



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Parecer nº 1663/2006/AR/SPGR
REsp nº 814595/RS (2006/0020743-3)
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
Recorrido: Ministério Público Federal
Relatora: Ministra Laurita Vaz – Quinta Turma

Ementa. Recurso Especial. Ação Civil Pública. Previdenciário. Legitimidade do Ministério Público. Efeitos da coisa julgada. Inclusão do companheiro ou companheira homossexual na qualidade de dependente para fins previdenciários. I. Impossibilidade de se analisar suposta violação a dispositivos constitucionais por tratar-se de matéria afeta à competência do Supremo Tribunal Federal II. A coisa julgada em ação civil pública tem eficácia erga omnes em todo o País. III. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático de direito e dos interesses sociais, individuais homogêneos e individuais indisponíveis. IV. Deve ser reconhecida a união estável entre pessoas do mesmo sexo apta a receber a proteção do Estado como entidade familiar. V. Não merece reforma o acórdão que condenou o INSS a reconhecer o companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial dos segurados do Regime Geral de Previdência Social (artigo 16, I da Lei nº 8.213/91) para fins de obtenção de benefícios como a pensão por morte e auxílio-reclusão, desde que preenchidos as condições exigidas em lei. VI. Parecer pelo não provimento do recurso especial.

Trata-se, na origem, de ação civil pública, com pedido de tutela antecipada, ajuizada pelo Ministério Público Federal contra o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, objetivando que o réu inclua o companheiro ou companheira homossexual na qualidade de dependente para fins previdenciários, de acordo com o artigo 16, inciso I da Lei nº 8.213/91, de modo a ser-lhes

estendido o direito à percepção dos benefícios de pensão por morte e auxílio-reclusão.

2. O Ministério Público Federal aduziu que a vedação da concessão de benefícios previdenciários a dependentes homossexuais, com base no artigo 16, § 3º, da Lei nº 8.213/91, estaria em desconformidade com a preservação de direitos fundamentais, havendo violação aos princípios da igualdade e isonomia.

3. Argumentou também que, dentre os princípios que regem a Seguridade Social, está o da universalidade da cobertura e atendimento, consoante dispõe o artigo 194, inciso I, da Constituição Federal.

4. O Juízo de primeiro grau deferiu o pedido de tutela antecipada (fls. 193/209) e, contra a decisão, o INSS interpôs agravo de instrumento (fls. 219/233) e recurso de suspensão de execução de liminar (fls. 234/236), tendo sido ambos rejeitados pelo Tribunal *a quo*.

5. Opostos embargos de declaração pelo Ministério Público Federal da decisão que deferiu a antecipação de tutela, os mesmos foram acolhidos para esclarecer pontos relativos a implementação do pedido (fls. 250/259).

6. Após deferir o pedido de admissão no pólo ativo da lide das organizações não-governamentais “Nuances – Grupo pela Livre Orientação Sexual” e “Grupo Gay da Bahia”, o juízo de primeiro grau julgou a ação civil pública procedente, para condenar o INSS a (fls. 515/585):

- “a) considerar o companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial dos segurados (as) do Regime Geral de Previdência Social (art. 16, I, da Lei 8.213/91);
- b) possibilitar a inscrição de companheiro ou companheira homossexual, como dependente, no próprio INSS, a ser feito pelo segurado(a) empregado (a) ou trabalhador (a) avulso (a).
- c) possibilitar que a inscrição de companheiro ou companheira seja feita post mortem do segurado (a), diretamente pelo dependente, em conformidade com o art. 23, I, do Decreto 3.048/99.
- d) passar a processar e deferir os pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão realizados por companheiros (as) do mesmo sexo, desde que cumpridos pelos requerentes, no que couber, os requisitos exigidos dos companheiros heterossexuais (arts. 74 a 80 da Lei 8.213/91), sem exigir nenhuma prova de dependência econômica;

e) possibilitar a comprovação da união entre companheiros (as) homossexuais pela apresentação dos documentos elencados no art. 22, § 3º, incisos III a XV e XVII do Decreto nº 3.048/99, bem como por meio de justificação administrativa (art. 142 a 151 do mesmo Decreto), sem exigir qualquer prova de dependência econômica.”

7. Irresignada, a autarquia interpôs apelação, sustentando a impossibilidade da concessão de liminar em âmbito nacional, a inadequação da via processual eleita, além de questionar a ilegitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública.

8. Em contra-razões, o Ministério Público Federal alegou falta de interesse recursal do apelante em vista do reconhecimento, por parte da União, quanto aos direitos relativos aos homossexuais, conforme relatório oficial do governo brasileiro e da Presidência da República apresentado na Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata.

9. Ao apreciar o apelo, a Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região negou provimento à apelação e à remessa oficial em acórdão assim ementado (fl. 1092/1092v):

“CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. ABRANGÊNCIA NACIONAL DA DECISÃO. HOMOSSEXUAIS. INSCRIÇÃO DE COMPANHEIROS COMO DEPENDENTES NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL.

1. Possui legitimidade ativa o Ministério Público Federal em se tratando de ação civil pública que objetiva a proteção de interesses difusos e a defesa de direitos individuais homogêneos. **2.** Às ações coletivas não se nega a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, de lei ou ato normativo federal ou local. **3.** A regra do art. 16 da Lei n.º 7.347/85 deve ser interpretada em sintonia com os preceitos contidos na Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), entendendo-se que *os limites da competência territorial do órgão prolator*, de que fala o referido dispositivo, não são aqueles fixados na regra de organização judiciária, mas sim, aqueles previstos no art. 93 do CDC. **4.** Tratando-se de dano de âmbito nacional, a competência será do foro de qualquer das capitais ou do Distrito Federal, e a sentença produzirá os seus efeitos sobre toda a área prejudicada. **5.** O princípio da dignidade humana veicula parâmetros essenciais que devem ser necessariamente observados por todos os órgãos estatais em suas respectivas esferas de atuação, atuando como

elemento estrutural dos próprios direitos fundamentais assegurados na Constituição. **6.** A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas. **7.** Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. **8.** As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais. **9.** A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial – em alguns países de forma mais implícita – com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. **10.** O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas. **11.** Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (art. 16, I, da Lei n.º 8.213/91), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão.”

