



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JU
PREVIDENCIÁRIA
FL. 515

Processo nº 2000.71.00.009347-0

CIRCUNSCRIÇÃO JUDICIÁRIA DE PORTO ALEGRE
3ª VARA FEDERAL PREVIDENCIÁRIA
PROCESSO Nº : 2000.71.00.009347-0
CLASSE : **AÇÃO CIVIL PÚBLICA**
AUTOR(ES) : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e outros**
RÉU : **INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS**

SENTENÇA 0591/2001 - 2 (2320).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INCLUSÃO DE
COMPANHEIROS HOMOSSEXUAIS NA
QUALIDADE DE DEPENDENTES
PREVIDENCIÁRIOS. DIREITO DE
INTEGRANTES DE UNIÕES
HOMOSSEXUAIS AOS BENEFÍCIOS DE
PENSÃO POR MORTE E AUXÍLIO-
RECLUSÃO.

Vistos, etc.

I - RELATÓRIO

OBJETO DA AÇÃO. Trata-se de **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** ajuizada pelo Ministério Público Federal contra o INSS, em que se discute sobre a inclusão de companheiros(as) homossexuais como dependentes

W



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 514

Processo nº 2000.71.00.009347-0

previdenciários, com a conseqüente garantia de direito à pensão por morte e auxílio-reclusão.

PETIÇÃO INICIAL. Argumenta a inicial que a vedação da concessão de benefícios previdenciários a dependentes homossexuais, com base no art. 16, § 3º, da Lei 8.213/91, estaria em desconformidade com a preservação de direitos fundamentais, de ordem constitucional. Refere que haveria violação ao princípio da igualdade, que proibiria a "regulação desigual de fatos iguais". Afirma que a aferição de tal violação dá-se mediante a distinção das características essenciais e não-essenciais da configuração dos direitos: todas aquelas que forem não-essenciais não podem fundamentar distinções. Por força do disposto no art. 5º da Constituição Federal, toda discriminação por motivos não-essenciais seria inconstitucional, inclusive a por orientação sexual (art. 4º, IV, da Constituição Federal). Cita Friedrich Müller para defender o princípio da efetividade dos direitos fundamentais, corolário do princípio da força normativa da Constituição. Cita precedente do STJ no sentido do reconhecimento de direito fundamental de igualdade dos homossexuais. Cita sentença prolatada em caso semelhante, reconhecendo o direito de admissão de companheiro homossexual como beneficiário de plano de saúde, bem como sua confirmação pelo Egrégio TRF da 4ª Região e pelo STJ. Afirma o direito dos/das companheiro(as) homossexuais aos benefícios de pensão por morte e de auxílio-reclusão, porquanto dentre os princípios que regem a Seguridade Social está o da universalidade da cobertura e do atendimento (art. 194, I, da Constituição Federal), bem como porque os benefícios em discussão são garantidos, no art. 201 da Constituição Federal, ao cônjuge ou companheiro e dependentes. Cita julgados estrangeiros no sentido da tese adotada. Trancreve dispositivos da Lei 8.213/91 que disciplinam a pensão por morte e o auxílio-reclusão,



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 515

Processo nº 2000.71.00.009347-0

entendendo que não vedam sua concessão a companheiros homossexuais. A negativa do INSS em admitir a inclusão de companheiros homossexuais como dependentes estaria no art. 16, § 3º, da Lei 8.213/91, que considera como companheiro(a) aquele que integra união estável, nos termos do § 3º do art. 226 da Constituição Federal, que exige sexos diferentes. Entende que interpretar pela inexistência dos direitos postulados estaria em desconformidade com o atual estágio da dogmática dos direitos fundamentais. Os princípios hermenêutico constitucionais vedariam tal conclusão, dentre os quais o da concretização das normas constitucionais, proposto por Konrad Hesse, que, nas normas constitucionais vê um "programa" (texto) e, também, um "âmbito", isto é, a inclusão dos fatos concretos, da vida. No caso, argumenta que a existência de milhares de casais homossexuais não pode ser ignorada, e constitui, também, o âmbito da norma. Para a delimitação do "programa da norma", entende aplicável o princípio da unidade da Constituição, que proíbe a aplicação isolada de uma norma constitucional. Assim, uma interpretação do § 3º do art. 226 em conjunto com o princípio da igualdade do art. 5º e da vedação de discriminação por orientação sexual (art. 4º, IV), todos da Constituição Federal, levaria à conclusão de que não é vedada a formação de união estável entre homossexuais. Cita doutrina e jurisprudência no sentido de que a limitação dos direitos fundamentais somente poderia ser feita em face de um fim justificável de interesse público (princípio da proporcionalidade), o que inexistente no caso concreto. Traça uma evolução da jurisprudência no reconhecimento da relação de companheirismo antes mesmo da expressa previsão legal. Configurada quebra na isonomia, entende que a solução, na linha da jurisprudência alemã, estaria em estender aos homossexuais os direitos sociais em discussão. A comprovação da relação de companheirismo deveria dar-se pelos critérios já previstos no art. 22 do Decreto 3.048/99. Traz argumentos no sentido da legitimidade do Ministério Público Federal



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

Fl. 516

Processo nº 2000.71.00.009347-0

para a propositura da ação, bem como da inconstitucionalidade e ineficácia da limitação dos efeitos da coisa julgada aos limites da competência territorial do órgão prolator (art. 16 da Lei 7.347/85) na tutela jurisdicional dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Postulou antecipação dos efeitos da tutela. Ao final, requereu a condenação do Instituto Nacional do Seguro Social a, em âmbito nacional, considerar o companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial da mesma classe dos heterossexuais (art. 16, I, da Lei 8.213/91), para fins de concessão de benefícios previdenciários, deferindo todos os pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão que a eles refiram-se. Ainda, que possibilite a inscrição dos companheiros e companheiras homossexuais como dependentes, inclusive no casos de segurado empregado ou trabalhador avulso, bem como que publique no Diário Oficial da União ato administrativo que reproduza a decisão judicial, remetendo cópia a todas as unidades da autarquia no Brasil. Com a inicial, vieram documentos.

ANDAMENTO. Possibilitada oitiva da parte ré, em conformidade com o disposto no art. 2º da Lei 8.437/92 (fl. 167). Manifestou-se, então, o INSS.

MANIFESTAÇÃO DO INSS. Intimado, o INSS (fls. 171 a 192) defendeu a impossibilidade do pleito, porquanto a concessão de liminar traria efeitos patrimoniais de difícil reparação. Argumentou pela impossibilidade de concessão de liminar em âmbito nacional, forte no art. 16 da Lei 7.347/85, da inadequação da via eleita – ação civil pública – para declaração de inconstitucionalidade, bem como a ilegitimidade ativa do Ministério Público para a propositura de ação civil pública na defesa de interesses individuais homogêneos, pois tal só seria possível quando em discussão direitos do consumidor, o que não seria o caso. Defendeu a



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

Fl. 517

Processo nº 2000.71.00.009347-0

ausência de verossimilhança das alegações, pois a própria Constituição Federal teria feito a distinção entre uniões homossexuais e heterossexuais, somente a estas estendendo a possibilidade de constituição de união estável, com efeito também previdenciário. Postulou pelo indeferimento da tutela.

ANDAMENTO. Deferida a antecipação dos efeitos da tutela (fls. 193 a 209). Determinada a citação do INSS. O INSS interpôs agravo de instrumento (fls. 219 a 233). Noticiado nos autos o indeferimento do pedido em recurso de suspensão de execução de liminar (fls. 234 a 236 e 278 a 281). Negado o pedido de efeito de efeito suspensivo no agravo de instrumento (fls. 238 a 245). O INSS acostou documento, a fim de comprovar o cumprimento da liminar (fls. 247 e 248). O Ministério Público apresentou Embargos Declaratórios da decisão liminar (fls. 250 a 253), que restou provido (fls. 254 a 259). Veio aos autos petição da Organização Não-Governamental "Nuances – Grupo pela Livre Orientação Sexual", requerendo sua admissão no pólo ativo da lide (fls. 262 a 263). O INSS requereu cópia da decisão liminar em meio eletrônico, para providenciar seu cumprimento (fl. 283), o que restou deferido (fls. 284 e 285). Deferida a inclusão da ONG "Nuances" no pólo ativo da lide (fls. 287 a 288). Veio aos autos petição da Organização Não-Governamental "Grupo Gay da Bahia – GGB", igualmente postulando sua inclusão no pólo ativo (fls. 291 a 292), o que foi deferido (fls. 303 a 304).

CONTESTAÇÃO DO INSS. Citado, o INSS contestou, argüindo, preliminarmente, ilegitimidade passiva do Ministério Público Federal para a propositura da ação, porquanto não se trataria de relação de consumo, única possibilidade em que lhe seria facultado manejar em ações de tal natureza com direitos individuais homogêneos; e inadequação da via eleita, porquanto declarações de inconstitucionalidade não poderiam ser



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 518 -

Processo nº 2000.71.00.009347-0

objeto de ação civil pública. No mérito, argumentou que a própria Constituição Federal teria feito a distinção entre uniões homossexuais e heterossexuais, somente a estas estendendo a possibilidade de constituição de união estável, com efeito também previdenciário. Entende que as normas que regem as organizações familiares são de natureza cogente, e não se poderia estendê-las a uma situação não contemplada. A garantia de pensão por morte derivaria do direito de família, de onde advém o direito a alimentos, só configurável em se tratando de relação matrimonial ou de união estável, demandando ambas de seus constituintes sexos diferenciados. Afirma que a relação contemplada na inicial pode até constituir-se sociedade de fato, mas estaria longe de apresentar-se como entidade familiar. A negativa da legislação em conceder aos homossexuais os benefício postulados não configuraria preconceito sexual, pois as uniões por eles constituídas não são entidades familiares. Não haveria fundamento no argumento de que a Lei 8.213/91 não poderia referir-se somente à família mencionada pelo § 3º do art. 226 da Constituição Federal, pois tal remissão fixa de fixaria de forma rígida a concepção de família. Ressalta que *"a legislação brasileira se funda na moral do povo brasileiro que parece ligada a padrões éticos, imutáveis"*, bem como que *"a mudança dos padrões sociais não se faz por decisão judicial, nem mesmo pela lei, mas ocorre na psique dos cidadãos."* Não haveria violação ao princípio da isonomia, porquanto as situações seriam díspares: *"é inarredável a desigualdade entre um casal formado por homem e mulher e outro, formado por dois homens"*, pois *"do segundo não são gerados filhos, nem se forma micro cosmo social, pois as partes tem interesse meramente sexual."* Não poderia haver inconstitucionalidade de norma constitucional. Prequestionou a matéria. Requereu julgamento de improcedência. Juntou documentos.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 519

Processo nº 2000.71.00.009347-0

ANDAMENTO. Intimados os autores a manifestarem-se sobre a contestação. Veio aos autos manifestação do INSS, juntando documentos (fls. 336 a 339). Noticiado indeferimento de novo pedido de suspensão de execução de liminar, no que se refere ao provimento dos embargos declaratórios julgados procedentes por este Juízo monocrático (fls. 341 a 345). Sobreveio notícia da negativa de provimento ao agravo de instrumento interposto pelo INSS (fl. 349).

MANIFESTAÇÃO DO MPF. Manifestou-se o MPF (fls. 350 a 360), atacando os argumentos tecidos na contestação, reiterando as teses da inicial.

ANDAMENTO. Conclusos os autos para sentença, foi o feito convertido em diligência para juntada de petição do MPF (fl. 362).

MANIFESTAÇÃO DO MPF. Manifestou-se o MPF (fls. 363 a 367), noticiando o descumprimento da medida liminar. Anexou documentos.

ANDAMENTO. Reconhecido o descumprimento do *decisum*, foram determinadas ao INSS e à 10ª Junta do Conselho de Recursos da Previdência Social adoção de providências que o atendessem (fls. 372 a 381). Interpostos Embargos de Declaração contra tal decisão, pelo INSS (fls. 392 a 393), apreciados na decisão das fls. 394 a 403. Veio aos autos o ofício da fl. 405, a fim de comprovar o cumprimento da decisão, bem como a petição da fl. 406, na qual o INSS argumenta que o Ministério Público Federal seria parte ilegítima para a propositura da ação, porquanto não estaria em discussão relação de consumo. O INSS juntou aos autos redação de nova Ordem de Serviço visando a atender a decisão liminar (fls. 409 a 422 e 429 a 432). Peticionou o INSS (fl. 433). Veio aos autos



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 520

Processo nº 2000.71.00.009347-0

notícia de indeferimento de liminar em novo agravo de instrumento interposto pelo INSS (fls. 434 a 438).

MANIFESTAÇÃO DO MPF. Manifestou-se o MPF (fls. 439 a 442), argumentando que a manifestação da fl. 406 seria intempestiva, requerendo seu indeferimento e desentranhamento, bem como noticiando novo descumprimento. Foram anexados documentos.

ANDAMENTO. Reconhecido o descumprimento do *decisum*, foram determinadas ao INSS a adoção de providências que o atendessem (fls. 480 a 482). Veio aos autos notícia de atendimento à determinação (fls. 485 a 488). Juntada aos autos notícia do julgamento do agravo de instrumento n. 1.556/2001, a que se negou provimento (fl. 490).

