



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

ANDRÉ LUÍS DE ALMEIDA CAVALCANTE

O RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA PARA FINS DE
CONCESSÃO DA PENSÃO POR MORTE

CAMPINA GRANDE - PB

2010

ANDRÉ LUÍS DE ALMEIDA CAVALCANTE

**O RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA PARA FINS DE
CONCESSÃO DA PENSÃO POR MORTE**

Trabalho de Conclusão de Curso intitulado “O Reconhecimento da União Homoafetiva para fins de concessão da Pensão por Morte”, escrito por André Luís de Almeida Cavalcante, como parte dos requisitos para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba, sob a orientação da Prof^a. Renata Maria Brasileiro Sobral.

CAMPINA GRANDE

2010

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

C376r Cavalcante, André Luís de Almeida.
O Reconhecimento da União Homoafetiva para Fins de Concessão da Pensão por Morte [manuscrito] / André Luís de Almeida Cavalcante. – 2010.
47 f.
Digitado.
Trabalho Acadêmico Orientado (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2010.
“Orientação: Profa. Esp. Renata Maria Brasileiro Sobral, Departamento de Direito Público”.

1. Direito previdenciário 2. Direito familiar 3. União homoafetiva I. Título.

21. ed. CDD 344.02

ANDRÉ LUÍS DE ALMEIDA CAVALCANTE

**O RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA PARA FINS DE
CONCESSÃO DA PENSÃO POR MORTE**

Aprovado em: 01 / 12 / 2010

BANCA EXAMINADORA

Renata Maria Brasileiro Sobral

Profª. Esp. Renata Maria Brasileiro Sobral
Centro de Ciências Jurídicas da UEPB
Orientadora

Hélio Santa Cruz Almeida Júnior

Prof. Msc. Hélio Santa Cruz Almeida Júnior
Centro de Ciências Jurídicas da UEPB
Examinador

Ticiano Pinto de Araújo

Profª. Esp. Ticiano Pinto de Araújo
Centro de Ciências Jurídicas da UEPB
Examinadora

Dedico este trabalho a todos aqueles que de alguma forma me contribuíram com o seu apoio.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, por todas as bênçãos que tem me dado.

À Professora Renata Maria Brasileiro Sobral, pelo apoio, paciência, compreensão e dedicação que tornaram possível a conclusão desta monografia.

À minha querida Mãe Fátima de Jesus e ao honrado Primo/Irmão José Fabiano que, com muito carinho e apoio, não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa de minha vida.

A todos os meus amigos, pelo incentivo e pelo apoio constante.

RESUMO

A homossexualidade faz parte da história da humanidade desde a antiguidade, sendo interpretada e explicada de várias maneiras. O preconceito que existe por grande parte da humanidade em relação ao homossexualismo advém das religiões, do vínculo religioso-cultural, onde surgiu a censura aos chamados pecados da carne. Ser membro de uma união homoafetiva é ser membro de uma família constituída por pessoas do mesmo sexo. A busca pelo amor, pela correspondência de sentimento e pela felicidade se concretiza com a existência de outra pessoa, fazendo com que se tornem um casal. Em termos de concessão de pensão por morte ao companheiro homossexual, pode-se considerar que a Previdência Social está à frente quando comparada aos demais órgãos públicos, já que os inclui no rol dos dependentes preferenciais de Classe I, ao lado do cônjuge, do filho não emancipado menor de 21 anos e do dependente inválido. A jurisprudência pátria vem reiterando esse entendimento. O presente trabalho, através de pesquisa bibliográfica, bem como dos mais recentes entendimentos jurisprudenciais referentes à temática aqui abordada, visa analisar a situação do companheiro homossexual perante o INSS em relação ao benefício da pensão por morte.

PALAVRAS-CHAVE: União Homoafetiva – Dependentes – Pensão por Morte

ABSTRACT

Homosexuality is part of human history since antiquity, being interpreted and explained in several ways. The prejudice that exists for much of humanity on homosexuality comes from religion, the religio-cultural attachment, where did the censorship of the so-called sins of the flesh. Being a member of a union homo is a member of a family consisting of the same sex. The search for love, for correspondence of feeling and happiness is realized with the existence of another person, making them become a couple. In terms of a pension on death to the homosexual partner, we can consider that Social Security is ahead when compared to other public agencies, as the list of dependents includes the preferred Class I, beside the spouse, son not emancipated under 21 and dependent invalid. Jurisprudence homeland has reiterated this understanding. This paper, through literature, as well as the latest jurisprudential understandings concerning the subject discussed here, aims to examine the situation of the homosexual partner to the INSS in relation to the pension benefit upon death.

KEYWORDS: Union homo - Dependents - Pensions for Death

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 PENSÃO POR MORTE.....	11
1.1 Beneficiários.....	12
1.2 Natureza Jurídica.....	14
1.3 Revisão do Benefício.....	18
2 UNIÃO ESTÁVEL X UNIÃO HOMOAFETIVA.....	19
2.1 Evolução Histórica e Legislativa no Brasil.....	19
2.2 Noções Gerais da União Estável.....	20
2.3 Requisitos da União Estável.....	21
2.3.1 Requisitos Subjetivos.....	22
2.3.2 Requisitos Objetivos.....	23
2.4 União Homoafetiva.....	25
2.4.1 As Gerações dos Direitos Fundamentais.....	25
2.4.2 Relação Atual Sobre as Famílias.....	26
2.4.3 Noções Gerais Sobre União Homoafetiva.....	27
2.4.4 Princípios Constitucionais.....	28
2.4.5 Fase Evolutiva do Direito.....	29
3 O RECONHECIMENTO DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO A COMPANHEIRO HOMOSSEXUAL.....	32
3.1 Histórico.....	32
3.2 O Reconhecimento.....	33
3.3 Documentação Necessária.....	35
3.4 Análise Jurisprudencial.....	38
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	43
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	46

INTRODUÇÃO

Inúmeras foram as mutações ocorridas ao longo do tempo no âmbito da sociedade, conseqüentemente a instituição família e o Direito também foram afetados por tais mudanças.

Mutações históricas e sociais – a evolução da sociedade, Revolução Industrial, o crescente ingresso da mulher no mercado de trabalho – fizeram com que o ordenamento jurídico, tanto no âmbito internacional, quanto na seara interna, compreendesse uma nova realidade social e jurídica. Dentre estas significativas mudanças pode-se destacar o reconhecimento do direito ao companheiro de uma união homoafetiva de receber o benefício previdenciário da pensão por morte, em caso de falecimento de seu companheiro. Tribunais Pátrios reconhecem este direito, fundamentando tal entendimento com base em princípios constitucionais, ou seja, o processo trata da busca por tratamento igualitário quanto aos direitos fundamentais elencados na Constituição Federal.

A presente monografia, dividida em três capítulos teve como base de pesquisa a doutrina jurídica, artigos e análises jurisprudenciais.

No primeiro capítulo, trata-se o benefício previdenciário da pensão por morte, analisando-se o seu conceito, quem são os beneficiários, assim como sua natureza jurídica e quais requisitos para a concessão. A Previdência Social constitui a principal política de proteção do trabalhador, garantindo uma renda para sua manutenção, nos casos de perda permanente ou temporária de sua capacidade de trabalho ou aos seus dependentes, no caso de sua morte.

No capítulo seguinte, é traçado um paralelo entre a união estável e a união homoafetiva, abordando-se como cada União é vista pela doutrina brasileira, através do estudo da evolução histórica, noções gerais e fundamentação legal, onde mesmo na Constituição não conste a palavra afeto como direito fundamental, podemos dizer que o afeto decorre da valoração constante da dignidade humana. Mesmo diante disto, a Constituição Federal em conjunto com o Novo Código Civil não reconhece de forma explícita a união homoafetiva como entidade familiar. A união entre pessoas do mesmo sexo é um tema bastante polêmico, todavia vem

se tornando algo bastante presente na atualidade que se tornou realidade há vários anos, sendo que nesta última década ganhou maiores proporções por inúmeros motivos, dentre eles o movimento para a reivindicação dos seus direitos e as ações judiciais em busca do reconhecimento desta união.

Por conseguinte, no capítulo final - Pensão por morte decorrente de união homoafetiva – é feita uma análise do histórico da união homoafetiva, demonstrando que a homossexualidade faz parte da história humana desde a antiguidade, tendo sido interpretada e explicada de várias maneiras, mas jamais, ignorada. Em termos de pensão por morte a companheiro homossexual, podemos considerar que a Previdência Social está à frente quando comparamos aos demais órgãos públicos, já que os inclui no rol dos dependentes preferenciais e também as análises jurisprudenciais.

Para tanto, na elaboração deste estudo foram procedidas pesquisas na doutrina, através de livros e artigos relativos ao reconhecimento da união homoafetiva na seara previdenciária e, mais precisamente, referentes à concessão do benefício previdenciário. Procedeu-se também pesquisa na jurisprudência hodierna, apontando as inclinações atualmente esposadas pelos Tribunais Pátrios, de tal forma que no decorrer deste trabalho monográfico é feita uma compilação do que vem sendo estudado e questionado acerca do assunto tanto no âmbito doutrinário quanto jurisprudencial.

1 PENSÃO POR MORTE

A pensão por morte é um benefício previdenciário de beneficiário (a), não necessariamente filiado ou contribuinte, vale dizer, de dependente do titular da filiação, o segurado (a). Surgiu praticamente ao tempo da criação da proteção social. Admite presunção absoluta, de dependência econômica, em favor de certas pessoas sem respaldo na realidade histórica, econômica, sociológica e social.

