

EXMO^(a). SR^(a). DR^(a) JUIZ^(a) FEDERAL DA ____ VARA FEDERAL PREVIDENCIÁRIA DE PORTO ALEGRE, SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO GRANDE DO SUL

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, por seus Procuradores da República signatários, vem, perante Vossa Excelência, propor AÇÃO CIVIL PÚBLICA contra o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, autarquia federal com endereço na Rua Jerônimo Coelho, 127, Bairro Centro, Porto Alegre/RS.

1. DOS FATOS E DO OBJETO DESTA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Em 24 de setembro de 1999 a Organização Não-Governamental *Nuances*, que tem por objetivo a defesa dos direitos humanos de gays, lésbicas, travestis, transexuais e bissexuais, promoveu denúncia perante o Ministério Público Federal contra o INSS por violação de direitos humanos (doc. 1). Sustentou o representante daquela entidade que a Ré viola os princípios constitucionais da igualdade e da livre expressão sexual ao indeferir, administrativamente, pedidos de pensão previdenciárias para companheiros do mesmo sexo.

Foi instaurado Procedimento Administrativo pelo Ministério Público Federal para investigar a procedência da denúncia. Como primeira medida foi oficiado ao Superintendente do INSS no Rio Grande do Sul (doc. 2).

Em resposta à solicitação, o Ilmo. Superintendente do INSS confirmou a veracidade da denúncia, sustentando que “não é devida a

concessão destes benefícios em casos de relação homossexual, face o contido no Parágrafo 3º do Artigo 16 da Lei nº 8.213/91 e no Artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Federal” (doc. 3).

Considerando a confirmação, em seus aspectos fáticos e jurídicos, da denúncia recebida, o Ministério Público Federal propõe a presente Ação Civil Pública contra o INSS para que este órgão cesse sua conduta violadora do princípio da igualdade e passe a processar administrativamente os requerimentos de pensão previdenciária e auxílio-reclusão tendo como causa a relação de companherismo vivida entre pessoas do mesmo sexo.

2. DO STATUS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

No Século XX a História do Direito está marcada pelo reconhecimento da eficácia dos enunciados de Direitos Fundamentais estatuidos em todas as Constituições democráticas.

Os Direitos Fundamentais, inicialmente, foram qualificados pelas Cortes Superiores como direitos objetivos, possibilitando assim o controle de constitucionalidade em abstrato das leis. Entretanto, a partir da Segunda Guerra Mundial os tribunais passaram a reconhecer os direitos fundamentais também como direitos subjetivos justicializáveis.

Com a subjetivização dos direitos fundamentais consolidou-se o Estado Constitucional de Direito, no qual todos os Poderes estão submetidos às normas constitucionais, inclusive o Poder Legislativo.

Nesse sentido, Konrad Hesse, Ex-Presidente do Tribunal Constitucional Alemão e um dos mais conceituados constitucionalistas alemães, manifesta-se sobre o *status* atual dos direitos fundamentais:

“Como direitos subjetivos, fundamentadores de status, os direitos fundamentais são direitos básicos jurídico-constitucionais do particular, como homem e como cidadão. Estes ganham seu peso material especial por eles estarem na tradição dos direitos do homem e do cidadão, na qual seus conteúdos, nos Estados constitucionais ocidentais, converteram-se em princípios de direito supra-positivos e elementos

*fundamentais da consciência jurídica; **diante do seu foro, nenhuma ordem pode pretender legitimidade, que não incorpore em si as liberdades e direitos de igualdade garantidos pelos direitos do homem e do cidadão***¹ (grifo nosso).

3. DA DOGMÁTICA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade, exposto no artigo 5º da nossa Magna Carta, “todos são iguais perante a lei”, deve ser entendido e observado obrigatoriamente não só pelos “órgãos que aplicam o direito”, mas também na “formulação do direito”, direcionado diretamente ao legislador, conforme lição de Robert Alexy.²

Para o mestre alemão, o enunciado “deve se tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais” não deve ser considerado somente no seu sentido formal, mas no seu sentido material, valorativo, e também observando as parciaisidades, ou propriedades, fáticas existentes em cada indivíduo ou situação pessoal.

Usando as palavras de Konrad Hesse³, “o princípio da igualdade proíbe uma *regulação desigual de fatos iguais*; casos iguais devem encontrar regra igual. A questão é, quais fatos são iguais e, por isso, não devem ser regulados desigualmente”.

Respondendo à questão que ele mesmo formulara, Konrad Hesse⁴, diz que “a questão decisiva da igualdade jurídica material é sempre aquela das *características* a ser consideradas como *essenciais*, que fundamentam a igualdade de vários fatos e, com isso, o mandamento do tratamento igual”. Um exemplo fornecido por este autor ilustra bem a questão: “Se, por exemplo, a característica ‘pessoa’ for considerada como essencial, então alemães e estrangeiros devem ser tratados igualmente; se aparece a característica ‘nacionalidade’ como essencial, então o tratamento desigual é admissível”⁵.

Portanto, como obviamente dois fatos, considerados em todas as suas características, inclusive temporais e espaciais, jamais podem ser

¹ Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 232/233.

² Alexy, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. pp. 382/283.

³ *Ob. Cit.*, p. 330

⁴ *Ob. Cit.* p. 331

⁵ *Ob. Cit.*, p. 331

absolutamente iguais, deve-se identificar quais são características existentes *não*-essenciais (no exemplo acima, a nacionalidade) e quais são as *essenciais* (no exemplo acima, a pessoa) para o reconhecimento de determinado direito.

Nesse mesmo sentido leciona José Afonso da Silva:

“O princípio não pode ser entendido em sentido individualista, que não leve em conta as diferenças entre grupos. Quando se diz que o legislador não pode distinguir, isso não significa que a lei deve tratar todos abstratamente iguais, pois o tratamento igual – esclarece Petzold – não se dirige a pessoas integralmente iguais entre si, mas àquelas que são iguais sob os aspectos tomados em consideração pela norma, o que implica que os iguais podem diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerados como irrelevantes pelo legislador, este julga, assim, como “essenciais” ou “relevantes”, certos aspectos ou características das pessoas, circunstâncias ou das situações nas quais essas pessoas se encontram, e funda sobre esses aspectos ou elementos as categorias estabelecidas pelas normas jurídicas; por consequência, as pessoas que apresentam os aspectos “essenciais” previstos por essas normas são consideradas encontrar-se nas situações idênticas, ainda que possam diferir por outros aspectos ignorados ou julgados irrelevantes pelo legislador; vale dizer que as pessoas ou situações são iguais ou desiguais de modo relativo, ou seja, sob certos aspectos” (DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1998. P219)

Não discrepa deste posicionamento a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello⁶, para quem a questão principal é existir um “*vínculo de correlação lógica*” entre a peculiaridade diferencial escolhida e a desigualdade de tratamento em função desta, “*desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição*”⁷.

Surge então o problema de identificar as características essenciais e quais são as não-essenciais. Deste modo, verificamos que nossa Constituição Brasileira enuncia, em vários artigos, algumas

⁶ Conforme Alexy, op.cit., p.400: “permite tanto um tratamento igual como uno desigual, es decir, concede al legislador un campo de acción.”

⁷ Bandeira de Mello, Celso Antônio. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 17.

características essenciais e outras não-essenciais. Citamos como exemplo o art. 14, que trata da igualdade do direito de voto. Para o constituinte brasileiro, ao excluir do direito de voto tão-somente os brasileiros e os menores de 18 anos, as características “ser brasileiro” e “ter 18 anos” são as características **essenciais**, enquanto as características relativas ao sexo, etnia, condições econômicas, etc., por conseguinte, são consideradas **não-essenciais**. É admitida, portanto, uma discriminação para com os estrangeiros e para os menores de 18 anos no que diz respeito ao direito de voto porque a Constituição prevê estas características como essenciais para este direito em particular.

Destarte, “o princípio da igualdade proíbe tratar o essencialmente igual desigualmente (e o essencialmente desigual igualmente)”⁸, ou seja, uma diferenciação é arbitrária e inconstitucional quando tomou por base uma característica não-essencial, ou seja, não prevista pela norma como essencial para o exercício de determinado direito.

No exemplo acima citado, o do art. 14, a técnica utilizada pelo constituinte foi a de prever as características essenciais. Deste modo, todas as demais características não previstas pela norma são consideradas não-essenciais. Porém, alhures, a técnica utilizada é distinta.

O direito geral de igualdade do art. 5º permite aduzir o seguinte enunciado normativo: Todas as características não previstas pela Constituição como essenciais são consideradas não essenciais, portanto viola o princípio da igualdade qualquer discriminação fundada nestas características não contempladas pelo constituinte.

Porém, embora fosse suficiente a previsão do art. 5º, caput, para vedar toda discriminação com base em características não previstas na Constituição, o constituinte, para reforçar a idéia de direitos humanos albergada pela Constituição Brasileira, foi mais adiante e enunciou explicitamente algumas características não-essenciais, ou seja, que em hipótese alguma poderiam ser usadas como motivo de discriminação.

Citamos como exemplo desta técnica o inc. I do art. 5º (homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição). Deste modo, o sexo é uma característica não essencial, sendo vedada toda discriminação por motivo de sexo.

⁸ Konrad Hesse, ob. Cit., p. 335.

Do mesmo modo o inc. IV do art. 3º:

Art. 3.º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Assim, a origem, a raça, o sexo, a cor e a idade são características não-essenciais (salvo, obviamente, quando a Constituição estabelece que em casos particulares tais características sejam consideradas essenciais, que é o que ocorre, por exemplo, com a idade mínima de 18 anos para o direito de voto).

4. DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E DA VEDAÇÃO DO TRATAMENTO DISCRIMINATÓRIO CONTRA HOMOSSEXUAIS

Por força do art. 5º, *caput*, toda discriminação realizada por motivo de característica não-essencial, ou seja, não prevista na Constituição, é inconstitucional, o que inclui a orientação sexual, pois a Constituição não previu, em nenhum lugar, esta característica como essencial.

Todavia, o Constituinte foi mais adiante em relação a esta característica, pois no inc. IV do art. 3º veda qualquer discriminação por motivo de sexo, **inclusive por orientação sexual**, definindo então esta característica como não-essencial.

Para se chegar a esta conclusão, a de que a proibição de discriminação por sexo inclui a orientação sexual, lançamos mão dos princípios de interpretação dos direitos fundamentais aceitos pela Doutrina Constitucionista internacional e por diversos Tribunais Constitucionais.

Friedrich Müller, em sua obra já consagrada *Juristische Methodik*, traduzida para o francês sob o título *Discours de La Méthode Juridique*, enuncia entre os princípios de interpretação da Constituição o da **efetividade dos direitos fundamentais**, corolário do **princípio da força normativa da Constituição**.

Dando concretude ao princípio da efetividade dos direitos fundamentais, comenta Müller sobre o trabalho desenvolvido pelo Tribunal Constitucional Alemão no sentido de elaborar ao princípios de interpretação: **“A Corte afirma firmemente que os direitos**

fundamentais devem ser interpretados extensivamente. Em caso de dúvida, convém de lhes reconhecer em campo de aplicação extensivo”⁹.

Portanto, em uma interpretação extensiva do conceito “discriminação por sexo” inclui-se obrigatoriamente a discriminação por orientação sexual (gize-se que dentro da regra interpretativa de que a lei não contém palavras inúteis, se fosse para prever tão-somente a igualdade entre homens e mulheres bastaria a previsão do inc. I do art. 5º, sendo desnecessária a previsão do inc. IV do art. 3º).

