

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2012.0000631293

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005071-72.2010.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante IPESP - INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado SIVALDO FERREIRA CORREA.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, negaram provimento ao apelo, vencido o Revisor.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores AMORIM CANTUÁRIA (Presidente) e JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA.

São Paulo, 13 de novembro de 2012.

Ronaldo Andrade
RELATOR
Assinatura Eletrônica

Voto nº 1589

Apelante : INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - IPESP

Apelado : SIVALDO FERREIRA GOMES

Comarca : SÃO PAULO

Recurso nº 0005071-72.2010.8.26.0053

Juiz de 1º Grau: DRª SÍLVIA MARIA MEIRELLES NOVAES DE ANDRADE

PENSÃO POR MORTE. União homoafetiva comprovada. Direito ao recebimento do benefício previdenciário. Uma vez demonstrada a união homoafetiva entre o autor e o servidor público do estado falecido impõe-se o pensionamento na medida em que não se pode fazer distinção da união estável e até mesmo do casamento, não se exigindo a comprovação de dependência econômica que se presume. Reconhecimento da Lei nº 1.012/07. Sentença mantida. Recurso não provido.

Trata-se de recurso de apelação interposto por **INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - IPESP** nos autos da ação de procedimento ordinário, proposta por SIVALDO FERREIRA CORREA em face do INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - IPESP que visava a condenação da ré ao reconhecimento da união homoafetiva entre o autor e o servidor público aposentado falecido *José Gomes Correia Filho* e consequente reconhecimento ao direito de recebimento do benefício previdenciário, que foi julgada procedente pela R. Sentença de fls. 107/119, cujo relatório se adota.

O Instituto de Previdência do Estado de São Paulo inconformado apelou às fls. 125/129, objetivando a reforma do julgamento alegando que na época do óbito não havia base legal para a concessão de pensão por morte em caso de união homoafetiva e que não ficou caracterizada a dependência econômica do apelado.

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 134/138).

Em síntese é o breve relatório.

Sivaldo Ferreira Correa pleiteia a pensão previdenciária deixada pela morte do companheiro José Gomes Correia Filho, Escrevente Técnico Judiciário

aposentado, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cujo óbito ocorreu no dia 03/06/2006 (fls. 12).

De fato, está bem evidenciada a existência de relação homoafetiva entre o ex-servidor público estadual falecido e a autor desta ação, desde pelos menos o ano de 1983, pois conforme constou da r. sentença guerreada “*os conviventes deixaram clara a sua intenção de se unirem e terem uma vida juntos, adquirindo uma propriedade em nome de ambos*”, fato, aliás, corroborado pelos depoimentos prestados pelas testemunhas ouvidas em Juízo (fls. 90/93). Aliás, uma vez demonstrada e comprovada a união homoafetiva entre o autor e o servidor falecido desnecessária é a demonstração da dependência econômica entre um e outro, dependência esta que, à exemplo do casamento entre homem e mulher, bem como da união estável entre companheira e companheiro, se presume.

O Supremo Tribunal Federal - na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.º 4277 julgada em 05/05/2001 - reconheceu o status jurídico de entidades familiares às relações homoafetivas. Diante desse quadro, a concessão de benefícios previdenciários aos casais homoafetivos dar-se-á nos mesmos moldes para com os casais heteroafetivos, devendo-se exigir dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos. No caso de pensão por morte, a qualidade de segurado do de cujus, o vínculo de afetividade e a dependência econômica presumida.

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

Demais disto, com a edição da Lei Complementar Estadual n.º, 1.012/2007, que alterou diversos dispositivos da Lei Complementar n.º 180/78, passou a constar do art. 147, que contém o rol de dependentes do segurado falecido, no inciso II, “*o companheiro ou a companheira, na constância da união homoafetiva*”.

Assim, cai por terra a tese do IPESP de que inexistente fundamento legal para a concessão do postulado benefício.

Não se trata aqui, de equiparar os relacionamentos homoafetivos às uniões estáveis, estas já regulamentadas pela legislação, mas sim de proteger a liberdade



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de, opção sexual de cada indivíduo.

Não aproveita ao apelante a invocação ao artigo 226, § 3º, IV, da Constituição Federal, que estabelece, para efeito da proteção do Estado, o reconhecimento da união estável entre homem e mulher como entidade familiar.

