em conjunto tramita o Projeto de Lei 2.976, de 2008, que permite aos travestis utilizarem o nome social ao lado do nome e prenome oficial. O Projeto 6.655, de 2006, que possibilita a substituição do prenome de pessoa transexual, aprovado, por unanimidade, pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, já foi encaminhado ao Senado.

Apensado a outros, que visam inserir novas disciplinas nos currículos das escolas públicas e privadas, encontra-se em tramitação o Projeto de Lei 3.099, de 2000, que dispõe sobre a obrigatoriedade de disciplina “Orientação Sexual”, nos currículos de 5ª e 6ª séries do ensino fundamental.

Encontra-se no Senado o Projeto de Lei 5.003, de 2001, que propõe sanções às pessoas físicas e jurídicas que pratiquem crime de discriminação e preconceito contra homossexuais e transgêneros. A ele está apensado o Projeto de Lei 122/2006, que tem o mesmo propósito de criminalizar a homofobia. De tão singelo, é até difícil sustentar a indispensabilidade de sua aprovação. Ora, é crime discriminar o negro, que também é alvo de crimes de ódio. Mas para eles há a Lei Afonso Arinos. A



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

justificativa de alguns parlamentares é no mínimo bizarra: dizem simplesmente que não poderiam, nos cultos, falar mal dos homossexuais. E este é o fundamento para a lei não ser aprovada.

Com relação à doação de sangue, há duas propostas em tramitação: o Projeto de Lei 287, de 2003, que institui o crime de rejeição a doadores de sangue resultante do preconceito por orientação sexual e o Projeto de Lei 4.373, de 2008, que dispõe sobre a proibição de tratamento discriminatório aos doadores de sangue por parte das entidades coletoras.

Tramita em prioridade o Projeto de Lei 2.726, do ano de 2003, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, por orientação sexual, doença, propositura de ação trabalhista, atividade sindical, política ou partidária, que limite o acesso ou a manutenção do emprego.

Sobre a condição de dependência dos parceiros homossexuais, o Projeto de Lei 2.383, de 2003, considera discriminatório impedir que nos planos e seguros privados de assistência à saúde seja incluído como dependente econômico o companheiro do mesmo sexo. Encontra-se pronto para ser incluído em pauta, desde 06.11.2008, o Projeto de Lei 6.297, de 2005, que altera a Lei de Benefícios da Previdência Social para incluir na situação jurídica de dependente para fins previdenciários, o companheiro homossexual do seguro do INSS e do servidor público civil da União.

O Projeto de Lei 6.418, de 2005, proíbe a discriminação ou preconceito decorrentes de raça, cor, etnia, religião, sexo ou orientação sexual, para o provimento de cargos sujeitos a seleção para os quadros do funcionalismo público e das empresas privadas.

O ordenamento jurídico não criminaliza a homossexualidade. Mas o art. 235 do Código Penal Militar penaliza a prática homossexual, com o nome de pederastia, à pena de detenção de seis meses a um ano. O Projeto de Lei 2.773/2000, que dá nova redação ao indigitado dispositivo, afasta do texto legal a expressão “homossexual ou não”. O Projeto aguarda inclusão na



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

ordem do dia, desde 23.08.2005. Tramita em apenso, com o mesmo propósito, o Projeto de Lei 6.871/2006.

O Projeto de Lei 580, de 2007, propõe a alteração do Código Civil, para dispor sobre o contrato civil de união homoafetiva. Já o Projeto de Lei 674/2007 visa regulamentar o art. 226, §3º, da CF, suprimindo o termo “entre um homem e uma mulher” para a configuração da união estável.

Durante o V Seminário Nacional LGBTT, realizado no dia 27.11.2008, nas dependências do Senado Federal, foi apresentado substitutivo ao Projeto da Parceria Civil. Propõe que seja acrescentado um artigo ao Título III do Código Civil, no que trata da união estável, aos seguintes termos: “Art. 1.727-A. São aplicáveis os artigos anteriores do Presente Título, com exceção do art. 1.726, às relações entre pessoas do mesmo sexo, garantidos os direitos e deveres decorrentes.”