Um exemplo pinçado da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reconhece expressamente a direito fundamental à igualdade dos homossexuais:

"EMENTA: RESP - PROCESSO PENAL - TESTEMUNHA - HOMOSSEXUAL - A história das provas orais evidencia evolução, no sentido de superar preconceito com algumas pessoas. Durante muito tempo, recusou-se credibilidade ao escravo, estrangeiro, preso, prostituta. Projeção, sem dúvida, de distinção social. Os romanos distinguiam - patrícios e plebeus. A economia rural, entre o senhor de engenho e o cortador da cana, o proprietário da fazenda de café e quem se encarregasse da colheita. **Os Direitos Humanos buscam afastar distinção.** O poder Judiciário precisa ficar atento para não transformar essas distinções em coisa julgada. O requisito moderno para uma pessoa ser testemunha é não evidenciar interesse no desfecho do processo. Isenção, pois. O homossexual, nessa linha, não pode receber restrições. Tem o direito-dever de ser testemunha. E mais: sua palavra merecer o mesmo crédito do heterossexual. Assim se concretiza o princípio da igualdade, registrado na Constituição da República e no Pacto de San Jose de Costa Rica."(RESP 154.857, STJ, SEXTA TURMA, Relator MIN. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Data da decisão 26/05/1998, DJU 26/10/1998, p. 169).

⁹ Friederich Müller, Discours de la Méthode Juridique, traduzido do alemão por Olivier Jouanjan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996, p. 288.

Uma referência hoje obrigatória sempre que se analisa questões relativas aos direitos dos homossexuais é sentença prolatada pelo Dr. Roger Raupp Rios, em ação ordinária que tinha por objeto a admissão de companheiro homossexual como beneficiário do Plano de Assistência Médica da Caixa Econômica Federal. Sustenta o Excelentíssimo Magistrado Federal (cópia da sentença em anexo – doc. 4) :

Dentre outros direitos fundamentais, garante a Constituição da República a igualdade, plasmando, assim, o princípio da isonomia. No âmbito da sexualidade, esse princípio mereceu especial proteção mediante a proibição de qualquer discriminação sexual infundada: invoco, dentre outras normas e sem indicar, por ora, a farta jurisprudência em torno da matéria, o inciso I do artigo 5º (assegura a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres) e o inciso XXX do artigo 7º (proibição de diferença de salários, exercício de funções e critério de admissão por motivo de sexo).

Pois bem, se examinada com cuidado, constata-se que a proibição constitucional dessa espécie de discriminação impede a recusa deste tipo de benefício, porquanto a discriminação de um ser humano em virtude de sua orientação sexual constitui, precisamente, uma hipótese (constitucionalmente vedada, repise-se) de discriminação sexual. Esclareça-se, nesse momento, que a orientação sexual é aqui compreendida como a afirmação de uma identidade pessoal cuja atração e/ou conduta sexual direcionam-se para alguém de mesmo sexo (homossexualismo), sexo oposto (heterossexualismo), ambos sexos (bissexuais) ou a ninguém (abstinência sexual).

Vejamos.

Quando alguém atenta para a direção do envolvimento (seja a mera atração, seja a conduta) sexual de outrem, valoriza a direção do desejo ou da conduta sexual, isto é, o sexo da pessoa com quem o sujeito deseja relacionar-se ou efetivamente se relaciona. No entanto, essa definição (da direção desejada, se qual seja a orientação sexual do sujeito - isto é, pessoa do mesmo sexo ou do sexo oposto) resulta tão-só da combinação dos sexos de duas pessoas (A, quem escolhe, B, o escolhido). Ora, se A for tratado diferentemente de uma terceira pessoa (C, que tem sua sexualidade direcionada para o sexo oposto), em razão do sexo da pessoa escolhida (B, do mesmo sexo que A), conclui-se que a escolha de A lhe fez suportar tratamento discriminatório unicamente em função de

seu sexo (se A, homem, tivesse escolhido uma mulher, não sofreria discriminação). Fica claro, assim, que a discriminação fundada na orientação sexual de A esconde, na verdade, uma discriminação em virtude de seu sexo (de A).

Contra esse raciocínio, pode-se objetar que a proteção constitucional contra a discriminação sexual não alcança a orientação sexual; que o discriminante não está no sexo de A, mas em sua escolha por um homem ou uma mulher, sua orientação sexual.

Tal objeção, todavia, não subsiste. Argumentar que a diferença se dá tão-só pela orientação sexual nada muda, só oculta o verdadeiro - e sempre permanente - fator sexual de discriminação. O sexo da pessoa escolhida (se homem ou mulher), em relação ao sexo de A, é que vai continuar qualificando a orientação sexual como causa de tratamento diferenciado ou não, em relação a A. Essa objeção, na verdade, continua tendo o sexo de A em relação ao da pessoa escolhida como fator decisivo, pois tem como pressuposto, para a qualificação da escolha de A, exatamente o sexo da pessoa escolhida. A orientação sexual só é passível de distinção diante do sexo da pessoa que A escolher. Ele (o sexo da pessoa escolhida, tomado em relação ao sexo de A) continua sendo o verdadeiro fator de qualificação da orientação sexual de A; ele é dado inerente e inescapável para a caracterização da orientação sexual de A. Vale dizer, é impossível qualificar a orientação sexual de A sem tomar como fundamento o sexo da pessoa escolhida (em relação ao sexo de A).

Não se diga, outrossim, que inexistente discriminação sexual porque prevalece tratamento igualitário para homens e mulheres diante de idêntica orientação sexual (de recusa a certo benefício, hipoteticamente, para homens e mulheres orientados homossexualmente). A tese peca duplamente, na medida em que busca justificar uma hipótese de discriminação sexual (homossexualismo masculino, v.g.) invocando outra hipótese de discriminação sexual (homossexualismo feminino, p. ex.).

*Aliás, nesse sentido, decidiram a Suprema Corte do Canadá (*Symes v. Canada*, 1993) e a Suprema Corte dos Estados (*Loving v. Virginia*, 1967). A primeira assentou que “discrimination cannot be justified by pointing to other discrimination” (uma discriminação não pode ser justificada apontando-se para outra); a segunda rejeitou a tese de que inexistente discriminação pelo fato de a lei permitir a todos de*

mesma raça o casamento e proibir, também a todos, o casamento inter-racial: *'the fact of equal application does not immunize a statute from the very heavy burden of justification which the Fourteenth Amendment has traditionally required of state statutes drawn according to race'*(o fato da aplicação igual não imuniza a legislação do pesado ônus da justificação cuja 14ª Emenda tem tradicionalmente requerido de leis estaduais relativas à raça). Os precedentes a partir de agora invocados, provenientes do direito internacional e estrangeiro, foram extraídos da obra de Robert Wintemute, *Sexual Orientation and Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1995; do mesmo modo, incorporada substancialmente nesta fundamentação sua linha argumentativa).

A Suprema Corte do Hawaí, por sua vez, acolheu expressamente as razões ora expendidas, decidindo que a discriminação sexual (*Baehr v. Lewin*, 1993). No mesmo ano, a Corte de Apelações da Califórnia decidiu (*Engel v. Worthington*) que a recusa de um editor quanto a inclusão da foto de um casal homossexual em livro de recordações constituía discriminação sexual.

O direito canadense possui outros precedentes nesse sentido (considerando a discriminação por orientação sexual como espécie do gênero discriminação sexual). Exemplos disso são as decisões em *University of Saskatchewan v. Vogel* (1983, caso em que se recusava a Richard North, companheiro de Chris Vogel, benefício em plano dentário) e em *Bordeleau v. Canada* (1989, onde se concluiu que *'discrimination based on sex also covers discrimination involving sexual orientation'* - discriminação com base no sexo também alcança discriminação envolvendo orientação sexual).

Contra toda essa lógica, alguém poderia alegar que o constituinte, ao vedar a discriminação sexual, não deseja aí incluir a discriminação por orientação sexual. Tal objeção é totalmente superada em se tratando de hermenêutica jurídica. Refutando a objeção, transcrevo os ensinamentos de Carlos Maximiliano: *'A lei não brota do cérebro do seu elaborador, completa, perfeita, como um ato de vontade independente, espontâneo. Em primeiro lugar, a própria vontade humana é condicionada, determinada; livre na aparência apenas. O indivíduo inclina-se, num ou noutro sentido, de acordo com seu temperamento, produto do meio, da hereditariedade e da educação. Crê exprimir o que pensa; mas esse próprio*

pensamento é socializado, é condicionado pelas relações sociais e exprime uma comunidade de propósitos'(...). Parece oportuno aclarar, sem refulgos, não constituir privilégio dos adeptos da filosofia positiva contemporânea o combate ao sistema que se empenha na pesquisa da vontade do prolator de uma norma jurídica. De fato, comtistas e spenceristas ofereceram um fundamento mais, para repelir a concepção estreita da exegese; porém não ficam isolados no seu modo de compreender a Hermenêutica. Por outras razões, adiante especificadas, racionalistas e teólogos também se insurgem contra a teoria decrépita. (...) 'Quantos fatores atuam até surgir o conceito definitivo! Em uma das forjas da lei, no parlamento, composto, em regra, de duas câmaras, fundem-se opiniões múltiplas, o conjunto resulta de frações de idéias, amalgamadas; cada representante do povo aceita por um motivo pessoal a inclusão da palavra ou frase, visando a um objetivo particular a que a mesma se presta; há acordo aparente, resultado de profundas contradições'. (...) 'Se descerem a exumar o pensamento do legislador, perder-se-ão em um bártaro de dúvidas ainda e mais inextricáveis do que as resultantes do contexto. Os motivos, que induziram alguém a propor a lei, podem não ser os mesmos que levaram outros a aceitá-la. Não parece decisivo o fato de haver um congressista expedido um argumento e não ter sido este combatido; a urgência, a preocupação de não irritar um orgulhoso cuja colaboração se deseja, ou cuja obstrução ao projeto se receia; (...) mil fatores ocasionais podem concorrer para um silêncio forçado; daí resultaria a falsa aparência de concretizar uma frase, emenda ou discurso as razões do voto no plenário, a intenção predominante, a diretriz real da vontade da maioria. (...) A vontade do legislador não será a da maioria dos que tomam parte na votação da norma positiva; porque bem poucos se informam, com antecedência, dos termos do projeto em debate; portanto, não podem querer o que não conhecem. A base de todo o trabalho do exegeta seria uma ficção: buscaria uma vontade possível, agente, ativa no passado e as conclusões logicamente decorrentes desse intento primitivo. (...) Entretanto, a letra perdura, e a vida continua; surgem novas idéias; aplicando-se os mesmos princípios a condições sociais diferentes; a lei enfrenta imprevistas criações econômicas, aspirações triunfantes, generalizadas no país, ou no mundo civilizado; há desejo mais veemente de autonomia por um lado, e maior necessidade de garantia por outro, em conseqüência da

extensão das relações e das necessidades do crédito. Força é adaptar o direito a esse mundo novo aos fenômenos sociais e econômicos em transformação constante, sob pena de não ser efetivamente justo - das richtige Recht, na expressão feliz dos tudesco's. (Op. Cit., excertos dos n°s 23/28).

Ainda que não se aceite a qualificação da discriminação por orientação sexual como espécie do gênero discriminação sexual, não há razão que, juridicamente, legitime a adoção de tratamento diferenciado a homossexuais, com relação ao dispensado a heterossexuais, tendo em mira o caso concreto.

