



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO

Numeração Única: 0000355-78.2006.4.01.3801

APELAÇÃO CÍVEL N. 2006.38.01.000359-0/MG

RELATÓRIO

EXMO. SR. JUIZ FEDERAL CLEBERSON JOSÉ ROCHA RELATOR CONVOCADO:

1. ANA LOUREIRO PEREIRA propôs ação ordinária contra o INSS e Marcio Tavares Retamero da Silva, litisconsórcio passivo necessário, a fim de que lhe seja reconhecida a dependência econômica em relação ao filho falecido, e, por conseguinte, excluído o benefício deferido ao companheiro.

2. Sustenta que o filho era solteiro e arcava com todos os seus gastos: planos de saúde, despesas médicas e hospitalares, além da própria subsistência alimentar. Assevera que a concessão da pensão por morte ao Senhor Márcio Tavares Retamero da Silva ocorreu de forma ilegal.

3. Citados, apresentaram as contestações de fls. 122/126 e fls. 164/175.

4. Agravo retido interposto às fls. 990.

5. Sentença prolatada pelo MM. Juiz Federal da Subseção Judiciária de Juiz de Fora/MG (fls. 1100/1102) julgou improcedente o pedido.

6. Em suas razões de apelação, a autora preliminarmente requereu a análise do agravo retido interposto nos autos, vez que *“as assinaturas do falecido não se parecem em nada com a assinatura da procuração”*. De igual modo, sustentou a nulidade da sentença: em razão da ofensa ao princípio da identidade física do Juiz, vez que a magistrada sentenciante não participou da fase instrutória, bem como porque a magistrada deixou de oficiar a Polícia Federal acerca do andamento do inquérito que analisa a existência de falsidade e estelionato. No mérito, em síntese, asseverou o preenchimento dos requisitos necessários para concessão do benefício e apontou vários óbices a fim de descaracterizar a união estável homoafetiva reconhecida pelo INSS. (fls. 1106/1144)

7. Recebido o recurso de apelação no duplo efeito (fl. 1152), com contrarrazões do INSS (fls. 1153/1156), subiram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

VOTO

1. Trata-se, como visto, de agravo retido e apelação interposta pela parte autora contra sentença que julgou improcedente pedido de pensão por morte.

Do agravo retido e do não deferimento de outras provas requeridas

2. Passo a análise do agravo retido interposto às fls. 990/992, da decisão que suspendeu a produção da perícia técnica. Sustenta a agravante a necessidade da prova pericial para examinar a autenticidade ou a falsidade de alguns documentos.

3. De fato, em razão do exame grafotécnico, feito na ação anulatória n. 2004.207.000964-2 (fls. 960/980), que reconheceu a autenticidade das assinaturas do *de cujus*, o magistrado sentenciante entendeu pela desnecessidade de produção de nova perícia grafotécnica.

4. Na sistemática processual civil vigente adotou-se o princípio da livre apreciação das provas (CPC, arts. 130 e 426), em função do qual cabe ao magistrado avaliar a necessidade da sua produção, e a forma com que produzida, de maneira a possibilitar a formação de seu convencimento e o julgamento da causa.

5. No caso dos autos, ante a realidade fática apresentada e as demais provas constantes dos autos, o douto juízo monocrático considerou suficiente ao correto deslinde da demanda.

6. Agravo retido a que se nega provimento.

DAS PRELIMINARES

Ofensa ao princípio da Identidade Física do Juiz

7. O magistrado que colheu a prova testemunhal em Juiz de Fora/MG, assim como o juiz sentenciante eram substitutos. Registre-se que também houve audiência colhida por Juízo Deprecado (Subseção do Rio de Janeiro).

8. O princípio da identidade física do Juiz não é absoluto, tendo em vista os possíveis afastamentos legais, conforme previsto no art. 132 do CPC, permitindo-se eventualmente a outro juiz a prolação da sentença otimizando a prestação jurisdicional.