10. Contra o acórdão, o INSS interpôs recurso especial com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea “a” da Constituição Federal, alegando que o acórdão recorrido teria violado o artigo 16 da Lei nº 7.347/85, uma vez que o alcance da sentença na ação civil pública estaria limitado, de acordo com a Lei nº 9.494/97, à área de competência do Juízo prolator, não tendo abrangência nacional.

11. Aduz o recorrente que o aresto proferido pelo Tribunal *a quo* teria infringido os artigos 6º, 126 e 127 do Código de Processo Civil, já que o Ministério Público não teria legitimidade para ajuizar ação civil pública no presente caso,

uma vez que a relação jurídico-previdenciária não poderia ser considerada relação de consumo.

12. Na petição recursal, a autarquia argumenta também que teria havido violação aos artigos 16, inciso I e § 3º, 74, 80 e 125 da Lei nº 8.213/91, uma vez que restaria patente o não reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo apta a receber a proteção do Estado como entidade familiar.

13. Por fim, o recorrente sustenta que o Tribunal *a quo* teria infringido os seguintes artigos da Constituição Federal: 2º, 5º, incisos I e II, 37, 129, inciso III, 194, parágrafo único, 201, incisos IV e V, 226, §§ 3º, 4º, 5º e 8º.

14. Recebidos no STJ, o Ministério Público Federal pediu vista dos autos para manifestação como *custos legis*.

II

15. Preliminarmente, quanto a suposta violação aos dispositivos da Constituição Federal, cumpre lembrar que é defeso ao Superior Tribunal de Justiça, na via do recurso especial, apreciar matéria constitucional, sendo esta atribuição exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

16. Observa-se também que, em relação a alegada infringência ao artigo 125 da Lei nº 8.213/91, não houve o prequestionamento da matéria, devendo incidir as súmulas 282 e 356 do STF.

17. No que se refere a alegação de que o Tribunal *a quo* teria infringido o artigo 16 da Lei nº 7.347/85, uma vez que o alcance da sentença na ação civil pública estaria limitado à área de competência do Juízo prolator, o Ministério Público Federal ratifica os fundamentos do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, destacando-se o seguinte trecho do voto do ilustre Desembargador João Batista Pinto Silveira, *verbis* (fls. 1068/1069):

“Quanto ao alcance da sentença proferida em ação civil pública, diz o art. 16 da Lei n.º 7.347/85, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 9.494/97:

Art. 16 – A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas,

hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

O Código de Defesa do Consumidor, por seu turno, também contém disposição referente à abrangência dos efeitos da sentença proferida em ação civil pública, na mesma redação originária do art. 16 da Lei n.º 7.347/85:

Art. 103 – Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada:

I – erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II – ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo a improcedência por insuficiência de provas, nos termos inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III – erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

Não são pacíficas as posições doutrinárias no que concerne à restrição da coisa julgada *erga omnes* aos limites da competência territorial do órgão julgador. Na análise da questão, a doutrina divide-se em posições antagônicas: de um lado aqueles que compartilham do entendimento de Ada Pellegrini Grinover (*Código de Defesa do Consumidor*, 6ª ed., 1999, Ed. Forense, Rio de Janeiro), defendendo que a modificação do art. 16 altera os efeitos da coisa julgada restringindo sua abrangência territorial; de outro, aqueles que divergem dessa posição, ao lado do professor Hugo Nigri Mazzilli (*A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, 12ª ed., 2000, Ed. Saraiva, São Paulo), entendendo que o legislador operou em confusão, pois *buscava regular a competência para apreciar a ação e não os reflexos da coisa julgada*.

Independentemente da posição que se tome acerca da intenção do legislador, é preciso ter sempre presente que a coisa julgada material não é efeito de um julgado (como o são a ordem, a condenação, a declaração, a desconstituição), e sim, na clássica lição de Liebman, uma *qualidade* que, num determinado momento cronológico, se agrega àqueles efeitos, tornando-os imutáveis. Essa imutabilidade, que num primeiro momento, já se formara para "dentro" do processo, introjetada *perante as partes* em face do esgotamento dos prazos recursais, que se convencionou chamar de preclusão máxima (coisa julgada formal), passa, no plano subsequente, a ter potencializada sua eficácia, vindo esta a se projetar também *em face de terceiros*, no que se convencionou chamar de efeito *erga omnes*, próprio da coisa julgada material. Tal projeção ocorre como condição para a plena realização prática do bem da vida assegurado no comando jurisdicional, dado o entrelaçamento das relações interpessoais na sociedade.

A propósito, oportuno que se transcreva a interpretação de Nelson Nery Jr. e Rosa Nery, filiando-se ao entendimento de que o legislador incidiu em equívoco conceitual, registrando que *a limitação territorial aos limites da coisa julgada não tem nenhuma 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 tem a ver com o tema. Pessoa divorciada em São Paulo, é divorciada no Rio de Janeiro. Não se trata de discutir se os limites territoriais 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.

Nelson Nery Junior vai mais longe ainda, afirmando que com o advento do Código de Defesa do Consumidor, que regulou ampla e completamente o instituto da coisa julgada no processo coletivo (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos), o sistema legal que rege o instituto da coisa julgada no processo coletivo passou a ser apenas o CDC, havendo uma revogação tácita dos dispositivos que regulam a matéria na Lei n.º 7.347/85 pela legislação superveniente. Assim, defende o processualista, *quando editada a Lei n.º 9.494/97, não mais vigorava o art. 16 da Lei n.º 7.347/85, de modo que ela não poderia ter alterado o que não existia*, consignando, ainda, que *o equívoco da Lei 9.949/97 demonstra que quem a redigiu, não tem noção, mínima que seja, do sistema processual das ações coletivas* (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 7ª ed., 2003, pgs. 1349 e 1350).