Esta sentença foi confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em acórdão relatado pela Juíza Marga Barth Tessler, publicado da Revista deste tribunal, ano 10, n° 32, p. 72 e seguintes (doc. 5). Os trechos da ementa que tratam do mérito da ação estão aqui reproduzidos:

*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 parágrafo 3º do art. 226 da Constituição Federal. Inclusão como dependente em plano de saúde. Viabilidade. Princípios constitucionais da liberdade, da igualdade e da dignidade humana. Art. 273 do CPC. Efetividade à decisão judicial. Caução. Dispensa.
(...)*

5. Mantida a sentença que extinguiu o feito em relação ao pedido de declaração da existência de união estável entre os autores, pois, pelo teor do parágrafo 3º do art. 226 da Constituição Federal de 1988, tal reconhecimento só é viável quando se tratar de pessoas do sexo oposto; logo, não pode ser reconhecida a união em relação a pessoas do mesmo sexo.

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 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.***

9. Descabida a alegação da CEF no sentido de que aceitar o autor como dependente de seu companheiro seria violar o princípio da legalidade, pois esse princípio, hoje, não é mais tido como simples submissão a regras normativas, e sim sujeição ao ordenamento jurídico como um todo; portanto, a doutrina moderna o concebe sob a denominação de princípio da juridicidade.

10. Havendo comprovada necessidade de dar-se imediato cumprimento à decisão judicial, justifica-se a concessão de tutela antecipada, principalmente quando há reexame necessário ou quando há recurso com efeito suspensivo. Preenchidos os requisitos para a concessão da medida antecipatória, autoriza-se o imediato cumprimento da decisão. No caso em análise, estão presentes ambos os requisitos: a verossimilhança é verificada pelos próprios fundamentos da decisão; o risco de dano de difícil reparação está caracterizado pelo fato de que os autores, portadores do vírus HIV, já começam a desenvolver

algumas das chamadas "doenças oportunistas", sendo evidente a necessidade de usufruírem dos benefícios do plano de saúde. Ademais, para os autores o tempo, é crucial, mais que nunca, o viver e o lutar por suas vidas. O Estado, ao monopolizar o poder jurisdicional, deve oferecer às partes uma solução expedita e eficaz, deve impulsionar a sua atividade, ter mecanismos processuais adequados para que seja garantida a utilidade da prestação jurisdicional.

(...)

12. Apelações improvidas.

No dia 7 de abril de 2000 esta decisão foi mantida pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme noticiado pela home-page do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (doc. 6)

5. DO DIREITO DO(A) COMPANHEIRO(A) HOMOSSEXUAL SOBREVIVENTE AO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE E DO DIREITO DO COMPANHEIRO(A) HOMOSSEXUAL DO PRESO AO BENEFÍCIO DO AUXÍLIO RECLUSÃO.

O direito à previdência social é um direito fundamental social previsto no art. 6º da Constituição, que por sua vez está incluído no Título II – DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. O art. 6º, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 26, de 14/02/2000, estabelece que:

"Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição."

Porém este direito fundamental foi minudenciado no art. 194 e seguintes, a começar pelos princípios da seguridade social elencados no art. 194, cumprindo destacar o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento:

"Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social."

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento.”

O princípio da universalidade do atendimento, repetido pelo art. 2º, I, da Lei 8.213/91, nada mais é que do que uma explícita aplicação do princípio da igualdade na seara da seguridade social.

Os benefícios previdenciários estão enumerados no art. 201 da Constituição, entre os quais a pensão por morte e o auxílio-reclusão (Redação dada ao artigo pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98):

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

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

(...)

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

Deve ser observado no inciso V a previsão da existência do direito à pensão por morte ao *homem ou mulher*, cônjuge ou *companheiro* e dependentes.

Apresentadas estas disposições constitucionais sobre os benefícios de pensão por morte e de auxílio-reclusão, cumpre fazer a seguinte indagação: Existe algum dispositivo constitucional acerca dos direitos fundamentais ou dos direitos previdenciários que autorize a discriminação em razão da orientação sexual? A resposta é óbvia: não há. Ao contrário, o princípio hermenêutico da efetividade dos direitos fundamentais vem a exigir que de modo algum é lícita qualquer discriminação contra estas pessoas.

Nesse sentido, e dentro do espírito de plena efetividade do Estado de Direito Constitucional e, por conseguinte, dos direitos fundamentais, trago à colação importante decisão da Suprema Corte do Canadá, que, decidindo exatamente o caso sob exame, ou seja, o direito de companheiro

homossexual sobrevivente à pensão por morte, decidiu favoravelmente ao reconhecimento do direito (trecho extraído da sentença em anexo, proferida pelo Dr. Róger Raupp Rios:

*”Em Egan v. Canada, caso em que se discutiu o direito do companheiro homossexual a benefício da seguridade social previsto para a esposa (pensão), a Suprema Corte decidiu (1995), unanimemente, que ‘whether or not sexual orientation is based on biological or physiological factors, which may be a matter of some controversy, it is a deeply personal characteristic that is either unchangeable or changeable only at unacceptable costs, and so falls within the ambit of s. 15 protection as being analogous to the enumerated grounds’ (se a orientação sexual é ou não baseada em fatores biológicos ou fisiológicos, o que pode ser objeto de controvérsia, isto é uma profunda característica pessoal, que é tanto imutável quanto mutável somente a custos inaceitáveis, e então subsumindo-se no âmbito da proteção da s. 15 como sendo análoga aos campos enumerados); **por maioria, assentou que a distinção entre companheiros homossexuais e companheiros heterossexuais em relação a direito à pensão, fundando-se na orientação sexual, é discrimen contrário à Seção 15**, oportunidade em que o voto condutor (Justice Cory) asseverou: ‘Sexual orientation is more than simply a status that na individual possesses. It is something that is demonstrated in na individual’s conduct by the choice of a partner. The Charter protects religious beliefs and religious practice as aspects of religious freedom. So, too, should it be recognized that sexual orientation encompasses aspects of status and conduct and that both should receive protection. Sexual orientation is demonstrated in a person’s choice of a life partner, whether heterossexual or homossexual. It follows that a lawful relationship which flows from sexual orientation should also be protect’ (Orientação sexual é mais do que um simples ‘status’ que um indivíduo possui. É algo que é demonstrado pela conduta do indivíduo na escolha de um companheiro. A Carta protege crenças religiosas como aspectos da liberdade de religião. Então, também, deveria ser reconhecido que a orientação sexual inclui aspectos de ‘status’ e de ‘conduta’ e que ambos deveriam receber proteção. A orientação sexual é demonstrada na escolha feita por uma pessoa de seu companheiro de vida, seja heterossexual ou homossexual. Daí*

segue que uma relação legal que se origina a partir da orientação sexual também deve ser protegida).

6. AS NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS REGULAMENTADORAS DOS BENEFÍCIOS DE PENSÃO POR MORTE E AUXÍLIO-RECLUSÃO

Destacamos alguns dispositivos da Lei 8.213, na redação atualmente vigente, que tratam dos benefícios de pensão por morte e do auxílio-reclusão:

Art. 74. *A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data: (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)*

I - *do óbito, quando requerida até trinta dias depois deste; (Inciso acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)*

II - *do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior; (Inciso acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)*

III - *da decisão judicial, no caso de morte presumida. (Inciso acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)*

(...)

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

§ 1º *O cônjuge ausente não exclui do direito à pensão por morte do companheiro ou a companheira, que somente fará jus ao benefício a partir da data de sua habilitação e mediante prova de dependência econômica.*

§ 2º *O cônjuge divorciado ou separado judicialmente ou de fato que recebia pensão de alimentos concorrerá em igualdade de condições com os dependentes referidos no inciso I do art. 16 desta Lei.*

(...)

Art. 80. *O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado.*

recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço.

Parágrafo único. *O requerimento do auxílio-reclusão deverá ser instruído com certidão do efetivo recolhimento à prisão, sendo obrigatória, para a manutenção do benefício, a apresentação de declaração de permanência na condição de presidiário.*

Como se vê, em nenhum momento os dispositivos citados fazem qualquer discriminação em razão da orientação sexual, incluindo entre os beneficiários do benefício o companheiros ou companheira do segurado.

Entretanto, agarra-se a Ré ao disposto em outros artigos da Lei 8.213 para negar o direito aos homossexuais:

“Art. 47. *A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data”:* (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

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

I - *o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;* (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 28.4.95)

II - *os pais;*

III - *o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;* (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 28.4.95)

IV - *(Revogado pela Lei nº 9.032, de 28.4.95)*

O § 3º define a relação de companherismo como equiparada à união estável e o § 4º estabelece que a dependência econômica dos companheiros é presumida:

“§ 3º *Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o*

segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

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

O §3º faz uma remissão ao § 3º do art. 226 da Constituição Federal, que trata da união estável:

“§ 3.º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”:

É possível que em uma interpretação em desconformidade com o atual estágio da dogmática dos Direitos Fundamentais , tendo em vista o § 3º do art. 226 da Constituição, que enuncia que *é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher*, alguém conclua pela inexistência dos direitos que busca o Parquet proteger nesta ação.

Todavia, se respeitados os princípios hermenêuticos que regem a interpretação constitucional e os direitos fundamentais, esta interpretação não pode ser realizada, como demonstraremos a seguir.

7. DOS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAIS – DA CONCRETIZAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL

Não obstante existirem divergências com relação ao melhor método de interpretação das normas constitucionais¹⁰, há um consenso entre os constitucionalistas acerca da insuficiência do chamado método hermenêutico-clássico - que propugna que a Constituição deve ser interpretada da mesma forma que uma lei, ou seja, exclusivamente a partir das regras de interpretação gramatical, lógica, histórica e sistemática.

Konrad Hesse defende o método de **concretização** das normas

¹⁰ Ernst-Wolfgang Böckerförde, em sua obra “Escritos sobre Derechos Fundamentales” (Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1993, p. 15), elenca alguns métodos: Método Tópico orientado à resolução de problemas, Interpretação Constitucional orientada às ciências da realidade no sentido de SMEND e o Método de Interpretação Hermenêutico-Concretizador defendido por Hesse e F. Müller.

constitucionais, a partir do qual “o conteúdo da Constituição deve ser determinado sob a inclusão da **‘realidade’** a ser ordenada¹¹”. Ou seja, é impossível uma interpretação da norma constitucional fora da existência história concreta.

Deste modo, o Ex-Presidente do Tribunal Constitucional Alemão desenvolve os conceitos de “**programa da norma**”, que está, no essencial, contido no **texto da norma** a ser concretizada. Para a definição do programa da norma tem a sua importância os métodos de interpretação tradicionais (histórico, genético e sistemático).

Porém, é também fundamental a delimitação do “**âmbito da norma**”, que são os fatos da vida concretos, que possibilitam, em especial nos casos “em que se trata da relação entre várias normas (por exemplo, na limitação de direitos fundamentais), uma resolução sobre a base da coordenação material das respectivas condições de vida ou âmbitos de vida e uma exposição dos pontos de vista materiais que sustentam essa coordenação¹²”.

Adotando a hermenêutica hessiana, deve-se proceder à delimitação tanto do âmbito quanto do programa da norma. Quanto ao **âmbito da norma** a realidade posta é a existência de milhares de casais homossexuais masculinos e femininos, que possuem uma vida afetiva em muito semelhante a uma relação heterossexual: fidelidade recíproca, vida em comum no mesmo domicílio e mútua assistência (estes são os deveres dos cônjuges casados, na forma do art. 231 do Código Civil, com exceção do sustento dos filhos).