Registre-se, ainda, terem sido arquivadas as duas Propostas de Emenda Constitucional que buscavam afastar a discriminação por orientação sexual e proteger as uniões homoafetivas, a saber: a PEC 66/2003, que dava nova redação aos arts. 3º e 7º da Constituição Federal, incluindo dentre os objetivos fundantes do Estado a promoção do bem de todos, sem preconceitos de orientação sexual e inserindo dentre os direitos sociais a proibição de diferença por motivo de orientação sexual; e a PEC 70/2003, que pretendia a alteração do §3º do art. 226 da CF, para afastar a expressão “entre um homem e uma mulher” do dispositivo que prevê a união estável.

De fato, como reconhece Maria Berenice Dias (*ob cit.*, p. 75), à exceção da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que em duas oportunidades alerta que a lei tem aplicação independente da orientação sexual da vítima, de resto, “nenhuma disposição traz a lei civil sobre as uniões homoafetivas.

Dúvida não há, entretanto, de que o legislador constituinte, embora tenha deixado de prever dispositivo específico a respeito, não pretendeu coibir a liberdade das pessoas em exercer livremente a sua orientação sexual, sem qualquer tipo de discriminação. Neste ponto, o mestre José Afonso da Silva



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

(*Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 223/224), comentando sobre os debates que antecederam a aprovação do comando constitucional, hoje em vigor, de observância da igualdade “sem distinção de qualquer natureza”, dá notícia de que o constituinte chegou a cogitar de que a redação do dispositivo também se referisse à vedação de qualquer distinção quanto à “orientação sexual”, mas, ao final, preferiu que tal comando se contivesse implícito na regra geral da não-discriminação:

“A questão mais debatida feriu-se em relação às discriminações dos homossexuais. Tentou-se introduzir uma norma que a vedasse claramente, mas não se encontrou uma expressão nítida e devidamente definida que não gerasse extrapolações inconvenientes. Uma delas fora conceder igualdade, sem discriminação de orientação sexual, reconhecendo, assim, na verdade, não apenas a igualdade, mas igualmente liberdade de as pessoas de ambos os sexos adotarem a orientação sexual que quisessem. Teve-se receio de que essa expressão albergasse deformações prejudiciais a terceiros. Daí optar-se por vedar distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação, que são suficientemente abrangentes para recolher também aqueles fatores, que têm servido de base para desequiparações e preconceitos.”

*É certo, ademais, que a Constituição, além de assegurar o direito à igualdade e vedar qualquer espécie de discriminação, não criminaliza nem proíbe as uniões homoafetivas - o que, aliás, seria de todo absurdo, anti-democrático e absolutamente contrário à regra geral da não discriminação - , mas, ao contrário do que conclui a corrente mais liberal da doutrina que defende o reconhecimento da união homoafetiva como espécie de entidade familiar, nem por isso autoriza que a tais uniões sejam estendidas as conseqüências jurídicas da união estável entre homens e mulheres.*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

Com efeito, a não vedação do relacionamento homossexual não significa tenha pretendido o constituinte conferir às parcerias afetivas entre pessoas de mesmo sexo os efeitos jurídicos atribuídos quer às uniões estáveis, quer ao matrimônio entre homem e mulher. Houve, indubitavelmente, um importante silêncio do texto constitucional no tocante aos homossexuais, aos quais inexistiu qualquer referência no dispositivo que trata da união estável e caracteriza as entidades familiares.

Impõe-se, portanto, indagar: a ausência de comandos constitucional e legal daria margem, a partir da aplicação dos princípios da isonomia, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, à extensão aos homossexuais dos direitos conferidos aos demais conviventes em união estável? Ou seria de se entender que a sociedade, em seu atual estágio de evolução, ainda não deseja esse reconhecimento de direitos, razão da inércia de seus representantes legislativos em aprovar a sua correspondente regulamentação? Ou, por fim, deveria o julgador, consciente de seu papel ativo e transformador da realidade social, e convencido da existência de preconceitos discriminatórios e violadores dos princípios constitucionais expressos ou implícitos no ordenamento em vigor, antecipar-se aos avanços da lei, garantindo às minorias prejudicadas o direito à proteção estatal que lhes subtraiu o legislador?

Para bem responder a essas indagações cumpre desde logo chamar a atenção para o fato de que o *discrimen* contido na Lei Maior, ainda que passível de críticas por sua inspiração no Direito Canônico e na doutrina judaico-cristã, historicamente avessos aos relacionamentos desinteressados do intuito procriador, não se limita apenas ao âmbito das uniões homoafetivas, pois igualmente vedadas pela Constituição e legislação vigentes são as uniões incestuosas, que jamais obtiveram - pouco importando se por preconceito social ou moralismo religioso -, seja no ordenamento jurídico pátrio, seja nos alienígenas, qualquer reconhecimento para fins previdenciários ou sucessórios.