Não restam dúvidas de que a nova redação dada ao artigo em comento não primou pela melhor técnica e, no mínimo, confundiu os institutos da competência e da coisa julgada, acabando por ferir a garantia constitucional de tutela dos interesses transindividuais. Nesse diapasão, a melhor solução para a controvérsia, *s.m.j.*, é a de que a regra do art. 16 da Lei n.º 7.347/85 deve ser interpretada em *sintonia* com os preceitos contidos no Código de Defesa do Consumidor, entendendo-se que os "limites da competência territorial do órgão prolator" de que fala o referido dispositivo, não são aqueles fixados na regra de organização judiciária, mas, sim, aqueles previstos no art. 93 do CDC. Ou seja, quando o dano for local, isto é, restrito aos limites de uma comarca ou circunscrição judiciária, a sentença não produzirá efeitos além dos próprios limites territoriais da comarca ou circunscrição; por outro lado, quando o dano for de âmbito regional, assim considerado aquele que se estende por mais de um município, dentro do mesmo Estado ou não, ou for de âmbito nacional, estendendo-se por expressiva parcela do território brasileiro, a competência será do foro de qualquer das capitais ou do Distrito Federal, **e a sentença produzirá os seus efeitos sobre toda área prejudicada.**

(...)

Na presente ação civil pública, o dano resultante da negativa da Autarquia Previdenciária em protocolar e/ou apreciar os requerimentos de pensão por morte e auxílio-reclusão envolvendo casais homossexuais, tem, por óbvio, amplitude nacional, de modo que a violação ou ofensa ao direito somente poderá ser evitada se a decisão produzir efeito em todo o território nacional.

Outrossim, qualquer outra interpretação, no sentido de restringir a abrangência das decisões em ações civis pública aos limites territoriais de seu órgão prolator, contraria a própria teleologia das ações coletivas, que visam a garantir maior acesso à jurisdição,

sem, contudo, sobrecarregar o Poder Judiciário com milhares de ações versando sobre matéria idêntica.”

18. Portanto, a coisa julgada em ação civil pública tem eficácia *erga omnes* em todo o País, devendo não somente ser considerado o artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública, mas também o artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, por força do artigo 117 do CDC, que deu nova redação ao artigo 21 da Lei de Ação Civil Pública, determinando-se a interação entre esta legislação consumerista¹.

19. Quanto a legitimidade do Ministério Público para atuar na causa, resta evidenciado que a questão versa sobre direitos individuais homogêneos, qual seja a inclusão do companheiro ou companheira homossexual na qualidade de dependente para fins previdenciários, de acordo com o artigo 16, inciso I da Lei nº 8.213/91, de modo a ser-lhes estendido o direito à percepção dos benefícios de pensão por morte e auxílio-reclusão.

20. Assim dispõe os artigos 5º e 6º da Lei Complementar nº 75/93:

“Art. 5º - São funções institucionais do Ministério Público da União:
I- a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis, considerados, dentre outros, os seguintes fundamentos e princípios:

(...).

II- zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos:

(...)

d - à seguridade social, à educação, à cultura e ao desporto, à ciência e à tecnologia, à comunicação social e ao meio ambiente;

Art. 6º. Compete ao Ministério Público da União:

(...)

VII – Promover o inquérito civil e a ação civil pública para:
a proteção dos direitos constitucionais;

(...)

d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos.”

¹“Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

21. Por sua vez, a Lei Orgânica do Ministério Público (Lei nº 8.625/93), expressa em seu art. 25, IV, alínea "a":

"Art. 25 - Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

(...)

IV- promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:
a)- para proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos."

22. Da mesma forma, a Constituição Federal dispõe:

"Art. 127 - 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."

23. Conforme se verifica, extrai-se que a lei conferiu legitimidade ao *Parquet* para a utilização deste importante instrumento de defesa dos interesses sociais que é a Ação Civil Pública, na salvaguarda de interesses individuais homogêneos, dada a sua condição de substituto processual autônomo, sobretudo quando esses direitos sejam revestidos de grande interesse para a coletividade.

24. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça possui os seguintes precedentes:

RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

"O Ministério Público está legitimado a defender direitos individuais homogêneos, quando tais direitos têm repercussão no interesse público."

"O exercício das ações coletivas pelo Ministério Público deve ser admitido com largueza. Em verdade a ação coletiva, ao tempo em que propicia solução uniforme para todos os envolvidos no problema, livra o Poder Judiciário da maior praga que o aflige, a repetição de processos idênticos."

Recurso conhecido, mas desprovido.

(REsp 413986/PR, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 11.11.2002)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA. CUMULAÇÃO DE DEMANDAS. NULIDADE DE CLAUSULA DE INSTRUMENTO DE COMPRA-E-VENDA DE IMOVEIS. JUROS. INDENIZAÇÃO DOS CONSUMIDORES QUE JA ADERIRAM AOS REFERIDOS CONTRATOS. OBRIGAÇÃO DE NÃO-FAZER DA

CONSTRUTORA. PROIBIÇÃO DE FAZER CONSTAR NOS CONTRATOS FUTUROS. DIREITOS COLETIVOS, INDIVIDUAIS HOMOGENEOS E DIFUSOS. MINISTERIO PUBLICO. LEGITIMIDADE, DOCTRINA. JURISPRUDENCIA. RECURSO PROVIDO.

I - O Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação coletiva de proteção ao consumidor, em cumulação de demandas, visando: a) a nulidade de cláusula contratual inquinada de nula (juros mensais); b) a indenização pelos consumidores que já firmaram os contratos em que constava tal cláusula; c) a obrigação de não mais inserir nos contratos futuros a referida cláusula.