Segundo a Revista Veja, em matéria publica em 16/02/2000, os dados mais confiáveis até hoje sobre o número de gays são os do relatório Kinsey, detalhado levantamento sobre a sexualidade americana feito na década de 40. Segundo o trabalho, de 4% a 5% da população masculina adulta são homossexuais durante toda a vida. Outros 13% são predominantemente homossexuais, mas se relacionam com pessoas do sexo oposto (doc. 7).

No âmbito da norma deve ser considerado ainda o fato de que, ao contrário dos casais heterossexuais, a morte ou a prisão de um dos companheiros homossexuais segurados da Previdência leva ao completo desamparo do companheiro sobrevivente ou que reste solto. A imprensa

¹¹ *Ob.cit.* , p. 61

¹² Konrad Hesse, *Ob. Cit.*, p. 64/65

tem noticiado casos em que com a morte de um dos companheiros, parentes do falecido acabam recebendo toda a herança e, por conseguinte, também teriam direito à pensão previdenciária, mesmo que a relação, sob o mesmo domicílio, tenha durado décadas.

De outro lado, para a delimitação do **programa da norma** observaremos os métodos tradicionais de interpretação, a começar pelo método gramatical.

Nesse sentido estabelece o § 3º do art. 226 da Constituição: “*é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento*”.

Como se vê, o dispositivo em questão não exclui os casais homossexuais para o fim de reconhecimento da união estável. Embora não haja uma previsão expressa destas relações, também não há proibição do seu reconhecimento.

De outro lado, impõe-se o uso do método de interpretação sistemática, o qual possibilita a realização do **princípio da unidade da Constituição**, que proíbe a aplicação isolada de uma norma constitucional e exige uma interpretação da norma em conexão com as outras normas constitucionais de tal modo que as contradições com outras normas sejam evitadas. Nesse sentido Konrad Hesse assim se manifesta acerca do princípio da unidade da Constituição:

*“A conexão e a interdependência dos elementos individuais da Constituição fundamentam a necessidade de **olhar nunca somente a norma individual**, senão sempre a conexão total na qual ela deve ser colocada; todas as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal modo que as contradições com outras normas constitucionais sejam evitadas”¹³.*

Portanto, uma interpretação do § 3º em conjunto com o princípio da igualdade (art. 5º, caput), com a proibição de discriminação por motivo de orientação sexual (art. 4º, IV) e com o fato de que os dispositivos constitucionais que tratam dos benefícios de pensão por morte e de auxílio-reclusão não permitem nenhuma discriminação, seria o suficiente para reconhecer a instituição da união estável aos homossexuais.

¹³ *Ob. Cit.*, p. 65

Obviamente, que em considerando o princípio da unidade da constituição, não seria possível fazer esta extensão se houvesse norma excluindo expressamente os casais homossexuais da união estável. Nesse caso haveria uma violação aos direitos humanos sob uma ótica jusnaturalista ou jusinternacionalista, mas do ponto de vista do sistema positivo pátrio, em uma abordagem positivista, seria uma norma jurídica, assim como também seria jurídica uma norma que proibisse o casamento entre brancos e negros.

Portanto, sob o ponto de vista de direito de família, a norma do § 3º do art. 226 da CF/88 não exclui a união estável entre homossexuais.

Porém, admitindo por hipótese, que não fosse possível estender o instituto da união estável para os homossexuais, seria inafastável o juízo de inconstitucionalidade parcial do art. 16, § 3º, da Lei 8.213 por afronta ao princípio da igualdade. Não seria inconstitucional o art. 226 da Constituição (em nosso sistema não é reconhecida a existência de normas constitucionais inconstitucionais), mas sim seria inconstitucional o art. 16, § 3º, da Lei 8.213, que remeteria a um conceito violador do princípio da igualdade.

O legislador não pode eleger quais as normas constitucionais que são aplicáveis à matéria que está legislando e quais as que não são aplicáveis, isto ofenderia o princípio da constitucionalidade.

Portanto, no caso do art. 16, § 3º, o que fez o legislador foi incorporar um conceito constitucional relativo à família numa lei ordinária. Portanto, o conceito de união estável que na Constituição, em nosso exercício hipotético, proíbe expressamente seja estendido aos homossexuais, possui natureza de lei ordinária, de modo que está sujeita a uma apreciação de sua constitucionalidade.

Isto não impediria, inclusive, que o próprio art. 226 (que em nosso exercício hipotético veda a união estável entre homossexuais), seja levado em consideração. Ocorre que ele seria aplicável, como já sustentamos, apenas para questões de direito de família, não incidindo, portanto, sobre questões previdenciárias.

Como se vê, o inciso V do art. 201 da Constituição de nenhum modo exclui os casais homossexuais do direito ao recebimento de benefícios previdenciários, seja na condição de companheiro, seja na condição de dependente.

Todavia, mesmo se uma interpretação isolada do inciso V do art. 201 levasse à impossibilidade do reconhecimento da união estável aos homossexuais, uma interpretação da Constituição em seu conjunto, em especial dos princípios da igualdade e das regras que regulam a Previdência Social, levaria ao reconhecimento do direito dos homossexuais à pensão por morte e ao auxílio-reclusão.

8. A DOGMÁTICA SOBRE A RESTRIÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Sendo indubitável que os direitos aqui defendidos são direitos fundamentais, quer pela violação do princípio da igualdade, quer pela previsão do direito à previdência social como direito fundamental social (art. 6º da Constituição), cumpre analisar a doutrina e Jurisprudência desenvolvida sobre os limites às limitações aos direitos fundamentais.

Na Alemanha a Jurisprudência, especialmente do Tribunal Constitucional Federal, desenvolveu o princípio de que a limitação de direitos fundamentais, inclusive quando a limitação está expressamente reservada ao legislador (direitos fundamentais com reserva de lei) somente pode ser levada a cabo de acordo com o **princípio da proporcionalidade**: a limitação dos direitos fundamentais somente podem ser levadas a cabo até onde resulte apropriado, necessário e proporcional em sentido estrito, **em ordem à consecução de um fim justificável de interesse público** formulado pela lei limitadora¹⁴.

Deste modo, as limitações aos direitos fundamentais somente são admissíveis se a finalidade da lei limitadora é a realização de um outro direito fundamental. Por exemplo, não obstante a liberdade do comércio ser um direito fundamental, a lei amiúde estabelece restrições sanitárias ao comércio de alimentos, tendo em vista a proteção do direito fundamental à saúde.

Deste modo, no caso concreto, caso fosse impossível uma interpretação constitucional extensiva da instituto da união estável, a restrição do legislador deveria ser cotejada com algum direito fundamental.

Como não há direito fundamental que socorra uma restrição

¹⁴ Böckerförde, *ob. Cit.*, p. 102

legislativa nestas hipóteses (talvez tão-somente sentimentos desarrazoados e discriminatórios, incompatíveis com o Estado de Direito racional), seria inconstitucional, também por violação ao princípio da proporcionalidade, tal restrição.

Gilmar Ferreira Mendes¹⁵ desenvolve estas questões à luz da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, merecendo ser colacionada a passagem de votos proferido pelo Ministro Rodrigues Alckmin, na Rp. N. 930:

*“Ainda no tocante a essas condições de capacidade, não as pode estabelecer o legislador ordinário, em seu poder de polícia das profissões, sem atender ao critério da razoabilidade, **cabendo ao Poder Judiciário apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público, para julgá-las legítimas ou não**”.*

9. DA EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NO RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO DE COMPANHERISMO ANTES MESMO DA PREVISÃO EXPRESSA EM LEI

A partir da pesquisa realizada pela estagiária Fernanda Pessoa¹⁶, podemos perceber a evolução da Jurisprudência acerca do reconhecimento do direito da concubina aos benefícios previdenciários, antes mesmo de previsão deste direito em lei, o que demonstra que também no caso dos homossexuais o Poder Judiciário Brasileiro, seguindo o mesmo caminho da Justiça de outras países, tem um papel fundamental a desempenhar para a realização da Justiça

Em um contexto histórico, pode-se observar a evolução que a legislação sofreu com relação ao rol de beneficiados da Previdência Social. Da análise de leis e decretos já revogados, depreende-se o esforço que o legislador imprimiu na tentativa de acompanhar os fenômenos sociais. E, mesmo quando as normas jurídicas não eram capazes de atingir a velocidade com que transformava-se a sociedade, os nossos Tribunais, formados de magistrados imbuídos do mais aguçado espírito de justiça, procuravam aplicar as normas de acordo com o clamor social.

¹⁵ Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 38.

¹⁶ Também colaboraram na elaboração desta petição as estagiárias Candice Fasolo Richter, Fernanda Fehse e Karine Theresinha Lovato

O Decreto 1.918, de 27 de agosto de 1937, que regulamentou o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários, assim dispôs em seu art. 22 ao tratar dos beneficiários:

“Art. 22 – Para os efeitos do presente regulamento, são considerados beneficiários, na ordem das alíneas seguintes, desde que dependam economicamente do associado:

a) a mulher, ou o marido inválido, e os filhos, de qualquer condição, menos de 18 anos ou inválidos;

b) a mãe, ou o pai inválido;

c) os irmãos menores de 18 anos ou inválidos;

d) na falta dos beneficiários acima especificados, qualquer pessoa expressamente designada a qual, se for do sexo masculino, deverá ser menor de 18 anos ou inválida”

A alínea “d” do artigo acima transcrito inaugurou a possibilidade dos associados designarem qualquer pessoa como beneficiado, na ausência dos demais, que a este preferiam.

Já a Lei 3.807/60, em seu art. 11, permitiu que o segurado designasse qualquer pessoa como beneficiário, frente à uma declaração de dependência.

Assim dispunha o referido artigo:

“Art. 11 (...)

§ 1º O segurado poderá designar, para fins de percepção de prestações, uma pessoa que viva sob sua dependência econômica, inclusive a filha ou irmã maior, solteira, viúva ou desquitada.

A referida declaração era requisito expressamente previsto em lei, sem o qual, e esta era a intenção do legislador, não poderia ser concedido o benefício.

Entretanto, percebe-se que a Jurisprudência passou a reconhecer o direito das companheiras à pensão por morte mesmo que não houvesse a declaração de dependência. À época, assim posicionava-se o extinto TFR:

EMENTA: Benefício Previdenciário – Pensão – Ação proposta pela companheira, esposa eclesiástica do segurado, casado mas separado da mulher que se encontrava em lugar

ignorado, não tendo atendido à citação por edital. Convivência sob o mesmo teto, por mais de vinte anos, com o nascimento de um filho. Dependência econômica comprovada. Incidência da legislação nova, mais benigna, para igual tratamento aos dependentes. Designação post mortem (Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973, artigo 23, § 4º). Procedência da ação. Honorários de advogado fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa.

Remessa ex officio. Apelação. Confirmação da sentença, quanto ao mérito. Reforma, em parte, para cálculo dos honorários sobre o valor da condenação. (Código de Processo Civil, artigo 20, § 3º) – (Acórdão da apelação, relator Ministro Corrêa Pina, fls. 106)

Importante ressaltar alguns trechos do voto do eminente relator:

“(...) Independentemente dos dispositivos legais mais novos, os direitos da companheira vinham sendo construídos pela jurisprudência.