9. A título de exemplificação, cito o seguinte precedente:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONTRA DECISÃO EM RECURSO ESPECIAL. CARÁTER INFRINGENTE. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. NÃO OCORRÊNCIA. EMBARGOS À AÇÃO MONITÓRIA. CHEQUES PRESCRITOS. CAUSA DEBENDI. DISCUSSÃO. POSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. A superveniência de férias do titular permite que o Juiz Substituto sentencie o feito sem infringência ao princípio da identidade física do magistrado. Precedentes.

[...]

4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, a que se nega provimento"

(STJ, EDcl no REsp 1007821/MA, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, julgado por unanimidade em 13/12/2011, publicado no DJe de 19/12/2011).

Da Nulidade da sentença que não analisou o pedido de expedição de ofício à Polícia Federal

10. A autora aduz a necessidade de expedição de ofício à Polícia Federal para que acoste aos autos o resultado do inquérito que averigua as falsidades e o estelionato noticiados.

11. A controvérsia, nestes autos, cinge-se a comprovação da condição de dependência da autora em relação ao seu filho falecido e sobre a inexistência de beneficiário de categoria precedente apto a perceber o benefício.

12. Repita-se: ante a realidade fática apresentada e as demais provas constantes dos autos, o juiz considerou suficiente ao correto deslinde da demanda.

13. Ao magistrado é facultado o indeferimento, de forma fundamentada, da produção de provas que julgar irrelevantes, caso dos autos. (AC 0023946-54.2005.4.01.3300 / BA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ITALO FIORAVANTI SABO MENDES, Rel.Conv. JUÍZA FEDERAL CLEMÊNCIA MARIA ALMADA LIMA DE ÂNGELO (CONV.), QUARTA TURMA, e-DJF1 p.173 de 11/10/2011)

14. Registre-se, por oportuno, que as alegações de suspeitas de fraudes de documentos e procurações que inclusive ensejaram a interposição de outras demandas, bem como a existência de inquérito que analisa tais falsidades e estelionatos, deverão ser resolvidas nas ações próprias pelo juízo competente.

DO MÉRITO

15. A concessão de pensão por morte rege-se pelo princípio do tempus regit actum, isto é, pela lei vigente na data de falecimento do instituidor.

16. O benefício de pensão por morte pressupõe: a) óbito do instituidor que mantinha a condição de segurado; b) qualidade de dependente; e c) dependência econômica (art. 74 da Lei 8.213/91).

17. Ressalte-se que a morte foi comprovada, conforme certidão de óbito coligida à fl. 17 ocorrido em 13/06/2003. A condição de segurado do falecido não merece questionamento, eis que consta, à fl. 97, INFBEN informando que ele percebia aposentadoria por invalidez quando do óbito.

18. Com efeito, prevê a Lei nº 8.213/91, na redação do artigo 16, I:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

*I - o cônjuge, a companheira, o **companheiro** e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;*

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

§ 1º A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.

§ 2º .O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.

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

§ 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada. (negritei)

19. Ressalte-se que, nos termos do § 3º do art. 16 da Lei 8.213/91, “considera-se *companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal*”.

20. Não obstante os argumentos expendidos pela apelante, a sentença não merece reparos.

21. A autora colaciona os seguintes documentos a fim de comprovar a dependência econômica: despesas médicas financiados pelo falecido (fls. 20/29); carteira de plano de saúde (fl. 38); carteira de sócia do clube Governador Iate Clube, na condição de dependente do filho (fls. 39/40); seguro-prêmio da AEROS – Fundo de Previdência Complementar (fl. 35), constando a genitora como beneficiária de Pecúlio. (fls. 35/37) e correspondências (fls. 41/47).

