

O CASAMENTO HOMOAFETIVO FRENTE AOS DIREITOS TRABALHISTAS E PREVIDENCIÁRIOS

Cláudia Regina da Silva¹

Jussara Melo Pedrosa²

RESUMO

O presente estudo faz uma análise da evolução histórica no conceito de família, apresentados pela Constituição da República e Código Civil. Aponta os impactos no reconhecimento do casamento homoafetivo na esfera trabalhista e previdenciária, após decisão do Supremo Tribunal Federal por meio da ADI 4277/DF e da ADPF 132/RJ. Discute a importância da criação de uma legislação específica frente a omissão do legislador. A análise foi possível, tendo em vista a abordagem doutrinária, jurisprudencial e, o emprego de revistas e sites no âmbito nacional. A conclusão é que ainda que haja o reconhecimento dessa entidade familiar, a omissão do legislador sobrecarrega a máquina judiciária quando estes necessitam fazer valer os seus direitos. Restando evidente a necessidade de uma legislação específica que regulamente e facilite a vida da população LGBT.

Palavras-chave: Homoafetividade. Direitos. Trabalhistas. Previdenciários. Omissão Legislativa.

SAME-SEX MARRIAGE LAWS REGARDING LABOR RIGHTS AND SOCIAL SECURITY RIGHTS

ABSTRACT

The main purpose of this paper is to analyze the history of the concept of family within the Constitution of the Federative Republic of Brazil and Civil Code. It also points out the impacts of same-sex marriage laws regarding both Labor and Social Security Law after the Brazilian Supreme Court decision named ADI 4277/DF and ADPF 132/RJ. It highlights the importance of ruling such issues due to the omission found in law. The analysis has its references on basic law, case law, magazines and Brazilian national websites. The conclusion is that despite the fact that law recognizes same-sex family as an entity, the lack of laws regulating it overloads the legal system while this very same legal system is supposed to assure people's rights. Therefore, ruling specifically on this matter is necessary to facilitate LGBT people's lives.

Key words: same-sex intimacy. Rights. Labor Law. Social Security Law. Omission in Law.

¹ Acadêmico(a) da 10ª etapa do curso de Direito da Universidade de Uberaba. Contato: claudia.rsilvaadm@gmail.com

² Graduação em Direito pela Universidade de Uberaba. Pós graduada em Direito Privado pela Universidade de Uberaba e em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito Privado pela Universidade de Franca. Atualmente é professora de Direito do Trabalho da Universidade de Uberaba.

1 INTRODUÇÃO

Devido a mudanças no mundo moderno, novas entidades familiares estão sendo difundidas, e gerando consequências no mundo jurídico. Antes, acreditava-se que, juridicamente, só existiam as formas de família constantes nos artigos 226, § 3º da Constituição da República Federativa do Brasil (CR) e 1.723 do Código Civil Brasileiro (CC), ou seja, a família é aquela composta por homem e mulher, sendo possível o reconhecimento de união estável, também, por homem e mulher que convivam publicamente, de forma contínua e duradoura, com o objetivo de constituir família. Porém, o Supremo Tribunal Federal (STF) em 2011 e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2013 reconheceram a união homoafetiva como uma entidade familiar.

A proposta do presente trabalho é analisar o impacto deste reconhecimento, na esfera trabalhista e previdenciária a partir, da aplicação por analogia dos direitos destinados a casais heterossexuais à casais homossexuais, denominados casal homoafetivo.

Sendo assim, o interesse pelo tema parte da evolução jurídica desse instituto familiar, bem como a dificuldade enfrentada por esses casais quando tais direitos não são concedidos, acabando por desaguar em demandas judiciais.

A escolha do tema prende-se ao fato de que, ainda que o STF tenha decidido, de forma vinculante, quanto ao reconhecimento para o casamento homoafetivo, o fato de não haver legislação específica, para regular e resguardar de forma imperativa, os direitos pertinentes à esses casais, acaba gerando decisões divergentes sobre o tema por juízes monocráticos, o que acarreta uma sobrecarga aos Tribunais Superiores.

Portanto, esse trabalho busca, além de demonstrar como o reconhecimento do casamento homoafetivo impacta à concessão de direitos na esfera trabalhista e previdenciária, a importância de discutir sobre a criação de uma legislação específica, que regule os direitos e deveres desses casais, que há tempos se escondia e hoje pode requerer e fazer valer-se de igualdade de direitos.

A fim de alcançar o objetivo proposto acima, o presente trabalho tem como metodologia de pesquisa a abordagem qualitativa, uma vez que durante o desenvolvimento da pesquisa haverá investigações específicas sobre o objeto de estudo, desenvolvendo a teoria, bem como busca-se significados dos conceitos e entendimentos, sendo os dados alcançados diretamente do contato do pesquisador e o objeto de estudo.

Sua natureza é aplicada, objetivando-se de forma ampla a solucionar os problemas quanto aos entendimentos sobre o tema de estudo.