Há mais de vinte anos, na condição de advogado ou desembargador da Bahia, testemunhamos ou participamos de questões cíveis em que a decisão final deferiu meação à companheira, na base de que o patrimônio deixado pelo concubino resultara do trabalho comum de ambos.

Também vimos a concessão de salários pelo trabalho e serviços domésticos da companheira, após a morte do esposo de fato, para evitar-lhe o desamparo e a miséria.

Na Previdência Social, a legislação, combinada com o entendimento dos intérpretes, tem evoluído no mesmo rumo assecuratório.

*Já a antiga redação da lei nº 3.807/60 dava ensejo a que o companheiro previsse futuro melhor para a mulher que participara de seus dias. O art. 11, no § 1º, autorizava a possibilidade de designação de pessoa que vivesse na dependência econômica do segurado, para o fim de perceber a pensão, na falta dos dependentes legais, como impunha o parágrafo 2º. **A Jurisprudência, de sua vez, sempre entendeu que na ausência de designação, pudesse ser feita prova de vida em comum e, conseqüentemente, da manutenção da companheira.***

Na espécie, portanto, não é necessário invocar-se

a Lei nº 5.890 de 8 de junho de 1973, posterior ao falecimento do contribuinte, para deferir-se à autora o benefício pretendido, desde que os autos atestam, com clareza, a vida em comum por mais de vinte anos e a dependência econômica, como marido e mulher. (...)

(Embargos em Apelação Cível nº 40.556/ SP – Min. Relator Amarílio Benjamin - Embargante: INPS; Embargada: Sebastiana de Jesus - 26.10.1978)

Desta forma, independentemente de previsão legal, a extinta Corte entendia que a prova de vida em comum, qualquer que fosse, superava o requisito taxativo da lei.

O Decreto-Lei nº 66, de 21 de novembro de 1966, alterando as disposições da Lei 3.807/60 trouxe uma importante inovação, demonstrando que a legislação previdenciária buscava adequar-se às situações reais. A nova redação dada ao art. 11 da Lei 3.807/60 trouxe em seu parágrafo 4º o seguinte texto:

“Art. 11 - (...)

(...)

§4º *Não sendo o segurado civilmente casado, considerar-se-á tacitamente designada a pessoa com que se tenha casado segundo rito religioso, presumindo-se feita a declaração prevista no parágrafo anterior.”*

Desta forma, o entendimento dos Tribunais, que aproximava-se muito mais da realidade social, somente mais tarde foi incorporado à legislação.

Cabe citar, ainda, outra decisão do extinto TFR, que transparece a linha de pensamento seguida por este Tribunal:

*EMENTA: Pensão Previdenciária. Seu deferimento a esposa eclesiástica que conviveu por quase trinta anos com o segurado falecido, nascendo cinco filhos da União. Evidenciada a dependência econômica na hipótese, não há como deixar de aplicar o Dec-Lei 66/66, **embora editado em data posterior ao óbito do de cujos, tendo em vista o caráter eminentemente social da legislação previdenciária.** Embargos Infringentes rejeitados por*

unanimidade.

Do voto do relator, ressalta-se este trecho:

(...) É certo que na data do óbito do esposo – 5-7-60, fl. 5 – vigorava, como argüi o INPS e foi também invocado pelo douto voto vencido, o Decreto nº 26.778 de 14-7-49 que, no art. 34, § 3º, somente admitia a inscrição, pelo segurado, de pessoa que vivesse sob sua dependência, na falta de beneficiários legais.

Contudo, não consideramos que o dispositivo constitua óbice ao deferimento da pensão. Se a norma previa a hipótese, mesmo condicionada, pode-se interpretativamente, ajustá-la ao entendimento vitorioso que se formou posteriormente, na jurisprudência.(...)”(Embargos em Apelação Cível nº 41.625/ RJ – Min. Relator Amarílio Benjamin - Embargante: INPS; Embargada: Áurea de Souza - 31.05.1979)

Com o advento da Lei 5.890, de 8 de junho de 1973, outro avanço foi possível constatar. A nova redação dada ao já referido art. 11, trouxe em seu inciso I a tão esperada referência a companheira:

“Art. 11 Consideram-se dependentes do segurado, para efeitos desta Lei:

*I – a esposa, o marido inválido, **a companheira, mantida há mais de 5 (cinco) anos**, os filhos de qualquer condição, menores de 18 (dezoito) anos ou inválidos, e as filhas solteiras de qualquer condição, menores de 21(vinte e um) anos ou inválidas.*

(...)”

Além disso, a referida Lei ainda trouxe inovações para companheira, sendo alterado a LOPS em seu art. 23. O § 5º deste artigo recebeu a seguinte redação:

“Art. 23 (...)

§ 5º A companheira designada concorrerá com os filhos menores havidos em comum com o segurado, salvo se houver expressa manifestação em contrário.”

Na aplicação da referida norma, mais uma vez a Egrégia Corte

demonstrou a adequação de suas decisões com as situações que ocorriam no dia a dia. Transcreve-se abaixo alguns exemplos:

*EMENTA: Previdência Social. Concubina. Reversão de Pensão – Se quando do falecimento do segurado, não podia a companheira concorrer com os filhos advindos da união more uxório e se é certo que , ao perderem eles o direito ao benefício, já se encontrava em vigor a Lei nº 5.890/73, que alterou diversos artigos da LOPS, e o RGPS de 1973 (Decreto nº 72.071/73) passando a ser admitida tal concorrência. É de julgar-se cabível a reversão, a seu favor, da pensão que até então vinha sendo deferida a seus filhos. **Na interpretação das leis previdenciárias, não há como esquecer-se o sentido social que possuem**” (AC nº 50.525, Min. Relator Aldir Guimarães Passarinho, Terceira Turma do TFR, DJ 21.6.78)*

*EMENTA: Previdência Social. Deve reverter integralmente à companheira do dia em que os filhos do segurado atingiram a idade de dezoito (18) anos, ainda que o óbito do mesmo associado haja sido anterior ao Decreto – Lei nº 66/66 e à Lei nº 5.890/73. **Construção jurisprudencial erigida à base da equidade, tendo em vista a natureza alimentar do benefício previdenciário.** Embargos rejeitados.*

Do voto do Relator, pode-se extrair significativa passagem:

“(...) A Lei nº 3.807/60, em sua primitiva redação, presumia a dependência econômica em relação ao cônjuge e filhos do segurado (arts. 11, inciso I e 13) e só admitia a concorrência na hipótese excepcional prevista no parágrafo único do art. 12 (...)

*Entretanto, por influxo da realidade social, refletida em cada espécie concreta submetida à sua apreciação, o Judiciário sempre se pôs na vanguarda do **jus scriptum**. Deste modo, construiu a sua jurisprudência à base da equidade e estendeu à companheira o direito de concorrer com os filhos do segurado, dispensando efeito de percepção do seguro previdenciário, contanto que comprovadas a convivência more uxório e a dependência econômica, situações estas que vieram a receber o selo legislativos*

tempos depois, com a entrada em vigor do decreto-Lei nº66/66 e da Lei nº 5.890/73. (...)” (Embargos na Apelação Cível 45.666 – RJ/ Sessão Plenária TFR – Relator Min. Antônio Torreão Braz, 29.04.80)

Pode-se notar, diante da evolução legislativa acima exposta, e da análise da jurisprudência à época, que as decisões judiciais foram marco fundamental, posto que retratavam o clamor da sociedade em determinada matéria.

Ao lado das decisões pioneiras da Justiça Federal no Rio Grande do Sul, em 1ª instância e do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, acima referidas, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também tem despontado como uma Corte inserida dentro da realidade emergente das relações homossexuais, o que vem a exigir um tratamento igualitário com os heterossexuais.

No dia 17 de junho de 1999 a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu pela competência das Varas de Família para julgar situações que envolvem separações dos casais formados por pessoas do mesmo sexo (cópia do acórdão – doc. 8):

*RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS.
COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE
SEPARAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO DOS
CASAIS FORMADOS POR PESSOAS DO MESMO
SEXO.*

Em se tratando de situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das varas de família, à semelhança das separações ocorridas entre casais homossexuais. Agravo provido. (AI nº 599075496, Rel. Des. Breno Moreira Mussi)

10.DA EXTENSÃO DE BENEFÍCIOS – DOS DIREITOS SOCIAIS DERIVADOS

Configurada a quebra da isonomia na questão sob análise exsurge as indagações acerca da possibilidade de extensão de benefício às pessoas ou classe de pessoas excluídas do grupo de beneficiários.

A doutrina alemã e a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão denominam de direitos derivados à prestação aqueles direitos sociais previstos e regulamentados em lei que são subtraídos à determinada pessoa ou grupo de pessoas em ofensa ao princípio da igualdade.

Há um consenso na doutrina e jurisprudência alemã quanto ao reconhecimento de um direito subjetivo público à prestação social nesta hipótese. Ou seja, quando a lei ou um ato administrativo exclui determinadas pessoas do gozo do benefício, surge para o prejudicado o direito subjetivo, que gera um direito para buscar no Judiciário um provimento que condene o poder público à concessão do benefício que lhe foi negado.

No Brasil, diversos juristas tem-se manifestado no mesmo sentido. Citamos José Afonso da Silva:

*“São inconstitucionais as discriminações não autorizadas pela Constituição. O ato discriminatório é inconstitucional. Há duas formas de cometer essa inconstitucionalidade. Uma consiste em outorgar benefício legítimo a pessoas ou grupos, discriminando-os favoravelmente em detrimento de outras pessoas ou grupos em igual situação. Neste caso, não se estendeu às pessoas ou grupos discriminados o mesmo tratamento dado aos outros. O ato é inconstitucional, sem dúvida, porque feriu o princípio da isonomia. O ato é, contudo, constitucional e legítimo, ao outorgar o benefício a quem o fez. Declara-lo inconstitucional, eliminando-o da ordem jurídica, seria retirar direitos legitimamente conferidos, o que não é função dos tribunais. **Como então resolver a inconstitucionalidade da discriminação?. Precisamente estendendo o benefício aos discriminados que o solicitarem ao Poder Judiciário, caso por caso.**” (DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1998. P. 231)*

*“EMENTA: Recurso Extraordinário. Constitucional. Auto-aplicabilidade do art. 40, par. 5, da CF. Benefício da pensão por morte. **A garantia insculpida no art. 40, par. 5, da Constituição Federal e de eficácia***

imediate. O preceito constitucional, sem distinguir, concede o benefício por morte na totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido. A parte final do dispositivo constitucional - "até o limite estabelecido em lei, observado o disposto no parágrafo anterior" - não constitui óbice a fruição do benefício, vez a locução diz respeito ao limite de remuneração dos servidores públicos, estatuído no art. 37, IX, da Constituição Federal. Editada lei que implique outorga de direito aos servidores em atividade, esse repercute no campo patrimonial dos aposentados e pensionistas, **posto que ao legislador ordinário não é dado introduzir temperamentos a igualdade.** Recurso extraordinário conhecido e provido. "(RE 179.646-4, STF, SEGUNDA TURMA, Relator MIN. PAULO BROSSARD, Data da decisão 13/09/1994, DJU 26/05/1995, p. 15.168).

"EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR. PROVENTOS. ISONOMIA ENTRE ATIVOS E INATIVOS. I. O constituinte de 1988 ao estabelecer, no parágrafo quarto do artigo quarenta da Constituição Federal, a revisão dos proventos, na mesma data e na mesma medida, toda vez que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, abrangendo vantagens e benefícios posteriormente concedidos, significa que, mesmo quando a lei esquece os inativos como querendo afasta-los do direito ao modo de remunerar o servidor ativo, ela nada e, pois contrária, inquestionavelmente, o preceito constitucional. II. De tal modo, ainda que a lei tenha extinguido uma vantagem, instituído nova ou introduzido outra fórmula de calcula-la no que respeita ao servidor em atividade, o aposentado tem o indeclinável direito de absorvê-la. Portanto, se os impetrantes foram aposentados com vencimentos e vantagens que eram próprias daqueles que exerciam cargos de DAS, tudo o que se modificou para mais quanto aos ocupantes de cargos de DAS, em atividade, deve integrar o patrimônio remuneratório dos inativos. Pelo "texto atual basta que haja qualquer sorte de mudança no estado do servidor na ativa, decorrente ou não de alteração do poder aquisitivo da moeda. Tal acréscimo deveria necessariamente incidir também nos proventos dos inativos".(MS 4.092-4, STJ,

NAO CONSTA, Relator MIN. JESUS COSTA LIMA, Data da decisão 10/08/1995, DJU 04/09/1995, PAGINA 27792).

"EMENTA: ADMINISTRATIVO. MILITAR. EXTENSÃO DA INDENIZAÇÃO DE QUE TRATA A LEI 6.924/81 AOS MILITARES DO SEXO MASCULINO. ISONOMIA.

- Não guardando o benefício de que trata a Lei 6.924/81 relação com a natureza do serviço prestado pelo corpo feminino da reserva da Aeronáutica, deve o mesmo ser estendido aos militares do sexo masculino que estejam em situação idêntica em face do princípio da isonomia consagrado no art. 5º da Constituição Federal.

- Recurso não provido. Sentença confirmada."(TRF-2ª Região. AC90.02.20512/RJ. REL.: Juiz Clélio Erthal. 1ª Turma. Decisão: 16/12/91.DJ 2 de 12/03/92, p. 5.267.)

A situação apresentada nestes autos tratar-se-ia exatamente de um direito derivado à prestação social, mais especificamente de um direito derivado à previdência social. Assim, caso não fosse possível reconhecer a aplicar o instituto da união estável aos homossexuais, o que levaria à inconstitucionalidade parcial do § 3º do art. 16 da Lei 8213, na parte que excluísse os homossexuais ao gozo do benefício, a discriminação perpetrada por este artigo geraria um direito derivado social, de cunho prestacional, com base nos arts. 201, I e V (direito à cobertura do evento morte) e 5º, *caput* (princípio da igualdade), à obtenção dos benefícios previdenciários de que foram excluídos.

11.DA COMPROVAÇÃO DA RELAÇÃO DE COMPANHERISMO

Ao se reconhecer a relação de companherismo independente de união estável poderia levar a uma alegação de falta de critérios para o reconhecimento desta situação.

Entretanto, pela simples regulamentação já existente da Lei 8.213, é possível aplicar-se, sem necessidade de nova regulamentação ou regulamentação específica, os critérios previstos no Decreto nº 3048/99:

Art. 22. Considera-se inscrição de dependente, para os efeitos da previdência social, o ato pelo qual o segurado o qualifica perante ela e decorre da apresentação de:

I - para os dependentes preferenciais:

(...)

b) companheira ou companheiro - documento de identidade e certidão de casamento com averbação da separação judicial ou divórcio, quando um dos companheiros ou ambos já tiverem sido casados, ou de óbito, se for o caso; e

(...)

*§ 1º A inscrição dos dependentes de que trata a alínea "a" do inciso I do **caput** será efetuada na empresa se o segurado for empregado, no sindicato ou órgão gestor de mão-de-obra, se trabalhador avulso, e no Instituto Nacional do Seguro Social, nos demais casos.*

§ 2º Incumbe ao segurado a inscrição do dependente, que deve ser feita, quando possível, no ato da inscrição do segurado.

§ 3º Para comprovação do vínculo e da dependência econômica, conforme o caso, podem ser apresentados os seguintes documentos, observado o disposto nos §§ 7º e 8º:

I - certidão de nascimento de filho havido em comum;

II - certidão de casamento religioso;

III - declaração do imposto de renda do segurado, em que conste o interessado como seu dependente;

IV - disposições testamentárias;

V - anotação constante na Carteira Profissional e/ou na Carteira de Trabalho e Previdência Social, feita pelo órgão competente;

VI - declaração especial feita perante tabelião;

VII - prova de mesmo domicílio;

VIII - prova de encargos domésticos evidentes e existência de sociedade ou comunhão nos atos da vida civil;

IX - procuração ou fiança reciprocamente outorgada;

X - conta bancária conjunta;

XI - registro em associação de qualquer natureza, onde conste o interessado como dependente do segurado;

XII - anotação constante de ficha ou livro de registro de empregados;

XIII - apólice de seguro da qual conste o segurado

como instituidor do seguro e a pessoa interessada como sua beneficiária;

XIV - ficha de tratamento em instituição de assistência médica, da qual conste o segurado como responsável;

XV - escritura de compra e venda de imóvel pelo segurado em nome de dependente;

XVI - declaração de não emancipação do dependente menor de vinte e um anos; ou

XVII - quaisquer outros que possam levar à convicção do fato a comprovar.

(...)

§ 4º O fato superveniente que importe em exclusão ou inclusão de dependente deve ser comunicado ao Instituto Nacional do Seguro Social, com as provas cabíveis.

§ 5º O segurado casado não poderá realizar a inscrição de companheira.

(...)

§ 7º Para a comprovação do vínculo de companheira ou companheiro, os documentos enumerados nos incisos III, IV, V, VI e XII do § 3º constituem, por si só, prova bastante e suficiente, devendo os demais serem considerados em conjunto de no mínimo três, corroborados, quando necessário, mediante justificação administrativa, processada na forma dos arts. 142 a 151.

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, na forma prevista no § 7º do art. 22;

Como se vê, os critérios regulamentares acima transcritos guardam perfeita sintonia com a relação homossexual, sendo possível, portanto, que o INSS passe a exigir esses mesmos requisitos para a concessão dos benefícios aos indivíduos que os requererem tendo em vista a relação de companherismo homossexual.

12.DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PARA A PROPOSITURA DESTA AÇÃO

Na forma do art. 127 da Constituição “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos **interesses sociais e individuais indisponíveis.**”

Entre os direitos individuais indisponíveis sobrepõem-se os direitos fundamentais, principalmente quando trata-se de questões envolvendo condutas discriminatórias contra minorias em ofensa ao direito geral à igualdade previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição, e a proibição de discriminação, inclusive por motivo de sexo, inscrita no art. 3º, inc. IV.

No artigo intitulado “Direitos Fundamentais e suas Características”, Walter Claudius Rothenburg disserta acerca da indisponibilidade dos direitos fundamentais:

“O sujeito não pode desinvestir-se de seus direitos fundamentais, embora possa deixar de atuá-los na prática, aplicando-se aqui a clássica distinção entre capacidade de gozo (irrenunciável) e capacidade de exercício (disponível)” (Revista dos Tribunais, ano 7, n. 29, out-dez/99, p. 55/65)

Deste modo, o que esta ação pretende é oportunizar às pessoas que possam exercer os seus direitos fundamentais. A garantia do acesso e do exercício desta capacidade é indisponível. Já o efetivo exercício do direito permanecerá no arbítrio de cada cidadão, uma vez que se trata de direito disponível.

De outro lado, inclui-se entre os interesses sociais as questões que dizem respeito aos direitos fundamentais sociais elencados no art. 6º, entre os quais figura o direito fundamental à previdência social.

No artigo 129, II, também da Carta Magna, o legislador atribuiu-lhe a função de “*zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia*”.

Por sua vez, a Lei Complementar n.º 75/93, em seu artigo 5º, atribuiu ao Ministério Público Federal, dentre outras funções, o papel de garante dos interesses sociais – inciso I, *caput* – e dos princípios que

embasam a seguridade social – inciso II, alínea ‘d’.

13. INCONSTITUCIONALIDADE E INEFICÁCIA DA LIMITAÇÃO DOS EFEITOS DA COISA JULGADA AOS LIMITES DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR (ART. 16 DA LEI Nº 7.347/85, ALTERAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI Nº 9.494/97) NA TUTELA JURISDICIONAL DOS INTERESSES E DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

A novel redação do art. 16 da LACP (Lei da Ação Civil Pública), que procurou restringir os efeitos da sentença aos “limites da competência territorial do órgão prolator” é ineficaz e inconstitucional pelos seguintes fundamentos.

Restringir a amplitude dos efeitos da coisa julgada nas ações coletivas a uma pequena parcela (ocorridas dentro de determinado território) das relações entre autor (sociedade) e réu contraria frontalmente a política constitucional de defesa dos interesses e direitos difusos, além de ofender o princípio constitucional da universalidade da jurisdição e do acesso à justiça.

Sobre o tema, muito bem aduziu **André de Carvalho Ramos**¹⁷:

“ (...) Esta é a sistemática da tutela coletiva em nosso país, que traduziu-se pela adoção da teoria da coisa julgada secundum eventum litis.

“A eficácia ultra partes e erga omnes da coisa julgada relacionam-se com os limites subjetivos desta, já que os interesses tratados pela ação coletiva são em geral indivisíveis pela sua natureza ou pela política legislativa favorável a uma efetiva tutela de direitos.

*“Tal teoria da coisa julgada, adotada pelo legislador infraconstitucional (CDC e LACP), dá **substância ao princípio constitucional da universalidade da jurisdição e do acesso à justiça.***

¹⁷ A Abrangência Nacional de Decisão Judicial em Ações Coletivas: O Caso da Lei 9.494/97, in Revista dos Tribunais, v.755 (set/98), p.115.

“E a decorrência do tratamento coletivo das demandas é o sistema de substituição processual (ou legitimação adequada, concorrente e disjuntiva), que possibilita a tutela destes interesses transindividuais por entes como Ministério Público.

“Se o autor é substituto processual de todos os interessados, não se pode limitar os efeitos de sua decisão judicial àqueles que estejam domiciliados no estrito âmbito da competência territorial do Juiz.

“Como salienta o douto Ernane Fidélis dos Santos, ‘nas hipóteses de substituição processual, sujeito da lide é o substituído, sofrendo as conseqüências da coisa julgada’.

“Isso pois o caso de limitação seria não de competência, mas de jurisdição. Se o Juiz de 1º Grau pode conhecer da ação de um substituto processual como o Ministério Público, deve sua decisão valer para todos os substituídos.

“Isso pois, como esclarece a douta Juíza Federal Marisa Vasconcelos, ‘não é critério determinante da extensão da eficácia da coisa julgada material, na ação civil coletiva, a competência territorial do órgão julgado, mas o contrário, o critério determinante dessa extensão reside na amplitude e na indivisibilidade do dano ou ameaça de dano que se pretende evitar’¹⁸.

“Nas lides coletivas fica patente que o Juiz, ao prolatar decisão benéfica, atinge com isso todos que se encaixem na situação objetiva analisada. Destarte, a real extensão da aplicação da decisão judicial, seja ela definitiva, seja ela provisória, não deve limitar-se ao âmbito regional de competência territorial do órgão prolator. Tal competência territorial só é utilizada para fixar qual Juiz deve conhecer e julgar a causa.

(...)