De acordo com Ivan Kertzman (2010, p.342):

As prestações previdenciárias são os benefícios e os serviços da Previdência Social. Benefícios são prestações em dinheiro aos segurados ou aos seus dependentes. Serviços são prestações não pecuniárias, que buscam, na maioria das vezes, auxiliar o INSS na concessão dos benefícios previdenciários ou intermediar a relação entre o segurado e a Previdência Social. (**Grifo Nosso**)

Podemos dizer que os benefícios previdenciários são prestações pagas em dinheiro aos trabalhadores/contribuintes ou aos seus dependentes. Existem benefícios em que os dependentes ficam a receber o valor remuneratório do trabalhador que, por algum motivo, ficou impedido de realizar o seu trabalho. Outros benefícios são oferecidos como uma complementação sobre o rendimento do trabalho.

Este Programa tem por objetivo garantir o reconhecimento e o pagamento de direitos previdenciários previstos em lei. A Previdência Social constitui a principal política de proteção do trabalhador, garantindo uma renda para sua manutenção, nos casos de perda permanente ou temporária de sua capacidade de trabalho ou aos seus dependentes, no caso de sua morte.

O saudoso doutrinador Wladimir Novaes Martinez (2010, p. 900) afirma:

A pensão por morte é benefício de beneficiário (a), não necessariamente filiado ou contribuinte, vale dizer, de dependente do titular da filiação, o segurado (a). surgiu praticamente ao tempo da criação da proteção social. Admite presunção absoluta, de dependência econômica, em favor de certas pessoas sem respaldo na realidade histórica, econômica, sociológica e social.

Isso nos mostra que o rol de dependentes deveria ser revisto, pois este benefício previdenciário deveria ser um direito para aqueles que não possuem meios necessários para a própria subsistência, descabendo para percipiente de outros benefícios ou rendas. Contudo, tal questionamento apesar de relevante juridicamente, foge ao objetivo do presente trabalho monográfico.

Seguindo a Lei nº. 8.213/91, em seus arts. 74 usque 79 juntamente com o Regulamento da Previdência Social, nos arts. 105 usque 115 tratam sobre o presente tema, ou seja, sobre a pensão por morte na seara previdenciária. Vejamos o que descreve o art. 74 da Lei nº. 8.213/91:

Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data:
I - do óbito, quando requerida até trinta dias depois deste;
II - do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior;
III - da decisão judicial, no caso de morte presumida.

1.1 BENEFICIÁRIOS

Este benefício tem como destinatários, em primeiro lugar, os dependentes presumidos do segurado (a) – cônjuges, companheiros e filhos – e em seguida e concorrentemente, sem a sua admissão prévia da dependência econômica, os pais e irmãos. O seu objetivo é manter o sustento da família com a perda do (a) responsável pelo mesmo (a). Caso seja caracterizado que o contribuinte era casado, mas possuía uma relação com uma companheira, o seu montante será dividido entre elas; conforme o caso, também com os filhos da companheira.

Caracterizando-se a ausência do cônjuge do lar, o dependente apenas terá direito ao benefício caso prove a dependência financeira, valendo a mesma regra para o divorciado ou desquitado. A percepção da pensão alimentícia é o principal meio de prova dessa relação jurídica do distanciamento.

A Lei nº. 8.213/91 descreve o rol de dependentes¹ que são beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, podendo usufruir de alguns benefícios. Nota-se que o rol de dependentes é taxativo, não cabendo ao segurado a livre indicação dos seus dependentes.

Segundo Ivan Kertzman (2010, p. 331):

[...] os dependentes dos segurados não efetuam inscrição prévia no Instituto Nacional do Seguro Social, devendo dirigir-se às agências da Previdência Social, com esta finalidade, apenas no momento do requerimento do benefício a que tiver direito. Os dependentes arrolados, na primeira classe terão prioridade na inscrição, seguidos pelos da segunda e, por último, os da terceira classe.

Na primeira classe estão enquadrados o cônjuge, sendo marido ou mulher; o companheiro e a companheira, que embora não estejam oficialmente casados, vivam juntos com o propósito de constituir uma família, possuindo os mesmos direitos e obrigações, podendo-se ainda incluir nesta classe os parceiros homossexuais, desde que comprovem a vida em comum (GRIFO NOSSO). Aqui, o INSS, de acordo com a Instrução Normativa (IN) 20/07, art. 30, reconhece o direito ao benefício previdenciário de companheiros (as) homossexuais, vejamos:

Art. 30. O companheiro ou a companheira homossexual de segurado inscrito no RGPS passa a integrar o rol dos dependentes e, desde que comprovada a vida em comum, concorre, para fins de pensão por morte e de auxílio-reclusão, com os dependentes preferenciais de que trata o inciso I do art. 16 da Lei nº 8.213, de 1991, para óbito ou reclusão ocorrido a partir de 5 de abril de 1991, ou seja, mesmo anterior à data da decisão judicial proferida na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0.

Continuando com os dependentes da primeira classe, encontramos a ex-mulher e o ex-marido que recebam pensão alimentícia, mas caso esta pensão esteja judicialmente definida; o filho menor de 21 anos, não emancipado, exceto se o motivo da emancipação tenha sido a colação de grau em curso superior; o filho inválido, independentemente da idade, devendo a incapacidade ser

¹ 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;

comprovada através de perícia médica do INSS e os equiparados a filho, seja menor tutelado ou enteado.

Na segunda classe estão os pais que comprovem a dependência econômica e na terceira e última classe, o irmão menor de 21 anos, não emancipado, comprovando dependência econômica e o irmão inválido, independentemente da idade, devendo esta incapacidade ser atestada por perícia médica do INSS e que também comprove a dependência econômica.

1.2 NATUREZA JURÍDICA E A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO

No que tange à natureza jurídica da pensão por morte, Wladimir Novaes (2010, p. 901) descreve “*A pensão por morte é prestação dos dependentes necessitados de meios de subsistência, substituidora dos seus salários, de pagamento continuado, reeditável e acumulável com aposentadoria.*”

A atual redação do Regulamento da Previdência Social², no que diz respeito à data de início do benefício, afirma que todos seguem a regra geral, qual seja, se o requerimento ultrapassar trinta dias, a data da entrega do requerimento – DER – será o marco inicial para a data de início do pagamento – DIP – ainda que a data de início do benefício – DIB – seja fixada no óbito, aplicados os devidos reajustamentos até a data de início do pagamento, não sendo devida qualquer importância relativa ao período anterior à data de entrada do requerimento, de forma que não há que se falar em pagamento do período passado.

Fábio Zambitte Ibrahim (2010, p. 591) leciona afirmando o seguinte:

Isto tem trazido grandes problemas, em especial para os casais idosos, cujo cônjuge sobrevivente, concededor da senha do segurado falecido, continua a retirar normalmente a aposentadoria deste, até porque o valor da pensão é o mesmo, sem solicitar a conversão do benefício de aposentadoria para pensão por morte.

² Art.105. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data: I - do óbito, quando requerido até trinta dias depois deste; II - do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso I; ou III - da decisão judicial, no caso de morte presumida.

É sabido que, quando o INSS toma conhecimento da causa, suspende de imediato a aposentadoria do falecido para conceder a pensão por morte ao dependente, mas a partir do requerimento. Em caso de recebimento impróprio do benefício em questão, todo o dinheiro que for indevidamente sacado pelo dependente deverá ser devolvido ao INSS. Diante de tal situação, vê-se que o ideal seria a legislação determinar, de antemão, a conversão automática da aposentadoria do segurado em pensão por morte, como já se prevê no auxílio-reclusão.

Ainda de acordo com o raciocínio de Fábio Zambitte (2010, p. 592), esta conversão não é vedada, bastando o INSS produzir o requerimento automático do benefício previdenciário em algumas situações, retroagindo a data de início de pagamento ao óbito. Também beira o cômico rotular a conduta do pensionista que retira aposentadoria do cônjuge falecido como estelionato, já que não há qualquer vantagem ilícita sendo obtida (art. 171 do CP), além de evidentemente inexistir o dolo do agente: o valor da pensão é o mesmo da aposentadoria do de cujus.

Destaca-se que o valor deste benefício previdenciário consiste numa renda mensal de 100% do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela que ele teria direito caso estivesse aposentado por motivo de invalidez na data do seu óbito³. É fácil encontrarmos beneficiários que obtiveram o direito de receber a pensão por morte, sendo esta num valor inferior aos 100% do que realmente tem direito, mesmo tendo requerido o benefício antes da Lei nº. 9.032/95.

Ivan Kertzman (2010, p.433) diz:

A concessão da pensão por morte não será protelada pela falta de habilitação de outro possível dependente, e qualquer habilitação posterior que importe exclusão ou inclusão de dependente somente produzirá efeito, a contar da data da habilitação.

Vejamos o que descreve a Lei nº. 8.213/91.

³ Lei nº. 8.213/91, art. 75: O valor mensal da pensão por morte será de cem por cento do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela a que teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data de seu falecimento, observado o disposto no art. 33 desta lei.

Art. 76, caput. A concessão da pensão por morte não será protelada pela falta de habilitação de outro possível dependente, e qualquer inscrição ou habilitação posterior que importe em exclusão ou inclusão de dependente só produzirá efeito a contar da data da inscrição ou habilitação.