Nestas circunstâncias, superar a falta de disposição do legislador em aprovar comando legal afastando expressamente a distinção de sexos como



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

requisito para a caracterização das uniões estáveis hábeis a merecer o amparo estatal, a pretexto de vencer preconceito inaceitável, significaria conferir ao magistrado o poder de atuar como legislador positivo, decidindo a seu bel prazer quais os preconceitos – dentre os vários que permeiam o tecido social – que deveriam e os que não deveriam ser socialmente aceitos, numa perigosa subversão de papéis que, em última análise, poria em risco a própria estrutura do Estado Democrático de Direito, em cujo rol de seus mais caros princípios situa-se o da separação dos Poderes da República.

Atentos a tais preocupações, merecem ser lidos os fundamentos que embasaram as decisões noticiadas por Valdemar P. da Luz (*Manual de direito de família*, 1ª ed., São Paulo: Manole, 2009, pp. 132/135) e que abaixo se transcrevem:

“No contexto atual, ou seja, com fundamento na ausência de amparo legal para as referidas uniões e, portanto, repelindo o reconhecimento das uniões homossexuais, já se decidiu:

Ainda que evidenciada, por longo tempo, a relação homossexual entre dois homens, a ela não se aplicam as disposições da Lei n. 8.971/94, sob alegação de existência de união estável. Sobretudo porque, a Carta Magna, em seu art. 226, estabelece que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, consignando no §3º que, para efeito de 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. Esse preceito constitucional, pois, tem por escopo a união entre pessoas do sexo oposto e não elementos do mesmo sexo. Logo, nesse contexto, o reconhecimento e a dissolução de sociedade de fato, cujo pleito objetiva a integralidade dos bens do espólio do companheiro, que faleceu sem deixar descendentes ou ascendentes, exhibe-se incabível quando se verifica que não restou demonstrada a contribuição ou o esforço na formação do patrimônio que se afirma comum



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

---

(TJRJ, 3ª Câm. Cível, Ap. cível n. 2000.001.10.704, rel. Des. Antonio Eduardo Duarte, j. 07.11.2000).

Seguindo a mesma linha, a 12ª Câmara Cível do TJMG decidiu que somente uma entidade familiar, formada por um homem e uma mulher, pode constituir união estável, extinguindo ação movida pelo ex-companheiro de um dentista morto pretendendo que fosse declarada a existência da união homoafetiva estável entre os dois. Segundo consta do processo, os dois tiveram relacionamento afetivo que durou dezesseis anos até a morte do dentista em fevereiro de 2004. Na inicial, o ex-companheiro afirmou que viveu com o dentista, com quem adquiriu um apartamento, um veículo e diversas obras de arte, razão pela qual pleiteava o reconhecimento da união estável para ver reconhecido seu direito sobre referidos bens. Na primeira instância, o juiz da 2ª Vara Cível de Belo Horizonte extinguiu o processo, por impossibilidade jurídica do pedido, considerando que “o ordenamento jurídico pátrio não prevê união estável entre pessoas do mesmo sexo”.

No recurso ao tribunal, a decisão foi confirmada pelos desembargadores Domingos Coelho (relator), José Flávio de Almeida e Nilo Lacerda. Segundo o desembargador Domingos Coelho, a Constituição Federal, quando menciona a união estável como entidade familiar, para efeito de proteção do Estado, “também expressamente impõe como requisito que a relação se dê entre um homem e uma mulher, não deixando margem para outras interpretações possíveis”. O relator citou projeto de lei que tramita no Congresso Nacional, visando a permitir o reconhecimento de tal direito, “que, no entanto, tem recebido da sociedade (em geral, e não de grupos intelectualmente mais avançados) fria acolhida, o que repercute inclusive nos membros do Legislativo, que não parecem dispostos a levar adiante tal iniciativa”. Afirmou o relator, em conclusão, que se o próprio Legislativo não se definiu acerca da possibilidade de reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo e



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

não existe norma jurídica que permita tal união, “não pode o julgador – cuja tarefa primeira é aplicar a norma posta, e não criá-la – ignorar tais limites e buscar, como se fora onipotente, tutelar um suposto direito, ao arripio da lei” (Ap. cível n. 1.0.024.04.537.121-8/002(1), j. 24.05.2006).