“Assim, o efeito erga omnes da coisa julgada é conseqüência da aceitação da forma coletiva de se tratar litígios macrossociais. Não pode ser restringido tal efeito por lei ou por decisão judicial sob pena de ferirmos a própria Constituição do Brasil.

(...)

¹⁸ Decisão proferida pelo Juízo da 18ª Vara Federal de São Paulo confirmando amplitude nacional à liminar proferida contra a TELEBRAS na ACP nº 97.0047171-3 promovida pelo MPF em defesa dos consumidores do serviço público de telefonia. Veja, na continuação do texto, a decisão do TRF3ªR que manteve essa decisão.

“Com isso, fica demonstrado que se a Constituição Brasileira, dentro do modelo do Estado Democrático de Direito abraçado, busca, antes de tudo, o acesso à justiça, sendo decorrência disso o tratamento coletivo das demandas. Nada mais certo que a ampliação dos efeitos benéficos de decisão judicial para todos os interessados.

“Ainda são atendidos outros princípios constitucionais, em virtude da identidade de prestação jurisdicional a indivíduos que se encontram em condições iguais, respeitando-se, então, o princípio da isonomia.

“Assim sendo, a Lei 9.494/97, que converteu em lei a MedProv 1.570 é inócua. A competência territorial serve apenas para fixar a competência do juízo. Os efeitos da decisão do Juiz são limitados somente, como frisei, pelo objeto do pedido, que quando for relativo aos interesses transindividuais, atingem a todos os que se encontram na situação objetiva em litígio, não importando onde o local de seu domicílio.

“Competente o juízo, então, devem os efeitos da decisão espalharem-se para todos os substituídos, tendo em vista todos os argumentos acima expostos.

(...)

“Urge, então, a desconsideração do art. 2º da Lei 9.494/97, para a preservação da tutela coletiva de direitos no Brasil.”

(...)

O autor desse luminar artigo arrola dois importantes precedentes jurisprudenciais. Vejamos.

O primeiro, de lavra do Ministro Ilmar Galvão na Reclamação nº 602-6/SP, através do qual o reclamante alegava que não poderia o Tribunal de Alçada paulista decidir sobre jurisdicionados domiciliados em todo o território nacional sem ofender a competência do Excelso Pretório, reafirmou a jurisprudência do **Supremo Tribunal Federal** no sentido de que decisão da justiça local pode beneficiar consumidores de todo o país (**juízo em 03.09.1997, já na vigência da Medida Provisória nº 1.570/97, depois convertida na Lei nº 9.494/97**):

“O Banco Mercantil de São Paulo S/A ajuizou a presente reclamação, alegando que, na Ação Civil Pública 580.262-2, que lhe moveu o Instituto Brasileiro de Defesa do

Consumidor-IDEA, o 1º TACivSP, pela sua 11ª Câm., declarou a inconstitucionalidade, em relação a alguns aspectos da Lei 7.730/89, com efeito erga omnes, para todo o território nacional, ampliando, assim, a competência da Justiça local e dando-lhe a possibilidade de fixar normas para todo o Brasil em matéria de inconstitucionalidade de lei. (...)

“Afastadas que sejam as mencionadas exceções processuais -- matéria cujo exame não tem aqui cabimento -- inevitável é reconhecer que a eficácia da sentença, no caso, haverá de atingir pessoas domiciliadas fora da 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 primeiro grau que, entre nós, também exerce controle constitucional das leis.”

O segundo, proferido pelo Juiz Newton de Lucca, do **Tribunal Regional Federal da 3ª Região**¹⁹, que, na qualidade de Relator de Agravo de Instrumento, negou pedido de concessão de efeito suspensivo ao agravo interposto contra decisão do Juízo da 18ª Vara Federal de São Paulo que, desconsiderando a novel redação do art. 16 da Lei nº 7.347/85, concedeu alcance nacional à decisão liminar proferida em ACP proposta pelo Ministério Público Federal contra a TELEBRÁS e em defesa dos consumidores do serviço público de telefonia:

“Entretanto, há que ser analisadas quais seriam as conseqüências da alteração legislativa engendrada pelo Poder Executivo por intermédio da Lei n. 9.494/97, que alterou o art. 16 da Lei n. 7.347/85, para limitar seu poder de ação aos limites de competência territorial do órgão prolator. (...)

“Não há dúvida que, em certos casos, tal restrição aos limites objetivos da coisa julgada em ação civil pública traduz-se em flagrante retrocesso, especialmente quando se tem em mente

¹⁹ TRF3ªR, 4ªT, AgIn nº 98.03.017990-0.

que esse tipo de processo é essencial à manutenção da Democracia e do Estado-de-direito. Por outro lado, ele tem o condão de evitar que decisões conflitantes surjam ao redor desse país continental, inviabilizando políticas públicas relevantes, tomadas no centro do poder.

(...)

“No caso em exame, entretanto, não me parece que esteja havendo abuso na concessão da liminar ora atacada. É preciso ter em mente que o interesse em jogo é indivisível, difuso, não sendo possível limitar os efeitos da coisa julgada a determinado território.

“Perceba-se que a portaria impugnada foi editada por autoridade com competência nacional e sua área de ação também pretende ser nacional. Por sua vez, ou autor da demanda é o Ministério Público Federal, que é uma entidade una, cuja área de atuação, por sua vez, também abrange todo o território nacional.

“Assim, não me parece atender aos encômios da boa jurisdição exigir-se a propositura de tantas ações civis públicas quantas forem as subsidiárias da TELEBRAS.

“Isso posto, recebo o presente recurso em seu efeito meramente devolutivo.

A lei não pode impor vedações ou restrições à ação civil pública, cujos limites, como os do mandado de segurança²⁰, decorrem exclusivamente do texto constitucional. Assim, se o dano ou a ameaça de dano a interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos tiver abrangência nacional, a decisão do juízo competente para conhecer a causa em primeiro grau de jurisdição terá que ter a mesma amplitude, sob pena de tornar ineficaz a prestação jurisdicional desses interesses e direitos nos termos pretendidos pela Constituição.

A indignação com o malsinado dispositivo fez vibrar a pena de **Ada Pellegrini Grinover**²¹ que, ao afirmar que o Executivo foi infeliz em editar a Medida Provisória nº 1.570/97 (convertida na Lei nº 9.494/97), destacou que *“limitar a abrangência da coisa julgada nas ações civis públicas significa multiplicar demandas, o que, de um lado, contraria*

²⁰ Cf. Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, CPC Comentado, 3ª ed., nota (4) ao art. 12 da Lei nº 7.347/85, “Proibição legal de concessão de liminares pelo juiz”, p.1149.

²¹ *in* Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, 5ª ed., Forense Universitária, p. 722.

toda a filosofia dos processos coletivos, destinados justamente a resolver molecularmente os conflitos de interesses, ao invés de atomizá-los e pulverizá-los; e, de outro lado, contribui para a multiplicação de processos, a sobrecarregarem os tribunais, exigindo múltiplas respostas jurisdicionais quando uma só poderia ser suficiente. No momento em que se o sistema brasileiro busca saídas até nos precedentes vinculantes, o menos que se pode dizer do esforço redutivo do Executivo é que vai na contramão da história”.

Conseqüência inevitável da restrição dos efeitos da coisa julgada nas ações coletivas ao limite da competência territorial do juiz é a multiplicação das demandas judiciais por tantas vezes quantas for o número de comarcas no país, trazendo inúmeras soluções judiciais ao mesmo caso, abalando não somente os *princípios constitucionais da isonomia, da universalidade da jurisdição e do acesso à justiça*, mas também o *princípio do efeito integrador*, pelo qual “*na resolução dos problemas jurídicos-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política*”²².

Além de ofender a todos esses princípios constitucionais, a restrição do alcance da coisa julgada das ações civis públicas ao limite da *competência territorial* do juiz ofende ao *princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade* que, segundo **Paulo Bonavides**²³, “*trata-se daquilo que há de mais novo, abrangente e relevante em toda a teoria do constitucionalismo contemporâneo, (...), é na qualidade de princípio constitucional ou princípio geral do direito, apto a acautelar do arbítrio do poder o cidadão e toda a sociedade, que se faz mister reconhecê-lo já implícito e, portanto, positivado em nosso Direito Constitucional*”.

Assim, as condicionantes dotadas pela lei à amplitude dos efeitos da coisa julgada da ação civil pública na proteção dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, que possuem sede constitucional, hão de ser de tal natureza que não aportem lesão ao *princípio da razoabilidade*, projeção concreta do *substantive due process of law*. Isso porque o Poder Público não possui legitimidade para legislar de modo arbitrário ou irrazoável.

²² J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2ª ed., Almerinda, p.1097.

²³ *in* Curso de Direito Constitucional, 5ª ed., Malheiros, p.394-397.

A combatida norma introduzida pela Lei nº 9.494/97, ao contrário de conferir ordem e exequibilidade ao conteúdo da franquia maior, impôs-lhe verdadeira restrição.

No julgamento da medida liminar requerida na ADIn. 1.158-8, o Tribunal Pleno do **Supremo Tribunal Federal**, em 19.12.94, ratificou a tese de que a norma legal deve se justificar a partir dela mesma, em obediência ao critério da razoabilidade. Naquela ocasião, o Ministro **Celso de Mello**, Relator do processo, explicitou o fundamento jurídico de seu voto no seguinte trecho:

*“(...)Todos sabemos que a cláusula do devido processo legal - objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição - deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só no aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas, sobretudo, em sua dimensão material, **que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário ou irrazoável.***

*“A essência do substantive due process of law reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra **qualquer** modalidade de legislação que se revele opressiva ou, como no caso, **destituída do necessário coeficiente de razoabilidade.**”²⁴*

Assim, submetida ao crivo do citado princípio constitucional, a norma da Lei nº 9.494/97 aparece incompatível com a Carta Maior, por se tratar de norma que estabelece **restrição imoderada**, cuja observância restringe sobremodo, e até mesmo inviabiliza, o exercício dos direitos difusos e da ação civil pública na forma prescrita constitucionalmente.

Não bastasse esbarrar em inconstitucionalidade, a alteração introduzida pela Lei nº 9.494/97 na norma do art. 16 da Lei nº 7.347/85 fracassa também por restar, no sistema em que se insere, **reduzida à ineficácia**, como tão bem demonstram **Nelson Nery Junior** e **Rosa Maria Andrade Nery**²⁵:

²⁴ Cit. por Suzana de Toledo Barros, *in* O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais, Brasília Jurídica, 1996, p. 123-124.

²⁵ *in* CPC Comentado, 3ª ed., RT, p. 1157-8.

"A MedProv 1570/97, art. 3º, que modificou a redação da LACP 16, para impor limitação territorial aos limites subjetivos da coisa julgada, não tem eficácia e não pode ser aplicada às ações coletivas. Confundiram-se os limites da coisa julgada "erga omnes", isto é, quem são as pessoas atingidas pela autoridade da coisa julgada, com jurisdição e competência, que nada têm a ver com o tema. Pessoa divorciada em São Paulo é pessoa divorciada no Rio De Janeiro. Não se trata de discutir se os limites do juiz de São Paulo podem ou não ultrapassar seu território, atingindo o Rio de Janeiro, mas quem são as pessoas atingidas pela sentença paulista. O equívoco da MedProv 1570/97 demonstra que quem a redigiu não tem noção, mínima que seja, do sistema processual das ações coletivas. De outra parte, continuam em vigor os arts. 18 da LAP e 103 do CDC, que se aplicam às ações fundadas na LACP, por expressa disposição do CDC 90 e da LACP 21. Este é o segundo fundamento para a ineficácia do errado e inócuo art. 3º da MedProv 1570/97. Enquanto não modificados, também, os artigos 18 da LAP e 103 do CDC, o art. 16 da LACP não produzirá o efeito que o Presidente da República pretendeu impor. Foi negada liminar na ADIn ajuizada contra a MedProv. 1570 3º, que modificou a redação da LACP 16 (STF, Pleno, ADIn 1576-1, relator Ministro Marco Aurélio, j. 16.4.1997, m.v., DJU 24.4.97, pag. 14914)"²⁶

Por fim, Importante e recente decisão do Tribunal Regional Federal da 4º sufraga este entendimento:

"ADMINISTRATIVO. SERVIÇOS DO SUS. TABELAS DE REMUNERAÇÃO. ACRESCIMO DE 9,56%. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMINAR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EFEITO SUSPENSIVO DENEGADO. AGRAVO REGIMENTAL.