Importante destacarmos que somente no ato do requerimento do benefício é possível a inscrição do dependente. Problema comum nos dias atuais é o que acontece com o cônjuge do aposentado já falecido, onde não se informa o óbito ao INSS e se continua realizando os saques mensais do benefício, sem requerer a transformação em pensão por morte. Neste caso, uma vez sendo o INSS informado do óbito do segurado, será realizado o cancelamento do benefício de aposentadoria, fazendo com que os valores sacados anteriormente sejam devolvidos à Previdência Social.

Nota-se que em primeira análise não existe dolo perante o dependente, já que o valor da pensão por morte seria o mesmo do benefício da aposentadoria do seu cônjuge.

Fábio Zambitte (2010, p. 594 e 595) destaca:

Também é importante observar que os dependentes podem obter pensão por morte mesmo após a perda de qualidade de segurado do de cujos, desde que esta já tenha alcançado todos os requisitos da aposentadoria voluntária. Do contrário, não poderão os dependentes conseguir o benefício⁴.

No que concerne ao evento determinante da pensão por morte, são três os eventos, quais sejam: morte, desaparecimento e a ausência. A pensão por morte poderá ser concedida em caráter provisório ou ainda por morte presumida:

I – mediante sentença declaratória de ausência, expedida por autoridade judiciária, a contar da data de sua emissão; ou

II – em caso de desaparecimento do segurado por motivo de catástrofe, acidente ou desastre, a contar da data da ocorrência, mediante prova hábil.

Wladimir Novaes (2010, p.902) descreve que:

⁴ STJ, EREsp 524.006-MG, Rel. Min. Laurita Vaz, julgados em 09/03/2005.

No caso de morte presumida (ausência e desaparecimento), o direito condiciona-se à sentença declaratória da ausência, contada de sua emissão, e, no de desaparecimento, da data do evento. Reaparecendo o segurado, cessam os pagamentos mensais sem necessidade de devolução.

Isto mostra que o benefício segue a regra do direito adquirido, onde o segurado falecendo após a perda da qualidade de segurado, os seus dependentes não poderá usufruir. Mas caso o óbito seja declarado após o preenchimento dos requisitos legais da aposentadoria, ela será mantida.

O cônjuge divorciado, ou separado judicialmente ou de fato, que recebia a pensão alimentícia, passará a receber sua cota de pensão por morte em igualdade de condições com os demais dependentes.

O benefício em tela é cumulável com a aposentadoria, independentemente da sua espécie. O pagamento da cota individual da pensão por morte cessa em quatro ocasiões, quais sejam:

- Pela morte do pensionista;
- Para o pensionista menor de idade, ao completar 21 anos, salvo se for inválido, ou pela emancipação, ainda que inválido, exceto, neste caso, se a emancipação for decorrente de colação de grau científico em curso de ensino superior;
- Para o pensionista inválido, pela cessação da invalidez, verificada em exame médico-pericial a cargo da Previdência Social;
- Pela adoção, para o filho adotado que receba pensão por morte dos pais biológicos.

Com a extinção da cota do último pensionista, a pensão por morte será encerrada. Ou seja, a morte do último pensionista não traz direito à concessão da pensão aos dependentes excluídos à época do óbito.

O dependente menor de idade que se invalidar antes de completar 21 anos deverá ser submetido a exame médico-pericial, não se extinguindo a respectiva cota se confirmada a invalidez. Logicamente que, caso o filho ou irmão, ainda que maior de 21 anos, se tornarem inválidos antes do óbito do segurado, a sua

condição de dependente será mantido, exceto para o irmão, pois a existência de dependente preferencialmente excluirá o seu direito.

1.3 REVISÃO DO BENEFÍCIO

Anteriormente à supracitada lei, o Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁵ já admitia a revisão do benefício, por reconhecer que é favorável ao dependente, dando-se eficácia imediata à nova lei mais benéfica. Nesta mesma linha, o Supremo Tribunal Federal (STF) manifestou-se, in verbis: “o aumento da pensão por morte, previsto na Lei nº. 9.032/95 aplica-se a todos os beneficiários, inclusive aos que já percebiam o benefício anteriormente à edição desse contexto normativo.” Ainda apresenta a Suprema Corte que:

O sistema público de previdência social é baseado no princípio da solidariedade, contribuindo os ativos para financiar os benefícios pagos aos inativos. Se todos, inclusive inativos e pensionistas, estão sujeitos ao pagamento das contribuições, bem como os aumentos de suas alíquotas, seria flagrante a afronta ao princípio da isonomia se o legislador distinguisse, entre os beneficiários, alguns mais e outros menos privilegiados, eis que todos contribuem, conforme as mesmas regras, para financiar o sistema. Se as alterações na legislação sobre custeio atingem a todos, indiscriminadamente, já que as contribuições previdenciárias têm natureza tributária, não há que se estabelecer discriminação entre os beneficiários, sob pena de violação ao princípio constitucional da isonomia. Agravo regimental não provido.⁶

No capítulo seguinte, à luz do aqui exposto, far-se-á uma análise do reconhecimento da união homoafetiva para fins de concessão da pensão por morte.

⁵ Resp 359.370/RN e Resp 263.697/AL, entre outros.

⁶ RE 442048 AgR/PR Rel. Min. Eros Grau, DJ 15-04-05.

2 UNIÃO ESTÁVEL X UNIÃO HOMOAFETIVA

É consabido que uma relação homoafetiva, pela sua natureza atípica, suscita comportamentos novos, incomuns, sem referências antropológicas e que ela obriga análises específicas. Do mesmo modo, a união estável se posiciona muito próxima do casamento e com ele poderia se confundir se fosse arredada a concepção deturpada dos que ainda não abandonam a miopia de sua falsa moralidade.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA NO BRASIL

Antes da Constituição Federal de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro só reconhecia como entidade familiar as relações fundadas no casamento.

As uniões entre homem e a mulher que não resultavam em casamento eram denominadas concubinato.

Dividia-se o concubinato em puro e impuro. O primeiro era integrado por um homem e mulher que viviam juntos sem se casar mas, caso quisessem, poderiam contrair matrimônio, pois não havia entre eles impedimentos matrimoniais. O concubinato impuro era formado por um homem e uma mulher que, mesmo que quisessem, não poderiam se casar, na medida em que havia entre eles algum impedimento matrimonial.

É importante distinguir união estável de concubinato: no concubinato podem ocorrer os efeitos patrimoniais de uma sociedade de fato, sem que existam outros direitos dedicados exclusivamente à união estável, tratada muito proximamente como se matrimônio fosse. Para os efeitos legais, não podemos apenas conceituar concubinos aqueles que mantêm vida marital sem serem casados, mas também aqueles que contraíram matrimônio que não foi reconhecido juridicamente, por mais respeitável que seja perante a consciência dos contraentes, como por exemplo, no casamento religioso.

A entidade familiar reconhecida como tal é a denominada união estável, conforme Sílvio Venosa (2005, p. 446) comenta:

A entidade familiar é conceito mais amplo que família. A expressão foi introduzida pela Constituição de 1988. Sob forte aspecto, a regulamentação da união estável, uma relação de fato, é um paradoxo, pois quem escolhe por assim viver não quer se prender aos formalismos de um ordenamento.

Desse modo, ao contrário da maioria das legislações, o legislador brasileiro optou por uma postura intervencionista na intimidade dos unidos sem casamento, tratando-se de uma publicização na vida privada. Já que de um lado o Direito não pode ignorar os fenômenos sociais, por outro, a excessiva regulamentação impede a liberdade de cada indivíduo.

A Carta Magna de 1988 reconhece o concubinato puro como sendo entidade familiar, denominando-se união estável. O art. 226, §3º da citada Carta estabelece o seguinte:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
(...)
§ 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.

A Lei 9.278/96 que se encontra atualmente revogada, não estabelecia em seu art. 1º o período mínimo de convivência para que fosse reconhecida a união estável. Nesta mesma linha, preceitua o art. 1.723 do atual Código Civil. Não é, pois, o tempo com determinação de números de anos que deverá caracterizar uma relação como união estável, mas outros elementos expressamente mencionados no artigo supracitado.

2.2 NOÇÕES GERAIS DA UNIÃO ESTÁVEL

Uma das principais características da união estável é a ausência do formalismo para a sua constituição. Enquanto o casamento é precedido de um processo de habilitação, como a publicação dos proclamas e de várias outras

formalidades, a união estável independe de qualquer solenidade, bastando o fato da vida em comum.

A união de fato se instaura a partir do instante em que os seus integrantes resolvem iniciar uma convivência como se casado fossem, renovando, todos os dias, tal conduta e recheando-a de afeição e afinidade, com vistas à manutenção da intensidade.

Podemos ainda esclarecer que, não obstante a tônica da união estável seja a informalidade, não podemos afirmar que a entidade familiar se inicie no mesmo instante em que o homem e a mulher passam a conviverem juntos, ou no dia seguinte, tampouco logo após. Deve haver certa duração, ou seja, uma sucessão de fatos e de eventos, a permanência do relacionamento, a continuidade do envolvimento, a convivência more uxório, a notoriedade, ou seja, o somatório dos requisitos objetivos e subjetivos que, de uma visão plenamente jurídica, definem esta situação.

Diante disto, caberá aos conviventes ou até mesmo a qualquer interessado comprovar esta sociedade de fato e a união estável, através dos requisitos da união, bastando também à observância das normas jurídicas para efeito de dissolução, rescisão ou morte de um dos companheiros (Lei nº. 9.278/96 art. 7º, parágrafo único).