MANIFESTAÇÃO DO MPF. Manifestou-se o MPF (fls. 492 a 500), analisando a Instrução Normativa n. 50/2001, apontando que o INSS juntou aos autos duas versões: a primeira, nas fls. 410 e 411, na qual consta exigência de comprovação de dependência econômica, e a Segunda, nas fls. 431 a 432, na qual a exigência foi retirada, porém não foi indicada a data de sua republicação no Diário Oficial. Postulou que fosse o INSS intimado a indicá-la e, acaso não tenha ocorrido, que seja retirada a exigência de comprovação de dependência econômica e publicada a nova Instrução Normativa. Além disso, argumenta que na nova Instrução Normativa não foi contemplada a determinação de que a comprovação do vínculo de relacionamento estável entre homossexuais possa ser feita mediante justificção administrativa, pelo que requer a intimação do INSS para que a inclua. Postula que as normatizações administrativas relativas às ordens judiciais expedidas nesta ação sejam submetidas à apreciação do MPF antes de sua publicação. Ainda, que seja o INSS intimado a juntar aos autos toda a normatização administrativa já



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 521

Processo nº 2000.71.00.009347-0

expedida em relação a esta ação civil pública. Requer que a apreciação dos requerimentos seja feita conjuntamente à sentença de mérito, com acompanhamento do cumprimento das determinações do juízo em autos apartados, similarmente a uma execução provisória de sentença. Foram anexados documentos.

ANDAMENTO. Trasladadas aos autos cópias do julgamento do agravo de instrumento (fl. 502 a 510). Vieram os autos conclusos para sentença.

É o relatório. Decido.

II. FUNDAMENTAÇÃO

1. Preliminares

1.1. Da legitimidade do Ministério Público

Arguiu, ainda, o INSS, a ilegitimidade do Ministério Público Federal para a propositura de ação civil pública versando sobre o interesse em discussão.

Argumenta o Ministério Público Federal que o requerimento foi intempestivo, porquanto formulado após a contestação. Todavia, não lhe assiste razão, já que a matéria já havia sido veiculada na manifestação preliminar da autarquia, anterior ao deferimento da medida liminar e, além disso, trata-se de uma das condições da ação, da qual depende a



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 522

Processo nº 2000.71.00.009347-0

admissibilidade da demanda, pelo que pode ser argüida e apreciada a qualquer tempo.

Impende analisar, portanto, a legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública versando sobre o interesse em discussão.

A questão passa, num primeiro momento, pela determinação da natureza desse interesse, dentre aqueles considerados transindividuais, cuja defesa é autorizada via ação coletiva.

Afigura-se-me evidente que o interesse em pauta, referente ao regime de seguridade social relacionado com a população homossexual, identifica-se com o conceito de interesse difuso, trazido pelo inciso I do art. 81 da Lei 8.078/90, aplicável às ações civis públicas em geral por força do disposto no art. 21 da Lei 7.347/85.

De fato, trata-se de interesse transindividual, de natureza indivisível, cujos titulares constituem-se em uma coletividade indeterminada de pessoas ligadas por circunstâncias de fato. Na definição de Hugo Nigro Mazzilli, **"são como um conjunto de interesses individuais, de pessoas indetermináveis, unidas por pontos conexos"**.¹ O direito, por óbvio, não pode ser cindido: ou pertence a todos, ou a nenhum.

Isso advém de sua natureza constitucional, fundada em princípios como os da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Ora, muito embora seja possível verificar seu ferimento em situações individualmente

¹ in A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, 1998, Saraiva, p. 4.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 523

Processo nº 2000.71.00.009347-0

consideradas, não há como deixar de reconhecer que sua violação em relação a um único indivíduo implica desrespeito a toda estrutura constitucional de garantia ao regime democrático de direito.

A constatação, de imediato, afasta qualquer dúvida acerca da legitimação do Ministério Público à sua defesa, que advém não só da autorização do art. 5º, combinado com o art. 1º, V, ambos da lei 7.347/85, mas de incumbência institucional que lhe foi conferida pela própria Carta Constitucional de 1988, conforme se infere do inciso III de seu art. 129.

Num segundo momento, importante referir que, mesmo que se adote entendimento diverso, no sentido de que o direito postulado enquadre-se na categoria dos direitos individuais homogêneos, ainda assim subsistiria a legitimidade do Ministério Público. Isso porque o art. 21 da lei 7.347/85, na redação que lhe foi dada pela Lei 8.088/90 (Código de Defesa do Consumidor - CDC), determina a aplicabilidade à ação civil pública de toda a disciplina do CDC referente à "defesa dos direitos dos consumidores em juízo", o que envolve os direitos individuais homogêneos. Efetivamente, não haveria sentido na remissão se não fosse para atribuir ao Ministério Público legitimação para a defesa de outros interesses individuais homogêneos, já que os oriundos de relações de consumo, pela redação do próprio CDC, admitiam defesa coletiva pelo órgão ministerial, não necessitando da disciplina da Lei 7.347/85.

Ademais, a Lei Complementar 75/93, que dispõe sobre a organização, atribuições e estatuto do Ministério Público da União, na alínea "d" do inciso VII de seu art. 6º dispõe competir-lhe a promoção de ação civil pública para a proteção de **"outros direitos individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos."**



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 524

Processo nº 2000.71.00.009347-0

Por fim, já vem sendo pacificado pela jurisprudência que direitos individuais homogêneos podem ser defendidos pelo *parquet* no momento em que neles configure-se interesse social, o que parece evidente no caso em apreço, relacionado à seguridade social. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

"Ação civil pública. Ministério Público. Legitimidade na defesa de direitos individuais homogêneos (direitos previdenciários). (...)

Mesmo em se cuidando de direitos individuais homogêneos disponíveis, é o Ministério Público legitimado à sua defesa em juízo. É que, considerados em seu conjunto, aqueles passam a ter significado ampliado, de resultado maior que a simples soma de posições individuais, de modo que sua lesão compromete valores comunitários privilegiados pelo ordenamento jurídico por sua dimensão social. Ademais, numa época de grande massificação, é conveniente obviar a proliferação de demandas múltiplas, prestigiando-se-lhes um tratamento molecularizado, a partir da identificação de seu interesse nuclear." (Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Ap. cível n. 96.04.38388-4. Relator Juiz Carlos Sobrinho, julgamento em 23-3-1999, in Revista do TRF4ª Região n. 34) (sem grifo no original);

"Processual civil. Ação civil pública. Direitos e interesses individuais homogêneos. Ministério Público. Legitimidade. Recurso Especial.

1. Há certos direitos e interesses individuais homogêneos que, quando visualizados em seu conjunto, de forma coletiva e impessoal, passam a representar mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, mas verdadeiros interesses sociais, sendo cabível sua proteção pela ação civil pública. 2. É o Ministério Público ente legitimado a postular, via ação civil pública, a proteção do direito ao salário-mínimo dos servidores municipais, tendo em vista sua relevância social, o número de pessoas



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 525

Processo nº 2000.71.00.009347-0

que envolvem e a economia processual. (...)" (Recurso Especial n. 95347/SE, STJ, 5ª turma, Relator Ministro Edson Vidigal, julgamento em 24-11-1998).

1.2. Da declaração de inconstitucionalidade em Ação Civil Pública

Insurgiu-se o INSS contra a pretendida declaração incidental de inconstitucionalidade, aduzindo que a matéria não poderia ser objeto de ação civil pública, sob pena de usurpar-se a competência do Supremo Tribunal Federal para as declarações *erga omnes* de inconstitucionalidade.

Seu argumento não procede. Isso porque, sabidamente, nosso sistema de controle de constitucionalidade, misto entre o americano e o europeu, admite tanto a forma concentrada, efetivada somente pelo STF, quando a difusa, exercida por todo o Poder Judiciário.

Efetivamente, a declaração abstrata de inconstitucionalidade, compete unicamente ao STF. Todavia, a circunstância não afasta a possibilidade de que juízes de primeiro grau, como fundamento de decidir, reconheçam violações a normas constitucionais, em especial porque, mediante o manejo do sistema recursal, possibilita-se a manifestação final sobre o tema ao STF.

No sentido da tese ora defendida, manifestaram-se Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery:

"ACP e ADIn. O objeto da ACP é a defesa de um dos direitos tutelados pela CF, pelo CDC e pela LACP. A ACP pode ter como fundamento a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. O objeto da ADIn é a declaração, em abstrato, da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo,



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 526

Processo nº 2000.71.00.009347-0

com a conseqüente retirada da lei declarada inconstitucional do ordenamento jurídico por intermédio da eficácia erga omnes da coisa julgada. Assim, o pedido na ACP é a proteção do bem da vida tutelado pela CF, CDC ou LACP, que pode ter como causa de pedir a inconstitucionalidade de lei, enquanto o pedido na ADIn será a própria declaração da inconstitucionalidade da lei. São inconfundíveis os objetos da ACP e da ADIn."²

De fato, objeto da ação sob exame não é a declaração de inconstitucionalidade abstrata de dispositivo legal, mas a garantia de manutenção de um direito de ordem constitucional, cuja defesa, à evidência, pode ser manejada em ações coletivas, salientando-se que a Magna Carta atribuiu ao Ministério Público a função institucional de "zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessária a sua garantia" (art. 129, II).

1.3. Da abrangência nacional da decisão

A ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público objetiva provimento jurisdicional de abrangência nacional.

A tal pretensão, opôs o INSS o conteúdo da recente redação do art. 16 da Lei 7.347/85, conferida pela Lei 9.494/97, dispondo que "a sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator (...)".

² In Código de Processo Civil Comentado, 4ª Edição, RT, 1999, p. 1504.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 524

Processo nº 2000.71.00.009347-0

O argumento do INSS, porém, não prospera, em especial por dois motivos: primeiro, porque o Código de Defesa do Consumidor, que também traça a disciplina processual das ações coletivas e é aplicável às demais ações civis públicas, não traz a mesma vedação; segundo, porque a própria natureza do direito em questão não permite sua cisão.

A inovação no art. 16 da Lei 7.347/85 foi veiculada pela Medida Provisória n. 1.570/97 e posteriormente pela lei 9.494/97, cujo art. 2º, todavia, em nada alterou a disciplina dos efeitos da coisa julgada nas ações coletivas, explicitada no 103 do Código de Defesa do Consumidor, aplicável às ações civis públicas em geral por força do disposto no art. 21 da Lei 7.347/85, que não foi objeto de modificação.

Há pois, suporte legal à abrangência nacional das decisões em ações civis públicas, porquanto, segundo o CDC, em se tratando da defesa de direitos difusos ou individuais homogêneos, a coisa julgada operará *erga omnes*. Ademais, é um contra-senso lógico aludir-se à eficácia *erga omnes*, porém limitada a um grupo determinado de pessoas.

Por outro lado, mesmo que a lei não o dissesse expressamente, o tratamento dos direitos transindividuais demanda uniformidade, único modo de conferir, na expressão de André Carvalho Ramos, "**substância ao princípio constitucional da universalidade da jurisdição e do acesso à justiça.**"³ Realmente, se os direitos cuja defesa é feita através de ação civil pública têm em sua essência o fato de exceder ao âmbito estritamente individual sem chegar a constituir interesse público *stricto*

³ *in* A Abrangência Nacional de Decisão Judicial em Ações Coletivas: o caso da Lei 9.494/97, RT 755, setembro de 1998, p. 113.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 528

Processo nº 2000.7100.009347-0

sensu⁴, como limitar os efeitos da coisa julgada a uma área territorial restrita? Ou o direito existe, e é assim para todos, ou não existe.

O que fica flagrante na infeliz redação do artigo em comento é que confundiu competência com limites subjetivos da coisa julgada, ferindo a garantia constitucional de tutela dos interesses transindividuais, de modo que não pode subsistir, sob pena de não se solucionarem adequadamente os conflitos coletivos.

De fato, fixada a competência territorial do juízo, os efeitos da decisão, seja liminar, seja sentencial, obedecerão ao regime dos efeitos subjetivos da coisa julgada, que *in casu* deve operar *erga omnes*. Além disso, o autor da demanda é o Ministério Público Federal, entidade regida pelo princípio da unidade (art. 127, § 1º, da CF), cuja atuação abrange todo o território nacional.

Nesse sentido, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, na Reclamação 602-6, na qual o relator, Ministro Ilmar Galvão, concluiu:

"(...) inevitável é reconhecer que a eficácia da sentença, no caso, haverá de atingir pessoas domiciliadas fora de jurisdição do órgão julgador, o que não poderá causar espécie, se o Poder Judiciário, entre nós, é nacional e não local. Essa propriedade, obviamente, não seria exclusiva da ação civil pública, revestindo, ao revés, outros remédios processuais, como o mandado de segurança coletivo, que pode reunir interessados domiciliados em unidades diversas da federação e também fundar-se em alegação de inconstitucionalidade de ato normativo, sem que essa última circunstância possa inibir o seu processamento e julgamento em Juízo de

⁴ Cf. Hugo Nigro Mazzilli, *in* A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, Ed. Saraiva, 1998.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 529

Processo nº 2000.71.00.009347-0

primeiro grau que, entre nós, também exerce controle constitucional das leis."

No caso em apreço, o dano resultante da negativa do INSS em protocolar quaisquer requerimentos de cidadãos, sem possibilitar sua submissão à análise das autoridades competentes e garantindo-lhes respostas adequadas, bem como a impossibilidade de fornecimento de certidões parciais de tempo de serviço têm, por óbvio, amplitude nacional, de modo que o ferimento ao direito somente poderá ser evitado se a decisão tiver a abrangência pretendida pelo *parquet*.

Frise-se, por fim, que pensar de modo diverso equivale a contrariar a própria teleologia das ações coletivas, de garantir o acesso à jurisdição a um sem-número de pessoas que se encontram à margem da tutela jurisdicional, bem como de evitar a sobrecarga do Poder Judiciário com milhares de ações versando sobre matéria idêntica.