A modificação da redação do art. 16 da Lei nº 7.347/85 pela Lei nº 9.494/97, desacompanhada da alteração do art. 103 da Lei nº 8.078/90, por parcial restou ineficaz, inexistindo por isso limitação territorial para a eficácia "erga omnes" da decisão prolatada em ação civil pública, baseada quer na própria Lei nº 7.347/85, quer na Lei nº 8.078/90.

Decisão recorrida que se mantém por ausência de razões que determinem sua reforma" (AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE

²⁶ A mencionada ADIn foi extinta por ausência de aditamento da inicial, em virtude da reedição da Medida Provisória - posteriormente transformada na Lei n. 9494/97.

INSTRUMENTO Nº 1999.04.01.091925-5/RS, Relator Juiz VALDEMAR CAPELETTI).

Diante de todo o exposto, **impõe-se** o afastamento do limite territorial introduzido pela inconstitucional e ineficaz Lei nº 9.494/97 aos efeitos da coisa julgada nesta ação civil pública.

14.DO PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA

A Lei n.º 8.952, de 13 de dezembro de 1994, conferiu nova redação ao artigo 273 do Código de Processo Civil, no sentido de possibilitar a antecipação dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, *verbis*:

*“Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, **antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação** e:*

*I - **haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou***

*II - **fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.**” (grifos nossos)*

Comentando o instituto, o processualista Cândido Rangel Dinamarco sintetiza a contribuição essencial e qualitativa da antecipação de tutela ao nosso direito processual:

“O novo art. 273 do Código de Processo Civil, ao instituir de modo explícito e generalizado a antecipação dos efeitos da tutela pretendida, veio com o objetivo de ser uma arma poderosíssima contra os males do tempo no processo.” (in “A Reforma do CPC”, 2ª ed., ver. e ampl., São Paulo, Malheiros Editores, 1995)

Trata-se, como se vê, de realização imediata do direito, pois dá ao autor o bem da vida por ele pretendido, possibilitando a efetividade da prestação jurisdicional. Com a possibilidade de antecipação da tutela, presente prova inequívoca e convencido o Juiz da verossimilhança do alegado, a prestação jurisdicional poderá ser adiantada sempre que haja

fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou, ainda, quando fique caracterizado abuso no direito de defesa, de regra mediante expedientes meramente protelatórios à conclusão do processo.

Os dois critérios gerais eleitos pelo legislador para a antecipação de tutela são, portanto, como dispõe a lei processual: prova inequívoca e verossimilhança do alegado. Comentando esses requisitos, o Juiz Federal **Teori Albino Zavascki** pondera que:

*“Atento, certamente, à gravidade do ato que opera restrição a direitos fundamentais, estabeleceu o legislador, como pressupostos genéricos, indispensáveis a qualquer das espécies de antecipação da tutela, que haja **(a) prova inequívoca e (b) verossimilhança da alegação**. O *fumus boni iuris* deverá estar, portanto, especialmente qualificado: exige-se que os fatos, examinados com base na prova já carreada, possam ser tidos como fatos certos. Em outras palavras: diferentemente do que ocorre no processo cautelar (onde há juízo de plausibilidade quanto ao direito e de probabilidade quanto aos fatos alegados), **a antecipação da tutela de mérito supõe verossimilhança quanto ao fundamento de direito, que decorre de (relativa) certeza quanto à verdade dos fatos**. Sob esse aspecto, não há como deixar de identificar os pressupostos da antecipação da tutela de mérito, do art. 273, com os da liminar em mandado de segurança: nos dois casos, além da relevância dos fundamentos (de direito), supõe-se provada nos autos a matéria fática. (...) **Assim, o que a lei exige não é, certamente, prova de verdade absoluta, que sempre será relativa, mesmo quando concluída a instrução, mas uma prova robusta, que, embora no âmbito de cognição sumária, aproxime, em segura medida, o juízo de probabilidade do juízo de verdade**” (Antecipação da Tutela, editora Saraiva, São Paulo, 1997, fls. 75-76, destacamos).*

O conceituado processualista mineiro **José Eduardo Carreira Alvim**, ao examinar o juízo de delibação empreendido pelo Magistrado frente a verossimilhança dos fatos por ele apreciados, assim disserta:

“A constatação da verossimilhança e demais condições que autorizam a antecipação da tutela

dependerá, sempre, de um juízo de delibação, nos moldes análogos ao formulado para fins de verificação dos pressupostos da medida liminar em feitos cautelares ou mandamentais. Esse juízo consiste em valorar os fatos e o direito, certificando-se da probabilidade de êxito na causa, no que pode influir a natureza do fato, a espécie de prova (prova preconstituída), e a própria orientação jurisprudencial, notadamente a sumulada.

“Esse juízo de delibação pode ter lugar prima facie e inaudita altera parte, em face da natureza do dano temido, ou num momento posterior, como, por exemplo, após a contestação, como acontece com a liminar no mandado de segurança, em que pode ser deixada para depois das informações. Essa possibilidade vem sendo pacificamente reconhecida pelos tribunais.” (Código de Processo Civil Reformado, editora Del Rey, 2ª edição, Belo Horizonte, 1995, pp. 103/105).

Na ação civil pública a possibilidade de antecipação de tutela ganha relevo na medida em que com este instrumento processual visa-se a tutela de interesses difusos, coletivos e coletivos *lato sensu*, bens de vida para toda a sociedade, como no presente caso. Neste sentido, tem-se pronunciado a doutrina de **Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery**, em seu monumental *Código de Processo Civil Comentado*:

“3. Antecipação da tutela. Pelo CPC 273 e 461, § 3º, com a redação dada pela L 8952/94, aplicáveis à ACP (LACP 19), o juiz pode conceder a antecipação da tutela de mérito, de cunho satisfativo, sempre que presentes os pressupostos legais. A tutela antecipatória pode ser concedida quer nas ações de conhecimento, cautelares e de execução, inclusive de obrigação de fazer. V. coment. CPC 273, 461, § 3º e CDC 84, § 3º .” (3ª edição, revista e ampliada, Revista dos Tribunais, 1997, p. 1.149)

No caso ora posto *sub judice*, todos os requisitos exigidos pela lei processual para o deferimento da tutela antecipada encontram-se reunidos.

Não há que se questionar sobre a efetiva realidade dos fatos, posto

que é notória a existência de grande contingente de pessoas que são discriminadas em sociedade por motivo de sua orientação sexual. De outro lado, o Superintendente do INSS no Rio Grande Sul reconhece a conduta discriminatória adotada pelo INSS (doc. 3)

A verossimilhança da alegação decorre da própria certeza relativa aos fatos. O *fumus boni iuris* encontra-se igualmente presente, assentado estar a autarquia previdenciária lesando direitos fundamentais.

O perigo da demora é também notório, tendo em vista o fato de que milhares de pessoas encontram-se na situação narrada nos autos, sendo que a maioria, temendo serem discriminadas ou por conhecendo a praxe do INSS de não reconhecer seus direitos, sequer promovem requerimento administrativo na defesa de seus direitos.

Ademais, os proventos provenientes dos benefícios previdenciários buscado pelos trabalhadores homossexuais e negados pelo INSS têm nítido caráter alimentar, constituindo-se em verba que, via de regra, íntegra, quando não é a única fonte de recursos, o mínimo indispensável para a manutenção de condições dignas de vida.

Impor a esses trabalhadores o término da ação judicial para o gozo de seu direito seria manter, por prazo indefinido, a situação de injustiça e de violação aos seus direitos fundamentais.

Destarte, em face de todo o exposto nesta exordial, e com supedâneo no art. 273 e §§ 1º e 2º e art. 461 e §§ 3º e 4º do CPC, c/c os arts. 12 e 19 da Lei n.º 7.347/85, **REQUER** o **Ministério Público Federal** se digne **Vossa Excelência** a conceder, após a ouvida do Representante Judicial do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, que deverá ser intimado para se manifestar, querendo, no prazo de 72 horas (art. 2º da Lei 8.437/92), **decisão liminar, de** abrangência nacional, determinando à Ré que:

- a) No prazo de 5 dias, a contar da intimação desta decisão judicial, passe a considerar o companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial da mesma classe dos companheiros heterossexuais (inciso I do art. 16 da Lei 8.213/91) para fins de concessão de benefícios previdenciários, passando a processar e a deferir todos os pedidos de pensão por morte e de auxílio-reclusão realizados pelos companheiros do mesmo sexo sobreviventes (no caso

de pensão por morte) ou que restem soltos (no caso do auxílio-reclusão), desde que cumpridos pelos requerentes, no que couber, os mesmos requisitos e apresentados os mesmos documentos exigidos dos companheiros heterossexuais (arts. 74 a 80 da Lei 8.213/91 e art. 22 do Decreto nº 3048/99 ou de Decretos ou Leis posteriores que venham a tratar do mesmo assunto);

- b) No prazo de 5 dias, a contar da intimação desta decisão judicial, passe a efetuar, no próprio INSS, a inscrição de companheiros ou companheiras homossexuais como dependentes, inclusive nos casos de segurado empregado ou trabalhador avulso (tal medida – a inscrição no próprio INSS -, não obstante o disposto no § 1º do art. 22 do Decreto 3.048, visa evitar a discriminação nas empresas ou nos sindicatos);
- c) No prazo 15 dias, a contar da intimação desta decisão judicial, faça publicar no Diário Oficial da União ato administrativo (portaria, circular ou equivalente) reproduzindo os termos desta decisão judicial (itens “a” e “b”) , bem como encaminhando, no prazo de 5 dias após esta publicação, cópia deste ato para todas as unidades do INSS no Brasil.

15.DOS PEDIDOS FINAIS

Diante o exposto, requer o Ministério Público Federal:

- 1) a citação do Instituto Nacional do Seguro Social, na pessoa de seu Procurador Autárquico, para, querendo, contestar a presente ação e acompanhá-la em todos os seus termos, até final procedência, sob pena de revelia e confissão;
- 2) **seja julgada procedente** a pretensão ora deduzida, confirmando-se, em definitivo, todos os pedidos requeridos em sede de tutela antecipada, **condenando-se o INSS** nas obrigações ali descritas;
- 3) Sendo a questão de mérito unicamente de direito, **seja julgada a lide antecipadamente**, nos termos do art. 330, I, do CPC.

Dá-se à causa o valor de R\$ 1.000,00

Porto Alegre, 10 de abril de 2000.

Paulo Gilberto Cogo Leivas
Procurador da República

Marcelo Veiga Beckhausen
Procurador da República