Ao contrário do casamento, que se prova mediante a apresentação da respectiva certidão, a união estável é uma união informal, onde se prova pelos requisitos que estão elencados no nosso Código Civil de 2002, art. 1.723, caput, cuja redação é esta: *“Código Civil, art. 1.723: É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na união pública, contínua e duradoura e estabelecida como o objetivo de constituição de família.”*

2.3 REQUISITOS DA UNIÃO ESTÁVEL

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves, “vários são, portanto, os requisitos ou pressupostos para a configuração da união estável, desdobrando-se em subjetivos e objetivos”, sendo:

2.3.1 REQUISITOS SUBJETIVOS:

a) *Convivência “more uxório”*. Envolve a mútua assistência material, moral e espiritual, sendo a troca e soma de interesses da vida em conjunto, atenção e gestos de carinho, ou seja, a somatória de componentes materiais e espirituais que alicerçam as relações afetivas inerentes à entidade familiar. Acontece que a Súmula 382 do STF proclama que “*a vida em comum sob o mesmo teto, more uxório, não é indispensável à caracterização do concubinato.*” Esta súmula fala em concubinato e não em união estável, sendo editada numa época em que se dava ênfase à existência de uma sociedade de fato, de caráter obrigacional, em que pouco importava a convivência sob o mesmo teto para a sua caracterização. Por isso que tem afastado a sua aplicabilidade, por não ter como reconhecer o relacionamento afetivo, mesmo que de longa data, como união estável, se as partes não viviam sob o mesmo teto. Pode acontecer que os companheiros, excepcionalmente, não convivam sob o mesmo teto por motivo justificável, ou seja, por necessidade profissional ou contingência pessoal ou familiar. Nesse caso, desde que, apesar do distanciamento físico, haja entre eles a *affectio societatis*, a efetiva convivência, representada por encontros freqüentes, mútua assistência e vida social em comum, não tendo como se negar a existência da entidade familiar.

b) *“Affectio maritalis”*: Ânimo ou objetivo de constituir família. É absolutamente necessário que haja entre os conviventes, além do afeto, o elemento espiritual caracterizado pelo ânimo, intenção, firme propósito de constituir uma família. Carlos Roberto Gonçalves afirma que:

Não configuram união estável, com efeito, os encontros amorosos nem constantes, ainda que os parceiros mantenham relações sexuais, nem as viagens realizadas a dois ou o comparecimento juntos a festas, jantares, recepções etc., se não houver da parte de ambos o intuito de constituir uma família.

Requisitos dessa situação é a freqüência conjunta a eventos familiares e sociais, mútua dependência econômica, empreendimentos em parceria, contas bancárias conjuntas, manutenção de um lar comum, existência de filhos havidos dessa união dentre outros.

2.3.2 REQUISITOS OBJETIVOS

a) *Diversidade de sexos.* Por se falar em modo de constituição de família que se assemelha ao casamento, a doutrina considera da essência do casamento a heterossexuais e classifica na categoria de ato inexistente a união entre pessoas do mesmo sexo. A diversidade de sexos torna-se pressuposto natural do casamento, a ponto de serem consideradas inexistentes as uniões de homossexuais. A jurisprudência vem reconhecendo tão-somente a existência da sociedade de fato entre sócios, a indicar direitos na participação no patrimônio formado pelo esforço comum e em conjunto de ambos, e não a livre união como entidade familiar. Diante disso, a união de duas pessoas do mesmo sexo (denominada de união homoafetiva) por si só não gera direito algum para elas, independentemente do período de coabitação.

b) *Notoriedade.* O atual Código Civil, em seu art. 1.723 afirma que, para que se configure a união estável, que a convivência, além de contínua e duradoura, seja “pública”. A união poderá ser mantida como sigilosa, “as escondidas”, desconhecida do meio social, requerendo a publicidade deste relacionamento amoroso, que os companheiros se apresentem a sociedade como se fossem marido e mulher. (*more uxório*).

c) *Estabilidade ou duração prolongada.* Sabemos que o código não estabeleceu um prazo determinado de duração da relação para que seja reconhecida como entidade familiar, mas esta estabilidade é indispensável. O que fica marcado é o início do prazo mínimo, a partir do qual se configuraria a união estável, na maioria dos casos. Existe sim um prazo implícito a ser verificado diante de cada situação concreta. Pondera Carlos Roberto Gonçalves que:

Desse modo, deverá o juiz, em cada caso concreto, verificar se a união perdura por tempo suficiente, ou não, para o reconhecimento da estabilidade familiar, perquirido sempre o intuito de constituição de família, que constitui o fundamento do instituto em apreço.

d) *Continuidade*. Diferentemente do casamento, onde o vínculo conjugal é formalmente documentado, na união estável é um fato jurídico, uma conduta, onde a sua solidez é atestada pelo caráter contínuo do relacionamento. É normal existir desavenças, desentendimentos, mas caso o rompimento for sério, perdurando por longo tempo que denote efetiva quebra da vida em comum, então estará rompendo o elo da união estável. Caso num haja tempo bastante para que pudéssemos qualificar como duradouro, então não estaria configurada a união estável, permanecendo na pendência de uma eventual reconciliação, com recontagem do tempo a partir do reinício da convivência. Vai caber ao juiz, depois de ter analisado as características do caso concreto, se a hipótese configura ou não como união estável, mesmo existindo ruptura no relacionamento e posterior reconciliação.

e) *Inexistência de impedimentos matrimoniais*. O §1º do art. 1.723 do CC veda a constituição da união estável “*se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521, ressalvado o inciso VI, que proíbe o casamento das pessoas casadas, se houver separação judicial ou de fato*”. Com isso, não podem constituir a união estável os ascendentes com os descendentes, seja parentesco natural ou civil, os afins em linha reta, ou seja, sogro com nora, sogra com genro, padrasto com enteada, madrasta com enteado, sempre observando que o vínculo de afinidade resulta tanto do casamento como da união estável, como dispõe o art. 1.595, caput, os irmãos, unilaterais ou bilaterais, os colaterais até o terceiro grau e o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra seu consorte.

f) *Relação monogâmica*. O vínculo entre os companheiros deve ser único, em face do caráter monogâmico da relação. Não é admitido que uma pessoa casada venha a constituir outra união estável. A nossa Constituição Federal como também o Código Civil se referem sempre no singular no que tange aos integrantes da união estável. Carlos Roberto Gonçalves relata que:

O vínculo entre os companheiros, assim, tem de ser único, em vista do caráter monogâmico da relação. Pode acontecer, todavia, que um dos conviventes esteja de boa-fé, na ignorância de que outro é casado e vive concomitantemente com seu cônjuge, ou mantém outra união estável.

Este vínculo deverá proporcionar o mútuo respeito, não podendo existir relação adversa, ou seja, fidelidade em si, onde revela a intenção de vida em comum.

2.4 UNIÃO HOMOAFETIVA

Uma descrição da união homoafetiva não guarda maiores dificuldades para os que, historicamente, partiam comparativamente do casamento ou da união estável.

2.4.1 AS GERAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

De suma importância iniciarmos a localização da geração de direitos e garantias fundamentais em que se encontra o respaldo dos direitos inerentes ao casal homoafetivo. Os direitos e garantias fundamentais de primeira geração surgiram após a Revolução Francesa, tendo como característica a passividade do Estado perante a população. Logo, ocorre a aplicação da liberdade entre os indivíduos.

Os direitos e garantias fundamentais de segunda geração preconizam o contrário. Tendo em vista tratar-se de direitos sociais, clamam por uma posição ativa do Estado. Ocorre a promoção da igualdade. Já os de terceira geração, surgidos após a Segunda Guerra Mundial, são corolário do principal princípio constitucional, advém da maioria dos princípios sobre a dignidade humana, e principalmente – não só – nesta dimensão que está a tutela dos interesses dos casais homoeróticos.

No Brasil, as revogadas Constituições receberam uma enorme influência de valores judaico-cristã, e, diante disso, a sociedade aprendeu e passou a rejeitar a atração e união das pessoas do mesmo sexo. Por isso que ainda existem aqueles que privilegiavam o casamento, entidade familiar constituídas sob os moldes formais, ou seja, união de homem e mulher, com respeito às regras.

2.4.2 RELAÇÃO ATUAL SOBRE AS FAMÍLIAS

A contrariu sensu, o conceito de família para o Direito moderno é relativo, sofrendo alterações constantes através do reflexo da própria evolução histórica da sociedade e principalmente dos seus costumes. O certo é que, sob a ótica do final do século XX, as famílias devem se fundar, cada vez mais, em valores existenciais e psíquicos, próprios do convívio próximo, afastando as uniões de valores autoritários.

Dessa forma, toda e qualquer família, ou seja, a relação entre nós humanos é absorvida de afeto (*affectio familiae*) e que se afigure estável (duradoura no tempo) e ostensiva (de caráter público e notório), foi aplicada sob tutela constitucional, onde a interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, tornando restritos os direitos subjetivos. Até mesmo porque não se pode perder o foco do objeto da norma atual que é a família, como valor autônomo, mas sim as pessoas que a compõem, e não como acontecia anteriormente em que a proteção se voltava apenas para a proteção da família fundada no compromisso do casamento.

Deste modo, os tipos de entidades familiares que são explicitamente referidos na nossa Constituição no §3º do art. 226 não são taxativos, senão vejamos:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
(...)