De se destacar para o presente caso recente decisão havida na ADPF nº 132 em que o Excelso Supremo Tribunal Federal:

Decisão Prosseguindo no julgamento, o Tribunal conheceu da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 como ação direta de inconstitucionalidade, por votação unânime. Prejudicado o primeiro pedido originariamente formulado na ADPF, por votação unânime. Rejeitadas todas as preliminares, por votação unânime. Em seguida, o Tribunal, ainda por votação unânime, julgou procedente as ações, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, autorizados os Ministros a decidirem monocraticamente sobre a mesma questão, independentemente da publicação do acórdão. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli.

O julgamento teve como voto condutor o proferido pelo Ministro Ayres Britto:

No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”.

Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade, aliás, de decidir monocraticamente a questão:

DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. 1) APLICAÇÃO DAS REGRAS E DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS VÁLIDAS PARA A UNIÃO ESTÁVEL HETEROAFETIVA. PRECEDENTES DO PLENÁRIO. 2) ART. 5º, INC. II, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA: AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.

Relatório 1. Recurso extraordinário interposto com base no art. 102,

inc. III, alínea a, da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 5ª Região: “ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. PENSÃO POR MORTE. SERVIDOR PÚBLICO. COMPANHEIRO HOMOSSEXUAL. LEI 8.112/90. INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS-DC N. 25. 1 - A sociedade de fato existente entre homossexuais merece tratamento isonômico ao dispensado às uniões heterossexuais, em respeito aos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da promoção do bem de todos sem preconceito ou discriminação. 2 - A inexistência de regra que contemple a possibilidade da percepção do benefício da 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. 3 - Mesmo que se pudesse entender que a Lei n. 8.112/90 não contemplaria a situação do Autor, se o Sistema Geral de Previdência do País cogita de hipótese similar - IN n. 25-INSS, que estabelece os procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual -, em respeito ao princípio isonômico, deve-se aplicar aos servidores públicos federais, por analogia, as disposições desse ato normativo. 4 - A exigência de designação expressa pelo servidor visa tão somente a facilitar a comprovação, junto à administração do órgão competente, da vontade do falecido servidor. Sua ausência não importa em impedimento à concessão do benefício, se confirmada essa vontade por outros meios idôneos de prova. 5 - Comprovada a união estável do Autor com o segurado falecido, bem como sua dependência econômica em relação ao mesmo, e se tendo por superada a questão relativa à ausência de designação, cumpre que se reconheça em favor dele o direito à obtenção da pensão requerida. Precedentes. Apelação e Remessa Oficial improvidas” (fl. 331). 2. A Recorrente alega que o Tribunal a quo teria contrariado os arts. 2º, 37, caput, 40, caput, e 226, § 3º, da Constituição da República. Argumenta que, “não havendo permissão legal para a concessão de pensão ao companheiro não designado pelo instituidor, e não estando caracterizada a união estável como entidade familiar entre pessoas do mesmo sexo, (...) não podia a UFPE deferir o pedido administrativo do autor” (fl. 345). Requer, “caso mantida a condenação, sejam excluídas as parcelas em atraso, sob pena de [contrariedade ao art. 5º, inc. II, da Constituição da República]” (fl.346). Analisados os elementos havidos nos autos, DECIDO. 3. Razão jurídica não assiste à Recorrente. 4. É de se ressaltar que não há qualquer vedação, quer na Constituição da República, quer no Regime Jurídico dos Servidores Cíveis da União, de inscrição de companheiro homoafetivo como dependente de segurado previdenciário. 5. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, Relator o Ministro Ayres Britto, por