Quanto ao objetivo a pesquisa se apresenta na modalidade descritiva, buscando-se identificar o motivo que faz com a prática do tema ser do modo como é vista no cenário jurídico atual, detalhando o que contribui e determina as fundamentações que tornam possível a prática do objeto de estudo.

A pesquisa adotará como procedimento a pesquisa bibliográfica, vez que será utilizado doutrinas, jurisprudências e institutos legais no desenvolvimento do trabalho.

2 A FAMÍLIA CONSTANTE NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1.988 E CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002

É sabido que o conceito de família vem sofrendo mudanças conforme o avançar dos anos. No código de 1916 para que a família fosse tida como legítima, seria necessário observar dois requisitos: o casamento formal e a consanguinidade. Contudo, a realidade social e cultural demonstrou ao legislador a necessidade de regular, de forma mais específica o casamento e por consequência a família.

2.1 CONCEITO DE FAMÍLIA PRESENTE NO ARTIGO 226 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1.988

A Constituição da República Federativa do Brasil (CR/88), promulgada em 05 de outubro de 1.988, tida como uma das mais avançadas do mundo no que diz respeito às garantias individuais, dentre suas inovações, consta a proteção à família, presente no *caput* do artigo 226, “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Ao conceder proteção à família, o referido artigo pode ser considerado *clausula geral de inclusão*, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade. (LOBO, 2002, p. 95).

A família é um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social. (DIAS, 2014, p. 27). O que é evidenciado com a interpretação do parágrafo terceiro, que reconhece a união estável como entidade familiar, devendo a lei facilitar a conversão em casamento. Além de, no parágrafo quarto haver o reconhecimento da entidade familiar monoparental, ou seja, aquela formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Veja:

§ 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.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Em síntese, além da entidade familiar constituída pelo casamento, o artigo em comento definiu e estendeu a proteção a entidades familiares nele elencados. Porém, o rol apresentado para conceituar novas entidades familiares é meramente exemplificativo, ou seja, podendo ser acrescidas, conforme o costume e as mudanças culturais, diversos tipos de famílias.

2.2 CONCEITO DE FAMÍLIA PRESENTE NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002

O legislador ao confeccionar o Código Civil Brasileiro, que vigora desde 2002 (CC/02), separou o Livro IV para questões relativas ao Direito de Família, iniciando pelo mais antigo núcleo familiar, o casamento, perpassando pelo regime de bens a ser adotado, alimentos e chegando à união estável.

Todavia, suas disposições, no que concerne ao conceito de família, já nasceram desatualizadas. Isso porque, no *caput* do artigo 1.723 traz o reconhecimento da união estável como entidade familiar, sendo: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

Importante salientar que o texto, como o mencionado no subtítulo anterior, é considerado discriminatório, uma vez que limita que a união só poderá ser entre o homem e a mulher, excluindo as relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo, batizada por Dias como relação homoafetiva.

3 O RECONHECIMENTO DO CASAMENTO HOMOAFETIVO

Como mencionado nos subtítulos acima, o fato de constar que a união estável seria reconhecida como entidade familiar, partindo da relação entre o homem e a mulher foi considerado discriminatório, uma vez que fere princípios constitucionais, bem como garantias fundamentais. O *caput* do artigo 5º da CR/88 versa que: “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, nos termos seguintes.”

Porém, onde há igualdade no contexto apresentado deve ser analisado com o máximo cuidado, pois considerar que a união estável somente seria admitida em relação ao casal heteroafetivo, é relegar à casais homoafetivos o direito de reconhecimento de sua família.

A homossexualidade existe no mundo desde os primórdios, tendo relatos na Roma e na Grécia antiga, naquele tempo inexistiam tabus quanto à sexualidade. As relações eram pautadas no amor e na satisfação. Não havia o questionamento quanto a sexualidade do indivíduo e o sexo heterossexual era utilizado apenas para fins reprodutivos. O tabu veio a discussão com a ascensão do cristianismo, sendo, a partir daí, considerada pecado e podendo ser punida inclusive com a morte. (NAPHY, 2006, p. 40)

Verifica-se, portanto, que a homossexualidade é muito antiga, nas palavras do Médico Dráuzio Varella, é um fato social tão antigo quanto ‘andar a pé’. Certamente, já existiam hominídeos homo e bissexuais cinco a sete milhões de anos atrás, quando nossos ancestrais resolveram descer das arvores nas savanas da África. Está coberta de razão a sabedoria popular ao dizer que homossexualidade é mais velha que andar pé. (VARELLA, 2013).

Por isso, normatizar a diferenciação de sexos no casal para haver a proteção do Estado é fazer uma distinção odiosa, (SUANNES, 1999, p. 32), contrariando os princípios da igualdade, liberdade e da dignidade da pessoa humana.