Afasto, assim, a preliminar.

2. Mérito

2.1. Do objeto da ação

Discute-se, nesta lide, sobre a pertinência ou não da vedação da inclusão de dependentes integrantes de relações homossexuais na condição de dependentes previdenciários, com o consectário de fazerem ou não *jus* aos benefícios de pensão por morte e auxílio-reclusão.

A negativa do Instituto Nacional do Seguro Social em reconhecer a companheiros homossexuais direitos previdenciários, sob o argumento de

17



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 520

Processo nº 2000.71.00.009347-0

que "não é devida a concessão destes benefícios nos casos de relação homossexual, face o contido o parágrafo 3º do Artigo 16 da Lei 8.213/91 e no Artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Federal (...)" (fl. 54), é violadora de diversos princípios e garantias constitucionais.

Não ignoro que o § 3º do art. 16 da Lei 8.213/91, ao disciplinar a condição dos dependentes de segurados da Previdência Social, somente considerou como companheiro ou companheira "a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal". Considero, porém, que a limitação não encontra suporte constitucional, pelos motivos que passo a expor.

2.2. Filtragem hermenêutico-constitucional

A ausência de uma adequada hermenêutica, que efetive, nas palavras de STRECK⁵, uma filtragem constitucional dos textos infraconstitucionais, colabora para que as premissas constitucionais garantidoras de Estados Democráticos de Direito, nos países periféricos, acabem virando letra morta.

Todavia, se é certo que um dos mais relevantes papéis do Poder Judiciário é garantir de forma eficaz o Estado Democrático de Direito, faz-se necessária uma abordagem constitucional do tema objeto desta ação (relações homossexuais em face da Seguridade Social brasileira), onde uma nova hermenêutica - comprometida com o fato social, e não formal e imparcial - é absolutamente necessária. Como já disse FREITAS:

⁵ *Op. cit.*



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 581

Processo nº 2000.71.00.009347-0

"(...) a tarefa do intérprete é, então, a de colaborar no exercício hermenêutico, com este processo de interiorização da norma constitucional, tomando sempre em linha de conta o substrato espiritual autêntico da sociedade e de suas aspirações, às quais deve a Constituição traduzir, garantir e realizar (...). Sem dúvida, a teleologia constitucional e jurídica, em regra, necessita vincular indissolavelmente fato social e fórmula jurídica.(...) Não é, em nenhum caso, missão do magistrado subsumir, automática e acriticamente, os preceitos legais à lide."⁶

É preciso superar os limites do positivismo jurídico, onde o Direito fica limitado a instrumentalizar o controle das relações sociais, afastado de posturas relacionadas com a prática da Justiça, como já sugeriram WARAT e PÊPE:

"Uma teoria crítica do Direito supõe o questionamento das dimensões éticas, políticas e sociais, ou seja, os princípios que inspiram os fins a serem alcançados e as funções que realmente devem ser realizadas com a existência de um determinado ordenamento jurídico."⁷

Acerca da interpretação dos direitos constitucionais fundamentais, dentre os quais se enquadram os direitos sociais e, mais especificamente, aqueles relativos à Seguridade Social, CANOTILHO assim se manifestou:

⁶ FREITAS, Juarez. **A Substancial Inconstitucionalidade da Lei Injusta**. Rio de Janeiro: Vozes, 1989, p. 60-61.

⁷ WARAT, Luís Alberto; PÊPE, Albano Marcos Bastos. **Filosofia do Direito: uma introdução crítica**. São Paulo: Moderna, 1996, p. 20.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 532

Processo nº 2000.71.00.009347-0

"Significa isto não haver uma teoria dos direitos fundamentais conforme a constituição (verfassungsgemässe Grundrechtstheorie), mas várias teorias pré-compreendidas, iluminadoras da compreensão das normas constitucionais. Aceitar esta conclusão seria não só admitir uma espécie de direito livre intimamente ligado à pré-compreensão do intérprete, como reconhecer a inexistência de um pressuposto constitucional comum, vinculativamente operante na interpretação-concretização dos direitos fundamentais. E este pressuposto constitucional, comum e ineliminável, tendo em vista o carácter compromissória da Constituição e a síntese dialéctica por ela operada entre os direitos de "varias gerações", dificilmente pode ser reconduzido a esquemas teóricos puros. Estes apenas auxiliam na busca de uma compreensão material, constitucionalmente adequada, dos direitos fundamentais. Neste sentido, torna-se necessária uma doutrina constitucional dos direitos fundamentais, construída com base numa constituição positiva, e não apenas uma teoria de direitos fundamentais de carácter exclusivamente teórico." ⁸

Entendo imprescindível efetivar uma leitura constitucional da legislação infraconstitucional disciplinadora dos direitos sociais de Previdência e Assistência Social, pois é lá que se colhe seu fundamento de validade, conforme a lição de STRECK:

"(...) a Constituição passa a ser, em toda a sua substancialidade, o topos hermenêutico que conformará a interpretação jurídica do restante do sistema jurídico. A Constituição é, assim, a materialização da ordem jurídica do contrato social, apontando para a realização da ordem política

⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Lisboa: Almerinda, 1999, p. 138-139.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 538

Processo nº 2000.71.00.009347-0

e social de uma comunidade, colocando à disposição os mecanismos para a concretização do conjunto de objetivos traçados no seu texto normativo deontológico. Por isso, as Constituições Sociais devem ser interpretadas diferentemente das Constituições Liberais. O plus normativo representado pelo Estado Democrático de Direito resulta como um marco definidor de um constitucionalismo que soma a regulação social com o resgate das promessas de modernidade.

(...)

Sendo o texto constitucional, em seu todo, dirigente e vinculativo, é imprescindível ter em conta o fato de que todas as normas (textos) infraconstitucionais, para terem validade, devem passar, necessariamente, pelo processo de contaminação constitucional (banho de imersão, se se quiser usar expressão cunhada por Liebman, ou filtragem constitucional, no dizer de Clève). O juiz (e o operador jurídico lato sensu) somente está sujeito à lei enquanto válida, quer dizer, coerente com o conteúdo material da Constituição.”⁹

Tratando da generalidade dos direitos sociais na Constituição portuguesa, CANOTILHO diagnostica o problema de sua efetivação, ressaltando a necessidade de uma interpretação legal conforme a Constituição:

“O entendimento dos direitos sociais, económicos e culturais como direitos originários implica, como já foi salientado, uma mudança na função dos direitos fundamentais e põe com acuidade o problema de sua efectivação. Não obstante se falar aqui da efectivação dentro de uma “reserva possível”, para significar a dependência dos direitos económicos,

⁹ *Op. cit.*, p. 225 e 229.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 534

Processo nº 2000.71.00.009347-0

sociais e culturais dos "recursos económicos", a efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais não se reduz a um simples apelo ao legislador. Existe uma verdadeira imposição constitucional, legitimadora, entre outras coisas, de transformações económicas e sociais na medida em que estas forem necessárias para a efectivação desses direitos (cfr. Artigos 2.º, 9.º /d, 80.º, 81.º).

As normas constitucionais consagradoras dos direitos sociais, económicos e culturais implicam, além disso, uma interpretação das normas legais de modo conforme com a "constituição social, económica e cultural" (...). Por outro lado, a inércia do Estado quanto à criação de condições de efectivação pode dar lugar a inconstitucionalidade por omissão (artigo 283.º), considerando-se que as normas constitucionais consagradoras de direitos económicos, sociais e culturais implicam a inconstitucionalidade das normas legais que não desenvolvem a realização do direito fundamental ou a realizam diminuindo a efectivação legal anteriormente atingida." ¹⁰

Trata-se de afirmar a função criativa e criadora do Direito pela atividade jurisdicional, ressaltada por CAPPELLETI¹¹ e por GADAMER¹². Buscar linhas interpretativas diferenciadas daquelas tradicionalmente adotadas no meio jurídico, mediante utilização dos tradicionais critérios gramatical, histórico e lógico, dentre outros.

Como fazê-lo? Entendo inafastável a lição de Gadamer¹³, no sentido de uma hermenêutica filosófica que não ignore que o processo de

¹⁰ *Op. cit.*, p. 448.

¹¹ CAPPELLETI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

¹² *Op. cit.*

¹³ *Op. cit.*



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 535

Processo nº 2000.71.00.009347-0

compreensão é histórico, e que quem vê nunca pode ver com os olhos da época passada, pois vê desde outra época, com seus próprios pré-juízos, ainda que acerca da época passada, e assim a compreensão é sempre também histórica. Uma consciência formada hermeneuticamente não pode ignorar que a leitura de um texto envolve uma tradição, um elemento histórico que não pode ser ignorado, mas que tem de ser mediado com a nova situação daquele que lê: a grande tarefa está em mediar este encontro, pela fusão de ambos os horizontes, para o que devem ser identificados os pré-juízos ou pré-conceitos, que, acaso inautênticos – ou, poderíamos dizer, que não mais se justificam – devem ser suspensos. Assim evolui-se na espiral hermenêutica heideggeriana, chegando-se sempre a um novo texto legal, pois cada nova leitura – ou, diria melhor, cada nova aplicação – é sempre uma nova norma que se põe, a fusão do horizonte histórico passado com todas as leituras posteriores. É assim que evolui o Direito.

A consciência histórica hermenêutica significa conhecimento e identificação dos próprios pré-juízos, da ação da tradição, e de nossa condição de seres históricos, isto é, do fato de que toda interpretação é um processo histórico. Permite, assim, na fusão de horizontes (tradição e presente, eu e tu), o afastamento dos pré-juízos inautênticos e, assim, movimentar o permanente círculo hermenêutico (que nunca finda, pois não há verdade absoluta, mas permanente construção de novas verdades).

Nas palavras de Gadamer:

“Toda interpretação correta tem que proteger-se contra a arbitrariedade da ocorrência de ‘felizes idéias’ e contra a limitação dos hábitos imperceptíveis do pensar, e orientar sua vista ‘às coisas elas mesmas’ (...)



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 580

Processo nº 2000.71.00.009347-0

pois o que importa é manter a vista atenta à coisa, através de todos os desvios a que se vê constantemente submetido o intérprete em virtude das idéias que lhe ocorram. Quem quiser compreender um texto realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido.

Essa descrição é, naturalmente, uma abreviação rudimentar: o fato de que toda revisão do projeto prévio está na possibilidade de antecipar um novo projeto de sentido; (...) que a interpretação começa com conceitos prévios (pré-juízos) que serão substituídos por outros mais adequados. Justamente todo esse constante reprojeter, que perfaz o movimento de sentido do compreender e do interpretar, é o que constitui o processo que Heidegger descreve. Quem procura compreender está exposto a erros de opiniões prévias, as quais não se confirmam nas próprias coisas. Elaborar os projetos corretos e adequados às coisas, que como projetos são antecipações que apenas devem ser confirmadas 'nas coisas', tal é a tarefa constante da compreensão. (...) Pois o que caracteriza a arbitrariedade das opiniões prévias inadequadas, senão que no processo de sua execução acabam se aniquilando? A compreensão somente alcança sua verdadeira possibilidade, quando as opiniões prévias, com as quais ela inicia, não são arbitrarias. Por isso faz sentido que o intérprete não se dirija aos textos diretamente, a partir da opinião prévia que lhe subjaz, mas que examine tais opiniões quanto à sua legitimação, isto é, quanto à sua origem e validade.

(...)



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 527

Processo nº 2000.71.00.009347-0

"Face a qualquer texto, nossa tarefa não é introduzir, direta e acriticamente, nossos próprios hábitos lingüísticos (...). se coloca o problema de como achar a saída do cabo de força das próprias opiniões prévias. Não se pode, de modo algum, pressupor como dado geral, que o que nos é dito em um texto se encaixe sem rupturas nas próprias opiniões e expectativas. (...) Como se pode proteger um texto previamente frente a mal entendidos?"

(...) O que se exige é simplesmente a abertura à opinião do outro ou à do texto. (...) quem não ouve direito o que o outro está dizendo, realmente, acabará por não conseguir integrar o mal-entendido (...). A tarefa hermenêutica se converte por si mesma num questionamento pautado na coisa (...). Uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteralidade do texto, Mas essa receptividade não pressupõe nem 'neutralidade' com relação à coisa nem tampouco auto-anulamento, mas inclui a apropriação das próprias opiniões prévias e preconceitos, apropriação que se destaca destes. O que importa é dar-se conta das próprias antecipações, para que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteralidade e obtenha assim a possibilidade de confrontar sua verdade com as próprias opiniões prévias.¹⁴[sem grifo no original]

Gadamer esclarece que, em verdade, não se pode distanciar o momento da norma do momento de sua aplicação: interpretar é desde sempre aplicar, o sentido alcança sua aplicação no instante concreto da interpretação, a norma só existe quando interpretada/aplicada:

¹⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997, pp. 401 a 405.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

Fl. 538

Processo nº 2000.71.00.009347-0

"Também os conceitos dos costumes nunca são dados como um todo ou determinados normativamente de maneira unívoca. Antes, a minuciosa ordenação da vida através das regras do direito e dos costumes é incompleta, necessitando de uma complementação produtiva. Ela precisa de juízo para avaliar corretamente os casos concretos. Conhecemos essa função do juízo sobretudo a partir da jurisprudência, campo em que o desempenho jurídico complementar da "hermenêutica" reside justamente em promover a concreção do direito.