votação unânime, o Supremo Tribunal Federal deu interpretação conforme ao art. 1.723 do Código Civil, “para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. Asseverou que esse reconhecimento deveria ser feito segundo as mesmas regras e com idênticas consequências da união estável heteroafetiva” (Informativo STF n.625). Em seu voto, o Ministro Relator ressaltou que: “se deveria extrair do sistema a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganharia plenitude de sentido se desembocasse no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família, constituída, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade (CF, 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'). Mencionou, ainda, as espécies de família constitucionalmente previstas (art. 226, §§ 1º a 4º), a saber, a constituída pelo casamento e pela união estável, bem como a monoparental. Arrematou que a solução apresentada daria concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da proteção das minorias, da não-discriminação e outros.” Naquela assentada, o Ministro Celso de Mello destacou que a consequência mais expressiva do julgamento seria a atribuição de efeito vinculante à obrigatoriedade de reconhecimento como entidade familiar da união entre pessoas do mesmo sexo e este Supremo Tribunal autorizou os Ministros a decidirem monocraticamente sobre a mesma questão, independentemente da publicação daquele acórdão. 6. Na espécie vertente, o ora Recorrido pretende o reconhecimento da condição de beneficiária de pensão por morte de servidora pública federal. 7. Assim, nos termos da jurisprudência deste Supremo Tribunal, diversamente do que sustentado pela Recorrente, aplica-se à espécie o art. 217, inc. I, alínea c, da Lei n. 8.112/90 (“Art. 217. São beneficiários das pensões: I vitalícia: (...) c) o companheiro ou companheira designado que comprove união estável como entidade familiar;”). O acórdão recorrido não divergiu dessa orientação jurisprudencial. 8. Quanto à alegada contrariedade ao art. 5º, inc. II, da Constituição da República, melhor sorte não assiste à Recorrente, pois esse dispositivo constitucional não foi objeto de debate e decisão prévios no Tribunal de origem. Tampouco foram opostos embargos de declaração, com a finalidade de comprovar ter havido, no momento processual próprio, o prequestionamento. Incidem na espécie vertente as Súmulas n. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido: “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE

NEGA PROVIMENTO. A matéria constitucional contida no recurso extraordinário não foi objeto de debate e exame prévios no Tribunal a quo. Tampouco foram opostos embargos de declaração, o que não viabiliza o extraordinário, por ausência do necessário prequestionamento” (AI 631.961-ED, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe 15.5.2009). “A ausência de efetiva apreciação do litígio constitucional, por parte do Tribunal de que emanou o acórdão impugnado, não autoriza - ante a falta de prequestionamento explícito da controvérsia jurídica - a utilização do recurso extraordinário” (AI 413.963-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 1º.4.2005). 9. Nada há, pois, a prover quanto às alegações da Recorrente. 10. Pelo exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário (art. 557, caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Publique-se. Brasília, 15 de junho de 2011. Ministra CÁRMEN LÚCIA Relatora. (RE 590989, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/06/2011, publicado em DJe-120 DIVULG 22/06/2011 PUBLIC 24/06/2011)

Também de se destacar o já decidido pelo Eminentíssimo Desembargador *Venício Salles*, em caso semelhante, AP. nº 951.451/5-00:

A união homoafetiva de caráter estável se estrutura nas mesmas bases da união familiar entre homem e a mulher, e deflagra as mesmas proteções sociais e previdenciárias, não só para dignificar o beneficiário, como a própria sociedade que respeita as evidências da vida.

Não há lacuna jurídica, pois o direito reclamado decorre da ponderação de princípios constitucionais.

Ademais, o IPESP, através da Lei Complementar nº 1.012/2007, reconheceu o direito ora pleiteado para os servidores estaduais, o que reforça a necessidade da concessão do benefício, inexistindo qualquer motivo fático ou jurídico para que os policiais militares fiquem privados do benefício que é conferido aos demais servidores estaduais.

Apesar do ordenamento jurídico não reconhecer a relação homoafetiva como "união estável" no sentido técnico-jurídico, não se pode deixar de reconhecer a sociedade de fato para fins previdenciários, formada por homossexuais que formam famílias verdadeiras, e não se pode negar proteção à família em geral, independentemente de sua configuração, sendo vedado qualquer tratamento discriminatório.

Tal entendimento não equivale a um abusivo exercício do poder legiferante, mas a um complexo sistema de depuração e de filtragem da legislação que, recebida pela Constituição Federal de 1988,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

passou a reverenciar seus princípios, ajustando seus termos à nova estrutura constitucional, a qual provocou a revogação e alteração de muitos comandos.

Desta forma, nada obsta a pretensão do autor na razão em perceber pensão do seu falecido companheiro, ex-servidor público estadual, ficando mantida a r. sentença guerreada na íntegra.

Consideram-se pré-questionadas, para fins de possibilitar a interposição de recurso especial e de recurso extraordinário todos os dispositivos de lei federal e as normas da Constituição Federal mencionadas pelas partes.

Ante os fundamentos aqui expostos, pelo meu voto nego provimento ao recurso.

**RONALDO ANDRADE
RELATOR**