As relações homoafetivas eram vistas como sociedades de fato, comparando-as ao direito empresarial, porém, para Lôbo, “não há necessidade de degradar a natureza pessoal da família convertendo-a em fictícia sociedade de fato, como se seus integrantes fossem sócios de empreendimento lucrativo.” Aferir o *status* de sociedade para um instituto que tem por base o afeto é no mínimo contraditório.

O Judiciário, motivado por inúmeras demandas requerendo a declaração da inconstitucionalidade da limitação sexual imposta nos artigos 226, § 3º da CR/88 e 1.723 do CC/02, levou o Supremo Tribunal Federal (STF), em 2011, executar o papel de constituinte derivado ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4227 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconhecendo a aplicação do regime jurídico da união estável à casais do mesmo sexo.

Vitória amplamente festejada pela população, Lésbica, Gay, Bissexuais, Travestis, Transsexuais (LGBT), contudo, para que fosse convertida em casamento dependia, ainda de uma resolução, que veio em 2013, através da Resolução 175 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), onde impõe aos Cartórios a obrigatoriedade de facilitar a conversão em casamento, desde que atendido os requisitos necessários. Vejamos os artigos 1º e 2º da referida Resolução:

RESOLVE: Art. 1º É vedada as autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

Com isso, as decisões dos tribunais, junto com a resolução do CNJ, passaram a considerar as uniões homoafetivas como entidade familiar. Fato que fez com que os casamentos homoafetivos alcançassem o total de 9.520 celebrações no ano de 2018, segundo os dados da Estatística de Registro Civil, realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Número que tende a crescer gradativamente.

Todavia, esse crescimento não foi fator decisivo para que, o legislador editasse uma norma específica para essa população.

4 A LEI APLICADA POR ANALOGIA AOS CASAIS HOMOAFETIVOS

Com o reconhecimento, pelos Tribunais Superiores, do casamento homoafetivo a questão que circundará o judiciário a partir daí será a aplicação dos direitos inerentes à essa entidade familiar. Esses casais saíram da esfera empresarial e ingressaram no ramo do direito destinado à família, e com isso a extensão da aplicação dos direitos e deveres dos demais ramos do direito, como o direito trabalhista e previdenciário.

Com base no artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), o Juiz ao analisar o caso concreto decidirá valendo-se da analogia, de usos e costumes e do direito comparado. E usará como fonte subsidiária o direito comum.

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.
§ 1º O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho.

Dessa forma, a fim de garantir a segurança jurídica, o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro (LINDB), diz que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.”

4.1 DIREITOS TRABALHISTAS

A CLT, promulgada em 1943 foi criada para regulamentar os direitos e deveres nas relações individuais e coletivas no âmbito do trabalho. Além de regular assuntos como contratos de trabalho, jornada, salário, segurança e saúde no trabalho, traz também a concessão de alguns benefícios, como os constantes no artigo 473.

Dentre eles, tem-se a licença gala, quando do casamento, que garante até três dias consecutivos de ausência justificada e a licença nojo, quando do falecimento de um dos cônjuges, razão pela qual poderá se ausentar por até dois dias. Veja:

Art. 473 - O empregado poderá deixar de comparecer ao serviço sem prejuízo do salário:

I - até 2 (dois) dias consecutivos, em caso de falecimento do cônjuge, ascendente, descendente, irmão ou pessoa que, declarada em sua carteira de trabalho e previdência social, viva sob sua dependência econômica;

II - até 3 (três) dias consecutivos, em virtude de casamento;

Diante do reconhecimento da entidade familiar homoafetiva os casais puderam gozar desses benefícios e, também a licença paternidade e maternidade, porém, essas duas com um pouco mais de dificuldades na sua concessão. Afinal, estamos falando de um casal composto por dois homens ou por duas mulheres, logo, a concessão das referidas licenças deverão analisadas observando algumas especificidades.

Para o caso da licença maternidade, os artigos 392 da CLT e 7º, XVIII da CR/88 garantem a gestante o período de 120 (cento e vinte) dias sem prejuízo do salário, enquanto para empresas adeptas do Programa Empresa Cidadã essa licença será de 180 (cento e oitenta) dias, conforme Lei 11.770/2008 e Decreto 7.052/2009:

Art. 392 A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário. (CLT)

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...] XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; (CR/88)

Art. 1º É instituído o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar:

I - por 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade prevista no inciso XVIII do caput do art. 7º da Constituição Federal; (LEI 11.770/2008)

Art. 1º Fica instituído o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar por sessenta dias a duração da licença-maternidade prevista no inciso XVIII do caput do art. 7º da Constituição e o correspondente período do salário-

maternidade de que trata os arts. 71 e 71-A da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. (DECRETO 7.052/2009)

Para o caso de um casal composto por duas mulheres, segundo o entendimento da 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, de 2018, apenas uma das mães terá direito ao benefício, sob o risco de ser considerado desigual em relação a licença concedida a pais heterossexuais e homossexuais masculinos.