II - Como já assinalado anteriormente (Resp 34.155-mg), na sociedade contemporânea, marcadamente de massa, e sob os influxos de uma nova atmosfera cultural, o processo civil, vinculado estritamente aos princípios constitucionais e dando-lhes efetividade, encontra no Ministério Público uma instituição de extraordinário valor na defesa da cidadania.

III - **Direitos (ou interesses) difusos e coletivos se caracterizam como direitos transindividuais, de natureza indivisível. os primeiros dizem respeito a pessoas indeterminadas que se encontram ligadas por circunstâncias de fato; os segundos, a um grupo de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária através de uma única relação jurídica.**

IV - **Direitos individuais homogêneos são aqueles que tem a mesma origem no tocante aos fatos geradores de tais direitos, origem idêntica essa que recomenda a defesa de todos a um só tempo.** (Negritei)

(REsp 141491/SC, Corte Especial, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 01/08/2000)

25. Especificamente sobre a legitimidade do Ministério Público para defender interesses de pessoas do mesmo sexo visando o recebimento de benefício previdenciário, veja o seguinte precedente deste STJ:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RELACIONAMENTO HOMOAfetivo. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. PARTE LEGÍTIMA.

1 - A teor do disposto no art. 127 da Constituição Federal, "**O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático de direito e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.**" *In casu*, ocorre reivindicação de pessoa, em prol de tratamento igualitário quanto a direitos fundamentais, o que induz à legitimidade do Ministério Público, para intervir no processo, como o fez.

(...)

(REsp. nº 395.904/RS, 6ª Turma, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, julgado em 13.12.2005)

26. Conforme se verifica é clara a legitimidade do Ministério Público em atuar no feito, uma vez que a matéria trata da proteção de direitos individuais homogêneos.

27. Neste sentido, ressalta-se trecho da decisão do juízo de primeiro grau (fl. 521) o qual entendeu que: “o art. 21 da Lei 7.347/85, na redação que lhe foi dada pelo Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), determina a aplicabilidade à ação civil pública de toda a disciplina do CDC referente à "defesa dos direitos dos consumidores em juízo", o que envolve os direitos individuais homogêneos. Efetivamente, não haveria sentido na remissão se não fosse para atribuir ao Ministério Público legitimação para a defesa de outros interesses individuais homogêneos, já que os oriundos de relações de consumo, pela redação do próprio CDC, admitiam defesa coletiva pelo órgão ministerial, não necessitando da disciplina da Lei 7.347/85.”

III

28. Por fim, quanto ao mérito do recurso, melhor sorte não assiste à autarquia.

29. Equivoca-se o INSS quando argumenta que teria havido violação aos artigos 16, inciso I e § 3º, 74, 80 da Lei nº 8.213/91, uma vez que restaria patente o não reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo apta a receber a proteção do Estado como entidade familiar.

30. Ora, em um Estado Democrático de Direito, regido por uma Constituição em cujo vértice situa-se o princípio da dignidade da pessoa humana, a efetivação de direitos fundamentais não pode ficar ao arbítrio ou ao descaso das autoridades públicas, sobretudo quando se tratar de direitos pertencentes a minorias que não são devidamente protegidas nas instâncias políticas.

31. E sobre violação ao princípio da dignidade humana, vale destacar a seguinte passagem do trabalho realizado pelo Grupo de Trabalho dos Direitos Sexuais e Reprodutivos da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão e outros:

“O não-reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo tem conseqüências em dois planos distintos, mas que se interpenetram. Por um lado, ela priva os parceiros homossexuais de uma série de direitos importantes, que são atribuídos aos companheiros na união estável: direito a alimentos, direitos sucessórios, direitos previdenciários, direitos no campo contratual, direitos na esfera tributária, etc. Por outro, ela é, em si mesma, um estigma, que explicita a desvalorização pelo Estado do modo de ser do homossexual, rebaixando-o à condição de cidadão de 2ª classe.

Sob ambos os prismas, há uma ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, alguns dos direitos que são denegados aos parceiros em relações homoafetivas são ligados às condições básicas de existência², como o direito a alimentos, o direito a prosseguir no contrato de locação celebrado em nome do antigo parceiro, em caso de óbito deste ou de separação (dimensão do direito à moradia), e o direito ao recebimento de benefícios previdenciários, no regime geral do INSS³ ou no regime estatutário dos servidores públicos.

Portanto, privar os membros de uniões afetivas destes e de outros direitos, atenta contra a sua dignidade, expondo-os a situações de risco social injustificado, em que pode haver comprometimento às suas condições materiais mínimas para a vida digna.

Sem embargo, independentemente disto, o não-reconhecimento em si da união entre pessoas do mesmo sexo já encerra um significado muito claro: ele simboliza a posição do Estado de que a afetividade dos homossexuais não tem valor e não merece respeito social.

Trata-se de violação do direito ao reconhecimento, que é uma dimensão essencial do princípio da dignidade da pessoa humana⁴. Isto porque, como ser social, que vive inserido numa cultura, em relação permanente com outros indivíduos, a pessoa humana necessita do reconhecimento do seu valor para que possa desenvolver livremente a sua personalidade. Sem este reconhecimento, ela perde a auto-estima⁵, que já foi definida por

² A garantia das condições materiais básicas de vida – mínimo existencial - é um dos aspectos essenciais do princípio da dignidade da pessoa humana. Confira-se, a propósito, Ingo Wolfgang Sarlet. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004, p. 90-98; e Ana Paula de Barcellos. *A Eficácia Jurídica dos Princípios: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 191-200.

³ Recorde-se que o direito às pensões previdenciárias dos parceiros homossexuais só está sendo respeitado pelo INSS em cumprimento de decisão judicial que ainda não transitou em julgado, revestindo-se, portanto, de precariedade.

