

Direito previdenciário na união homossexual*

Gláucio Maciel Gonçalves**

A Constituição brasileira, no seu art. 194, define a seguridade social como um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à assistência e à previdência sociais. O direito à saúde é direito de todos os indivíduos, a ser prestado pelo Estado, por meio de um sistema único, independentemente de qualquer contribuição específica. O direito à assistência social tem por objetivo ajudar os hipossuficientes e, por isso mesmo, dispensa, igualmente, pagamento por parte do assistido, a fim de usufruir benefícios previstos na lei de regência — Lei 8.742/1993 —, notadamente o direito a um salário mínimo mensal da pessoa portadora de deficiência que não tenha condições de desenvolver atividades laborativas e do idoso maior de 65 anos, desde que a renda *per capita* familiar mensal seja inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo. Sendo direitos usufruídos pelos próprios indivíduos, não derivados de uma união com outra pessoa, seu gozo independe de sua orientação sexual.

O regime previdenciário, por sua vez, é um regime cuja característica principal, sob o ponto de vista de sua receita, é a contributividade, ou seja, só terá direito a determinadas prestações previstas pela lei aquele que contribuir, ainda que em parte, para um fundo específico. No Brasil, são dois os regimes previdenciários: o obrigatório e o facultativo, sendo que o obrigatório subdivide-se em regime geral de previdência social, que atinge principalmente os trabalhadores privados e os autônomos, a cargo do INSS – Instituto Nacional do Seguro Social –, e regime próprio para os servidores públicos da União, dos estados-membros e dos municípios. Cada um tem princípios e regras próprios. O regime facultativo é o regime complementar de previdência, ao qual cada um contribui visando a proporcionar, no futuro, uma renda maior.

Os benefícios previdenciários mais comuns são as aposentadorias (por tempo de contribuição, por idade, por invalidez e especial), o auxílio-doença, o auxílio-acidente, o salário-família, o salário-maternidade, a pensão por morte, o auxílio-reclusão e o auxílio-funeral. Tratando-se de um sistema contributivo, se a pessoa, vinculada a um dos regimes de previdência, satisfaz o requisito para sua percepção, como, por exemplo, contribuir com mais de trinta anos de serviço, estar doente, ter sofrido um acidente em serviço ou ter filhos, tem ela direito a um dos mencionados benefícios. Da mesma forma que o direito à assistência social e o direito à saúde, para a percepção de alguns benefícios previdenciários não importa a orientação sexual daquele que contribui.

O problema surge quando o direito ao benefício previdenciário é derivado, ou seja, não é percebido pelo próprio contribuinte, mas por sua família. É o caso da pensão por morte, do auxílio-reclusão e do auxílio-funeral, devidos sempre à família do contribuinte, então segurado do regime geral ou servidor público. Daí a necessidade de verificação se o companheiro ou a companheira homossexual pode concorrer aos benefícios como se sua relação fosse equiparável à união estável ou como se ambos constituíssem uma família.

A Constituição, no art. 226, diz que a família é a base da nossa sociedade e, por isso, tem especial proteção do Estado. Trata do casamento e dá enfoque à união estável, dizendo que ela também goza de proteção estatal, mas a definindo como a união entre o homem e a mulher.

A mencionada norma, que estabelece como união estável a união entre o homem e a mulher, não entre duas pessoas, é do texto originário da Constituição. Assim, nos termos de precedentes do Supremo Tribunal Federal, que incorporaram na jurisprudência clássica teoria, não é possível cogitar de sua inconstitucionalidade frente aos princípios da igualdade ou da dignidade da pessoa humana, já que é defeso falar de normas constitucionais originárias inconstitucionais.

Como, então, conciliar a realidade — diversas uniões entre pessoas do mesmo sexo, que algumas ve-

* Texto-base de palestra proferida no dia 24/08/2006, no Seminário Homossexualidade e Direito, promovido pelo Movimento Gay Mineiro, durante a 9ª Rainbow Fest, em Juiz de Fora.

** Juiz Federal da 1ª Vara de Juiz de Fora, especializada em matéria previdenciária e em juizado especial federal. Mestre e Doutorando em Direito pela UFMG. Ex-professor do Uniceub/DF, da Faculdade de Direito Milton Campos/MG, da UFMG e da UFPA.

zes duram até mais que uniões heterossexuais — com a norma supostamente impeditiva do reconhecimento do companheiro ou da companheira sobrevivente à pensão por morte ou ao auxílio-funeral, previsto se se tratar de servidor público civil e militar federal, ou mesmo do companheiro ou companheira em caso de prisão do outro?