Contudo, tramita no STF o Recurso Extraordinário (RE) Nº 12111446 RG/SP, onde se discute a Repercussão Geral da questão em análise.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. LICENÇA-MATERNIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL. EXTENSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE À MÃE NÃO GESTANTE. DIREITO À IGUALDADE, À DIGNIDADE HUMANA E À LIBERDADE REPRODUTIVA. MELHOR INTERESSE DO MENOR. PLURIPARENTALIDADE. MANIFESTAÇÃO PELA REPERCUSSÃO GERAL. RE 1211446 RG (STF – RE 1211446 RG, Relator(a): Ministro LUIZ FUX, julgado em 07/11/2019, PROCESSO ELETRONICO DJe-251 DIVULGADO 18/11/2019 Publicado em 19/11/2019)

Em se tratando de casais formados por dois homens, aplicar-se-á o expresso no artigo 392-A da CLT, equiparando-os à adotantes, aplicando, portanto, o disposto no artigo 392 do referido diploma. Caso em que o casal decidirá quem irá se beneficiar da licença maternidade e informará ao Judiciário.

Portanto, o Judiciário segue enfrentando demandas que deveriam ter sido sanadas quando do reconhecimento da união homoafetiva, porém, essa relação tem suas especificidades, devendo o legislador completar as lacunas deixadas.

A licença paternidade foi criada com a finalidade de os homens acompanharem e ampararem seus cônjuges nos primeiros dias de nascimento. Trata-se de direito constitucional fundamentado pelos artigos 7º, inciso XIX da CR/88, artigo 10, § 1º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e artigo 1º, inciso II da Lei 11.770/08. Vejamos:

Art. 7º, inciso XIX: licença paternidade, nos termos fixados em lei; (CR/88);

Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

[...] § 1º Até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença paternidade a que se refere o inciso é de

cinco dias. (ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS – ADCT);

Art. 1º É instituído o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar: [...] II - por 15 (quinze) dias a duração da licença paternidade, nos termos desta Lei, além dos 5 (cinco) dias estabelecidos no § 1º do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. (LEI 11.770/08).

O período de afastamento será de 05 (cinco) dias, sendo que tal prazo foi estendido para 20 (vinte) dias aos empregados de empresas adeptas do Programa Empresa Cidadã a partir da edição da Lei nº 13.257/2016.

Para o caso de licença paternidade em união homoafetiva, a justiça tem aplicado o mesmo parâmetro da licença maternidade para casais homoafetivos compostos por mulheres, concedendo apenas a um dos pais.

Contudo, mais uma vez, o que se percebe é que a falta de uma legislação específica, sobrecarrega o Judiciário com processos com questões que seriam facilmente regulamentadas.

Ante ao reconhecimento da união e casamento homoafetivo, pode-se analisar que a sua dissolução será fática, afinal no ano de 2018 houve um crescimento de 3,2% no número de divórcios no Brasil, chegando ao total de 385.246 contra 373.216 no ano de 2017, segundo dados do IBGE (BIBLIOTECA IBGE, 2018). Logo, ao se falar em casamento pressupõe-se separação e divórcio.

Ainda que os artigos 1.658 e 1.659 do CC/02 deixem claro a incomunicabilidade dos proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge, esse não tem sido o entendimento dos Tribunais Superiores, há o entendimento de que as verbas oriundas de indenização trabalhista, com período aquisitivo ocorrido na vigência do casamento, são patrimônio comum, portanto, partilhável.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE SOBREPARTILHA - REGIME DE COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS - VERBA TRABALHISTA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PROVIMENTO AO RECURSO. IRRESIGNAÇÃO DO CÔNJUGE VARÃO. 1. A indenização trabalhista recebida por um dos ex-cônjuges após a dissolução do vínculo conjugal, mas correspondente a direitos adquiridos na constância do casamento celebrado sob o regime da comunhão universal de bens, integra o patrimônio comum do casal e, portanto, deve ser objeto da partilha. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg no REsp: 1467151 RS 2014/0170899-0, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Julgamento: 16/04/2015, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/04/2015)

Diante disso, mister ressaltar a aplicação desse direito à casais homoafetivos, desde que optem pelo regime que possibilite tal partilha.

4.2 DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS

A Seguridade Social, conjunto integrado de ações e iniciativas dos Poderes Públicos e da sociedade, destinados a assegurar direitos relativos à saúde, assistência social e previdência social, ou seja, a previdência social é uma das espécies da seguridade social que tem como finalidade garantir ao segurado e seus dependentes, desde que preenchidos determinados requisitos, alguns benefícios.

Na condição de dependente, poderá se beneficiar com o auxílio reclusão e a pensão por morte, conforme disposto no artigo 18, inciso II, alíneas “a” e “b” da lei 8213/91. Assegurado o acesso ao benefício aqueles casados ou em união estável, desde que comprovada sua dependência.