⁴ Cf. Charles Taylor. “La Política del Reconocimiento”. In: Amy Gutmann (org.). *El Multiculturalismo y ‘la política del reconocimiento’*. Trad. Mônica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 46-47; e Gregório Peces-Barba Martines. *La Dignidad de la Persona desde la Filosofía del Derecho*. 2ª ed. Madrid: Dykinson, 2003, p. 75-76.

⁵ Cf. Amy Gutmann. *Identity in Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2003, p. 42.

John Rawls como “o mais importante bem primário” existente na sociedade.⁶

O reconhecimento social envolve a valorização das identidades individuais e coletivas. E a desvalorização social das características típicas e do modo de vida dos integrantes de determinados grupos, como os homossexuais, tende a gerar nos seus membros conflitos psíquicos sérios, infligindo dor, angústia e crise na sua própria identidade. Nas palavras de Axel Honneth,

“A degradação valorativa de determinados padrões de auto-realização tem para os seus portadores a consequência de eles não poderem se referir à condução de sua vida como a algo que caberia um significado positivo no interior de uma coletividade; por isso, vai de par com a experiência de uma tal desvalorização social, de maneira típica, uma perda de auto-estima pessoal, ou seja, uma perda na possibilidade de se entender a si próprio como um ser estimado por suas propriedades e capacidades características.”

Por isso, quando se quer proteger e emancipar os grupos que são vítimas de preconceito, torna-se necessário travar o combate em dois *fronts*: no campo da distribuição e no campo do reconhecimento⁸. No campo da distribuição, trata-se de corrigir as desigualdades decorrentes de uma partilha não equitativa dos recursos existentes na sociedade. E no campo do reconhecimento, cuida-se de lutar contra injustiças culturais, que rebaixam e estigmatizam os integrantes de determinados grupos.

Como a homossexualidade está distribuída homoganeamente por todas as classes sociais, a injustiça contra os homossexuais deriva muito mais da falta de reconhecimento do que de problemas de distribuição. A distribuição até pode ser afetada, como quando, por exemplo, discrimina-se o homossexual no acesso ao mercado de trabalho, mas os problemas de distribuição são, em regra, uma consequência da falta de reconhecimento, e não o contrário. Como salientou Nancy Fraser,

“Gays e lésbicas sofrem de heterossexismo: a construção autoritativa de normas que privilegiam heterossexuais. Ao lado disto está a homofobia, desvalorização cultural da homossexualidade. Ao terem a sua sexualidade desacreditada, os homossexuais estão sujeitos à vergonha, molestações, discriminação e violência, enquanto lhes são negados direitos legais e proteção igual – todas negações fundamentais de reconhecimento. Gays e lésbicas também sofrem injustiças econômicas sérias; podem ser sumariamente despedidos de trabalho assalariado e têm os benefícios de previdência social baseados na família negados. Mas longe de estarem arraigados

⁶ John Rawls. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971, p. 440.

⁷ Axel Honneth. *Luta por Reconhecimento*. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003, p. 217/218.

⁸ Cf. Nancy Fraser. “Da Distribuição ao Reconhecimento? Dilemas na Era Pós-Socialista”. In: Jessé de Souza (Org.). *A Democracia Hoje*. Brasília: Ed. UNB, 2001, p. 245-282.

*na estrutura econômica, esses danos derivam de uma estrutura cultural-valorativa injusta.*⁹

Ora, quando o Estado nega-se a reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo, ele atenta profundamente contra a identidade dos homossexuais, alimentando e legitimando uma cultura homofóbica na sociedade. Afinal, se o que o caracteriza o homossexual é exatamente o fato de que a sua afetividade e sexualidade são dirigidas às pessoas do mesmo sexo, rejeitar o valor das relações amorosas entre iguais é o mesmo que desprezar um traço essencial da sua personalidade. Há nisso, portanto, um grave atentado contra a dignidade da pessoa humana.

Note-se que, no caso presente, nem mesmo se pretende a adoção de qualquer medida de discriminação positiva em favor dos homossexuais. Pelo contrário, tenciona-se tão-somente refutar uma prática do Estado, cujo efeito é o de reforçar as injustiças culturais contra os membros deste grupo, ao denegar a eles a possibilidade real de exercício de um direito básico, que deveria ser garantido de forma universal e igualitária: o de constituir família.

Na verdade, o não-reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo viola um aspecto nuclear do princípio da dignidade da pessoa humana, que se identifica com a máxima kantiana de não instrumentalização da pessoa¹⁰. Deriva do princípio da dignidade da pessoa humana a exigência de que cada indivíduo seja sempre tratado como um fim em si mesmo pela ordem jurídica, e nunca como um meio¹¹. Mas quando o Estado nega-se a reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo, ele instrumentaliza os homossexuais, sacrificando os seus direitos e a sua autodeterminação em nome de uma concepção moral tradicional e não-pluralista¹².

Por todas estas razões, o não-reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo representa uma grave violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. “

32. Nesse sentido, o princípio da dignidade humana também se aplica no caso da previdência pública, onde o trabalhador/segurado passa a contribuir obrigatoriamente para a construção de um sistema de seguridade, sendo previsível que, diante das adversidades da vida, lhe seja garantida a manutenção de seu padrão de vida e das pessoas que com ele convivem.

⁹ *Op. cit.*, p. 257-258.

¹⁰ Emmanuel Kant. *Fundamentação à Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela. In: *Os Pensadores: Kant (II)*. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 135 ss.

¹¹ Cf. Ingo Wolfgang Sarlet. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. *Op. cit.*, p. 90.

¹² Cf. Luis Roberto Barroso. “Diferentes mas Iguais: O Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil”, *op. cit.*, p.

33. Assim, a Constituição Federal ao assegurar os direitos relativos à Previdência, Saúde e Assistência Social sob a categoria de Seguridade Social, consoante dispõe o artigo 194, deu um importante passo na consolidação do elo institucional que liga o Estado à família, uma vez que assegura à unidade familiar sua estabilidade econômica, quando por algum motivo relevante como invalidez, doença ou morte, o segurado não puder prover seu sustento por meio do trabalho.