Simple: embora não seja possível, em razão da política do legislador constituinte de classificar a união homossexual como união estável, tendo em vista que esta, por força do § 3º do art. 226 da Constituição, é somente entre o homem e a mulher, basta qualificar a união homossexual como família. Como família, a Constituição a protege no *caput* do art. 226, ainda que não a conceitue, o que também não é papel de uma constituição.

A união entre pessoas do mesmo sexo, conquanto não configure união estável, é protegida pela norma jurídica, por constituir um núcleo familiar, ou seja, duas pessoas, que se unem pelo afeto, em busca da felicidade, escolhendo uma vida em comum. A proteção constitucional exsurge tanto do mencionado *caput* do art. 226 quanto do inciso III do art. 1º, que estabelece a dignidade da pessoa humana como fundamento do nosso Estado Democrático de Direito, do inciso IV do art. 3º, que dispõe ser um dos objetivos fundamentais do nosso País a promoção do bem de todos, sem quaisquer outras formas de discriminação, bem como do *caput* do art. 5º, garantidor da igualdade entre homens e mulheres.

Mesmo não tendo lei específica sobre a união homossexual, é possível reconhecê-la, utilizando para tanto, por analogia, as normas existentes no Código Civil sobre a união estável. Dessa forma, existindo a união de duas pessoas do mesmo sexo, com convivência pública, contínua e duradoura, com o propósito de afeto, de constituição de família, nascem dela os mesmos direitos que emergiriam se se tratasse de uma união estável entre homem e mulher.

No campo previdenciário, como visto, é necessário distinguir o regime previdenciário geral, o dos trabalhadores do setor privado, e o dos servidores públicos civis e militares. Cada um tem regramento próprio.

No regime geral de previdência, estabelecido pela Lei 8.213/1991, com suas diversas regulamentações, a situação do casal homossexual é mais tranqüila. Não porque a Administração foi mais condescendente, mas porque foi baixada norma interna, por força de decisão

judicial. Sentenciada uma ação civil pública que tramitou na Justiça Federal de Porto Alegre, o INSS não teve outra solução a não ser cumpri-la, embora tenha interposto recurso, sem sucesso. Adveio, então, uma instrução normativa, posteriormente revogada pela hoje vigente, a Instrução Normativa INSS/DC 118, de 14/04/2005 (*DOU* de 18/04/2005), que, em seu art. 30, dispõe que o companheiro ou a companheira homossexual de segurado inscrito na previdência passa a integrar o rol dos dependentes, tendo direito à pensão por morte e ao auxílio-reclusão.

Dessa forma, o tratamento a ser dispensado a participe de uma união estável é o mesmo de um participe de uma união homossexual. Basta a prova da vida em comum, com o vínculo afetivo, para ter direito aos benefícios do regime geral de previdência.

Só uma observação: a atual norma, diferentemente da anterior (Instrução Normativa INSS 95, de 07/10/2003, revogada), exige a dependência econômica de um dos companheiros em relação ao outro. Ora, a determinação da mencionada decisão na ação civil pública foi conferir igualdade de tratamento aos companheiros de uma união estável e de uma união homossexual. Se, por força do § 4º do art. 16 da Lei 8.213/1991, a dependência econômica entre companheiros da união estável é presumida, também deve sê-lo a dependência econômica entre pessoas do mesmo sexo que estejam vivendo em união homossexual.

Está ocorrendo descumprimento da decisão, por parte do INSS, que pode ser chamado a pagar multa por tal ato. De qualquer forma, para o companheiro sobrevivente de segurado do regime geral, não é necessário, pelo menos em princípio, ajuizar demanda na justiça, à fim de ver resguardado o direito à pensão por morte. Idem para o companheiro ou companheira daquele que foi preso. Basta um pedido administrativo. Somente depois, com a demonstração do indeferimento, é que se deve procurar a justiça.

No regime previdenciário do servidor público federal civil ou militar, a situação não é simples. De acordo com o princípio da legalidade, a Administração somente pode fazer aquilo previsto na norma. Se a norma — Lei 8.112/1990 para o servidor civil e Lei 3.765/1960, com a redação da Medida Provisória 2.215-10/2001 para o servidor militar — não estipula a possibilidade de o companheiro do mesmo sexo do servidor receber pensão por morte, auxílio-reclusão ou auxílio-funeral

(benefício inexistente no regime geral), é imprescindível acionar o Poder Judiciário, a fim de que seja reconhecido o direito ao benefício previdenciário.