Isso representaria mais do que a aplicação correta de princípios universais. Nosso saber acerca do direito e dos costumes sempre será complementado a partir de cada caso particular, sim, será até mesmo determinado produtivamente. O juiz não aplica a lei apenas in concreto, senão que colabora ele mesmo, através de sua sentença, no desenvolvimento do direito (direito do juiz).

(...)

A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação. A complementação produtiva do direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se por sua vez sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica. Na idéia de uma ordem judicial supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto. A pessoa que se tenha aprofundado em toda a concreção da situação estará em condições de realizar essa ponderação justa. Justamente por isso existe segurança jurídica em um estado de direito, ou seja, podemos ter uma idéia daquilo a que nos atemos. (...)

Agora se torna claro o sentido da aplicação que já está de antemão em toda forma de compreensão. A aplicação não quer dizer aplicação ulterior a algo comum dado, compreendida primeiro em si mesma, a um caso



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 539

Processo nº 2000.71.00.009347-0

concreto, mas é, antes, a verdadeira compreensão do próprio comum que cada texto dado representa para nós. A compreensão é uma forma de efeito, e se sabe a si mesma como tal efeito.”¹⁵

Em outras palavras, a tarefa do Poder Judiciário é sempre criar direito novo, que é o direito aplicado a cada caso concreto, realizado a cada nova interpretação de forma única e diferenciada. Sendo assim, é evidente que o intérprete não se pode afastar da vida real, dos homens reais a que se aplicam suas decisões, pois interpretar não é somente considerar o texto legal, mas criar a norma – ou efetivar sua leitura – para a situação concreta. Aliás, no plano específico do Direito Constitucional, Konrad Hesse¹⁶ propõe uma interpretação concretizante da Constituição. A respeito, LEAL esclarece:

“Toda e qualquer interpretação e aplicação da norma jurídica constitucional e infraconstitucional, assim, deve levar em conta, conjuntamente, os conceitos de ordenação e realidade (no seu âmbito político, social, econômico), eis que uma análise isolada que considere apenas um ou outro aspecto, não apresenta condições de fornecer resposta adequada às grandes questões trazidas pela modernidade. Em outras palavras, a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside no fato de que a relação por ela regulada venha a ser concretizada na realidade.” [sem grifo no original]¹⁷

¹⁵ *Op. cit.*, pp. 87 e 88.; 489 e 490; 504 e 505

¹⁶ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

¹⁷ LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 139.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 540

Processo nº 2000.71.00.009347-0

Na mesma linha, Friedrich Müller¹⁸, para quem uma norma jurídica não se limita a seu texto, mas envolve um "programa" – o texto e suas determinantes gerais de aplicação – e um "âmbito" – este identificado empiricamente, no mundo real em que se aplica. Sua concreção depende da identificação e orientação de ambos – programa e âmbito da norma.

Também José Gomes Canotilho¹⁹ aponta para a força normativa da Constituição, indicando, além dele, e dentre outros, como princípios interpretativos o da unidade da Constituição (evitar contradições entre suas normas, harmonizando eventuais tensões), o da máxima efetividade (a interpretação da norma deve adotar o sentido que lhe confira maior eficácia) e da interpretação das leis em conformidade com a Constituição.

LEAL bem sintetiza:

"(...) impõe-se concebermos na Constituição uma certa *preeminência normativa*, que se resume em três grandes diretivas hermenêuticas: (a) todas as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas no sentido mais conforme à Constituição (interpretação conforme a constituição); (b) as normas de direito ordinário desconformes com a Constituição são inválidas, não podendo ser aplicadas pelos tribunais e devendo ser anuladas (...) (c) salvo quando não exequíveis por si mesmas, as normas constitucionais aplicam-se diretamente, mesmo sem lei intermediária, ou contra ela e no lugar dela."²⁰

¹⁸ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

¹⁹ *Op. cit.*

²⁰ *Op. cit.*, p. 151.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 641

Processo nº 2000.71.00.009347-0

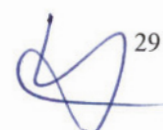
Em suma, a leitura da legislação infraconstitucional de Previdência Social – Lei 8.213/91 – deve submeter-se à filtragem hermenêutico-constitucional, nos termos supra-propostos, o que implica, antes de mais nada, uma visão do próprio texto constitucional imbricado com os fatos sociais e com a realidade, dos quais não pode afastar-se.

Na hipótese sob julgamento, deve-se sempre ter em conta, nas palavras de Roger Raupp Rios, que **“no caso da homossexualidade, constata-se que o estágio do conhecimento humano que hoje compartilhamos desautoriza juízos discriminatórios com base exclusiva no critério da orientação sexual. Com efeito, a evolução experimentada pelas ciências humanas e biológicas desde a metade do século XX já é suficiente para a superação dos preconceitos que anteriormente turvavam a mentalidade contemporânea diante da homossexualidade.”**²¹

2.3. Direitos Fundamentais e Estado Democrático de Direito

A Constituição brasileira de 1988, promulgada sob o signo de determinar o reingresso do país no regime democrático, ao final de um longo período ditatorial, já em seu preâmbulo afirma a instituição de um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

²¹ RIOS, Roger Raupp. **A Homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Esmafe: 2001, p. 80

 29



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 542

Processo nº 2000.71.00.009347-0

Em seu Título I, destinado aos "Princípios Fundamentais", após definir tratar-se a República Federativa do Brasil de um Estado Democrático de Direito, registra como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e arrola dentre seus objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a redução das desigualdades sociais.

A carta constitucional garantiu, assim, ao Brasil o *status* de Estado Democrático de Direito, cuja estrutura, superando aquela do Estado de Direito (estado submetido à lei), seja em suas formas liberal (onde havia mera limitação à atuação estatal - garantias de não-intervenção na esfera do indivíduo) ou social (onde incumbiu-se o Estado de prestações positivas a alguns grupos), conforme a lição de MORAIS:

"A novidade do Estado Democrático de Direito não está em uma revolução das estruturas sociais, mas deve-se perceber que esta nova conjugação incorpora características novas ao modelo tradicional. Ao lado do núcleo liberal ligado à questão social, tem-se com este novo modelo a incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado garantir através do assecuramento jurídico de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade.

(...)

Percebe-se nesta trajetória como que uma redefinição contínua do Estado de Direito, com a incorporação de conteúdos novos, em especial face à imposição dos novos paradigmas próprios ao Estado de Bem-Estar Social."²²

²² MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Do Direito Social aos Interesses Transindividuais: O Estado e o Direito na Ordem Contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 79-80.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 543

Processo nº 2000.71.00.009347-0

O Estado Democrático de Direito vem incumbido de promover a mudança do *status quo*. Assume um papel transformador da sociedade, onde igualdade e solidariedade são valorizadas sobremaneira.

Uma das expressões mais marcantes do papel de um Estado Democrático de Direito encontra-se, assim, justamente no modo como é estruturada sua Seguridade Social, já que foi justamente a partir de sua evolução que se superou o Estado em sua feição liberal, conforme relata MACRIDIS:

Apesar de sua aversão à intervenção do Estado em assuntos econômicos e sociais, os liberais se viram forçados a considerar 'intervensões limitadas'. Leis de pobreza foram introduzidas para manter os desamparados a salvo da inanição. Na medida em que o desemprego assumia proporções ameaçadoras na década de 1840, oficinas públicas eram estabelecidas na França e, de uma só vez, chegavam a empregar cerca de duzentos e cinquenta mil pessoas. A legislação sobre trabalho de menores começou gradualmente a proibir o emprego de crianças de certas idades e as obrigava a freqüentar a escola. Um dia de trabalho de dez horas foi decretado em 1846, na Inglaterra. Leis trabalhistas começaram a zelar pela segurança dos trabalhadores. Eles tinham que receber compensações por acidentes causados por seu trabalho. Por volta do fim do século, muitas destas medidas tinham sido ampliadas de modo a proporcionar maior proteção, inclusive os primeiros passos na direção do seguro social. ²³

²³ MACRIDIS, Roy C. *Ideologias Políticas Contemporâneas*. Brasília: Universidade de Brasília, 1982, p. 60.

 31



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 544

Processo nº 2000.71.00.009347-0

Na mesma linha, STRECK e MORAIS concluem:

Pode-se, preliminarmente, referir que o modelo liberal se consolidou e se expandiu no séc. XIX, embora os infortúnios que atingiam os segmentos populares crescessem em consequência do próprio desenvolvimento econômico do liberalismo. No campo das liberdades, já nas suas décadas finais, um novo componente emerge, a justiça social, e reivindicações igualitárias transformam as suas faces fazendo emergir o modelo do Estado do bem-estar ou Welfare State. [sem grifo no original]²⁴

O Estado passa a ser, nas palavras de STRECK e MORAIS, "afiançador da *qualidade de vida do povo*", que "*garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo cidadão, não como caridade, mas como direito político.*"²⁵

O novo modelo representou a evolução, no Estado, de políticas sociais com natureza assistencial (favores governamentais) para políticas sociais com natureza prestacional (concretização de direitos). De fato, diante de direitos sociais que surgem das demandas dos novos atores políticos, conforme BOBBIO²⁶, e a correlata exigência de sua materialização, a tarefa do Estado passa a ser ativa, operante pelas políticas públicas, orientadas pela idéia de função social.

²⁴ STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 55.

²⁵ *Ibid*, p. 69.

²⁶ BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia. Uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 545

Processo nº 2000.71.00.009347-0

LUHMANN conceitua o Estado de Bem-Estar com base no conceito sociológico de "inclusão":

"El concepto de inclusión significa la incorporación de la población global a las prestaciones de los distintos sistemas funcionales de la sociedad. Hace referencia, de un lado, al acceso a estas prestaciones y, de outro, a la dependencia que de éstas van a tener los distintos modos de vida individuales. En la medida en que se va realizando la inclusión, irán desapareciendo aquellos grupos que no participan de la vida social, o lo hacen sólo marginalmente. La distribución de la población según su grado de participación, pasa a un segundo plano (aunque ahora también las capas más altas quizá se distingan por una mayor participación en todos los dominios funcionales), y en su lugar aparece la multitud de los hombres universal e igualmente relevantes, que asumen roles complementarios en los distintos sistemas funcionales."²⁷

Enquanto que no Estado democrático-liberal os valores eram a liberdade, a propriedade individual, a igualdade, a segurança jurídica e a participação dos cidadãos na formação da vontade estatal (sufrágio), no Estado social democrático tais valores assumem conotação mais efetiva, com base e conteúdo material. Na lição de GARCÍA-PELAYO:

"Así, no hay posibilidad de actualizar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañadas de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real; mientras que em los siglos XVIII y XIX se pensaba que la libertad era una exigencia de la dignidad human, ahora se piensa que la dignidad humana (materializada em supuestos socioeconómicos) es una condición para el

²⁷ LUHMANN, Niklas. Teoría política en el Estado de Bienestar. 2 ed. Madrid: Alianza Universidad. 1997, p. 47-48.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

Fl. 516

Processo nº 2000.71.00.009347-0

ejercicio de la libertad. La propiedad individual tiene como límite los intereses generales de la comunidad ciudadana ..."

Portanto, o Estado Democrático de Direito propugnado pela Carta Constitucional brasileira de 1988 demanda, por óbvio, postura ativa dos poderes públicos em prol da asseguaração da qualidade de vida dos cidadãos, incluindo garantias de efetivação dos Direitos Humanos Fundamentais.

2.4. Princípios da dignidade da pessoa humana, vedação de discriminação por orientação sexual e isonomia

Já o preâmbulo da Carta Constitucional de 1988 deixa claro o propósito do diploma no sentido de instituir um **"Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)"** (sem grifo no original). Após, aponta dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil o da **dignidade da pessoa humana** (art. 1º, III), determinando constituir um de seus objetivos fundamentais a promoção do **bem de todos, sem preconceitos de origem de raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação** (art. 3º, IV). Por fim, em seu art. 5º, inaugurando o título "Dos direitos e garantias fundamentais", dispõe 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, (...)"**.

34



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 547

Processo nº 2000.71.00.009347-0

Configurou-se, portanto, no plano constitucional brasileiro, a garantia de formação de um efetivo Estado Democrático de Direito, no qual adquirem importância fundamental os Direitos Humanos. O tema envolve, seguramente, o próprio desenvolvimento histórico da humanidade. O processo de sua positivação como Direitos Fundamentais, na lição de LEAL²⁸, que partiu da necessidade de que, a partir do início do século XX, fosse repensada a função do Estado, que de uma postura ausenteísta, garantidora simplesmente das liberdades dos cidadãos (Estado Liberal) passou a ter também obrigações prestacionais, positivas, comprometidas com o bem-estar da Sociedade civil e minimização dos conflitos sociais (Estado Social), redundou em sua configuração de **efetivos direitos públicos subjetivos**:

"É neste sentido que as Constituições atuais, modelo inaugurado pelo movimento do constitucionalismo social, são a expressão da idéia de consagração dos Direitos Humanos e Fundamentais perante todo o ordenamento jurídico. Esses direitos, após a 2ª Guerra, passam a ser reconhecidos como base de qualquer Sociedade que se queria civilizada. Ato contínuo, as novas Constituições preocupam-se em construir um novo modelo de Estado, agora qualificado como Democrático de Direito, utilizando-se da Teoria dos Direitos Humanos e Fundamentais como principal alicerce dessa nova ordem de valores.

(...)