Antes da decisão do STF, quanto ao reconhecimento do casamento homoafetivo, o direito previdenciário já reconhecia essa relação, por meio de uma Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público de Porto Alegre, alegando que a negativa do benefício aos dependentes feria direitos fundamentais. Pautada no artigo 16, § 3º, da Lei 8.213/91, que proíbe a regulamentação desigual que tenham por objeto mesmo fato gerador do benefício a ser concedido. A decisão, em 2001, versou que o companheiro em relação homoafetiva, deve ser tratado a título de dependente preferencial mediante a inscrição do mesmo como sendo dependente, permitindo a concessão da pensão *pos mortem* e o auxílio reclusão, mediante comprovação dos requisitos exigidos aos casais heterossexuais previstos nos artigos 74 a 80 da referida lei. (KERTZMAN, 2013, p.400).

Cumprindo a liminar deferida, o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) foram publicadas Instruções Normativas, como a de nº 25/2000, 20/2007, fato pioneiro, e que vem ao longo dos anos assegurando os direitos relativos a seguridade social, bem como os princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade.

A pensão por morte encontra-se regulada a partir do artigo 74 da Lei 8.213/1991, onde versa que: “A pensão por morte será devida ao conjunto de dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não a contar da data do óbito, quando requerida em até 180 (cento e oitenta) dias após o óbito, para os filhos menores de 16 (dezesseis) anos, ou em até 90 (noventa) dias após o óbito, para os demais dependentes”.

Para concessão do benefício não é exigido nenhum período de carência, contudo, o óbito precisar ter ocorrido enquanto o trabalhador tinha qualidade de segurado. Há ainda a morte presumida, decorrente de desaparecimento em catástrofe, acidentes ou desastre, nesses casos é a morte será comprovada através de decisão judicial. Não se trata de um benefício automático, dessa forma, é necessário comprovar o vínculo de dependência com o segurado falecido, somente a partir da habilitação que o INSS irá analisar o caso e sendo deferido iniciar o pagamento do benefício.

Com o reconhecimento do casamento homoafetivo pelo INSS, bem como, posteriormente, pelo STF, fica evidente que os requisitos para percepção da pensão por morte são os mesmos para casais homoafetivos e heteroafetivos. Sendo assim, a negativa administrativa perante a Previdência Social enseja no ajuizamento de ação perante o Poder Judiciário:

APELAÇÃO. PREVIDENCIÁRIO E FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. PENSÃO POR MORTE. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. REPERCUSSÃO GERAL E RECURSO REPETITIVO. SUSPENSÃO. Ação previdenciária, cujo pedido inicial se refere à concessão de pensão por morte a companheiro de servidor estadual obituado. Sentença, condena a autarquia previdenciária ré a pagar ao autor o benefício pleiteado desde a data do óbito do instituidor da pensão, haja vista ter sido comprovada a união estável que existia entre eles e os requisitos necessários à concessão do benefício. Determinada, ainda, a incidência da correção monetária pela IPCA-E e dos juros legais de mora contados da citação, além de condenada a ré ao pagamento de honorários advocatícios da sucumbência. Irresignação da autarquia ré, apenas no que respeita à incidência da Lei nº 11.960, de 2009, que alterou a redação da Lei nº 9.494, de 1997, notadamente ao termo inicial da incidência do IPCA-E. Controvérsia recursal, que é objeto da repercussão geral reconhecida nos autos do RE nº 870/947/SE, e do Recurso Especial nº. 1.495.146/MG, submetido ao regime dos recursos repetitivos. Vinculação dos Tribunais infraconstitucionais, consoante os artigos 927 e 1.040, do vigente CPC, de 2015. Entendimentos firmados pelo STF em repercussão geral e pelo STJ em recurso repetitivo, que têm, em regra, aplicação imediata. Corte Superior de Justiça, que ao apreciar o REsp 1.495.146/MG observou a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal no RE 870.947/SE. Fato novo superveniente ao julgamento do recurso repetitivo e ao recurso apresentado pela autarquia ré. Atribuição de efeito suspensivo aos embargos de declaração opostos pelos entes federativos estaduais, nos autos do RE nº. 870/947/SE, sob o argumento de que a imediata aplicação do decisum embargado pelas instâncias a quo, antes da apreciação pela Suprema Corte do pleito de modulação dos efeitos da orientação estabelecida, pode realmente dar ensejo à realização de pagamento de consideráveis valores, em tese, a maior pela Fazenda Pública, ocasionando grave prejuízo às já combatidas Descabido, por ora, o julgamento da apelação, até que haja o pronunciamento definitivo do STF acerca da questão, haja vista a necessidade de as manifestações das Cortes inferiores estarem alinhadas com as da Suprema Corte. Suspensão do feito que se impõe, em atenção aos princípios da economia processual e da efetividade

da jurisdição, para que se aguarde o julgamento definitivo do STF sobre o tema de repercussão geral relativo à correção monetária nas condenações da Fazenda Pública. (TJ-RJ - APL: 01638929220148190001, Relator: Des(a). DENISE LEVY TREDLER, Data de Julgamento: 12/03/2019, VIGÉSIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL)