E os juízes estão enfrentando a questão. O Supremo Tribunal Federal, por meio de decisão monocrática do Sr. Ministro Celso de Mello na ADI 3.300/DF, embora não tenha resolvido o problema posto — inconstitucionalidade das normas que tratam da união estável apenas entre homem e mulher —, sinalizou sua importância para o direito e ressaltou a necessidade da proteção da união homossexual. O Tribunal Superior Eleitoral, no REspe 24.564/PA, da relatoria do Sr. Ministro Gilmar Mendes, deu valor jurídico à união homossexual entre a prefeita reeleita do município de Viseu e uma deputada estadual no Pará, candidata à prefeita de Viseu, para, nos termos do art. 14, § 7º, da Constituição, impedir a candidatura da última, porque seria perpetrar a influência da família na chefia do poder Executivo daquele município. No campo do Direito Previdenciário, registram-se, além dos acórdãos dos tribunais de apelação, federais e estaduais, acórdão precursor na matéria, tirado no REsp 395.904/RS (DJ06/02/2006), oriundo da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, da relatoria do Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, no qual, à unanimidade, assim decidiu, na parte que interessa:

Recurso Especial. Direito Previdenciário. Pensão por morte. Relacionamento homoafetivo. Possibilidade de concessão do benefício.

3 – A pensão por morte é: “o benefício previdenciário devido ao conjunto dos dependentes do segurado falecido — a chamada família previdenciária — no exercício de sua atividade ou não (neste caso, desde que mantida a qualidade de segurado), ou, ainda, quando ele já se encontrava em percepção de aposentadoria. O benefício é uma prestação previdenciária continuada, de caráter substitutivo, destinado a suprir, ou, pelo menos, a minimizar a falta daqueles que proviam as necessidades econômicas dos dependentes.” (Rocha, Daniel Machado da, *Comentários à lei de benefícios da previdência social*/Daniel Machado da Rocha, José Paulo Baltazar Júnior. 4ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2004. p. 251).

4 – Em que pese as alegações do recorrente quanto à violação do art. 226, § 3º, da Constituição Federal, convém mencionar que a ofensa a artigo da Constituição Federal não pode ser analisada por este Sodalício, na medida em que tal mister é atribuição exclusiva do Pretório Excelso. Somente por amor ao debate, porém, de tal preceito não depende, obriga-

toriamente, o desate da lide, eis que não diz respeito ao âmbito previdenciário, inserindo-se no capítulo ‘Da Família’ Em face dessa visualização, a aplicação do direito à espécie se fará à luz de diversos preceitos constitucionais, não apenas do art. 226, § 3º, da Constituição Federal, levando a que, em seguida, se possa aplicar o direito ao caso em análise.

5 – Diante do § 3º do art. 16 da Lei 8.213/1991, verifica-se que o que o legislador pretendeu foi, em verdade, alisar o conceito de entidade familiar, a partir do modelo da união estável, com vista ao Direito Previdenciário, sem exclusão, porém, da relação homoafetiva.

6 – Por ser a pensão por morte um benefício previdenciário, que visa suprir as necessidades básicas dos dependentes do segurado, no sentido de lhes assegurar a subsistência, há que se 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 deverá ser preenchida a partir de outras fontes do direito.

8 – Outrossim, o próprio INSS, tratando da matéria, regulou, através da Instrução Normativa 25 de 07/06/2000, os procedimentos com vista à concessão de benefício ao companheiro ou companheira homossexual, para atender a determinação judicial expedida pela juíza Simone Barbasin Fortes, da Terceira Vara Previdenciária de Porto Alegre, ao deferir medida liminar na Ação Civil Pública 2000.71.00.009347-0, com eficácia *erga omnes*. Mais do que razoável, pois, estender-se tal orientação, para alcançar situações idênticas, mercedoras do mesmo tratamento.

9 – Recurso especial não provido.”

Embora a lei não consiga acompanhar a sociedade, não é ela a única fonte de direito. O juiz, que é pago pelo contribuinte, não deve ter religião, não importa se é homem ou mulher e não deve ter conceitos predeterminados. Se ele desempenhar bem o seu papel estatal, saberá, com o conhecimento jurídico adquirido na escola e na vida, examinar um caso de união homossexual como se união estável fosse. Isso porque o direito não deve e não vai ficar atrás das transformações sociais. Não adianta ir contra o sol.