A presente concepção de direitos subjetivos públicos, pois, requer a assimilação de dois referenciais indispensáveis: a constitucionalização e a fundamentalização destes direitos. O primeiro refere-se à incorporação destes direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do

²⁸ *Op. cit.*, p. 50 a 57



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 54^o

Processo nº 2000.71.00.009347-0

legislador ordinário; a segunda consideração aponta para a especial dignidade da proteção dos direitos humanos num sentido formal e num sentido material. O sentido formal, geralmente associado à constitucionalização, assinala três dimensões relevantes no tocante às normas de direitos fundamentais: (a) superioridade hierárquica; (b) constituem-se, muitas vezes, em limites materiais da própria revisão (Constituição Brasileira, art. 60, § 4º); (c) vinculam, imediatamente, os poderes públicos, constituindo-se em parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações e controle dos órgãos legislativo, administrativo e jurisdicional. O sentido material, por sua vez, significa que o conteúdo dos Direitos Fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da Sociedade.”²⁹

No caso concreto em apreciação, é evidente que a legislação infraconstitucional, ao proibir aos companheiros de mesmo sexo o direito aos benefícios devidos aos dependentes dos segurados, desrespeitou o princípio da dignidade da pessoa humana. O estabelecimento de rótulos - no caso, a orientação sexual - que, além de discriminarem, afastam da proteção estatal pessoas que deveriam, por imperativo constitucional, encontrar-se por ela abrangidas, equivale a dispensar tratamento indigno a um ser humano. De fato, a intimidade e a vida privada dos cidadãos não podem ser objeto de controle ou avaliação pelo Estado, tampouco constituírem fator determinante para o reconhecimento ou não de direitos. A questão foi bem abordada pelo Juiz Roger Raupp Rios:

“Independentemente da orientação sexual de um ser humano, é mister invocar o respeito devido à sua individualidade, em virtude da citada cláusula constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III).

²⁹ *Id.*, p. 56-57



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

Fl. 549

Processo nº 2000.71.00.009347-0

Esta (a dignidade da pessoa humana), aliás, é elemento central na sociabilidade que caracteriza o conceito de Estado Democrático de Direito, que promete aos indivíduos muito mais que abstenção de invasões ilegítimas de suas esferas pessoais, a promoção positiva de suas liberdades.³⁰

Em outra oportunidade, reitera:

"(...) ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana."³¹

Também Maria Berenice Dias, abordando os direitos de terceira geração, esclarece:

"São componentes da dignidade humana que constituem no todo a condição humana, cuja valoração resulta nos valores fundamentais da humanidade, constituindo direitos difusos quanto à titularidade subjetiva e *direitos de solidariedade* quanto ao objeto. A evolução dos direitos humanos atinge seu ápice, a sua plenitude subjetiva e objetiva. São direitos humanos plenos, de todos os sujeitos contra todos os sujeitos, para proteger tudo que condiciona a vida humana, fixados em valores ou

³⁰ In Revista do CEJ, Brasília, n. 6, set/dez. 1998, p. 34.

³¹ RIOS, Roger Raupp. *A Homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Esmafe: 2001, p. 92



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 550

Processo nº 2000.71.00.009347-0

bens humanas, patrimônio da humanidade, segundo padrões de avaliação que garantam a existência com a dignidade que lhe é própria.”³²

E, no que tange ao direito à sexualidade, conclui:

“Além de estarem amparadas [as relações homossexuais] pelo princípio fundamental da isonomia, cujo corolário é a proibição de discriminações injustas, imperiosa sua inclusão no rol dos direitos humanos fundamentais, como expressão de um direito subjetivo ao mesmo tempo individual, categoria e difuso. Também se albergam as relações homossexuais sob o teto da expressão, como garantia do exercício da liberdade individual, cabendo incluí-las, da mesma forma, entre os direitos de personalidade, precipuamente no que diz com a identidade pessoal e a integridade física e psíquica. Acresce ainda visualizar a segurança da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, que é a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual, como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana.”³³

Verifico, ainda, violação do princípio da igualdade, pois há tratamento diferenciado em situações equiparáveis, que são a união entre pessoas de sexo diverso e a união entre pessoas do mesmo sexo, ambas desprovidas do vínculo jurídico do casamento civil, mas esteadas fundamentalmente em relação de afeto, companheirismo e mútua dependência. Enquanto aos integrantes da primeira garante-se amplo acesso ao Regime Geral de Previdência Social, considerando a legislação

³² DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual. O Preconceito & a Justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 62.

³³ *Id.*, p. 64



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 361

Processo nº 2000.71.00.009347-0

infraconstitucional que constituem dependentes de primeiro grau, aos integrantes da segunda veda-se a mesma benesse.

Sabe-se que o princípio da igualdade material exige, para sua perfeição, tratamento desigual em situações díspares. Todavia, isso somente pode ocorrer fundado em critérios de razoabilidade, e não arbitrariamente, como ocorreu no citado artigo da Lei 8.213/91. Realmente, a orientação sexual do indivíduo – seja voltada para o hetero, homo ou bissexualismo – não lhe confere *status* excepcional, que enseje tratamento diferenciado daquele dispensado à generalidade dos cidadãos.

Konrad Hesse³⁴ aponta a dupla dimensão da igualdade nos seguintes termos: a) igualdade formal, com igualdade perante a lei, que deve obrigar ou autorizar a todos; b) igualdade material, no sentido de que somente o que é igual deve ser igualmente tratado, proibido o tratamento igualitário de situações desiguais.

Na mesma linha, a lição de Alexandre de Moraes, ao abordar também as maneiras como pode dar-se sua violação:

"A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, preservando a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico.

(...)

A igualdade se configura como uma eficácia transcendente de modo que toda situação de desigualdade persistente à entrada em vigor da norma

³⁴ *Op. cit.*



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 552

Processo nº 2000.71.00.009347-0

constitucional deve ser considerada não recepcionada, se não demonstrar compatibilidade com os valores que a Constituição, como norma suprema, proclama.

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. (...)

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.³⁵

Realmente, o art. 5º da Constituição Federal de 1988, inaugurando o título "Dos direitos e garantias fundamentais", dispõe 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, (...)**".

Neste aspecto alio-me à opinião de Roger Raupp Rios³⁶, no sentido de que o respeito à isonomia, em sua feição formal, demanda que a todos seja reconhecida a qualidade de sujeitos de direitos, independentemente de sua orientação sexual, o que na prática decorre na não-identificação de certas pessoas como homossexuais - a afirmação do "direito à

³⁵ In Direito Constitucional, 7ª edição, Ed. Juridico Atlas, 2000, pp. 62 e 63.

³⁶ *Op. cit.*



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 558

Processo nº 2000.71.00.009347-0

indiferença”.

Por outro lado, se o instrumento normativo legislativo traz descrimen injustificado entre situações idênticas – uma vez que relações hetero e homossexuais podem consubstanciar-se em uniões afetivamente comprometidas e estáveis - inegável reconhecer-se que veio eivada de vício de inconstitucionalidade, por violação do princípio da igualdade, em sua feição material.

Deve ficar claro que o princípio da igualdade não se dirige somente aos aplicadores da lei, mas também, e talvez principalmente, ao legislador. Como bem expôs Eric Heinze³⁷, a igualdade não é um conceito singular, mas um conjunto de conceitos, incluindo igualdade na lei, igualdade depois da lei e igual proteção da lei.

Ora, se o fundamento de validade de todo o sistema jurídico é a Constituição, e esta garantiu expressamente a isonomia, restou afastada qualquer possibilidade de limitação que não se justifique em seus próprios preceitos, veiculada através de norma infraconstitucional.

Conseqüência da igualdade é a vedação de eleição de critérios discriminatórios - desprovidos de qualquer razoabilidade - para afastar certo grupo de pessoas do gozo de direitos, que também restou desrespeitada. Efetivamente, considero a discriminação em virtude de orientação sexual como uma das espécies de discriminação em razão do sexo, expressamente proibida. Ainda que assim não fosse, resta a cláusula geral, que afasta quaisquer outras formas de discriminação.

Nas palavras de Maria Berenice Dias, citando Sérgio Resende de Barros:

³⁷ In Sexual Orientation: A Human Right. Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 215.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 554

Processo nº 2000.71.00.009347-0

“Não cabe mais desfigurar para desproteger, senão por preconceitos que, presos ao passado, distorcem no presente a evolução e a história da humanidade, segundo o constitucionalista (...)

Todos dispõem da liberdade de optar, desimportando o sexo da pessoa eleita, se igual ou diferente do seu. Se um indivíduo nada sofre ao se vincular a uma pessoa do sexo oposto, mas recebe o repúdio social por dirigir seu desejo a alguém do mesmo sexo, está sendo discriminado em função de sua orientação sexual. (...) O gênero da pessoa eleita não pode gerar tratamento desigualitário com relação a quem escolhe, sob pena de se estar diferenciando alguém pelo sexo que possui: se igual ou diferente do sexo da pessoa escolhida.”³⁸

Inafastável a lição de Roger Raupp Rios:

“O princípio da igualdade, em sua dimensão formal, objetiva a superação das desigualdades entre as pessoas, por intermédio da aplicação da mesma lei a todos, vale dizer, mediante a universalização das normas jurídicas em face de todos os sujeitos de direito.

Na esfera da sexualidade, âmbito onde a homossexualidade se insere, isto significa, em princípio, a extensão do mesmo tratamento jurídico a todas as pessoas, sem distinção de orientação sexual homossexual ou heterossexual. Essa é a consequência necessária que decorre do aspecto formal do princípio da igualdade, proibitiva das discriminações por motivo de orientação sexual. A igualdade formal estabelece uma interdição para a diferenciação de tratamento: as desigualdades só poderão ser toleradas se fundadas em motivos racionais, em indagação que, por ser pertinente à dimensão material do princípio da igualdade, ultrapassa o âmbito da igualdade formal (e a seguir considerada).

³⁸ *Op. cit.*, p. 67

42



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 555

Processo nº 2000.71.00.009347-0

A fidelidade ao princípio da igualdade formal exige que se reconheça em todos, independentemente da orientação homo ou heterossexual – a qualidade de sujeito de direito; isto significa, na prática, não identificá-lo com a pessoa heterossexual.

A igualdade perante a lei – como já visto – só alcançará a universalidade do direito mediante a ruptura do modelo abstrato do sujeito de direito como pessoa heterossexual. Ao invés da cristalização da “normalidade heterossexual” revelada tanto na invocação de “direitos homossexuais” como no apelo ao “direito à diferença”, é necessário afirmar o “direito à indiferença”, pelo respeito às diversas modalidades de orientação sexual, todos sob o pálio de uma mesma regulação geral”³⁹


Ademais, não se pode olvidar da força normativa dos direitos e garantias decorrentes de tratados internacionais de que o Brasil participe (§ 2º do art. 5º da Constituição Federal). A esse respeito, merecem especial atenção a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Da Declaração Universal dos Direitos do Homem, destaco os seguintes dispositivos:

“Art. 1º. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidades e em direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

Art. 2º. Todos os seres humanos podem invocar os direitos e liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de opinião política ou

³⁹ RIOS, Roger Raupp. *A Homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Esmafe: 2001, p. 70.

 43



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 556

Processo nº 2000.71.00.009347-0

outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação.

(...)

Art. 7º. Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, tem direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação. (sem grifo no original).

No mesmo sentido a Convenção Americana de Direitos Humanos:

"Art. 5 (1). Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

Art. 7 (1) Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.

Art. 11 (1) Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

Art. 11 (2) Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ataques ilegais a sua honra ou reputação.

Art. 11 (3) Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra essas ingerências ou esses ataques.

Art. 24. Todas as pessoas são iguais ante a lei. Em consequência, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei. (sem grifo no original).

Vê-se que tais diplomas expressam particular repúdio por qualquer ato discriminatório, a indicar a fraternidade como elemento norteador das relações humanas, tenham elas natureza política, econômica ou social. Evidenciam, ainda, que alguns fatores são inaceitáveis como fundamento para distinções e classificações humanas, como raça, religião e sexo.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 558

Processo nº 2000.71.00.009347-0

Negar a uma pessoa o direito de escolher um parceiro, com ele estabelecendo uma comunidade afetiva e pretendendo vê-lo protegido de quaisquer eventualidades, simplesmente por terem ambos o mesmo sexo, equivale a negar sua própria condição humana. Ao Estado que se diz democrático não assiste o poder de exigir de seus cidadãos que, para que lhes sejam assegurados direitos sociais, devam adotar orientação sexual pré-determinada.

2.5. Direitos Fundamentais de Seguridade Social

A noção de Seguridade Social pode ser extraída do conceito sucinto, porém esclarecedor, fornecido FAJARO ⁴⁰:

"A partir de una consideración preliminar puede decirse que la Seguridad Social es un derecho del hombre, organizado jurídicamente por el Estado, como una institución de servicio encargada de protegerlo de las contingencias vitales y de promocionar su condición humana, en base a una acción solidaria y justiciera entre los miembros de una colectividad."

O mesmo autor, mais tarde, aponta como embasamentos dos direitos de Seguridade Social a igualdade essencial entre os homens e a dignidade humana.

Em poucas palavras, assim, é possível afirmar que a Seguridade Social é um sistema gerido pelo Estado que objetiva dar cobertura a eventos em regra imprevistos (riscos sociais) que venham a acometer as

⁴⁰ FAJARDO, Martin. **Derecho de la Seguridad Social**. 2. Ed. Lima (Peru): 1985, p. 11.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

Fl. 558

Processo nº 2000.71.00.009347-0

peçoas que neles vivem, fornecendo-lhes prestações e serviços que garantam sua sobrevivência.