34. Na mesma linha de raciocínio é o disposto no artigo 16, inciso I e parágrafo 3º da Lei nº 8.213/91, que, ao definir companheiro(a) como dependente do segurado(a), não restringiu essa condição apenas para uniões heterossexuais:

“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;

(...)

§ 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 artigo 236 da Constituição Federal.

35. Desta feita, observa-se que nem a Constituição Federal ou a norma infraconstitucional excluíram os homossexuais do regime de união estável ou do conceito de unidade familiar, pois se assim fosse, tal assertiva significaria declarar o universo afetivo e jurídico dos homoafetivos menos importante, o que é incompatível com o princípio da igualdade e dignidade humana.

36. Ora, como leciona Luís Roberto Barroso¹³, tem-se constatado que *“uma das principais conseqüências da extensão do regime da união estável às relações compromissadas entre pessoas do mesmo sexo reside na sua caracterização como entidade familiar. Longe de configurar uma aproximação artificial, parece possível identificar nas uniões homoafetivas todos os elementos que têm sido considerados determinantes para o reconhecimento de entidades familiares”*.

¹³ Parecer nominado “DIFERENTES, MAS IGUAIS: O RECONHECIMENTO JURÍDICO DAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS NO BRASIL”, oferecido ao Grupo de Trabalho dos Direitos Sexuais e Reprodutivos da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão a pedido do Procurador Regional da República, Daniel Sarmento.

37. A Constituição Federal, ao tratar da família e dos seus direitos, estabeleceu que:

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

(...)

§ 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.

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

(...)

§ 7.º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.

38. Logo, para além da família formada pelo casamento, reunindo homem, mulher e filhos, o direito vem progressivamente reconhecendo novas modalidades de entidade familiar ao incorporar uma interpretação mais ampla do conceito de família, como pode se verificar no parecer redigido pelo Dr. Gustavo Tepedino¹⁴ oferecido ao Grupo de Trabalho dos Direitos Sexuais e Reprodutivos da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, *verbis*:

“A leitura dos preceitos [constitucionais] transcritos indica, de imediato, três opções valorativas bem definidas, que associam direitos e deveres:

(a) O *caráter instrumental da família*, como comunidade intermediária concebida para a realização da pessoa humana e de sua dignidade, na solidariedade constitucional;

(b) A *pluralidade das entidades familiares*, garantidora do respeito à liberdade e às diferenças individuais, mediante indicação não taxativa do rol das entidades familiares dignas de tutela;

(c) A *liberdade (de forma) para a constituição da família*, vinculada à funcionalização (desta mesma liberdade individual de planejar a convivência familiar) ao princípio da dignidade da pessoa humana e à paternidade responsável.

A compreensão da primeira opção indicada mostra-se indispensável para a exegese de toda a disciplina normativa do direito de família. De fato, a pessoa humana foi elevada a valor

¹⁴Presidente do IDC; Professor Titular de Direito Civil e ex-Diretor da Faculdade de Direito da UERJ; Doutor em Direito Civil na Università degli studi di Camerino, Itália; Professor do Programa de Doutorado em Direito Privado Comparado na Università degli studi del Molise, Itália; Professor Visitante na University of San Francisco, Califórnia, e na Université de Poitiers, França; Diretor da Revista Trimestral de Direito Civil.

máximo pelo constituinte e o princípio da solidariedade, que lhe é correlato, torna as comunidades intermediárias, e notadamente as entidades familiares, formações sociais funcionalizadas à promoção de seus integrantes.

As entidades familiares encontram-se constitucionalmente tuteladas, portanto, não em razão de algum pretense valor intrínseco que lhes seja reconhecido, mas como instrumento para a realização da personalidade humana na solidariedade constitucional. Vale dizer, o constituinte protege o casamento (somente) na medida em que o núcleo conjugal serve de locus ideal para a tutela da pessoa. No momento em que deixa de sê-lo, é o próprio constituinte quem prevê o divórcio (art. 227, § 6º, CF), a garantir, assim, a liberdade de escolhas individuais e a confirmar o caráter instrumental das entidades familiares.¹⁵ Na mesma esteira, o art. 1.511 do Código Civil de 2002 determina que “o casamento estabelece uma comunhão plena de vida”, de tal modo que a preservação do vínculo conjugal somente se justifica na medida em que a entidade familiar por ele constituída se mostre apta à realização projeto de vida em comum digno de tutela segundo a ordem constitucional.

A segunda opção constitucional mencionada decorre, novamente, da tutela da liberdade individual, contida na dignidade humana, a qual se associa à solidariedade e à igualdade constitucionais, encontrando-se visceralmente embutida no Estado Democrático de Direito, que é incompatível com a discriminação de qualquer natureza. A admissão de uma multiplicidade de espécies de constituição da família permite que o núcleo de convivência familiar possa refletir as escolhas individuais indispensáveis à realização da pessoa como ser único. Além disso, traduz a solidariedade do grupo social para com cada uma dessas escolhas, que tornam igualmente protegidas as pessoas em sua singularidade, reduzindo-se as desigualdades advindas das circunstâncias econômicas, sociais e culturais em que vivem.¹⁶

Se a tutela da personalidade deflui da cláusula geral de proteção da dignidade humana, e se o respeito à intimidade afigura expressão essencial da personalidade, mostra-se imperativo a obediência às escolhas individuais quanto à constituição do núcleo familiar, excluindo-se a definição apriorística de padrões preconceituosos para a convivência em família.

Aludidas definições íntimas e recônditas expressam não somente a liberdade de viver em família como *o direito fundamental a ter*

¹⁵ “A família inscrita na Constituição de 1988 é a família-instrumento, funcionalizada à promoção da personalidade de seus membros. Não mais subsiste a família-instituição, a qual deveria ser protegida a todo custo, pois valia por si só. Não importava a liberdade e realização de seus integrantes, mas sua preservação irrestrita, inclusive com uma hipócrita paz doméstica” (Ana Carolina Brochado Teixeira, *Família, Guarda e Autoridade Parental*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 29).