§ 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.

Assim sendo, as entidades familiares (aquelas que preencham os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade) estão constitucionalmente protegidas, como tipos próprios, já que, se num fossem desta forma, estaria aviltada sua dignidade e das pessoas que fazem parte.

O nosso atual sistema jurídico está baseado em princípios constitucionais que informam a igualdade de direitos dos cidadãos com a expressa vedação de tratamentos discriminatórios em razão de raça, sexo, idade e outras diferenças naturais.

Isso se refere ao tratamento que certas classes onde são consideradas como minorias e aparentemente desprotegidas, mas que devem receber, por respeito à dignidade das pessoas, por solidariedade humana e enfoque igualitário, o mesmo tratamento receptivo em que o ordenamento jurídico estabelece para as categorias que são consideradas majoritárias, onde estão elencadas na Carta Magna em seus arts. 1º, III e 5º, conforme consta abaixo:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

(...)

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Na defesa da união homoafetiva, é importante que se faça uma análise sobre os princípios constitucionais que tratam do direito de família, sobretudo ao Direito Civil Constitucional, já que o direito de família encontra respaldo na Lei Maior.

2.4.3 NOÇÕES GERAIS SOBRE UNIÃO HOMOAFETIVA

A união homoafetiva pode ser considerada como uma relação duradoura entre duas pessoas que são capazes, do mesmo sexo, tendo como objetivo constituir uma família, mútua assistência e o respeito aos seus componentes.

Esclarece Wladimir Novaes (2010, p.1029) que:

Assim como nasce, a relação homossexual, ela deixa de existir. Se não for promovida a inscrição ou o registro cartorial, a convicção de ambos os momentos terá de ser produzida por outros meios.

Salienta-se que não é de suma importância o estado civil dos companheiros, mas sim, é comum que ambos estejam solteiros e menos comumente, encontrando-se separados, divorciados.

A atual Constituição junto com o Código Civil não reconheceram de forma expressa a união homoafetiva como entidade familiar. A princípio, deixaram à margem de uma regulamentação jurídica, sendo que no art. 226, §3º da Constituição, explicitamente, descreve o reconhecimento da união estável entre homem e mulher como entidade familiar. Com isso, vê-se que o obstáculo para o reconhecimento da união homoafetiva decorre de expressa disposição legal, por não preencher o requisito “diversidade de sexo”.

No entanto, existem alguns princípios que servirão de norte para romper tal entendimento, mostrando-se válida a união entre pessoas do mesmo sexo, sendo que a Constituição Federal, embora não tenha expressado tal entendimento – até pelo contrário – deu azo para o entendimento a respeito deste assunto.

Não podemos negar a evolução do direito juntamente com a da sociedade, mas a finalidade precípua daquela é regular esta, ou seja, os atos praticados pela sociedade devem estar previstos, explícitos no direito, acompanhando as evoluções.

2.4.4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Dos princípios constitucionais, os que merecem destaque sobre este assunto são os que se referem sobre a isonomia, estado democrático de direito e o da não-discriminação.

O Princípio da Igualdade está vinculado a obrigatoriedade da redução das desigualdades. Assegura a paridade de tratamento entre os membros da

sociedade. A atual Constituição brasileira descreve este princípio⁷, onde não podemos distinguir as pessoas pelo sexo. Também não se devem restringir os direitos da personalidade daqueles que escolheram a opção sexual da homossexualidade, tendo em vista que são direitos personalíssimos, irrenunciáveis, inalienáveis, intransmissíveis, dentre outros.

De acordo com a respeitável civilista Maria Berenice (2001, p. 172):

A Constituição Federal, ao outorgar a proteção do estado à família, reconhecendo como união estável somente o laço entre um homem e uma mulher, ignorando as entidades familiares homoafetivas, infringe a norma que veda qualquer tipo de discriminação, bem como afronta o fundamental princípio constitucional da igualdade, consagrado em regra p etra.

O Princípio do Estado Democrático de Direito se refere ao reconhecimento de toda a sociedade perante o ordenamento jurídico, onde todos convivem apesar da grande diversidade e diferenças ideológicas, culturais, sócio-econ micas, pensamentos. Com isso, apesar desta ampla diversidade e diferenças, toda a sociedade   regida pelo mesmo ordenamento jurídico, cabendo o devido respeito.

No que se refere ao Princípio da Não-Discrimina o, está elencado em vários dispositivos constitucionais⁸ onde todos os cidadãos, sem distin es, exercem de igual modo os direitos inerentes as suas personalidades. Não pode existir a discrimina o das pessoas por op es sexuais para viverem de forma plena e harm nica. Na atual fase evolutiva, não se permite a discrimina o das pessoas por questões de op o sexual.

⁷ Art. 5  Todos são iguais perante a lei, sem distin o de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito   vida,   liberdade,   igualdade,   segurança e   propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obriga es, nos termos desta Constitui o.

⁸ Art. 5 , inciso X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indeniza o pelo dano material ou moral decorrente de sua viola o; XLI - a lei punir  qualquer discrimina o atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII - a prática do racismo constitui crime inafian avel e imprescritível, sujeito   pena de reclusão, nos termos da lei.

2.4.5 FASE EVOLUTIVA DO DIREITO

Diante da nossa atual fase evolutiva do direito, é importante destacarmos a evolução no âmbito do direito de família, desde a consagração da igualdade dos filhos sem que exista a distinção de sua origem, abolida a preconceituosa classificação dos “legítimos” e dos “ilegítimos”, até a extensão dos direitos protetores à união estável, como espécie de família paralela ao casamento.

De acordo com a previsão constitucional quanto à união estável restrita a homem e mulher, com igual referência à diversidade de sexos no artigo 1.723 do Código Civil, resta em aberto no plano jurídico a proteção cabível às pessoas do mesmo gênero que mantenham entre si união afetiva.

Nessa mesma linha de raciocínio, a Constituição Federal, ao alinhar as modalidades de família dignas de proteção jurídica, não afasta outras formas de união com a mesma finalidade da vida em comum e com propósitos de sua realização pessoal, à moda familiar.

Wladimir Novaes (2010, p. 1031), em uma de suas obras jurídicas, trás a seguinte referência sobre os desdobramentos jurídicos sobre a união homoafetiva:

São infindáveis os consectários do reconhecimento na esfera civil, inclusive na ação de sucessão civil, pensão alimentícia, direito de família em geral. Também, no Direito Comercial, do Trabalho, Tributário e Fundiário.

Este assunto vem sendo debatido entre os doutrinadores, assim como no âmbito da construção legislativa, com a criação de projetos sobre a sua regulamentação, onde atualmente se encontra em trâmite no congresso nacional. Nesse sentido, o Projeto de Lei (PL) 2285, de 2007, chamado “Estatuto das Famílias”, em trâmite na Câmara Federal, assenta que a unidade familiar pode ser composta não só pelo casamento e pela união estável como por outras formas de comunhão de vida afetiva, incluindo os relacionamentos estáveis entre pessoas do sexo em comum, com atribuição de efeitos pessoais e familiares aos seus partícipes.

Afirma a doutrinária Maria Berenice (2009, p. 190):

A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não podendo o judiciário se olvidar de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família”, porquanto “a união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de sexos.

Nesse contexto, o conceito de família não está adstrito aos contornos limitados e abstratos da letra fria e seca da lei. A interpretação do caput do art. 226 da Constituição Federal é dado tendo em vista os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica, da liberdade, do direito à personalidade, entre outros comentados anteriormente, uma vez que uma das finalidades do Estado é a realização do bem comum, de possui uma sociedade livre, fraterna, sem discriminação racial, sexual, cor e origem, tratando a sua sociedade sempre como um fim e nunca como um meio.

A Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 4º prescreve que, em caso de omissão de lei, o juiz decidirá de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. Estes princípios que são referidos na LICC estão sendo aplicados para estender as normas do direito de família junto às uniões homoafetivas.

O ordenamento jurídico brasileiro atual é composto de princípios gerais expressos e os não expressos, ou seja, aqueles que se podem tirar por abstração de normas específicas ou não totalmente gerais. Dentre os princípios que norteiam o direito de família, a maioria está elencada na Carta Magna. Diante disso, estamos diante de uma verdadeira lei, de um dogma, onde não podemos afirmar que existe uma lacuna na lei em face da não contemplação da homoafetividade como união estável.

Hodiernamente, sobretudo sob o ângulo do direito pós-positivista, pode ser entendido que os princípios estão implícitos tanto no conceito de lei quanto no de princípios gerais do direito, em que é exatamente na nossa Carta Magna que este raciocínio pós-positivista ganha força, em que se afirma cujos princípios são vistos com efetiva juridicidade, analisados como leis vinculantes, como quaisquer outros preceitos normativos.

3 O RECONHECIMENTO DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO A COMPANHEIRO HOMOSSEXUAL

“A Justiça não pode seguir dando respostas mortas a perguntas vivas.” O entendimento é da juíza da 5ª Vara Estadual de Belo Horizonte, Mariângela Meyer Pires Faleiro, ao analisar o pedido de pagamento de pensão de companheiro homossexual pela morte de um servidor público.

