

EXMO(a). SR(a). DR(a) JUIZ(a) ESTADUAL DA ____ VARA DA FAZENDA
PUBLICA ESTADUAL DE BELO HORIZONTE/MG

O MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL, por meio do seu Promotor de Justiça, vem, perante Vossa Excelência, propor AÇÃO CIVIL PÚBLICA contra o **INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES MILITARES DO ESTADO DE MINAS GERAIS - IPSM**, autarquia estadual com endereço na Rua Paraíba, 576, Bairro Funcionários, Belo Horizonte/MG e **INSTITUTO DE PREVIDENCIA DOS SERVIDORES DO ESTADO DE MINAS GERAIS – IPSEMG**, autarquia estadual com endereço na Rua Gonçalves Dias, 1434, Bairro Funcionários, Belo Horizonte/MG, representados respectivamente por seus procuradores autárquicos, pelos fatos e fundamentos a seguir:

DOS FATOS

Em meados do ano de 2007, o centro de Apoio Operacional das Promotorias de Direitos Humanos do Ministério Público de Minas Gerais (CAO-DH), foi provocado pelo Escritório de Direitos Humanos, órgão vinculado a Secretaria de

Desenvolvimento Social do Estado (SEDESE) através do ofício nº 087/2007, datado de 08 de agosto de 2007 (Fl. 03 do PA nº 003/2007, anexado a presente), informando sobre grave violação de Direitos Humanos por parte do Instituto de Previdência do Servidor do Estado de Minas Gerais (IPSEMG) e Instituto de Previdência do Servidor Militar do Estado de Minas Gerais (IPSM).

Segundo noticiado, “estes institutos vêm negando a casais homossexuais o direito a pensões em caso de morte bem como auxílio-reclusão, sendo este um direito assegurado constitucionalmente. A violação ocorre que ao homossexual é vedado obter junto a órgãos os direitos previdenciários, mencionados, alegando que sua legislação pertinente não autoriza tal reconhecimento” (fl. 03 do PA).

Ante tal denúncia, instaurou-se o Procedimento Administrativo nº 003/07, designando-se o signatário da presente para atuar no feito, conforme Portaria nº 2268/2007 do Procurador Geral de Justiça, publicada no “Minas Gerais” de 22/08/2007 (fl. 05 do PA). Em tal procedimento, foi constatado que a Lei Complementar 64/02 que institui o Regime Próprio de Previdência e Assistência Social dos Servidores Públicos do Estado de Minas Gerais, não prevê a possibilidade de inclusão do companheiro homossexual/homoafetivo como dependente para fins previdenciários.

Restou apurado que a União através do INSS (Instrução Normativa nº 11/06, artigo 30 – fl. 06/153, alterada pela Instrução Normativa nº 20/07 do INSS – fl. 154) e alguns Estados e Municípios do país já admitem tal inclusão em seus institutos de Previdência, exemplificativamente o Estado do Rio de Janeiro (Lei nº 285/79, artigo 29, § 8º - fl. 155/165 do PA), Estado de São Paulo (Lei Complementar nº 180/78, artigo 147, inciso III – fl. 167/171 do PA) e Município de Recife (Lei nº 17.142/05, artigo 11, inciso IV – fl. 166 do PA).

Visando a solução da questão extrajudicialmente, no dia 27 de fevereiro de 2008, foi realizada reunião com a Secretária de Planejamento do Estado de Minas Gerais, Renata Vilhena; Dr. Fernando Fagundes, Procurador Geral de Justiça Adjunto Institucional e dois representantes da SEDESE, Dra. Silvia Buarque Gusmão e Marcelo Dayrell. Naquela oportunidade, foi informado pela Secretária que seria apresentado projeto de lei junto a Assembléia Legislativa do Estado no sentido de se admitir junto ao IPSEMG a possibilidade de inclusão do companheiro homoafetivo como dependente para fins previdenciários (fl.172 do PA).

Nesse sentido, foi apresentado pelo Governador do Estado, na Assembléia Legislativa do Estado, o Projeto de Lei Complementar nº 41/2008, que foi apensado ao PLC 36/2007, de autoria do Deputado Carlin Moura, versando sobre a mesma matéria. O PLC nº 41/08 altera a Lei Complementar 64/02 que institui o regime próprio de previdência e assistência social dos servidores públicos do Estado de Minas Gerais, incluindo o companheiro homossexual na relação de dependentes do

segurado, observado o atendimento de requisitos (fl. 173/174 do PA).

Ocorre que há mais de 1 ano, o projeto de Lei Complementar 41/08, encontra-se com seu trâmite paralizado junto a Assembléia Legislativa do Estado, como se depreende dos acompanhamentos eletrônicos de movimentação juntados ao PA 03/07 (fls.262), o que demonstra claramente a inércia, o descaso e preconceito do legislativo estadual com a matéria, vez que é notória a interferência negativa das bancadas religiosas ortodoxas daquela Casa no trâmite do referido projeto de lei. De tal forma, a laicidade do Estado fica relegada a segundo plano, acarretando enorme prejuízo a um grupo de cidadãos que por sua orientação sexual são discriminados e alijados de seus direitos.

Ante tal fato, visa a presente ação a efetivação de direitos fundamentais de pessoas/cidadãos que, por sua orientação sexual, têm seus direitos violados pela ação omissiva do Estado, no caso da presente em especial o Poder Legislativo estadual.

Breves considerações sobre orientação sexual

A união entre pessoas do mesmo sexo é hoje uma realidade fática inegável, no mundo e no Brasil. Embora as parcerias amorosas entre homossexuais tenham sempre existido na história da humanidade, é certo que, com a liberalização dos costumes, o fortalecimento dos movimentos de luta pela identidade sexual dos gays e lésbicas e a redução do preconceito, um número cada vez maior de pessoas tem passado a assumir publicamente a sua condição homossexual e a engajar-se em relacionamentos afetivos profundos, estáveis e duradouros.