E ainda:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. SERVIDOR PÚBLICO. RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO. PENSÃO POR MORTE. POSSIBILIDADE. UNIÃO ESTÁVEL. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS. SÚMULA 7/STJ. 1. "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada" (Súmula 282/STF). 2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4.277/DF e da ADPF 132/RJ, realizando "interpretação conforme a Constituição" do art. 1.723 do Código Civil, excluiu desse dispositivo qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Consolidou, ademais, que a CF/1988 não interdita a formação de família dessa natureza. 3. À luz dessa orientação, no exame do RE 477.544 AgR/MG, fixou também o direito do companheiro, na união estável homoafetiva, à percepção do benefício da pensão por morte se observados os requisitos da legislação civil. Tal posição, inclusive, já era adotada por esta Corte Superior. 4. Para afirmar-se a ausência dos requisitos legais para a configuração da união estável, seria necessária nova análise das provas e dos fatos constantes dos autos, providência vedada em recurso especial. Incidência da Súmula 7/STJ. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido. (STJ - REsp: 1300539 RS 2011/0283454-7, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 14/08/2018, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/08/2018)

Já o auxílio reclusão é o benefício concedido "aos dependentes do segurado de baixa renda recolhido à prisão em regime fechado que não receber remuneração da empresa, nem estiver em gozo de auxílio doença, de pensão por morte, de salário-maternidade, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço", desde que cumprido a "carência de 24 (vinte e quatro) contribuições mensais", nos moldes dos artigos 80 da Lei 8.213/91 e 116 ao 119 do Decreto 3.048/99.

Para sua concessão se faz necessário o cumprimento dos mesmos requisitos para a concessão da pensão por morte, acrescentando-se apenas a certidão que comprove o recolhimento do segurado à instituição prisional.

Portanto, mesmo com o reconhecimento da união e casamento homoafetivo, infelizmente ainda acompanhamos litígios que já deveriam estar concluídos, dessa forma,

observa-se que os mesmos direitos pertinentes à casais heteroafetivos devem ser garantidos à casais homoafetivos.

5 LACUNA LEGISLATIVA QUANTO AOS DIREITOS DA POPULAÇÃO HOMOSSEXUAL E CASAIS HOMOAFETIVOS

Atualmente a união homoafetiva pode ser facilmente convertida em casamento após a decisão do STF, juntamente com a Resolução do CNJ. Contudo, verifica-se o aumento do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo em 2018, conforme estatísticas do IBGE, (BIBLIOTECA IBGE, 2018). Aumento impulsionado pela fala da então Presidente da Comissão da Diversidade Sexual da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Maria Berenice Dias, em entrevista ao Jornal do Comércio, publicado em 12/02/2020, “Como o presidente eleito era e é declaradamente homofóbico, entendi por bem incentivar que as pessoas se protegessem. Ele tem, até hoje, a possibilidade de baixar medidas provisórias e negar acesso ao casamento”, destaca.

Como mencionado, a homossexualidade era considerada normal até a sacralização por parte da religião, antes por parte da igreja católica, hoje por boa parte dos evangélicos, ou seja, a homossexualidade migrou da plena tolerância para a mais alta rejeição. O advogado Rodrigo Pereira, presidente do Instituto Brasileiro de Direito da Família (IBDFAM), em entrevista à Rafael Barifouse, para a BBC News Brasil, ressalta que “o Congresso é composto em sua maioria por parlamentares de correntes religiosas, especialmente evangélica, que não deixam passar nenhuma proposta que tenha conteúdo moral”. (BBC NEWS BRASIL, 2019)

Assim pode-se citar como exemplo do mencionado, é o levantamento realizado pelo Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar (Diap), com base nos dados disponíveis no portal do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), em 2014 foram identificados 75 deputados evangélicos, já na eleição de 2018 a bancada evangélica somava 84 representantes na Câmara e em 2019 chegará ao total de 91, como ressalta a reportagem de Luiza Damé. , (AGÊNCIA BRASIL, 2018).

Fato que justifica a inércia do Projeto de Lei 1.151/95 de autoria da ex-deputada Federal Marta Suplicy, o Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero, além do PL 7582/14, da deputada federal Maria do Rosário, que versa sobre a definição dos crimes de ódio, dentre eles os motivados por orientação sexual e identidade de gênero, arquivado em janeiro de 2019.

O direito não é algo eterno e inabalável. É necessário moldá-lo as evoluções da sociedade com o fim de favorecer as minorias marginalizadas pela legislação, reconhecendo seus direitos como dever ser em um estado democrático de direito.