3.1 HISTÓRICO

A homossexualidade faz parte da história da humanidade desde a antiguidade, sendo interpretada e explicada de várias maneiras, sendo jamais ignorada. Na Grécia antiga, a livre escolha e exercício da sexualidade eram favoráveis para aqueles bem nascidos e fazia parte da história e do cotidiano dos reis, heróis e deuses. A mitologia grega retratou famosos casais que eram homossexuais, como por exemplo, Zeus com Gamimede, Aquiles com Patroclo, dentre outros. Para a os gregos, na época a heterossexualidade era vista como uma necessidade reservada a reprodução dos seus povos, ao passo que, a homossexualidade era vista como uma necessidade natural, digna de ambientes cultos; uma legítima manifestação da libido. Outro exemplo sobre a homossexualidade na antiga civilização grega eram as representações teatrais, em que os homens sempre desempenhavam os papéis femininos, utilizando as vestimentas femininas.

Pode-se afirmar que o preconceito que existe pela grande parte da humanidade sobre a homossexualidade advém das religiões, do vínculo religioso-cultural, onde surgiu a censura aos chamados pecados da carne. É notório o conhecimento de que a igreja católica condena a homossexualidade, renovando sua aprovação e apoio no que se refere às relações heterossexuais dentro do âmbito familiar, classificando a contracepção e a homossexualidade como condutas moralmente inaceitáveis, que deforma, alteram o real significado da sexualidade.

Ser membro de uma união homoafetiva significa ser membro da união de pessoas do mesmo sexo. A busca pelo amor, pela correspondência de sentimento, pela felicidade se concretiza com a existência de outra pessoa, fazendo com que se tornem um casal. Essa busca pelo amor que citamos, juntamente com a evolução da sociedade, levou ao surgimento de novas famílias, que floresceram mais pelo afeto, sentimento.

Devemos respeitar aqueles que encontraram a sua felicidade, onde buscam construir o seu mundo na particularidade da união entre eles. Diante disso, não é dever do Estado em criar ou simplesmente ditar normas e regras para o cidadão que busque a efetivação do seu sentimento. Até porque as regras que regem a sociedade, na medida em que a sociedade evolui, são engessadas e condenam ao silêncio, onde toda a relação que não seja vista como convencional, a explicitação destas relações que rompem com a “ditadura do convencional”. Então, quando se refere à família, conseqüentemente, está se falando de uma união estável que pode ser entre casais de sexo oposto ou não.

3.2 O RECONHECIMENTO

Em termos de pensão por morte a companheiro homossexual, podemos considerar que a Previdência Social está na frente quando comparamos aos demais órgãos públicos, já que os inclui no rol dos dependentes preferenciais de Classe I, ao lado do cônjuge, do filho não emancipado menor de 21 anos e do dependente inválido.

No final do ano de 2005, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), realizou um julgamento inédito para a Justiça Brasileira. A corte reconheceu o direito de um homossexual a receber a pensão por morte do companheiro com quem conviveu durante 18 anos⁹. O acórdão considerou discriminatório pretender excluir parte da

9 STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 395904 RS 2001/0189742-2. Ementa - RECURSO ESPECIAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. PARTE LEGÍTIMA. Julgamento: 13/12/2005

sociedade - aqueles que têm relações homoafetivas - da tutela do Poder Judiciário sob o argumento de não haver previsão legal para a hipótese.

Esta decisão mostrou que não se trata sobre Direito de Família, mas sim de Direito Previdenciário. O STJ, através da sua sexta turma, não atendeu ao recurso interposto pelo Instituto Nacional de Seguro Social (INSS), onde pretendia reformar decisão de segunda instância da Justiça Federal gaúcha. O acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Porto Alegre) apreciou que a lacuna existente na legislação que trata sobre a relação de dependência entre pessoas do mesmo sexo que convivem como em um casamento não poderia ser um obstáculo para o reconhecimento dessa relação jurídica.

O INSS alegou ao STJ que a Lei nº 8.213 /91 foi afrontada pela decisão do TRF, uma vez que a lei considera companheiro ou companheira a pessoa que, mesmo sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada. Dessa forma, no entender do Instituto ora apelante, a citada lei não protegia os homossexuais. O referido instituto ainda argumentou que faltaria legitimidade ao Ministério Público para atuar como parte na ação. Porém o relator do recurso especial, ministro Hélio Quaglia Barbosa, admitiu a legitimidade do Ministério Público, pois o processo trata da busca por tratamento igualitário quanto aos direitos fundamentais elencados na Constituição Federal. O ministro relator destacou que são beneficiários do segurado aqueles que, no momento do seu falecimento, quem seriam os seus dependentes, sendo que o benefício visa suprir as necessidades econômicas desses dependentes.

Consta também que em dezembro de 2007, a Comissão de Trabalho da Câmara dos Deputados aprovou a inclusão do companheiro ou da companheira homossexual dos segurados do INSS como dependente na seara previdenciária. Esta aprovação obteve como resultado, a alteração da Lei de Benefícios da Previdência Social (Lei nº 8.213/91), onde não podemos olvidar que esta aprovação foi conturbada.

Essa inclusão também foi tratada no julgamento de uma Ação Civil Pública ajuizada no Rio Grande do Sul¹⁰ onde o mérito da ação se referia a garantia do direito sobre o tema em tela, encontrando-se atualmente na Instrução Normativa INSS/PRES n.º 20 de 10 de outubro de 2007.

Vejamos o que reza o art. 30 da presente instrução normativa:

Art. 30. O companheiro ou a companheira homossexual de segurado inscrito no RGPS passa a integrar o rol dos dependentes e, desde que comprovada a vida em comum, concorre, para fins de pensão por morte e de auxílio-reclusão, com os dependentes preferenciais de que trata o inciso I do art. 16 da Lei n.º. 8.213, de 1991, para óbito ou reclusão ocorrido a partir de 05 de abril de 1991, ou seja, mesmo anterior à data da decisão judicial proferida na Ação Civil Pública n.º. 2000.71.00.009347-0.

3.3 DOCUMENTAÇÃO NECESSÁRIA

A Previdência Social descreve quais sejam os documentos necessários para a inclusão do companheiro (a) como dependentes do benefício de pensão por morte, senão vejamos:

- Declaração de Imposto de Renda do segurado, em que consta o interessado como seu dependente;
- Disposições testamentárias;
- Anotação constante na Carteira Profissional - CP e/ou na Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS, feita pelo órgão competente;
- Declaração especial feita perante tabelião (escritura pública declaratória de dependência econômica);
- Anotação constante de ficha ou Livro de Registro de empregados;
- Prova de mesmo domicílio;

¹⁰ AÇÃO CIVIL PÚBLICA - TUTELA IMEDIATA - INSS - CONDIÇÃO DE DEPENDENTE - COMPANHEIRO OU COMPANHEIRA HOMOSSEXUAL - EFICÁCIA ERGA OMNES - EXCEPCIONALIDADE NÃO VERIFICADA - SUSPENSÃO INDEFERIDA

- Prova de encargos domésticos evidentes e existência de sociedade ou comunhão nos atos da vida civil;
- Procuração ou fiança reciprocamente outorgada;
- Conta bancária conjunta;
- Registro em associação de qualquer natureza onde conste o interessado como dependente do segurado;
- Apólice de seguro da qual conste o segurado como instituidor do seguro e a pessoa interessada como sua beneficiária;
- Ficha de tratamento em instituição de assistência médica da qual conste o segurado como responsável;
- Escritura de compra e venda de imóvel pelo segurado em nome do dependente;
- Quaisquer outros documentos que possam levar à convicção do fato a comprovar;

Salienta-se que estes requisitos supracitados não são taxativos nem cumulativos. Portanto, caso algum destes requisitos sejam indeferidos, qualquer outro meio de prova, tanto na seara administrativa da previdência como na judicial poderá ser analisado.

Quem também acompanhou o entendimento da IN 20 do INSS foi a juíza da 5ª Vara Estadual de Belo Horizonte, Mariângela Meyer Pires Faleiro, quando analisou o pedido de pagamento de pensão de companheiro homossexual pela morte de um servidor público. A magistrada reconheceu a união homoafetiva e impôs ao INSS o pagamento da pensão ao companheiro, no valor integral dos vencimentos que o ex-servidor recebia à época da morte. De acordo com os documentos probatórios que constavam na exordial, os companheiros homossexuais tiveram uma vida em comum e duradoura desde a década de 1970 até a morte do ex-servidor no início de 2005. Ao longo deste período, conviveram no mesmo imóvel, compartilhando as despesas e possuíam conta conjunta, constando também o pleno conhecimento da relação de ambos pelos vizinhos e familiares.

A Magistrada afirmou que, embora este fosse o primeiro caso dessa natureza que ela analisaria nos seus 16 anos de magistratura, a Justiça não poderia e não deveria se esquivar da obrigação de prestar o amparo jurisdicional, onde este seria um caso essencialmente interpretativo. A mesma rebateu a afirmação do Estado, afirmando que não existe uma legislação específica para o caso concreto, vejamos:

A mudança introduzida na legislação estadual no ano de 2000, ao abranger o rol de beneficiários no artigo 7º, inciso I, da Lei 9.380/86, não cuidou de discriminação quanto à opção sexual, posto que ao se referir à entidade familiar, não quis dizer apenas a entidade familiar tradicional. O Poder Judiciário tem que ser independente e ter a coragem de inovar, de enfrentar os tabus e de reconhecer a realidade dos fatos que estão batendo à sua porta, adequando a eles a legislação existente.