No mesmo diapasão, confira-se o magistério de Guilherme Calmon Nogueira da Gama (*O companheirismo: uma espécie de família*, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, pp. 544/550) a respeito das “uniões de pessoas do mesmo sexo”:

“Outra espécie de união sexual que jamais ensejará a configuração do companheirismo é a relação mantida entre pessoas do mesmo sexo, ainda que duradoura, contínua, única e informal. A Constituição Federal de 1988, ao reconhecer a “união estável” como entidade familiar, expressamente introduziu o requisito objetivo de que somente a união entre o homem e a mulher pode configurar união fundada no companheirismo, excluindo, portanto, a possibilidade de se reconhecerem as uniões entre homossexuais, mesmo que desimpedidos, convivendo com lapso de tempo razoável, como objetivo de constituição de família.

Deixando de lado qualquer valoração quanto a união homossexual, mostra-se realidade concreta a existência de autênticas uniões entre pessoas do mesmo sexo, nos moldes das relações matrimoniais ou companheirismos, dotadas de praticamente todos os requisitos já analisados, salvo a diversidade de sexos. Nas palavras de Marilene Guimarães, “a homossexualidade é considerada um distúrbio de identidade, não mais considerada como uma doença. Também não é hereditária nem é uma opção consciente”.

Constata-se, pois, que não foi o acaso que conduziu o legislador constituinte de 1988 a inserir expressamente no texto que somente a união entre o homem e a mulher pode configurar união fundada no companheirismo, excluindo, portanto, o



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

reconhecimento, como família, das uniões entre homossexuais, mesmo que desimpedidos, convivendo em razoável espaço de tempo. Para a existência do companheirismo, não é possível a presença de qualquer impedimento matrimonial entre os companheiros, já que do contrário estar-se-ia estimulando a proliferação de “uniões estáveis” em detrimento das uniões matrimoniais, o que não é o desejo constitucional. Com maior razão, portanto, não é possível o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, já que, tradicionalmente, o casamento entre elas é inexistente, no Direito. Para que fosse possível a existência de família informal entre pessoas do mesmo sexo, seria indispensável o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo, a exemplo do que ocorre na Dinamarca, na Noruega e na Suécia.

Um dos fundamentos do voto do Relator Breno Mussi, no julgamento de recurso sobre a matéria no âmbito do Rio Grande do Sul, é o ponto da discriminação atrelada ao direito da pessoa à orientação sexual: “a orientação sexual é direito da pessoa, atributo da dignidade. O fato de alguém se ligar a outra do mesmo sexo, para uma proposta de vida em comum, e desenvolver seus afetos, está dentro das prerrogativas da pessoa. A identidade dos sexos não torna diferente, ou impede, o intenso conteúdo afetivo de uma relação emocional, espiritual, enfim, de amor, descaracterizando-a como tal”, conforme destaca a fundamentação do voto. Como leciona Luiz Edson Fachin, “a partir do texto constitucional brasileiro que assegura a liberdade, a igualdade sem distinção de qualquer natureza (art. 5º.), a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º., X), a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana”. Maria Berenice Dias também defende ponto de vista similar: “descabe estigmatizar quem exerce orientação sexual diferente, eis que, negando-se a realidade, não se irá solucionar as questões que emergem quando do rompimento de tal espécie de relação”.



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

É inquestionável que, à luz do texto constitucional de 1988, a orientação sexual da pessoa é atributo inerente de sua personalidade, merecendo respeito e acatamento por toda a sociedade, que deve ser livre, justa e solidária, preservando a dignidade da pessoa humana, independentemente de suas preferências ou opções sexuais. O afeto, existente na maior parte das uniões homossexuais, é idêntico ao elemento psíquico e volitivo das uniões conjugais e companheiris, não há dúvida. Mas, juridicamente, não há uma família constituída entre as pessoas do mesmo sexo que vivam em situação similar àquela das uniões heterossexuais, tal como a união sexual entre concubinos, bem como entre parentes. Inexiste dúvida de que o Estado e a sociedade não podem adotar qualquer postura discriminatória ou restritiva à liberdade que os homossexuais têm de se unirem, formando uma entidade *quase familiar*, mas há elemento de discriminação razoável para não conceber tal união no contexto do Direito de Família. “O Estado pode dispensar tratamento desigual aos particulares, desde que o faça *justificadamente*”.