Segundo Ademir de Oliveira, **"A Seguridade Social é um instrumento que engloba, em sentido amplo, as ações sociais integradas do Estado ("dever de agir") com a finalidade precípua de garantir todos os direitos sociais básicos para o exercício da cidadania plena e para a preservação da dignidade da pessoa humana segundo a Declaração dos Direitos do Homem, um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil."**⁴¹

Examinando-se a Carta Constitucional de 1988, vê-se que o houve a opção (ao menos em tese), no Brasil, por um Estado-providência, cuja fonte de legitimidade, segundo ROSAVALLON⁴², repousa na necessidade de libertação da sociedade da necessidade e do risco. E porque libertar a sociedade da necessidade e do risco? O mesmo autor explica:

"O sistema de necessidades se confunde com a dinâmica social. A necessidade existe fundamentalmente apenas como manifestação de uma situação de divisão social. Ela nasce da constatação de uma diferença e do desejo de reduzi-la: a dialética das necessidades é inteiramente estruturada pela dinâmica social a igualação e da diferenciação. (...) A idéia de libertação da necessidade reforça a de igualdade. Nesse sentido,

⁴¹ OLIVEIRA, Ademir de. **A Previdência Social na Carta Magna: análise do direito e do antdireito das prestações previdenciárias e assistenciárias**. São Paulo: LTr, 1997.

⁴² ROSAVALLON, Pierre. **A Crise do Estado-Providência**. Goiânia: Editora da UFG;

Brasília: Editora da UnB, 1997.

46



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 559

Processo nº 2000.71.00.009347-0

o Estado-providência é bem o produto da moderna cultura democrática e igualitária."

Os direitos relativos à Seguridade Social (saúde, assistência e previdência social) encontram sua primeira previsão no art. 6º da Constituição Federal, arrolados dentro do capítulo que trata dos direitos sociais. Posteriormente, ao tratar da Ordem Social, a Constituição dedica todo um capítulo à disciplina da matéria (arts. 194 a 203).

Uma simples leitura denota que, primeiramente, superou-se em muito, a idéia do Estado social como garantidor de prestações sociais mínimas. A seguridade social prevista pelo constituinte de 1988 envolve, seguramente, distribuição de renda, ressaltando seu papel ativo na asseguaração de Justiça social.

Nesse sentido, a opinião de Feijó Coimbra, ao abordar a função econômica da prestação previdenciária:

"Discorrendo sobre os fins da seguridade social, diz Fernando de Ferreri que ela, absorvendo os antigos sistemas de previsão, converte-se, aos poucos, em serviço público de amparo social, mantido por receita tributária ou assemelhada, mercê da qual o Estado realiza, de modo efetivo e, sem dúvida, mais prático e adequado, uma redistribuição de renda, considerada por Paul Durando uma das soluções mais imperiosas para a denominada questão social. E na verdade, é ela, antes de tudo, um mecanismo de transferência das responsabilidades pelos efeitos dos riscos sociais, das pessoas atingidas para as componentes de grupos mais

47



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

Fl. 560

Processo nº 2000.71.00.009347-0

fortes economicamente, e destes para o conjunto de pessoas mais aptos a suportá-las: a sociedade inteira.⁴³ (sem grifo no original).

Também é o entendimento de Alfredo Ruprecht, ao afirmar que "a **seguridade social é reconhecida como um fator poderoso e crucial de equilíbrio socioeconômico. (...) É redistribuidora da renda, influenciando positivamente no aspecto econômico do país.**"⁴⁴

A Seguridade Social, assim, não pode ser vista simplesmente como direito social. Na verdade, conforma-se como expressão ativa do princípio da igualdade.

Isso fica evidente porque, em regra, as pessoas que se submetem às prestações da Seguridade Social - em especial da Assistência Social, mas também da Previdência Social - integram as classes sociais menos favorecidas, quando não estão mesmo na faixa da miséria. As políticas de seguridade social deveriam operar em prol do melhoramento das condições de vida dessas pessoas, superando as desigualdades sociais.

A respeito dos direitos sociais - dentre os quais ressaltam aqueles relativos à Seguridade Social -, bastante pertinente a lição de José Afonso da Silva:

⁴³ COIMBRA, Feijó. **Direito Previdenciário Brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1996.

⁴⁴ RUPRECHT, Alfredo J. **Direito da Seguridade Social**. São Paulo: LTr, 1996.

48



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

Fl. 561

Processo nº 2000.71.00.009347-0

"Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade." (sem grifo no original).⁴⁵

Conforme abordado com brilhantismo pelo doutrinador supracitado, os direitos sociais são verdadeira dimensão dos direitos fundamentais, porquanto são uma maneira de expressar o princípio da igualdade material, previsto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, bem como adotado no próprio preâmbulo do diploma constitucional. De fato, a igualdade cujo atingimento é um dos fundamentos da Seguridade Social, uma das expressões mais marcantes do Estado-providência, não é a igualdade civil ou política, que se satisfaz com aplicação de norma idêntica para todos (igualdade formal), mas sim a igualdade econômica e, reflexamente social, que opera de modo positivo, garantindo redução das desigualdades (igualdade material). É possível concluir, pois, que direitos sociais equívalem a direitos fundamentais.

Aliás, a Seguridade Social vem prevista como direito humano fundamental. Da Declaração Universal dos Direitos do Homem, destaco:

⁴⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 289-290



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 582

Processo nº 2000.71.00.009347-0

“Art. 25. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.” (sem grifo no original).

A seguridade social, atualmente contemplada na Carta Constitucional brasileira de 1988 como gênero no qual se abrigam a Saúde, Previdência e Assistência Social, deve atender, dentre outros, ao **princípio da universalidade da cobertura e do atendimento** (art. 194, I),

O princípio da universalidade tem duas vertentes. A primeira refere-se à universalidade da cobertura, querendo significar que a Seguridade Social deveria acobertar todos os riscos sociais que podem atingir as pessoas que vivem em sociedade. A segunda - universalidade do atendimento - significa que todos aqueles residentes e domiciliados em território nacional, deverão ser atendidos pelo Sistema de Seguridade Social. Trata-se da universalidade que Wladimir Novaes Martinez denomina "subjéctiva ou horizontal", referente à totalidade das pessoas protegidas.

Ou seja, a universalidade tem dois aspectos: um subjéctivo, porque determina que a Seguridade Social seja acessível a todas as pessoas no território nacional; outro objéctivo, pois busca atender a todos os riscos sociais a que estão sujeitas as pessoas.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 583

Processo nº 2000.71.00.009347-0

O princípio que explicita a característica do modelo de Seguridade Social baseado na repartição no sentido horizontal - os direitos subjetivos relativos a ela abrigam todas as pessoas no território nacional. É um sistema baseado fundamentalmente na SOLIDARIEDADE.

Sendo assim, é evidente que a Seguridade Social é garantia e direito fundamental de todos os cidadãos, não podendo ser afastada sob o pálio de discriminações injustificadas por orientação sexual. Uma vez que dentre os objetivos da Seguridade Social está o amparo dos cidadãos em situações de risco, como a finalidade de garantir a todos os meios para o exercício da cidadania plena e preservação da dignidade humana, o só-fato da adoção de uma determinada orientação sexual - que, frise-se, também configura direito fundamental de personalidade, incluindo intimidade - não pode colocar os cidadãos fora de sua abrangência, sob pena de quebra da própria noção de Estado Democrático de Direito, fundado nos Direitos Humanos.

2.6. Caracterização constitucional das uniões homossexuais

Discute-se, na lide, acerca da possibilidade de que as relações homossexuais possam redundar na formação de entidades familiares. Argumenta o Ministério Público Federal que a interpretação do art. 226, § 3, da Constituição Federal em conjunto com as garantias constitucionais fundamentais da igualdade e vedação de discriminação por orientação sexual levam à conclusão de que não haveria vedação à configuração de uniões estáveis homossexuais. Contrariamente, argumenta o INSS que as disposições constitucionais relativas ao direito de família são taxativas, e que estaria vedada a ampliação do conceito de família às relações homossexuais.

 51



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 564

Processo nº 2000.71.00.009347-0

Razão não assiste ao INSS. Conforme já dito supra, a tarefa do intérprete não se limita a dizer a lei em sua literalidade, de forma acrítica, mas sim fazer nascer a própria norma de sua aplicação, mediando o texto posto historicamente e o caso concreto em julgamento. A Constituição, assim como as leis, não são estanques, obras postas e definitivas regentes da realidade social, mas sim construção diária de acordo com as novas situações, adaptação constante que permite a evolução do direito sem necessidade de permanente modificação do texto das normas.

Nasce-se macho ou fêmea. Tal distinção, puramente fundada no sexo biológico, por muito tempo serviu de embasamento para as historicamente conhecidas desigualdades sociais entre homens e mulheres, muito discutidas pelo movimento feminista. Suas características biológicas seriam determinantes para a atribuição de papéis sociais imutáveis, inclusive de ordem sexual.

Nessa perspectiva, procurava-se justificar a idéia da "naturalização" dos papéis de homens e mulheres, trazendo, assim, um padrão comportamental tido como "correto", que, no plano dos relacionamentos, equivalia à família constituída pelo casamento entre pessoas de sexos diferentes (heterossexualismo).

Na realidade, o estabelecimento de diferenças - violação do princípio da isonomia - parte da tomada das relações heterossexuais como referencial a partir do qual se apontará a normalidade ou anormalidade de um sujeito. Na lição de LOURO:

 52



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 565

Processo nº 2000.71.00.009347-0

"Em nossa sociedade, devido à hegemonia branca, masculina, heterossexual e cristã, têm sido nomeados e nomeadas diferentes aqueles que não compartilham desses atributos. A atribuição da diferença é sempre historicamente contingente - ela é dependente de uma situação e de um momento particulares."

E exemplifica:

"É por isso que hoje se escreve uma "História das mulheres" e não uma História dos Homens - afinal, esta última é a História geral, a História oficial."⁴⁶ (LOURO, 1997, p. 50).

Do mesmo modo, falar em direitos especificamente atinentes aos homossexuais implica estabelecer diferenças onde elas não podem existir: os direitos fundamentais são direitos humanos, e não limitados a grupos, o que equivaleria a admitir que existem direitos das pessoas normais e direitos das pessoas anormais. Como salienta Roger Raupp Rios, trata-se de reconhecer o **direito à indiferença**.

Isso implica, em outros termos, na aceitação de que a constituição de relacionamentos encontra-se dentro da esfera íntima dos indivíduos, que deve ser preservada, e que as uniões afetivas e estáveis dão-se entre pessoas, e é isso que importa - não o seu sexo. Em face da proteção do pluralismo e das garantias já abordadas de respeito à dignidade humana, da isonomia e da vedação de discriminações de ordem sexual, absolutamente inconstitucional qualquer tentativa de imposição de um padrão de suposta normalidade nas relações afetivas e sexuais.

⁴⁶ LOURO, Guarcira Lopes. **Gênero, Sexualidade e Educação, uma perspectiva pós-estruturalista**. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 50

53



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 586

Processo nº 2000.71.00.009347-0

Assim é que, na situação posta, embora o art. 226 da Constituição Federal conceitue algumas formas de configuração de entidades familiares, por óbvio que não as elenca de forma taxativa. Traz, sim, uma verdadeira revolução na própria noção de família, que permite estendê-la à outras situações que não aquelas descritas. Segundo Roger Raupp Rios:

"o direito de família contemporâneo ruma cada vez mais para a valorização das uniões de pessoas em que se estabelece uma comunhão de vida voltada para o desenvolvimento da personalidade, mediante vínculos sexuais e afetivos duradouros, sem depender mais de vínculos formais e de finalidades reprodutivas. O que importa, agora, é o reconhecimento da comunidade afetiva resultante da vida em comum e da conjugação de mútuos esforços, constituída a partir do entrelaçar de sexo e afeto, presentes na construção cotidiana da vida de cada um dos partícipes da relação.

(...) As chamadas "uniões homossexuais", onde vínculos afetivos e sexuais constroem uma comunhão de vida estável e durável, satisfazem, portanto, estas notas distintivas requeridas pela regulação jurídica da família estampada na Constituição de 1988.

Com efeito, diante do perfil destas relações, faz-se necessário o seu acolhimento no âmbito do direito de família, uma vez que é este o domínio jurídico adequado para a juridicização desta modalidade de relação social. Como apontou Luiz Edson Fachin, no direito de família a afetividade sobrepuja a patrimonialidade."⁴⁷

De fato, o art. 226 da Constituição Federal, após traçar o lineamento de que a família é a base da sociedade, merecendo especial proteção do Estado, elenca, em seus parágrafos, algumas formas familiares,

⁴⁷ *Op. cit.*, p. 107-109.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 567

Processo nº 2000.71.00.009347-0

constituídas pelo casamento, pela união estável ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Inova, portanto, ao fugir do esquema tradicional da "família legítima", vinda somente pelo casamento formal. Além disso, modifica substancialmente a própria teleologia das uniões, pondo de lado a finalidade meramente procriativa (§ 7º do mesmo art. 226). Segundo Maria Cláudia Crespo Brauner, os pilares da família moderna assentam-se nas relações de solidariedade e afeto, de modo que a constituição de laços familiares vincula pessoas que desejam amar-se e cuidar-se reciprocamente, portanto muito além da mera reprodução.⁴⁸

Maria Berenice Dias lembra que:

"O Direito de Família, ao receber o influxo do Direito Constitucional, foi alvo de uma profunda transformação.

(...)