A juíza Mariângela Meyer mencionou o art. 201 da Carta Magna Brasileira e os arts. 215 e 217 da Lei 8.112/90, que tratam dos beneficiários de pensões, alegando que *“tem-se que os artigos mencionados não tratam clara e expressamente da possibilidade de que os companheiros sejam de sexos diferentes, mas também não vedam que tenham o mesmo.”* Analisaremos os artigos supracitados:

Constituição Federal, art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

- I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;
- II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;
- III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;
- IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;
- V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

Lei nº 8.112/90, art. 215. Por morte do servidor, os dependentes fazem jus a uma pensão mensal de valor correspondente ao da respectiva remuneração ou provento, a partir da data do óbito, observado o limite estabelecido no art. 42.

Art. 217. São beneficiários das pensões:

- I - vitalícia:
 - a) o cônjuge;
 - b) a pessoa desquitada, separada judicialmente ou divorciada, com percepção de pensão alimentícia;

- c) o companheiro ou companheira designado que comprove união estável como entidade familiar;
- d) a mãe e o pai que comprovem dependência econômica do servidor;
- e) a pessoa designada, maior de 60 (sessenta) anos e a pessoa portadora de deficiência, que vivam sob a dependência econômica do servidor.

Como a Constituição Federal veda qualquer tipo de discriminação¹¹ o fato de inexistir previsão legal de união homoafetiva não impede seu reconhecimento, como de fato tem ocorrido. Ainda que tal situação possa causar estranheza e até mesmo repulsa, não pode o direito fechar-se à realidade social, deixando pessoa sem a devida cobertura previdenciária, em razão de sua opção sexual.

3.4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Por fim, registramos inúmeras decisões dos Tribunais Pátrios que reconhecem o direito do companheiro homossexual a receber a pensão por morte do segurado da previdência, vejamos:

Tribunal Julgador: TJMG
Número do processo: 1.0481.08.087969-7/001(1) Numeração Única: 0879697- 37.2008.8.13.0481
EMENTA:
PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE – POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - UNIÃO HOMOAFETIVA - COMPROVAÇÃO - REQUISITOS PREENCHIDOS - CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. – Comprovada a existência de união homoafetiva entre a autora e a segurada falecida, tendo em vista o relacionamento amoroso e a longa convivência comum e sob o mesmo teto, bem como a dependência econômica e o caráter de entidade familiar externado na relação, é de se reconhecer à companheira sobrevivente o direito de receber o benefício previdenciário de pensão por morte. Data do Julgamento: 27/04/2010 Data da Publicação: 18/06/2010

Tribunal Julgador: TJMG
Apelação Cível nº. 1.0024.04.519120-2/001
EMENTA:
UNIÃO HOMOAFETIVA – PENSÃO PARA SOBREVIVENTE – POSSIBILIDADE LIMITADA À VERIFICAÇÃO DA DEPENDÊNCIA E DA MÚTUA COOPERAÇÃO – EQUIPARAÇÃO A FAMÍLIA E À UNIÃO

¹¹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

ESTÁVEL – DIVISÃO DOS BENEFÍCIOS – PREVISÃO NO ESTATUTO – POSSIBILIDADE. – É possível o pedido de pensão pelo companheiro sobrevivente, no plano de pensão e previdência privada de que era titular o falecido, em razão da união de fato, homoafetiva, cabendo provarem-se a dependência e demais requisitos, o que ocorreu in casu. – Pode a parte sobrevivente postular pensão e demais direitos correlativos, em razão de falecimento do companheiro de união homoafetiva, ao influxo do princípio constitucional da não-discriminação e por aplicação analógica do art. 226, §3º, da CF, bem como do art. 1º da Lei 9.278/96, atribuindo-se a tal união a mesma cidadania de relação familiar, o que não significa caracterizá-la como entidade familiar, mas, tão-só, dar-lhe um conteúdo de similaridade com o qual possa assegurar plenos direitos patrimoniais aos parceiros. – A pensão e o pecúlio por morte, havendo previsão no estatuto da previdência privada, devem ser divididos em parcelas iguais entre os beneficiários do falecido. Data do Julgamento: 08/02/2010 Data da Publicação: 09/02/2010

Tribunal Julgador: TJSP
AC-Rev. 842.597-5/8-00; Ac. 3634272

EMENTA:

Funcionário público municipal. Pensão por morte. Relação homoafetiva. Prova segura feita por meio de decisão transitada em julgado, proferida em ação de reconhecimento de sociedade de fato. Inteligência do art 223,§ 3o, da constituição federal, com relação às relações homossexuais e seu direito como entidade familiar. "Por ser a pensão por morte um benefício previdenciário, que visa a suprir as necessidades básicas dos dependentes do segurado, no sentido de lhes assegurar a subsistência, há que interpretar os respectivos preceitos partindo da própria Carta Política de 1988 que, assim estabeleceu, em comando específico "Art 201 - Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a [] V – pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto no § 2o 7 - Não houve, pois, de parte do constituinte, exclusão dos relacionamentos homoafetivos, com vista à produção de efeitos no campo do direito previdenciário, configurando-se mera lacuna, que devera ser preenchida a partir de outras fontes do direito. Data do Julgamento: 09/06/2009

Tribunal Julgador: TJRJ
Apelação Cível n.º 2009.001.18566

EMENTA:

MANDADO DE SEGURANÇA. PAGAMENTO DE PENSÃO POR MORTE DE COMPANHEIRO HOMOAFETIVO. ORDEM CORRETAMENTE CONCEDIDA. A falta de previsão expressa, ao tempo do óbito do ex-servidor, não pode ser interpretada em desfavor de seu companheiro. Aplicação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, na medida em que as relações afetivas, sejam homo ou heterossexuais, são baseadas no mesmo suporte fático. Desnecessária prova de dependência econômica. Desprovimento do recurso autárquico. Data do Julgamento: 04/06/2009

Tribunal Julgador: TJRJ
Apelação Cível nº. 2009.001.18566

EMENTA:

Embargos de declaração. Mandado de Segurança. Pagamento de pensão por morte de companheiro homoafetivo. Ordem corretamente concedida, confirmada pelo acórdão embargado. Matéria devidamente apreciada. Inexistência de obscuridade, contradição ou omissão. O recurso de embargos de declaração não é meio adequado para se rediscutir questões já decididas, mesmo para fins de pré-questionamento. Recurso conhecido e improvido. Data do Julgamento: 12/05/2009

Tribunal Julgador: TJSP
Apelação Cível com Revisão nº. 822.918-5/1-00

EMENTA:

Pensão por morte - Relação homoafetiva. Lei 498/2006 reconhece o direito pleiteado. A recusa ofende os princípios constitucionais de dignidade humana, isonomia e liberdade. "Não basta equiparar as pessoas na lei ou perante a lei, sendo necessário equipará-las, também, perante a vida, ainda que minimamente. Recurso provido. Data do Julgamento: 02/12/2008

Tribunal Julgador: TJRN
REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL Nº
2008.005717-5

EMENTA:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE PENSÃO POR MORTE COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. CAUSA DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. PRETENSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. POSSIBILIDADE. PREVISÃO LEGAL EXPRESSA. REVOGAÇÃO POSTERIOR. DIREITO ADQUIRIDO. APLICAÇÃO E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. RECONHECIMENTO DO DIREITO ALMEJADO. SENTENÇA MANTIDA.
1. Em se tratando de causa de natureza previdenciária, é possível a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, porquanto não incidem as vedações da Lei nº 9.494/97. 2. A revogação de lei municipal previdenciária por norma posterior, não retira o direito à concessão do benefício da pensão por morte de companheiro homossexual, já assegurado sob a vigência da lei anterior revogada, em face do direito adquirido. 3. Ademais, ainda que não houvesse norma expressa sobre o direito ao benefício previdenciário do companheiro homossexual, ainda assim poderia o julgador interpretar as disposições normativas da Constituição Federal, através de seus princípios, que em sua essência reconhecem os direitos oriundos das relações homoafetivas. 4. Conhecimento e improvimento da remessa necessária e do recurso voluntário. Data do Julgamento: 14/10/2008

Tribunal Julgador: TJPE
Embargos de Declaração nº 154162-8/01
EMENTA:

Constitucional e Civil – Reconhecido o direito de se receber pensão pela morte do companheiro – União homoafetiva – Embargos de declaração – Contradição inexistente – Normas que disciplinam o setor de previdência privada devem ser adequados ao Princípio Constitucional da Igualdade – Obscuridade – Não configurada – Por óbvio, a pensão por morte é devida ao companheiro ou companheira do mesmo sexo ou de sexo oposto – embargos não providos – decisão unânime. Data do Julgamento: 19/06/2008

Tribunal Julgador: TJAC
Acórdão nº 4.664
Reexame Necessário nº 2007.001819-4
EMENTA:

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO: DIREITO À PENSÃO POR MORTE; RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO; POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. 1. - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais devem ter, necessariamente, aplicação imediata, não carecendo da mediação concretizadora do legislador ordinário, para serem diretamente eficazes e conformadoras do nosso sistema normativo, inclusive previdenciário. 2. - A bem da verdade, os direitos, liberdades e garantias não dependem de intervenção legislativa, prevalecendo, inclusive, contra a lei, quando esta introduz preceito discriminatório, em nítida desconformidade com a Carta Magna. 3. - Exatamente por isso, quando o art. 201, V, da Lei Fundamental, estabelece a pensão por morte do segurado, mencionando “homem ou mulher”, “cônjuge ou companheiro e dependentes”, é claro que não exclui as relações homoafetivas, pois não poderia a seção relativa à Previdência Social ser interpretada em desarmonia com o princípio da dignidade da pessoa humana, que não autoriza nem endossa qualquer tratamento discriminatório com base na opção sexual do segurado. 4. - A salvaguarda dos direitos fundamentais, que constitui um dos objetivos da nossa República, segundo a dicção do art. 3º, IV, da Carta Magna, conduz, necessariamente, à idéia de unidade valorativa do texto constitucional, que não contém, nem pode conter, normas ou princípios isolados, e muito menos que recebam interpretação conflitante ou antinômica com princípios constitucionais sensíveis, como a dignidade da pessoa humana. 5. -