Vejamos, pois, qual é o elemento de *discrímen*. A sexualidade, tal como vista no Direito, é aquela considerada natural – ou normal - , somente sendo possível a sua prática entre um homem e uma mulher, permitindo, inclusive, a perpetuação da estirpe com a prole daí resultante, aumentando numericamente os integrantes da família. Assim, no controle estatal da sexualidade, há obstáculo a que outras práticas sexuais – ainda que presentes na realidade fática - , possam ser consideradas juridicamente. Daí a noção da inexistência do casamento e, conseqüentemente, do companheirismo entre pessoas do mesmo sexo. Marcela Sardas e Julio César Meirelles apresentam outro argumento para sustentar a assertiva de que a Constituição veda a possibilidade de equiparar relações homossexuais às heterossexuais: “Esta vedação, implícita, se baseia na capacidade (potencialidade) de o homem e a mulher formarem sobre a entidade familiar constituída por eles outros vínculos através dos filhos (naturais ou adotados).



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

Esta situação é impossível para homossexuais, pois uma mesma pessoa não pode, juridicamente, ter dois pais ou duas mães”.

Flávia Piovesan, ao analisar o disposto no art. 226, §3º., assevera que “essa norma, ao excluir a união entre homossexuais, traz consigo uma limitação aos direitos estabelecidos no art. 5º., ameaçando o direito à capacidade de autodeterminação no exercício da sexualidade, bem como ao direito à livre orientação sexual, proibida qualquer discriminação”. Adotado uma postura conciliatória, penso que os preceitos constitucionais são perfeitamente compatíveis com a orientação de que a união entre pessoas do mesmo sexo não tem natureza de família, visto que a pessoa, individualmente, considerada, tem plena liberdade a exercer sua sexualidade independentemente de qualquer discriminação e, assim, qualquer atentado ao seu direito personalíssimo à orientação sexual deve ser combatido. Não se admite, portanto, qualquer tratamento discriminatório no tocante à pessoa por força do exercício do direito à orientação sexual. Contudo, se no exercício de tal direito, a pessoa passa a conviver com outra do mesmo sexo, os efeitos jurídicos daí decorrentes não podem ser considerados inseridos no Direito de família, ao menos no estágio atual do sistema normativo do direito brasileiro.

A se admitir o raciocínio segundo o qual a união entre pessoas do mesmo sexo constitui família consistente em união estável, com base na impossibilidade de tratamento discriminatório, dever-se-ia adotar o mesmo raciocínio relativamente ao casamento, para também ser admitido o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Ou será que a formalidade do matrimônio seria óbice ao reconhecimento da união matrimonial entre homossexuais? Relembre-se: o instituto do companheirismo, de modo reflexo, está vinculado aos contornos, requisitos e elementos do casamento. O convívio more uxório nada mais é do que a posse do estado de casados. Assim, somente com a admissão jurídica do casamento entre homossexuais será possível o reconhecimento das “uniões estáveis” entre pessoas do mesmo sexo.



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

Na sentença proferida pelo Juiz Federal Cláudio Roberto da Silva, de Santa Catarina, foi expressamente consignado que o autor, parceiro de servidor público federal, com este constituiu família, diante da interpretação construtiva da Constituição Federal, com base na dignidade da pessoa humana, como objetivo da República Federativa do Brasil, e na igualdade encarada como princípio e garantia fundamental, *in verbis*: “Inadmitir efeitos a união homossexual significa verdadeira discriminação sexual, pois é o sexo do autor (em relação ao seu parceiro) que é considerado para negar-lhe o direito, tanto que, caso seu parceiro fosse do sexo feminino, a objeção desapareceria imediatamente”. Com efeito, há discrimen, expresso no próprio texto constitucional acerca da família não-parental, formal ou não, somente se constituir entre um homem e uma mulher, sendo que a razoabilidade de tal discriminação pode ser verificada pelo modelo jurídico de controle da sexualidade pelo Estado, ou seja, aquele que toma em consideração a família matrimonial. Assim, os efeitos jurídicos que a união civil entre pessoas do mesmo sexo produzir não estão inseridos no Direito de Família, tal como ocorria com o companheirismo no período anterior a 1988.