Dias (2.020), na referida entrevista ao Jornal do Comércio, alerta que “a falta de uma legislação específica que garanta os direitos dos casais homoafetivos faz com que nem mesmo os direitos mais básicos sejam reconhecidos. Se não forem casadas no papel, as pessoas LGBT podem esparrar no preconceito do Judiciário quando forem em busca dos seus direitos. Isso porque não está expreso em lei seus direitos, e infelizmente, a tendência é que o Legislativo continue negando qualquer mudança.”

A existência de homossexuais, a união homoafetiva e o casamento homoafetivo já são um fato social que não pode ser ignorado, pelo legislador.

Portanto, a ciência do Direito tem por finalidade ajustar as relações da sociedade, e deve dar total respaldo jurídico às relações afetivas homossexuais para que seus pares possam viver de maneira harmônica e, principalmente, com dignidade, independente da religião professada pelo legislador, afinal, somos um país laico.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho mostrou que, mesmo com o reconhecimento do casamento homoafetivo, as pessoas integrantes dessas relações ainda necessitam recorrer ao judiciário para que a concessão de seus direitos sejam cumpridas. Restou evidente que a omissão do legislador gera sobrecarga ao judiciário. Imperioso portanto, a edição de uma norma que regulamente os direitos e deveres desses casais, bem como da população LGBT.

A partir da análise realizada constata-se que o maior impedimento para o andamento de pautas como a apresentada neste trabalho é a postura conservadora do legislador, motivado por questões religiosas, agindo de forma discriminatória e homofóbica, prejudicando toda a sociedade, pois a demora ou a falta de concessão de direitos já garantidos impacta diretamente no judiciário, que ocupa-se com elas e por vezes posterga o julgamento de lides com resoluções mais complexas.

Percebe-se, portanto que o tema ainda é considerado nova para a esfera jurídica, carente de pesquisas que cruzem, de forma interdisciplinar, os direitos e as pessoas dessas relações. Razão pela qual se faz necessário que o tema seja mais difundido e desenvolvido, convidando mais pesquisadores do direito a se debruçar e trazer para a vida de fato soluções práticas à população LGBT.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. **Em crescimento, bancada evangélica terá 91 parlamentares no Congresso.** Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2018-10/em-crescimento-bancada-evangelica-tera-91-parlamentares-no-congresso>. Acesso em: 18 mai. 2020.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso: em 15 de mai. de 2020.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho.** Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso: em 08 de mai. de 2020.

BRASIL. Constituição (1.988) **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: em 08 de mai. de 2020.

BRASIL. **Decreto nº 3.048 de 06 de maio de 1999.** Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em: 08 de mai. de 2020.

BRASIL. **Decreto nº 7.052 de 23 de dezembro de 2009.** Regulamenta a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, que cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade, no tocante a empregadas de pessoas jurídicas. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7052.htm. Acesso em 10 de mai. de 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657 de 04 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acessado em: 10 de mai. de 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm. Acesso: em 08 de mai. de 2020.

BRASIL. **Projetos de Lei e Outras Proposições.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16329>. Acesso em: 12 de mai. de 2020.

BRASIL. **Resolução nº 175 de 14 de maio de 2013.** Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>. Acesso em: 15 de mai. de 2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF.** Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Ayres Brito. Brasília, 05 de maio de 2011. Pesquisa de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Acórdãos, maio. 2011. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 20 de mai. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Ayres Brito. Brasília, 05 de maio de 2011. Pesquisa de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Acórdãos, maio. 2011. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 20 de mai. de 2020.

CONSULTOR JURÍDICO. O impacto da união homoafetiva na Previdência. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-nov-17/impacto-reconhecimento-uniao-homoafetiva-previdencia>. Acesso em: 25 mai. 2020.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito de famílias. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **As uniões homoafetivas frente a Constituição Federal.** Revista Jurídica Consulex, Ano XII – nº 281 – 30 set. ed. 2008. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/artigos/686/As+Uni%C3%B5es+Homoafetivas+frente+%C3%A0+Constitui%C3%A7%C3%A3o+Federal+](http://www.ibdfam.org.br/artigos/686/As+Uni%C3%B5es+Homoafetivas+frente+%C3%A0+Constitui%C3%A7%C3%A3o+Federal+>)>. Acesso em: 18 mai. 2020.

ESTADOS DE MINAS. Parlamentares católicos planejam frente conjunta com evangélicos. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2020/01/28/interna_politica,1117561/parlamentares-catolicos-planejam-frente-conjunta-com-evangelicos.shtml>. Acesso em: 18 mai. 2020.

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; et al. Manual do direito homoafetivo. São Paulo: Saraiva, 2013.