Se a Constituição da República, ao estabelecer os direitos e garantias individuais, proibiu qualquer tipo de discriminação, inclusive de sexo, não se pode interpretar o art. 201, V, com os olhos da mediocridade, adotando-se um pensamento reducionista e restritivo, que menoscaba os direitos fundamentais de cidadãos brasileiros e estrangeiros, com base apenas em sua opção sexual e afetiva. 6. - É preciso harmonizar o sistema previdenciário, que tem natureza puramente contributiva, com a proibição ao tratamento discriminatório, e isso só pode ser feito se revisitarmos o conceito de união estável, que não pode ser excludente das relações homoafetivas, sob pena de se erigir um preconceito em definição de entidade familiar. 7. - Por isso, o conceito de união estável, para estar em harmonia com o princípio da prevalência da dignidade da

pessoa humana, que recebeu proteção diferenciada do Constituinte, deve ser interpretado de forma a dar vida aos direitos que resultam das relações homoafetivas. 8. - Portanto, qualquer interpretação reducionista, enfim que restrinja o conceito de entidade familiar à relação do homem com a mulher, constitui, na verdade, um absoluto desrespeito aos direitos fundamentais de cidadãos brasileiros, que também contribuem para o sistema previdenciário, e têm direito de inscrever o seu companheiro ou companheira como dependente, se atendidos, no que couber, os pressupostos exigidos dos casais heterossexuais. Data do Julgamento: 25/09/2007

Tribunal Julgador: TJRO
AC 0306550-68.2008.8.22.0001

EMENTA:

Apelação cível. Reconhecimento de união homoafetiva. Princípios fundamentais. Direito à pensão por morte. Dependência presumida. Demonstrada a convivência entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, é de ser atribuída normatividade idêntica à da união estável ao relacionamento afetivo entre homem e mulher, com os efeitos jurídicos daí derivados, evitando-se que, por conta do preconceito, sejam suprimidos direitos fundamentais das pessoas envolvidas. É devida a pensão por morte ao companheiro, quando comprovada, por indícios complementados com prova testemunhal, o relacionamento homoafetivo estável até o óbito, caso em que se presume a dependência econômica. Data do Julgamento: 18/05/2010.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do estudo detalhado para a elaboração deste trabalho, sendo calcado nas razões e constatações expostas, entende-se que o Estado não pode impor à sociedade normas que tenham como fim precípua regular parâmetros de felicidade ou amor entre os iguais, mas que cabe a ele, Estado, o dever jurídico de editar leis que reconheçam os direitos oriundos desta união, sempre em respeito à dignidade da pessoa humana e aos princípios constitucionais que são fundamentais para o Estado de Direito Democrático, quais sejam: da liberdade e igualdade.

Hoje, a família é plural em vista da multiplicidade dos seus modelos de organização e de reorganização. Assim, a pluralidade dos arranjos que se superpõem nos dias atuais está marcada por mudanças estruturais na família, mudanças essas responsáveis pela aparição de novas configurações familiares.

As transformações sociais afetam a família, seja ela brasileira ou alienígena, nas suas diversas formas, direcionando-a para a realização pessoal de seus membros. Essas mudanças significam a superação do modelo tradicional de família, substituindo-o pela concepção contemporânea das relações familiares.

A família contemporânea não corresponde mais àquela formatada pelo Código Civil de 1916, constituída por pai e mãe, unidos pelo casamento regulado pelo Estado, e sua prole, a qual era conferida — e somente a ela — a condição de filiação legítima. Formadas extra matrimonialmente, a família e a filiação eram tidas como ilegítimas.

O grande número de famílias não matrimonializadas, oriundas de uniões estáveis, ao lado das famílias mono parentais, denota a abertura das possibilidades às pessoas, para além de um único modelo de família.

É viável e plausível que duas pessoas do mesmo sexo mantenham vida comum sob o mesmo teto com o fim de partilharem dessa convivência entre si. Se há o sentimento de afeição comum, então devem viver juntas.

Assim, das uniões homogêneas originam-se certos direitos de natureza patrimonial, que estão sendo cada vez mais reconhecidos pela jurisprudência. Não obstante, o reconhecimento como entidade familiar ainda está distante de ocorrer.

Nesta seara a união homoafetiva tem que ser vista sob o prisma de entidade específica, sendo velada pela Constituição por ser fundamentado na dignidade da pessoa humana e no rol dos direitos fundamentais, onde cada ser humano é fim em si mesmo. A própria Constituição afirma que a dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado brasileiro, chegando à conclusão de que o Estado existe em função de todos os seus cidadãos e não de forma contrária, promovendo o bem de todos sem distinção de origem, sexo, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, já que os direitos fundamentais ora defendidos pela Carta Magna são consubstanciados na igualdade, liberdade e proibição da discriminação em função da orientação sexual de cada um.

No que tange à natureza jurídica da pensão por morte, esta é uma prestação para os dependentes necessitados por meios de subsistência, substituidora dos seus salários, de pagamento continuado, reeditável e acumulável com aposentadoria.

O companheiro ou a companheira homossexual de segurado inscrito no RGPS passa a integrar o rol dos dependentes e, desde que comprovada a vida em comum, concorre, para fins de pensão por morte e de auxílio-reclusão, com os dependentes preferenciais de que trata o inciso I do art. 16 da Lei nº 8.213, de 1991

A Previdência Social, diante da evolução social, passou a reconhecer esta união, onde, através da sua Instrução Normativa nº 20, incluiu em seu rol o companheiro homossexual como dependente da Classe I, sendo que, no caso dos (as) companheiros (as) homossexuais, deve-se apenas comprovar a união estável, o que atualmente pode ser realizado de diversas maneiras e, mesmo que referidas provas não sejam admitidas administrativamente pelo INSS, a pretensão poderá ser perseguida judicialmente, possuindo, hodiernamente, diversos entendimentos de tribunais pátrios reconhecendo o direito da concessão do benefício previdenciário da pensão por morte aos companheiros homossexuais,

garantindo assim a concretização dos valores constitucionais que regem o nosso Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Jus. Notícias, 2005. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/141096/homossexual-tem-direito-a-pensao-por-morte-de-companheiro> > Acesso em: 12 de Novembro de 2010.

DIAS, Maria Berenice. União Homoafetiva - o preconceito & a justiça. 4. ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

_____. Decreto nº. 3.048 de 06 de Maio de 1999. Trata sobre o Regulamento da Previdência Social.

_____. Instrução Normativa INSS/PRES nº. 20, de 10 de Outubro de 2007.

_____. Lei nº. 8.213 de 24 de Julho de 1991.

_____. Lei nº. 10. 406 de 10 de Janeiro de 2002 (Rege o Novo Código Civil Brasileiro)

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume VI: direito de família / Carlos Roberto Gonçalves - 4. ed. - São Paulo: Saraiva 2007.

HOMOAFETIVO, Direito. Consolidando Conquistas. 2009. Disponível em: < <http://www.direitohomoafetivo.com.br/JurisprudenciaList.php?idJurisAssunto=21> > Acesso em: 12 de Novembro de 2010.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário / Fábio Zambitte Ibrahim - 15. ed. - Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2010.

JÚNIOR, Adalberto César Pereira Martins. O RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: SUPERANDO O POSITIVISMO JURÍDICO E COMPREENDENDO O CONCEITO DE FAMÍLIA PARA ALÉM DA NORMA. Conpedi, 2009. Disponível em: < http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/adalberto_cesar_martins_junior.pdf > Acesso em: 15 de Outubro de 2010.

JURÍDICO, Consultor. Disponível em: < http://conjur.com.br/2006-jul-11/inss_pagar_pensao_morte_companheiro > Acesso em: 12 de Novembro de 2010.

KERTZMAN, Ivan. Curso Prático de Direito Previdenciário. 7ª Edição, Revista, ampliada e atualizada. Salvador/BA: Editora JusPodivm, 2010.

LIMA, D.L.C. O Direito do Homossexual à Pensão Por Morte do Companheiro. JurisWay, 2009. Disponível em: < http://jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1117 > Acesso em: 29 de Outubro de 2010.

LIMA, D.L.C. O Direito Do (A) Homossexual À Pensão Por Morte Do (A) Companheiro (A) No Regime Geral E Regimes Próprios De Previdência Social. Artigonal, 2009. Disponível em: < <http://www.artigonal.com/doutrina-artigos/o-direito-doa-homossexual-a-pensao-por-morte-doa-companheiroa-no-regime-geral-e-regimes-proprios-de-previdencia-social-836251.html> > Acesso em: 02 de Novembro de 2010.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. Curso de direito previdenciário / Wladimir Novaes Martinez - 3. ed. - São Paulo: Editora Ltr, 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da Seguridade Social. 29. ed. - São Paulo: Editora Atlas, 2010.