Da mesma forma como o companheirismo já foi totalmente desconsiderado pelo Direito, mormente no Código Civil brasileiro quando do seu advento, o mesmo tratamento vinha sendo dispensado às uniões homossexuais, em tempos mais próximos. Contudo, mais uma vez a realidade fática se impôs, exigindo uma reavaliação do tratamento social e jurídico sobre o tema, a ponto de ter sido introduzido em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros o casamento entre homossexuais, tal como ocorre atualmente na Suécia, Dinamarca e Noruega. Na maioria dos ordenamentos jurídicos vigentes, no entanto, a matéria continua sendo relegada do tratamento jurídico-legal, como se não existisse. Aliás, a própria construção doutrinária para justificar a inviabilidade do reconhecimento jurídico do casamento entre pessoas do mesmo sexo se assenta na teoria da inexistência



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

jurídica, diante do princípio de direito matrimonial segundo o qual *pas de nullité sans texte*.

Marilene Silveira Guimarães acentua que “não é negando direitos à união homossexual que vamos fazer desaparecer o homossexualismo”, complementando que “os fundamentos destas uniões são assemelhados aos do casamento ou da união estável; o vínculo que os une, à semelhança dos demais casais, é o afeto, que gera efeitos jurídicos”. Outro argumento normalmente invocado para a proteção estatal das uniões homossexuais é apresentado por João Baptista Villela: “No ambiente dessacralizado e pluralista das sociedades ocidentais contemporâneas, soa inaceitável o estabelecimento de restrições de direito em razão de preferências ou inclinações eróticas. Se a isso se ajuntar a circunstância de que o casamento deixou de ser um instituto preordenado à reprodução para se constituir essencialmente em espaço de companheirismo e camaradagem, era natural que se definisse a demanda pelo reconhecimento legal da união entre parceiros do mesmo sexo”.

Em virtude da proposta apresentada pela Deputada Marta Suplicy, tramita projeto de lei no Congresso Nacional dispendo acerca do reconhecimento da denominada “parceria civil registrada”, ou seja, da união homossexual, com a atribuição de certos efeitos jurídicos próximos ou assemelhados ao casamento civil. Como observa Fernando Malheiros, “a verdade (...) é que estamos tratando claramente do casamento entre homossexuais, senão na estreiteza do sentido jurídico que à palavra se dá, pelo menos no sentido que ela normalmente tem no léxico, de aliança, combinação”. Sucede que, enquanto o projeto acima aludido não for convertido em lei, a união homossexual continuará a não ser passível de registro oficial, não gerando efeitos jurídicos no Direito de Família, devendo ser tratada como sociedade de fato, ou seja, no campo do Direito das Obrigações.

Sob o prisma jurídico, não há efeitos jurídicos propriamente distintos das uniões concubinárias e das uniões homossexuais, já que ambas, fora do Direito de Família, somente podem ser



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

cuidadas como sociedades de fato, desde que evidentemente sejam preenchidos os requisitos para a configuração de tais entidades, possibilitando o reconhecimento do direito do partícipe da relação – que for prejudicado em decorrência da aquisição patrimonial em nome tão-somente do outro – ao partilhamento dos bens adquiridos durante a constância da sociedade de fato, na medida de sua efetiva contribuição para a formação ou o incremento patrimonial.”

Forçoso concluir, assim, que, à míngua de autorização constitucional e legal, inadmissível se mostra ao magistrado inovar no direito para conceder benefícios não previstos pelo legislador positivo, pois, em sendo possível reconhecer, no contexto atual, consequências jurídicas às parcerias homossexuais, igualmente possível seria, a pretexto de isonomia e igualdade, fossem afastados os óbices ao matrimônio entre pessoas do mesmo sexo, entre pais e filhos, irmãos e irmãs, e assim por diante, eis que nada impede que algumas ou todas essas relações, embora não jurisdicionalizadas, possam existir no mundo dos fatos, e sejam baseadas no afeto entre pessoas, ainda que sem a aceitação social necessária para a aquisição de consequências jurídicas semelhantes àquelas que o direito confere às uniões entre homens e mulheres sem relação de parentesco.

Relembre-se que, ao que se sabe, para não ir muito longe, as assim chamadas relações “concubinárias impuras”, tanto quanto as relações estáveis homossexuais, não deixam de se pautar no afeto entre pessoas impedidas para o casamento, mas nem por isso o Direito lhes assegura os efeitos jurídicos de uma união estável em razão de nelas vislumbrar afronta ao caráter monogâmico das uniões passíveis de tutela estatal. E, se para alguns, a vedação legal à poligamia traduz inaceitável preconceito de cunho moral e raízes religiosas, nem por isso seria aconselhável que o Judiciário, a título de vencer preconceitos, deferisse benefícios de pensão a mais de um companheiro ou cônjuge, ao arrepio da lei.