Outorgando a Constituição Federal proteção à família, independentemente da celebração do casamento, inseriu um novo conceito, o de entidade familiar, que albergou vínculos afetivos outros. Tanto a união estável entre um homem e uma mulher como as relações de um dos ascendentes com sua prole passaram a configurar uma família."⁴⁹

E, após reconhecer a nova abrangência do conceito de família, conferida pela Constituição de 1988, entende que, embora não haja previsão de que se constituam uniões estáveis entre pessoas do mesmo

⁴⁸ In "Novos Contornos do Direito de Filiação: a dimensão afetiva das relações parentais", Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado 2000 - Centro de Ciências Jurídicas da UNISINOS, p. 225-253

⁴⁹ *Op. cit.*, p. 68-69

 55



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 568

Processo nº 2000.71.00.009347-0

sexo, por analogia as relações homossexuais estariam dentro do conceito de entidade familiar:

"O Direito deve acompanhar o momento social. Assim como a sociedade não é estática e está em constante transformação, o direito não pode ficar estático à espera da lei. Como sempre, na ordem comum dos acontecimentos, em uma perspectiva histórica, o fato social antecipa-se ao jurídico, e a jurisprudência antecede a lei. (...) A omissão do legislador não deve servir de obstáculo à outorga de direitos e imposição de obrigações às relações homoeróticas. (...)

Comprovada a existência de um relacionamento em que haja vida em comum, coabitação e laços afetivos, está-se à frente de uma entidade familiar, forma de convívio que goza da proteção constitucional. Nada justifica que se desqualifique o reconhecimento de sua existência. O só fato de os conviventes serem do mesmo sexo não permite que lhes sejam negados os direitos assegurados aos heterossexuais."⁵⁰ [sem grifo no original]

Realmente, a imersão do Direito de Família no conteúdo principiológico da Carta Constitucional de 1988 permite concluir que também as uniões homossexuais configuram entidades familiares. Todavia, entendo, na senda da lição de Roger Raupp Rios, que isto não decorre de analogia, como colocado pela autora supra citada, ou pela admissão de que tais uniões são verdadeiras uniões estáveis, pela ampliação da noção do § 3º do art. 226, como quer o Ministério Público Federal, mas sim porque, por si, constituem unidades afetivas familiares, já que estas não estão amarradas aos tipos exemplificados na Constituição Federal:

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 87-88.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

Fl. 569

Processo nº 2000.71.00.009347-0

"(...) as uniões homossexuais configuram verdadeiras comunidades familiares. De fato, quando dois homens ou duas mulheres constroem laços afetivos e sexuais, íntimos e externos, duradouros e estáveis, comungando esforços e aspirações nos afazeres cotidianos, não há motivo para rechaçar a qualificação jurídica de família.

Sem depender da sujeição aos tradicionais esquemas de casamento, união estável ou de concubinato, tais relações apresentam todas as notas distintivas do fenômeno humano ora juridicizado pelo direito de família. Sua concretização, iniciada pela jurisprudência, reclama a adequada intervenção legislativa, criadora de um regime jurídico familiar peculiar.

(...)

Se assim for, o direito de família, atualizado pelas uniões de pessoas do mesmo sexo, colaborará para a "democratização da intimidade" de heterossexuais e de homossexuais, numa síntese possibilitadora da reconstrução do conteúdo dogmático deste ramo do direito e da renovação das práticas afetivas e sexuais."⁵¹

Portanto, as relações homossexuais estão abrangidas pela noção de entidade familiar, porquanto a família constitui-se por laços de afetividade, e não por imperativos de ordem sexual. As pessoas ligam-se por afinidades e necessidades mútuas, constituindo conjuntos microsociais que - independentemente do sexo de seus integrantes -, não podem ser ignorados pelo direito. Nesse sentido já se manifestou o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao considerar competente para a dissolução de sociedade conjugal entre homossexuais as varas especializadas em direito de família, de cujo julgamento destaco excerto do voto do Desembargador Breno Moreira Mussi:

⁵¹ *Op. cit.*, p. 127-128.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 570

Processo nº 2000.71.00.009347-0

"Creio que na entrada do milênio, não cabe mais fazer de conta que a homossexualidade não existe, nem deixar constar da Constituição uma quota vazia, de cunho meramente formal, dizendo que é proibida a discriminação por sexo, mas, ao mesmo tempo, acatar que se continue discriminando, em tal matéria." (Agravo de Instrumento n. 599075496, 8ª Câmara Cível, Relator Des. Breno Moreira Mussi, j. em 17-6-1999)

Em suma, a pessoas que integram uniões homossexuais caracterizadas pela estabilidade, comunhão de vida, afetividade, externalização social constituem efetivas comunidades familiares, que merecem tanto a proteção do Estado quanto aquelas integradas por casais heterossexuais.

2.7. As relações homossexuais em face da Previdência Social

Conforme já dito, a Previdência Social constitui uma das espécies do Gênero Seguridade Social, de modo que as prestações por ela devidas igualmente constituem-se em direitos fundamentais.

José Paulo Baltazar Jr. e Daniel Machado da Rocha esclarecem:

"A previdência social constitui um grande sistema de seguro público, que cobre eventos como doença, invalidez, morte, velhice, reclusão, gestação e desemprego, mediante contribuição dos beneficiários, sendo esse seu traço distintivo em relação aos demais ramos da seguridade social. A previdência social é regulada pela Lei 8.213/91, sendo responsável pela sua concretização a autarquia federal denominada Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, vinculado ao Ministério da Previdência Social e

 :58



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 521

Processo nº 2000.71.00.009347-0

instituído pelo Decreto nº 99.250/90, conforme autorização contida na Lei nº 8.029, de 12.4.90."⁵²

A Previdência Social é uma espécie de seguro social, visando a dar cobertura aos segurados e dependentes (beneficiários) acaso sobrevenha um risco social que lhes impossibilite de manter o próprio sustento. Segundo o art. 1º da Lei 8.213/91, **"a Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente."**

À ela incumbe, assim, prover o sustento dos trabalhadores urbanos ou rurais, quando esses, na qualidade de beneficiários (segurados e dependentes), dela necessitarem por motivo das contingências sociais elencadas no parágrafo anterior.

Esse seguro social, ao qual o trabalhador integra-se involuntariamente, constitui-se numa espécie de "pacto intergerações", no qual a geração hoje em atividade sustenta os benefícios daqueles que estão no gozo de benefícios previdenciários. Distingue-se, assim, do seguro privado (a contribuição vertida pelo trabalhador não tem relação direta com a prestação que virá a perceber no futuro) e também dos regimes de capitalização (pois não se está, com a contribuição, acumulando para o benefício futuro, mas sim sustentando os benefícios em manutenção).

O sistema adotado no Brasil é o da REPARTIÇÃO, segundo o qual todos contribuem para um fundo comum - trabalhadores e empresas

⁵² José Paulo Baltazar Jr. e Daniel Machado da Rocha.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

Fl. 572

Processo nº 2000.71.00.009347-0


vertem contribuições em prol do sistema, do qual advém os recursos para manutenção das prestações e manutenção da estrutura administrativa.

No que tange especificamente aos direitos previdenciários postulados – pensão por morte e auxílio-reclusão - , deve ficar claro que têm origem diretamente no texto constitucional, que os alcança a todas as pessoas.

Não se verifica nenhum óbice em reconhecer-se, nos relacionamentos estáveis entre homossexuais, relação de dependência para fins previdenciários. Tanto é assim que, ao aludir ao direito de pensão por morte, o art. 201, V, da Constituição utiliza o termo “companheiro”, não especificando a exigência de que se constitua união estável. Por outro lado, o art. 226, § 3º, ao reconhecer como união estável somente aquela estabelecida entre homem e mulher, não se valeu do termo “companheiro”. Logo, *a contrario sensu*, são conceitos que não se confundem.

Ainda, no que tange ao auxílio-reclusão, garantido pela Constituição (art. 201, III) aos dependentes de segurados de baixa renda, igualmente é direito que não pode ser negado aos companheiros homossexuais. O conceito de dependência, de que se valeu a Constituição, não admite restrição infundada pela legislação ordinária.

Saliento, por oportuno, que o princípio da obrigatoriedade da contribuição previdenciária, que expressa a relação tributária de custeio existente entre o segurado e o INSS, justifica que aquele que seja dependente do primeiro também possa ser beneficiário do regime, como indica o próprio texto constitucional. A dependência presumida, como nos casamentos e uniões estáveis, nos casos de relacionamentos

 60



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 573

Processo nº 2000.71.00.009347-0

homossexuais, estabelece-se pela ligação de amor, afeto e companheirismo, que não pode ser desconsiderada.

A partir do momento em que o trabalhador contribuiu para a construção de um sistema de seguridade, em respeito ao princípio da solidariedade social, é mais que legítima sua expectativa de que, diante de adversidades, seja ser garantida a manutenção de seu padrão de vida e das pessoas que com ele convivem.

De fato, na medida em que os segurados hoje em atividade contribuem obrigatoriamente para o sustento dos benefícios em manutenção – sistema da repartição – é absolutamente legítima sua expectativa de que, no futuro, possam eles próprios ou seus dependentes (a pequena comunidade que se forma em sua volta por laços afetivos estáveis) gozar das prestações previdenciárias, expectativa que não pode ser frustrada simplesmente porque, por razões íntimas, optaram por constituir uma família fora dos padrões da falsa normalidade, isto é, por terem constituírem uniões homossexuais. Em outras palavras, se a Previdência Social, consoante abordado supra, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, provendo os encargos familiares em caso de morte ou reclusão de segurado, garantia que advém diretamente do texto constitucional, como direito fundamental, obviamente que deve atender a todos, incluindo as famílias constituídas por homossexuais, que não se distinguem daquelas constituídas por casais heterossexuais.

Saliento a existência de precedente do Egrégio Tribunal Federal da 4ª Região, confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça, que, julgando ação individual bastante semelhante, entendeu possível a inclusão de companheiro homossexual como dependente em plano de saúde:

61



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 524

Processo nº 2000.71.00.009347-0

"Administrativo, Constitucional, Civil e Processual Civil. Justiça Federal. Justiça do Trabalho. Competência. Ausência de intervenção do Ministério Público. Nulidade. Inocorrência. Aplicação do art. 273 do CPC na sentença. Mera irregularidade. União Estável entre pessoas do mesmo sexo. Reconhecimento. Impossibilidade. Vedação do § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Inclusão como dependente em plano de saúde. Viabilidade. Princípios constitucionais da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Art. 273 do CPC. Efetividade à decisão judicial. Caução. Dispensa.

(...)

6. A recusa das rés em incluir o segundo autor como dependente do primeiro, no plano de saúde PAMS e na Funcef, foi motivada pela orientação sexual dos demandantes, atitude que viola o princípio constitucional da igualdade que proíbe discriminação sexual. Inaceitável o argumento de que haveria tratamento igualitário para todos os homossexuais (femininos e masculinos), pois isso apenas reforça o caráter discriminatório da recusa. A discriminação não pode ser justificada apontando-se outra discriminação.

7. Injustificável a recusa das rés, ainda, se for considerado que os contratos de seguro-saúde desempenham um importante papel na área econômica e social, permitindo o acesso dos indivíduos a vários benefícios. Portanto, nessa área, os contratos devem merecer interpretação que resguarde os direitos constitucionalmente assegurados, sob pena de restar inviabilizada a sua função social e econômica.

8. No caso em análise, estão preenchidos os requisitos exigidos pela lei para a percepção do benefício pretendido: vida em comum, laços afetivos, divisão de despesas. Ademais, não há que alegar a ausência de previsão legislativa, pois antes mesmo de serem regulamentadas as relações concubinárias, já eram concedidos alguns direitos à companheira, nas

 62



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 525

Processo nº 2000.71.00.009347-0

relações heterossexuais. Trata-se da evolução do Direito, que, passo a passo, valorizou a afetividade humana abrandando os preconceitos e as formalidades sociais e legais.

(...)” (Ap. Cível n. 94.04.55333-0/RS, 3ª Turma, Relatora Juíza Marga Barth Tessler, in Revista do Tribunal Regional Federal Quarta Região n. 32, pp. 72 e segs.)


Considero, portanto, que as relações de companheirismo, que determinam a condição de dependente de primeira classe do segurado, para os quais a dependência econômica é presumida, podem ser decorrentes de relacionamentos hetero ou homossexuais.

2.7.1. A relação de dependência para fins previdenciários

A comprovação do vínculo, a seu turno, deve ocorrer nos mesmos moldes utilizados para a união estável, obedecendo-se o disposto no art. 22 do Decreto n. 3.048/99. Os documentos aptos a tanto são aqueles elencados no § 3º do dispositivo, incisos III a XV e XVII, bem como a justificativa administrativa.

Saliento que o segurado(a) ou dependente que postular a inscrição deve fazer prova do vínculo – isto é, do relacionamento estável entre homossexuais (relação de dependência para fins previdenciários). A circunstância não se equipara, em hipótese alguma, à comprovação de dependência econômica.

Abordo, em conseqüência, esse outro aspecto da questão, que diz com a possibilidade de que o companheiro ou companheira do

 6:3



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 526

Processo nº 2000.71.00.009347-0

segurado(a) possa ser beneficiário de pensão por morte independentemente de comprovação de dependência econômica.

Dispõe o art. 16, inciso I, da Lei 8.213/91, que, dentre outros, são dependentes de primeira classe os companheiros de segurados da Previdência Social, para os quais, segundo o § 4º do mesmo artigo, **"a dependência é presumida."**

Não incumbe, pois, aos integrantes de relação estável homossexual provar a dependência econômica para que possam perceber os benefícios de pensão por morte e auxílio-reclusão.