¹⁶ Conforme observa Paulo Luiz Netto Lobo, “Os tipos de entidades familiares explicitamente referidos na Constituição brasileira não encerram *numerus clausus*. As entidades familiares, assim entendidas as que preencham os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade, estão constitucionalmente protegidas, como tipos próprios, tutelando-se os efeitos jurídicos pelo direito de família e jamais pelo direito das obrigações, cuja incidência degrada sua dignidade e das pessoas que as integram” (*Entidades Familiares constitucionalizadas: Para Além do Numerus clausus*, in *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 12, Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 55).

*família*¹⁷, daí decorrendo a inconstitucionalidade de qualquer ato estatal – praticado pelo Legislativo, Judiciário ou Executivo – que limitasse tais escolhas pessoais, circunscrevendo o rol de entidades familiares segundo entendimento pré-concebidos, as mais das vezes arraigados a pré-conceitos de natureza cultural, religiosa, política ou ideológica.

Em conseqüência da pluralidade de entidades familiares – decorrente sempre da liberdade fundamental à constituição do núcleo familiar –, deriva necessariamente a terceira opção constitucional acima apontada, qual seja, a possibilidade para o estabelecimento da forma constitutiva da própria família.¹⁸ O constituinte a um só tempo assegura a autonomia individual para o planejamento da convivência familiar e vincula tal liberdade à responsabilidade para com a promoção da pessoa humana, a igualdade e a solidariedade que devem nortear a convivência familiar.

Em tal cenário, aos critérios para a legitimidade constitucional de uma determinada entidade familiar associam-se a seriedade de propósitos e a aptidão para a função promocional da pessoa humana. Por isso mesmo, não se pode admitir qualquer interferência legislativa ou interpretativa restritiva de tais opções constitucionais, sob pena de se aniquilar a finalidade axiológica atribuída pelo constituinte às entidades familiares.

Nessa esteira, torna-se manifestamente inconstitucional a restrição de modelos familiares por conta da orientação sexual dos conviventes, com a admissão somente de famílias constituídas por casais heterossexuais, em desprezo dos princípios constitucionais acima aludidos.

39. Seguindo a mesma linha de entendimento do Parecer do Professor Gustavo Tepedino, o Tribunal *a quo* corretamente entendeu que, não pode se afigurar razoável impedir casais do mesmo sexo de gozar das prestações previdenciárias tão-somente por terem constituído, por razões de foro íntimo, uniões homossexuais.

40. Portanto, ao ser reconhecida a união entre pessoas do mesmo sexo dentro do conceito de entidade familiar, a relação jurídica entre a Previdência

¹⁷ Sobre o ponto, v. Luiz Edson Fachin: “No domínio juscivilístico não estão tão-só as regras tradicionalmente aplicáveis às relações de Direito Civil. Chamadas à colação estão as normas constitucionais e nelas encartados os princípios constitucionais, vinculantes e de caráter normativo. O acervo, entretanto, aí não acaba. Respeito aos direitos fundamentais, ao princípio da igualdade, ao direito de constituir família e de protegê-la, entre outros, são garantias desse rol.” (*Teoria crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, 2ª ed. (ver. e atual.), p. 37.

¹⁸ Conforme assinala Heloisa Helena Barboza, “a liberdade é garantida em vários incisos do art. 5º, que assegura aos indivíduos a livre manifestação de pensamento, de crença, de exercício de qualquer trabalho, de locomoção, de reunião, de associação. Não seria razoável limitar a liberdade no que se refere ‘às relações mais íntimas e mais intensas do indivíduo no social’, na constituição de família ou à forma de fazê-lo, no momento em que se atribui à família o ‘importantíssimo papel na promoção da dignidade humana’” (*Direitos Sucessórios dos Companheiros*, in Flávio Tartuce e Ricardo Castilho (coords.), *Direito Civil. Direito Patrimonial e Direito Existencial: estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*, São Paulo: Método, 2006, p. 898).

Social e os casais homossexuais deve se dar nos mesmos moldes das uniões entre heterossexuais, conforme o artigo 16, inciso I e parágrafo 3º da Lei nº 8.213/91, devendo ser requerido igualmente as exigências legais para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais, quando do processamento dos pedidos de pensão (artigo 74 da Lei nº 8213/91) e auxílio-reclusão (artigo 80 da Lei nº 8.213/91).

41. Ressalte-se que a ausência de legislação infraconstitucional que expressamente tutele a união entre pessoas do mesmo sexo não representa obstáculo para o imediato reconhecimento administrativo ou judicial destas entidades familiares. Se a premissa que se invoca é a de que os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não-discriminação determinam o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, cabe então trazer o dispositivo constitucional que impõe a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, Parágrafo 1º), como forma de afirmar a desnecessidade de legislação específica no caso, para se estender às parcerias homoafetivas as mesmas regras previstas de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica para obtenção de benefício previdenciário, exigidos de qualquer trabalhador ou trabalhadora.

42. Por fim, destaca-se importante precedente deste Superior Tribunal de Justiça que reconheceu tanto a legitimidade do Ministério Público para ingressar com a ação visando a defesa dos interesses sociais, bem como entendeu devido o direito do homossexual ao recebimento de pensão do INSS ou estatutária, em caso de óbito do seu companheiro ou companheira.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. PARTE LEGÍTIMA.

1 - A teor do disposto no art. 127 da Constituição Federal, "**O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático de direito e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.**" *In casu*, ocorre reivindicação de pessoa, em prol de tratamento igualitário quanto a direitos fundamentais, o que induz à legitimidade do Ministério Público, para intervir no processo, como o fez.

(...)