Mais do que isso, reforça esse entendimento o fato de que, em se tratando de benefício de pensão militar por morte relacionado a óbito ocorrido em



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

01.07.2000, portanto após a Emenda nº 20/98, que introduziu o §12 ao art. 40 da Constituição Federal, *verbis*: “Art. 40. (omissis) §12. Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social”, impõe-se constatar que a concessão do benefício pretendido esbarra na necessidade de fonte de custeio para sua instituição, haja vista a regra do art. 195, §5º, da CF/88, aplicável, ao tempo do óbito, às pensões dos servidores públicos e, por força de uma interpretação sistemática da Constituição, também às pensões militares.

Neste sentido, diversos são os precedentes jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal julgando, *mutatis mutandis*, matéria relativa à pensão por morte de servidora em favor de viúvo não inválido, dentre os quais merecem destaque: AgR no RE 385.397/MG (Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 06.09.2007, p. 00037, cf. Informativos STF 473 e 475) e RE 204.193-9/RS (Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 31.10.2002, p. 00020).

Muitos, também, são os precedentes do Superior Tribunal de Justiça que, julgando, *mutatis mutandis*, o cabimento da instituição de contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e pensões dos servidores públicos (§4º da EC 41/2003), concluíram, com base no que restou decidido nas ADINs 3.105/DF e 3.128/DF, que: “Não fez o STF distinção alguma quanto a regime jurídico próprio – militar ou civil - , por força do princípio supremo da igualdade e equidade na forma de participação no custeio, devendo todos atuar de forma solidária, a fim de buscar o equilíbrio financeiro e atuarial do Estado” (cf. STJ, 2ª Turma, ROMS 2005.01.557757, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJU de 29.05.2006, p. 00206). Neste sentido, veja-se, ainda: ROMS 200800080516, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJU de 30.04.2008.

Em suma: a extensão automática da pensão por morte instituída por militar homossexual em favor de seu parceiro afetivo exige lei específica, tendo em vista as disposições inscritas no art. 195, *caput*, e seu parágrafo 5º, da Constituição, aplicáveis às pensões dos servidores públicos nos casos de



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

óbitos ocorridos após a vigência da EC nº 20/98, que acrescentou o §12 ao art. 40 da Constituição e, também, aos militares, por força dos princípios da igualdade de equidade na forma de participação do custeio.

Pelos motivos acima expostos, DOU PROVIMENTO à remessa necessária e ao apelo da UNIÃO e, reformando a sentença de fls. 99/110, JULGO IMPROCEDENTE o pedido inicial. Sem custas e sem honorários, mercê da gratuidade de justiça deferida ao Autor (fl. 52).

É como voto.

JUIZ FED. CONVOC. MARCELO PEREIRA DA SILVA  
NO AFAST. DO RELATOR

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – MILITAR – PENSÃO POR MORTE. COMPANHEIRO - UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 226, CF; ART.1723, CC/02 – PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA LIBERDADE, DA IGUALDADE, DA NÃO DISCRIMINAÇÃO - INSTRUÇÃO NORMATIVA 25/00/INSS – APLICAÇÃO – ISONOMIA - COMPROVAÇÃO – PASEP – LEVANTAMENTO DE VALORES – IMPOSSIBILIDADE – INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - ART.20, §4º, CPC - APRECIÇÃO EQÜITATIVA DO JUIZ - PRECEDENTES.

-Objetivando a parte autora, o reconhecimento da união estável que manteve com militar falecido -Sr.\_\_\_\_\_, e o levantamento dos valores existentes na conta do PASEP, ajuizou o presente feito.