IBGE. Estatísticas do Registro Civil 2018. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2018_v45_informativo.pdf>. Acesso em: 18 mai. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. SUANNES, Adauto, As Uniões Homossexuais e a Lei 9.278/96. COAD. Ed, Especial out/nov. 1999. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/artigos/686/As+Uni%C3%B5es+Homoafetivas+frente+%C3%A0+Constitui%C3%A7%C3%A3o+Federal+](http://www.ibdfam.org.br/artigos/686/As+Uni%C3%B5es+Homoafetivas+frente+%C3%A0+Constitui%C3%A7%C3%A3o+Federal+>)>. Acesso em: 25 mai. 2020.

KERTZMAN, Ivan; et al (colocar o nome de todos os autores, et al somente se utiliza nas citações). Manual do direito homoafetivo. São Paulo: Saraiva, 2013.

JORNAL DO COMÉRCIO. LGBTs buscam a Justiça para obter benefícios previdenciários. Disponível em: <https://www.jornalcomercio.com/_conteudo/cadernos/jc_contabilidade/2020/02/724424-lgbts-buscam-a-justica-para-obter-beneficios-previdenciarios.html>. Acesso em: 18 mai. 2020.

JUSBRASIL. **Cônjuge tem direito à meação da indenização trabalhista devida ao outro.** Disponível em: <<https://marianaregisadv.jusbrasil.com.br/noticias/549895290/conjuge-tem-direito-a-meacao-da-indenizacao-trabalhista-devida-ao-outro>>. Acesso em: 25 mai. 2020.

JUSBRASIL. **Indenização trabalhista recebida após dissolução do vínculo conjugal integra a partilha de bens.** Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/112108230/indenizacao-trabalhista-recebida-apos-dissolucao-do-vinculo-conjugal-integra-a-partilha-de-bens>>. Acesso em: 18 mai. 2020.

JUSBRASIL. **O empregado é obrigado a partilhar/dividir com seu ex-cônjuge os créditos trabalhistas recebidos na Justiça?** Disponível em: <<https://mauriciocorreadv.jusbrasil.com.br/artigos/533967881/o-empregado-e-obrigado-a-partilhar-dividir-com-seu-ex-conjuge-os-creditos-trabalhistas-recebidos-na-justica>>. Acesso em: 18 mai. 2020.

JUSTIÇA DO TRABALHO - TRT 2ª REGIÃO. **Justiça do trabalho de São Paulo não concede licença maternidade a mulher em relação homoafetiva.** Disponível em: <https://ww2.trt2.jus.br/noticias//noticias/noticia/news/justica-do-trabalho-de-sao-paulo-nao-concede-licenca-maternidade-a-mulher-em-relacao-homoafetiva-1/?tx_news_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx_news_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=41843aa46a5513f6d235c67f1e3301a7>. Acesso em: 18 mai. 2020.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e cidadania – o novo CCB e a *Vacatio legis*.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MINISTÉRIO PÚBLICO DA BAHIA. **Relações Homoafetivas: uniões de afeto.** Disponível em: <https://mp.ba.gov.br/sites/default/files/biblioteca/direitos-humanos/direitos-da-populacao-lgbt/artigos_teses_dissertacoes/relacoes_homoafetivas_unioes_de_afeto.pdf>. Acesso em: 18 mai. 2020.

NAPHY, Willian. **História da Homossexualidade.** Edições 70, 2006.

SILVA, N. B. S. E. G. C. (colocar todos os nomes não abreviar) **A percepção dos benefícios previdenciários da pensão por morte e auxílio reclusão nos casos de casais homoafetivos.** **Portal de Periódicos**, Goianésia, v. 2, n. 1, p. 145-157, jul./2014. Disponível em: <<http://revistas.unievangelica.com.br/index.php/cientifica/article/view/867/813>>. Acesso em: 25 mai. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Licença maternidade - União homoafetiva feminina.** Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341717987&ext=.pdf>><<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/12/04/numero-de-casamentos-cai-16-e-divorcios-aumentam-32-entre-2017-e-2018.htm>>. Acesso em: 18 mai. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. LICENÇA-MATERNIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL. EXTENSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE À MÃE NÃO GESTANTE. DIREITO À IGUALDADE, À DIGNIDADE HUMANA E À LIBERDADE REPRODUTIVA. MELHOR INTERESSE**

DO MENOR. PLURIPARENTALIDADE. MANIFESTAÇÃO PELA REPERCUSSÃO GERAL. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+1211446%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+1211446%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/yysw27wf>>. Acesso em: 15 mai. 2020.

UNITOLEDO. **A pensão por morte e o auxílio-reclusão: Análise da relação extraconjugal, do divórcio e da união homoafetiva.** Disponível em:

<https://servicos.unitoledo.br/repositorio/bitstream/7574/1708/1/Nath%c3%a1lia%20Cristina%20Sanomiya%20de%20Souza.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2020.

VARELLA, Dráuzio. **Gays e Heterossexuais Incuráveis.** *Disponível em:*

<<http://drauziovarella.com.br/sexualidade/gays-e-heterossexuais-incuraveis/>>. Acesso em: 15 de mai. de 2020.