O dispositivo referido, que, a meu ver, traz hipótese de presunção absoluta, não pode ser desconsiderado. Entendo que, aqui, a relação de dependência se presume em virtude da comunidade de vida estabelecida entre as pessoas, cujo padrão de vida decorre dos rendimentos conjuntamente auferidos. Assim, ainda que não houvesse dependência total, entendo que os benefícios seriam devidos. Nesse sentido:

"PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO. COMPANHEIRA.

1, A companheira faz jus a pensão por morte de seu companheiro, mesmo não comprovada a dependência econômica integral.

(...)"

(TRF da 4ª Região, 2ª Turma, j. em 19-05-1994, Ap. Cível n. 0419443-1/RS, DJ DE 29-06-94, Relatora Juíza Luíza Dias Cassales) (sem grifo no original).

" PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO. CONCUBINATO. DEPENDÊNCIA PARCIAL.

64



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 577

Processo nº 2000.71.00.009347-0

1. Tendo sido comprovado o concubinato e a dependência econômica, ainda que parcial, é de se conceder a pensão ficada por morte do concubino.

2. Recurso improvido."

(TRF da 4ª Região, 2ª Turma, j. em 30-06-1994, Ap. Cível n. 0419710-0/Rio Grande do Sul, DJ de 27-07-94, p. 039902, Relatora Luiza Dias Cassales).

Mesmo que se adote entendimento diverso, no sentido de que se trata de presunção *iuris tantum*, ou relativa, a previsão legal, no mínimo, operaria inversão do ônus da prova, incumbindo ao INSS comprovar que o(a) postulante da prestação não dependia economicamente do segurado(a), nunca o contrário. No sentido da tese defendida:

"PREVIDENCIÁRIO. DEPENDENTE. COMPANHEIRA.

1. A dependência econômica da companheira do segurado, mantida há mais de cinco anos, é legalmente presumida.

2. Recurso improvido."

(TRF da 4ª Região, j. em 25-03-1993, Ap. Civ. N. 0412956-3/RS, 2ª Turma, DJ de 16-03-1993, Relator Teori Albino Zavascki).

2.7.2. A sistemática de inscrição dos companheiros(as) homossexuais

É conhecida a disciplina administrativa referente à inscrição de dependentes preferenciais (cônjuge, companheiro ou companheira, filho menor de 21 anos ou inválido) que, regra feral, deve ser efetuada na própria empresa, em se tratando de segurado empregado, no sindicato ou

65



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

Fl. 578

Processo nº 2000.71.00.009347-0

órgão gestor da mão-de-obra, no caso do segurado avulso, e no INSS somente nos demais casos.

Nada obstante, postula o Ministério Público que seja facultado aos companheiros homossexuais procederem à inscrição junto à própria autarquia, o que se me afigura plenamente justificável por visar a evitar a discriminação nas empresas e sindicatos. Trata-se, na verdade, do reconhecimento de que os companheiros homossexuais encontram-se em uma situação de desigualdade material em relação aos demais dependentes previdenciários, até por força da legislação discriminatória que se lhes aplicava até o ajuizamento desta ação civil pública, de modo que, ao menos num primeiro momento, a única maneira de garantir-lhes a igualização com os demais é garantindo um tratamento diferenciado.

Em se tratando de segurado(a) já falecido(a) sem a prévia inscrição de seu companheiro(a), a este fica facultado providenciar a inscrição *post mortem*, já prevista no art. 17, § 1º, da Lei 8.213/91, explicitada no art. 23, I, do Decreto 3.048/99, que transcrevo:

"Art. 23. Ocorrendo o falecimento do segurado, sem que tenha sido feita a inscrição do dependente, cabe a este promovê-la, observados os seguintes critérios:

I - companheiro ou companheira - pela comprovação do vínculo (...)"

Em suma, tanto o segurado(a), quanto o dependente (em caso de óbito do segurado(a)), podem providenciar na respectiva inscrição, ambos junto ao próprio INSS.

3. Do acompanhamento do cumprimento da ordem liminar



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 579

Processo nº 2000.71.00.009347-0

Como bem posto pelo ilustre representante do Ministério Público Federal, considero que a comprovação do cumprimento da medida liminar possa ser feita por carta de sentença, concomitantemente à tramitação do feito perante o Egrégio Tribunal Federal da 4ª Região.

De fato, o processo, como mero instrumento que é, deve ter um caráter eminentemente prático e satisfativo do direito material a que visa resguardar. Não basta, portanto, reconhecer-se direitos aos jurisdicionados, se não se adotarem providências tendentes à sua satisfatividade, mesmo que se suplantem algumas filigranas processuais. Entender-se de modo diverso equivaleria a privilegiar a forma em detrimento da Justiça.

Pertinente, nessa seara, a lição inafastável de Cândido Rangel Dinamarco:

“(...) Falar em efetividade do processo e ficar somente nas considerações sobre o acesso a ele, sobre o seu modo-de-ser e a justiça das decisões que produz significaria perder a dimensão teleológica e instrumental de todo o discurso. Propugna-se pela admissão do maior número possível de pessoas e conflitos ao processo (universalidade da jurisdição), indicam-se caminhos para a melhor feitura do processo e advertem-se os riscos de injustiça, somente porque de tudo isso se espera que possam advir resultados práticos capazes de alterar substancialmente a situação das pessoas envolvidas. Não é demais realçar a célebre advertência de que o processo precisa ser apto a dar a quem tem um direito, na medida do que for praticamente possível, tudo aquilo a que atem direito e precisamente aquilo a que tem direito.

(...)



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 580

Processo nº 2000.71.00.009347-0

A afirmação e plena consciência da necessidade de extrair dos provimentos jurisdicionais e do próprio sistema todo proveito que deles seja lícito esperar têm a sua valia na medida em que sejam capazes de conduzir a uma postura mental favorável a essa idéia instrumentalista. Em situações inúmeras e imprevisíveis, coloca-se para o intérprete o dilema entre duas soluções, uma delas mais acanhada e limitativa da utilidade do processo e outra capaz de favorecer a sua efetividade. E pairam ainda no ar muitos preconceitos irracionais que opõem resistência à plenitude da consecução dos objetivos eleitos. É dever do juiz e do cientista do processo, nesse quadro, romper com eles e dispor-se a pensar como mandam os tempos, conscientizando-se dos objetivos de todo o sistema e, para que possam ser efetivamente alcançados, usar intensamente o instrumento processual.⁵³

Realmente, não basta possibilitar um acesso mais abrangente da população ao Judiciário, através, por exemplo, das demandas coletivas, se no julgamento destas não se fizer chegar o direito material, com efeitos práticos, ao cidadão que, em tese, o titulariza. É preciso valorizar a teleologia do processo, garantindo efetividade aos provimentos jurisdicionais.

Assim, no caso vertente, o melhor meio de assegurar-se o cumprimento do *decisum* liminar, isto é, de garantir-se que os cidadãos serão de fato por ele beneficiados, principalmente diante das demonstrações de diversas situações de atuação do INSS em desconformidade com ele, é através do acompanhamento em uma espécie de execução provisória, nos moldes dos arts. 588 a 590 do Código de Processo Civil.

⁵³ In A Instrumentalidade do Processo, Malheiros, 7ª edição, 1999, pp. 297 e 302.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

Fl. 581

Processo nº 2000.71.00.009347-0

Especificamente no que tange aos requerimentos formulados pelo Ministério Público Federal, a serem processados em sede de autos da carta de sentença:

- a) Entendo de todo pertinente a intimação do INSS para que esclareça se houve publicação da Instrução Normativa n. 50/2001, na versão apresentada nas fls. a 431 a 432, e em qual data, porquanto encontra-se nos autos outra Instrução Normativa, também com n. 50/2001, nas fls. 410 a 411, com a diferença que esta inclui dentre os requisitos para o reconhecimento de relações de união homossexual a comprovação de dependência econômica, inexistente na segunda. Isso porque somente o ato normativo das fls. 431 a 432 atende à determinação da ordem liminarmente expedida nas fls. 394 a 403 e também nesta sentença, sendo imprescindível que a autarquia comprove não estar exigindo administrativamente comprovação de dependência econômica.
- b) Verifico que, efetivamente, nenhuma das duas instruções normativas (fls. 410 a 411 e 431 a 432) contemplam a determinação da liminar das fls. 394 a 403, no sentido de prever expressamente que a comprovação das relações homossexuais estáveis possa dar-se também mediante processamento de justificção administrativa, nos termos dos arts. 142 a 151 do Decreto 3.048/99, o que deve ser atendido pela autarquia.
- c) Igualmente pertinente que o INSS apresente todos os atos normativos emitidos até hoje em razão desta ação civil pública, aí incluídos não somente as Instruções Normativas, mas também quaisquer outros, como portarias, ordens de serviço, circulares,



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

Fl. 582

Processo nº 2000.71.00.009347-0

orientações internas, para que se afira se, de fato, o *decisum* liminar está sendo cumprido;

- d) Também se afigura medida de prudência a submissão de todas as minutas de atos normativos à prévia análise do Ministério Público Federal, para que emita seu parecer, evitando assim publicações desnecessárias. Nada obstante, não vejo sentido na cominação de pena pelo descumprimento desta determinação – prévia submissão ao MPF – porquanto já há cominação pecuniária para casos de descumprimento da próprias ordens liminares.

III. DISPOSITIVO

ANTE O EXPOSTO, afasto as preliminares argüidas e, no mérito, JULGO PROCEDENTE a pretensão formulada na ação civil pública para, confirmando o *decisum* liminar de abrangência nacional **CONDENAR** o Instituto Nacional do Seguro Social a que:

- a) passe a considerar o companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial dos segurados(as) do Regime Geral de Previdência Social (art. 16, I, da Lei 8.213/91);
- b) possibilite a inscrição de companheiro ou companheira homossexual, como dependente, no próprio INSS, a ser feita pelo segurado(a) empregado(a) ou trabalhador(a) avulso(a);
- c) possibilite a inscrição de companheiro ou companheira homossexual seja feita *post mortem* do segurado(a),



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 583

Processo nº 2000.71.00.009347-0

diretamente pelo dependente, em conformidade com o art. 23, I, do Decreto 3.048/99;

- d) passe a processar e a deferir os pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão realizados por companheiros(as) do mesmo sexo, desde que cumpridos pelos requerentes, no que couber, os requisitos exigidos dos companheiros heterossexuais (arts. 74 a 80 da Lei 8.213/91), sem exigir qualquer prova de dependência econômica;
- e) possibilite a comprovação da união entre companheiros(as) homossexuais pela apresentação dos documentos elencados no art. 22, § 3º, incisos III a XV e XVII do Decreto n. 3.048/99, bem como por meio de justificção administrativa (arts. 142 a 151 do Decreto n. 3.048/99), sem exigir qualquer prova de dependência econômica.

Ademais, defiro medida liminar para determinar ao INSS que:

1. esclareça se houve publicação da Instrução Normativa n. 50/2001, na versão apresentada nas fls. a 431 a 432, e em qual data, bem como se a versão definitiva de tal ato normativo deixou de exigir comprovação de dependência econômica, no prazo de 20 (vinte) dias, a contar da intimação;
2. apresente minuta de nova Instrução Normativa, em cumprimento à ordem liminarmente proferida nas fls. 394 a 403, trazendo expressamente a possibilidade de que a comprovação das relações homossexuais estáveis possa dar-se também mediante



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 584

Processo nº 2000.71.00.009347-0

processamento de justificação administrativa, no prazo de 20 (vinte) dias, a contar da intimação.

3. arrole e apresente cópia de todos os atos normativos emitidos até hoje em razão desta ação civil pública, aí incluídos não somente as Instruções Normativas, mas também quaisquer outros, como portarias, ordens de serviço, circulares e orientações internas, no prazo de 20 (vinte) dias, a contar da intimação.

Em caso de descumprimento de quaisquer das determinações supra, incidirá multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), que fixo com fundamento no art. 461, § 4º, do Código de Processo Civil. Saliento que a multa ora fixada difere e é independente daquela fixada na decisão das fls. 95 a 100.

Determino, ainda, seja extraída carta de sentença, na qual deverão constar, além dos documentos elencados no art. 589 do Código de Processo Civil, cópias dos documentos indicados pelo Ministério Público Federal na fl. 495. A comprovação do cumprimento da medida liminar deverá ser feita nos autos da carta de sentença.

Demanda isenta de custas e sem condenação em verba honorária, a teor do disposto no art. 18 da Lei 7.347/85, c/c o art. 4º, I, da Lei 9.289/96.

Saliento que a presente sentença produz seus efeitos em todo território nacional.

Transcorrido o prazo para interposição de recursos voluntários, remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região,

72



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL
3ª VARA
PREVIDENCIÁRIA

FL. 585

Processo nº 2000.71.00.009347-0

por tratar-se de hipótese sujeita a reexame necessário (art. 10 da Lei 9.469/97).

Publique-se.

Registre-se.

Intime-se, com urgência, o Instituto Nacional do Seguro Social do inteiro teor desta decisão.

Intime-se, igualmente, o Ministério Público Federal.

Porto Alegre, 19 de dezembro de 2001.

Simone B. Fortes
Simone Barbisan Fortes

Juíza Federal Substituta
da 3ª Vara Previdenciária

RECEBIMENTO

NA DATA INFRA RECEBI ESTES AUTOS.

Em...19 de...dezembro de...2001.

A Diretor(a) da Secretaria...*[assinatura]*.....