-Restou o mesmo julgado parcialmente procedente, “*para RECONHECER, exclusivamente para fins previdenciários junto à Marinha do Brasil, a existência de sociedade de fato entre o Autor e o Sr.\_\_\_\_\_, bem como para CONDENAR a UNIÃO FEDERAL a conceder a pensão por morte pleiteada e pagar as parcelas devidas, a contar da data do óbito, cujos*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

*valores deverão ser corrigidos monetariamente e acrescidos de juros de mora no percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês (STF, Plenário, RE453740/RJ, Rel.Min.Gilmar Mendes, DJ de 24.08.07), estes a partir da data da citação, e, em consequência, DELARO a nulidade do ato administrativo que reconheceu direito à mesma pensão ao segundo réu, Sr. \_\_\_\_\_, isentando-o de devolução das quantias recebidas até a definitiva suspensão dos pagamentos mensais. Faculto à União Federal promover a imediata suspensão dos pagamentos mensais referentes à pensão que vem sendo paga ao segundo Réu, independentemente do trânsito em julgado da sentença.”. Condenada a União Federal na verba honorária de 5% sobre o montante devido, e o \_\_\_\_\_, em 5% do valor da causa, monetariamente atualizado, com custas *ex lege*.*

-No que concerne à liberação dos valores creditados, em nome do *de cujus*, na conta do PASEP, nos termos do verbete nº 161, da Súmula da jurisprudência do STJ, a competência para autorizar levantamento dos valores relativos ao PIS/PASEP e FGTS, em decorrência do falecimento do titular da conta, é da Justiça Estadual, pelo que, absoluta incompetência do Juízo, como decidido.

-“*Há que se aplicar o direito à luz de diversos preceitos constitucionais e não apenas atendo-se à interpretação literal do art. 226, §3º da Constituição Federal, que não diz respeito ao âmbito previdenciário, inserindo-se no capítulo 'Da Família', sendo certo que não houve 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” (STJ, RESP 395904, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 06/02/2006).*

-Conforme registrado pelo STF no julgamento da ADI 3300 MC/DF, o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito e na esfera das relações sociais.

-*“Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (...), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão.”* (Revista do TRF/4ª Região, vol. 57/309-348, 310, Rel. Des. Federal João Batista Pinto Silveira - grifei) in STF, ADI 3300 MC/DF.

-*“(...) O reconhecimento do direito à pensão previdenciária para companheiro(a) de homossexual, no RGPS, consubstanciado na Instrução Normativa nº 25, de 7 de junho de 2000, editada pelo INSS, pode ser utilizada, por analogia, para a concessão de tal benefício aos servidores públicos federais, em homenagem ao princípio da isonomia (...)(TRF 5ª R. - AC 238.842 - RN - 1ª T. - Relª Desª Fed. Margarida Cantarelli - DJU 13.03.2002).*

-Inexistindo situação destoante, *in casu*, do apreciado, em epígrafe por este Colegiado, o inconformismo não tem como prosperar.

-Destarte, comungo do mesmo sentir da decisão de piso, na medida em que, a meu juízo, o acervo probatório, conforme ali declinado, cuja fundamentação, ora se incorpora, bem delineou a sociedade de fato constituída, em especial o seguro de vida instituído pelo *de cujus* em favor do companheiro, ora apelado, o que conduz à manutenção do *decisum*, sob esta vertente.

-Quanto ao termo inicial para o pagamento da pensão em comento, não há que se falar em habilitação tardia, face ao que se extrai dos documentos acostados aos autos (fls.59; 72), e como bem explicitado na sentença objurgada, no sentido de que, *“O direito do autor retroage à data do óbito, pois requereu administrativamente a pensão apenas doze dias após (fl.59), e muito antes do deferimento da pensão em favor do segundo Réu, em 02.05.2001 (fl.72). (...).”*, pelo que, de rigor a sua manutenção, também sob este flanco.



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2004.51.02.004258-1

- 
- Por derradeiro, por força da remessa necessária, no que pertine à verba honorária fixada em desfavor do ente federativo, a teor do §4º, do artigo 20, do CPC, sopesados os critérios estabelecidos nas alíneas “a”, “b” e “c” do parágrafo 3º do citado artigo, e ante a ausência de complexidade da *vexata quaestio*, a reforma, neste aspecto deve ser efetivada, de molde a se preservar a regra, arbitrando-se em R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais).
- Recurso desprovido, remessa necessária, parcialmente provida.

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados os presentes autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Membros da Oitava Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por maioria, desprover o recurso e prover, parcialmente a remessa necessária, nos termos do voto do Relator, que fica fazendo parte integrante do presente julgado. Vencido o Juiz Federal Marcelo Pereira que lhes dava provimento.

Rio de Janeiro, 27/04/2010 (data do julgamento)

POUL ERIK DYRLUND  
Relator