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

4 - Em que pesem as alegações do recorrente quanto à violação do art. 226, §3º, da Constituição Federal, convém mencionar que a ofensa a artigo da Constituição Federal não pode ser analisada por este Sodalício, na medida em que tal mister é atribuição exclusiva do Pretório Excelso. Somente por amor ao debate, porém, de tal preceito não depende, obrigatoriamente, o desate da lide, eis que não diz respeito ao âmbito previdenciário, inserindo-se no capítulo 'Da Família'. Face a essa visualização, a aplicação do direito à espécie se fará à luz de diversos preceitos constitucionais, não apenas do art. 226, §3º da Constituição Federal, levando a que, em seguida, se possa aplicar o direito ao caso em análise.

5 - Diante do § 3º do art. 16 da Lei n. 8.213/91, verifica-se que o que o legislador pretendeu foi, em verdade, ali gizar o conceito de entidade familiar, a partir do modelo da união estável, com vista ao direito previdenciário, sem exclusão, porém, da relação homoafetiva.

6- Por ser a pensão por morte um benefício previdenciário, que visa suprir as necessidades básicas dos dependentes do segurado, no sentido de lhes assegurar a subsistência, há que interpretar os respectivos preceitos partindo da própria Carta Política de 1988 que, assim estabeleceu, em comando específico: " Art. 201- Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a:

[...]

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

7 - Não houve, pois, de parte do constituinte, exclusão dos relacionamentos homoafetivos, com vista à produção de efeitos no campo do direito previdenciário, configurando-se mera lacuna, que deverá ser preenchida a partir de outras fontes do direito.

8 - Outrossim, o próprio INSS, tratando da matéria, regulou, através da Instrução Normativa n. 25 de 07/06/2000, os procedimentos com vista à concessão de benefício ao companheiro ou companheira homossexual, para atender a determinação judicial expedida pela juíza Simone Barbasin Fortes, da Terceira Vara Previdenciária de Porto Alegre, ao deferir medida liminar na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, com eficácia *erga omnes*. Mais do que razoável, pois, estender-se tal

orientação, para alcançar situações idênticas, merecedoras do mesmo tratamento

9 - Recurso Especial não provido. (Grifeii)

(REsp. nº 395.904/RS, 6ª Turma, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, julgado em 13.12.2005)

43. Da mesma forma, vale transcrever trechos de dois acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, o primeiro da lavra do Ministro Marco Aurélio (2003) e outro de autoria do Ministro Celso de Mello (2006), além do voto do Ministro Gilmar Mendes (2004) do Tribunal Superior Eleitoral, que reconheceram a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

“Constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV do artigo 3º da Carta Federal). Vale dizer, impossível é interpretar o arcabouço normativo de maneira a chegar-se a enfoque que contrarie esse princípio basilar, agasalhando-se preconceito constitucional vedado. O tema foi bem explorado na sentença, ressaltando o Juízo a inviabilidade de adotar-se interpretação isolada em relação ao artigo 226, §3º, também do Diploma Maior, no que revela o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar. Considerou-se, mais, a impossibilidade de, à luz do artigo 5º da Lei Máxima, distinguir-se ante a opção sexual. Levou-se em conta o fato de o sistema da Previdência Social ser contributivo, prevendo a Constituição o direito à pensão por morte do segurado, homem ou mulher, não só ao cônjuge, como também ao companheiro, sem distinção quanto ao sexo, e dependentes – inciso V do artigo 201. Ora, diante desse quadro, não surge excepcionalidade maior a direcionar à queima de etapas. A sentença, na delicada análise efetuada, dispôs sobre a obrigação de o Instituto, dado o regime geral de previdência social, ter o companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial”.¹⁹

“Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídico-social da matéria – cuja apreciação talvez pudesse viabilizar-se em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental –, cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade

¹⁹ STF, Pet. 1984/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 10.2.2003.

familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraíam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito e na esfera das relações sociais”.²⁰

“Registro de candidato. Candidata ao cargo de prefeito. Relação estável homossexual com a prefeita reeleita do município. Inelegibilidade. Art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º da Constituição Federal”.²¹

44. Da leitura dos votos acima, percebe-se que os Tribunais Superiores, com fundamento nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não-discriminação, têm reconhecido as uniões formadas por pessoas do mesmo sexo como entidades familiares, em igualdade de condições com aquelas estabelecidas entre homem e mulher, não apenas para o gozo de direitos ínsitos à cidadania, como a percepção de benefício previdenciário, mas também para efeito de se aplicar medidas restritivas ao exercício do direito, como no caso acima transcrito, de inelegibilidade de parceiros do mesmo sexo para sucessão no cargo de prefeito.

45. Conclui-se que a negativa da autarquia em reconhecer o caráter familiar à união entre parceiros do mesmo sexo para fins previdenciários representa verdadeira discriminação por motivo de orientação sexual, ferindo princípios fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana, como o da igualdade, independente de sexo ou orientação sexual.

46. Depreende-se do exposto que o acórdão recorrido, em nenhum momento, incorreu em ilegalidade ao confirmar a sentença de primeiro grau que condenou o INSS a reconhecer o companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial dos segurados(as) do Regime Geral de Previdência Social previsto no artigo 16, I da Lei nº 8.213/91, para fins de habilitação em processo administrativo para obtenção de benefício previdenciário, como pensão por morte e auxílio-reclusão, desde que cumpridas as demais

²⁰ STF, Informativo 414 (ADIn 3300), Rel. Min. Celso de Mello, julg. 3.2.2006.

²¹ TSE, Recurso Especial Eleitoral n. 24564, Rel. Gilmar Ferreira Mendes, pub. 1.10.2004.

condições exigidas por lei para comprovação de vínculo afetivo e dependência econômica.

47. Ante o exposto, opina o Ministério Público Federal pelo não provimento do recurso especial.

Brasília, 15 de dezembro de 2006.

Aurélio Virgílio Veiga Rios
Subprocurador-Geral da República