22. A prova testemunhal colhida na Subseção Judiciária de Juiz de Fora/MG, às fls. 1005/112, sobre a dependência econômica, assim sinaliza:

*1ª testemunha (fl. 1008): ‘... que o corréu foi apresentado na casa do falecido em Juiz de Fora; que ela o conhecia como amigo comum....[...] que não sabia que o falecido tinha AIDS; que parece que tinha sido oculto da família este fato; **que o falecido ajudava a mãe, tinha muita preocupação com ela e era muito grato; que pagava plano de saúde, depositava dinheiro, economizava dinheiro para mandar para a mãe, mandava dinheiro constantemente...**’*

*2ª testemunha (fl. 1010): “...que conhecia o corréu; que o conheceu através do falecido; que o corréu foi apresentado como amigo, que o viu várias vezes, sempre em Juiz de Fora; que não sabia se o Manoel tinha alguma relação [...] **que a mãe do falecido morava aqui e ele trabalhava no Rio de Janeiro; que sempre via o falecido com o Márcio em Juiz de Fora; que o Manoel sempre relatou a preocupação com a mãe dele, que a mãe era viúva, ficava sozinha, que o falecido sempre ajudava mãe, ajudava financeiramente, pelo que transparecia.....**” (negritei)*

23. Pois bem. O INSS concedeu administrativamente o benefício de pensão por morte ao companheiro do *de cujus* (fls. 935).

24. Considerando que se trata de beneficiário preferencial, passo a analisar a existência da guerreada união estável.

25. De fato, o conjunto probatório formado efetivamente comprova a existência de uma união homoafetiva entre o beneficiário da pensão e seu falecido companheiro. Confira-se: mesmo endereço (fls. 218/223); conta corrente conjunta (fl. 135); seguro-prêmio da AEROS – Fundo de Previdência Complementar, constando o companheiro também como beneficiário para Pecúlio, datado de 1999 (fl. 188 e fls. 247/248); termo de adesão ao plano de Assistência Funeral de 02/06/2003 (fl. 251); cartão de crédito vinculado ao cartão do *de cujus* (fl. 921/924); Procurações para movimentações bancárias e transferência de carro (fls. 180/183); Registro de entrada de pacientes, constando o companheiro como responsável pelo falecido (fl. 185/187); fotografias do casal (fls. 189/196) e correspondências (fls. 197/210).

26. A despeito das alegações que as procurações foram fraudadas, o exame grafotécnico, feito na ação anulatória no RJ (fls. 960/980), reconheceu a autenticidade das assinaturas do *de cujus* (n. 2004.207.000964-2). Além do mais, ainda que se desconsidere tal prova, existe uma vasta documentação que configura início de prova material quanto à existência de união estável entre o casal.

27. Ademais, a Lei nº. 8.213/91 não exige para fins de comprovação de união estável início de prova material, podendo ser feita por prova exclusivamente testemunhal.

28. A prova testemunhal colhida na Subseção Judiciária do Rio de Janeiro, às fls. 1035/1041, principalmente os amigos íntimos do falecido e que conheciam o dia a dia do casal confirmaram que o *de cujus* e o corréu moravam juntos desde 1996 até a data do óbito, que se tratava de um relacionamento público, contínuo e duradouro.

29. O Colendo STF consolidou o entendimento quanto à possibilidade de concessão do benefício de pensão por morte de companheiro homoafetivo. Confira-se o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4.277:

*ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. **UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO.** CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO.*

Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da

sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO

*FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. **Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.**(ADPF 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001) (negritei)*

30. Caracterizada a união estável, forçoso reconhecer que a dependência econômica do companheiro em relação ao falecido é presumida, a teor do art. 16, I, §4º, da Lei n. 8.213/91.

31. Por fim, ainda que outro entendimento adotasse, não vislumbro a comprovação da necessária dependência econômica da autora em relação ao filho. Considerando que a genitora percebe aposentadoria por idade e pensão por morte (fls. 1058/1059), que possuía domicílio em Juiz de Fora/MG e o falecido no Rio de Janeiro, bem como a prova testemunhal colhida, tenho que se tratava, na verdade, de auxílio financeiro que, por si só, não é apto a comprovar a dependência econômica em relação ao instituidor da pensão.

32. Postos assim os fatos, correto o deferimento do benefício de pensão por morte ao companheiro o que, por conseguinte, exclui a possibilidade do ascendente de perceber o benefício vindicado.

33. Em face do exposto, nego provimento ao agravo retido e à apelação.

É o voto.

JUIZ FEDERAL CLEBERSON JOSÉ ROCHA