Em sintonia com esta realidade, inúmeros países no mundo todo vêm estabelecendo formas diversas para reconhecimento e proteção destas relações afetivas e seus reflexos patrimoniais. A premissa destas iniciativas é a idéia de que os homossexuais devem ser tratados igualitariamente em dignidade e direitos como cidadãos, e que a recusa estatal ao reconhecimento jurídico das suas uniões, e, via de conseqüência, dos direitos que delas exsurgem, implica não só em discriminá-los e privá-los de uma série de direitos importantíssimos de conteúdo patrimonial e extrapatrimonial, como também importa em menosprezo à sua própria identidade, afeto e dignidade.

Com efeito, a superação de certas visões preconceituosas e anacrônicas sobre a homossexualidade, como a que a concebia como "pecado"– cuja adoção pelo Estado seria francamente incompatível com os princípios da liberdade de religião e da laicidade (CF, arts. 5º, inciso VI e art. 19, inciso I), - ou a que a tratava como "doença" conforme anteriormente apregoadado pela Organização Mundial de Saúde (OMS), hoje absolutamente superada no âmbito da Medicina e da Psicologia, não

subsiste qualquer argumento razoável para negar aos homossexuais o direito ao pleno reconhecimento das relações afetivas estáveis que mantêm, com todas as conseqüências jurídicas disso decorrentes.

DO DIREITO

Das Normas Internacionais e Constitucionais aplicáveis à espécie

A tese sustentada nessa ação é a de que se deve extrair diretamente dos instrumentos legais internacionais a que o Brasil aderiu e os nacionais, especialmente artigo I (igualdade em dignidade e direitos), II (capacidade para gozar os direitos estabelecidos na Declaração, sem distinção de qualquer espécie) e VII (igualdade sem distinção a proteção da lei) da Declaração Universal de Direitos Humanos, proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas a qual o Brasil é signatário; artigo 1º (obrigação de respeitar direitos, sem discriminação de forma alguma) e artigo 2º (dever de adotar disposições de direito interno visando a efetivação de direitos e liberdades) da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992); Constituição Federal de 1988 e Constituição Estadual, notadamente dos princípios da dignidade da pessoa humana (art, 1º, inciso III CF), da igualdade (art. 5º, *caput CF*), da vedação de discriminações odiosas (art. 3º, inciso IV CF), da liberdade (art. 5º, *caput CF*) e da proteção à segurança jurídica, a obrigatoriedade de reconhecimento dos direitos previdenciários decorrentes da união entre pessoas do mesmo sexo.

Quanto a recepção dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte, Flávia Piovesan, citando Antônio Augusto Cançado Trindade afirma:

“Portanto, como pontua Antônio Augusto Cançado Trindade, “se para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar as suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais neles garantidos, consoante artigo 5º(2) e 5º (1) da Constituição brasileira de 1988, passam a integrar o elenco de direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno” “(Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, 8ª ed., Saraiva, pág. 82).

Em outras palavras, defender-se-á que o reconhecimento desses direitos aos

companheiros(as) dos(as) servidores(as) públicos homossexuais independe de qualquer mediação legislativa, em razão da possibilidade de aplicação imediata dos princípios internacionais e constitucionais acima mencionados.

Contudo, a ausência de uma regulamentação legal mais evidente no Estado de Minas Gerais vem comprometendo, na prática, a possibilidade de exercício de direitos fundamentais por pessoas homossexuais, que se vêem impedidas de obter o reconhecimento oficial das suas uniões afetivas e de ter acesso a uma miríade de direitos que decorrem de tal reconhecimento, e que são concedidos sem maiores dificuldades às uniões estáveis de casais heterossexuais. Não raramente, se vêem obrigadas a acionar o Judiciário visando a tutela de seus direitos.

Isso porque, embora já existam no país algumas normas tutelando, para finalidades específicas, a união entre pessoas do mesmo sexo, ainda não há, em nossa ordem infraconstitucional, qualquer regra geral conferindo a estas relações o tratamento de entidade familiar.

Pelo contrário, o Código Civil, ao disciplinar a união estável, circunscreveu-a às relações existentes entre homem e mulher, mantendo, neste particular, a orientação legislativa anterior, estampada nas Leis 8.971/94 e 9.278/96. Confira-se, a propósito, a definição legal do art. 1.273 do referido Código:

"Art. 1.273: é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família."

Sem embargo, em um Estado Democrático de Direito, a efetivação de direitos fundamentais não pode ficar à mercê da vontade ou da inércia de bancadas legislativas, sobretudo quando se tratar de direitos pertencentes a minorias estigmatizadas pelo preconceito – como os homossexuais – que não são devidamente protegidas nas instâncias políticas majoritárias. Afinal, uma das funções básicas do constitucionalismo é a proteção dos direitos das minorias diante do arbítrio ou do descaso das maiorias.

Nesse compasso, destaca-se a trajetória do reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo e, conseqüentemente, dos direitos dela decorrentes, que, no Brasil, iniciou-se com decisões judiciais que, sem atribuírem a ela a natureza de entidade familiar, equipararam-na à sociedade de fato.

Com o passar do tempo, essa orientação foi se afirmando na jurisprudência, que passou a tratar das relações entre parceiros homossexuais como questão inserida no âmbito do Direito das Obrigações.

Contudo, já se encontram na jurisprudência decisões mais avançadas nesta

matéria, que já se pronunciaram sobre a competência das varas de família para julgamento das ações de dissolução de união entre pessoas do mesmo sexo, sobre a viabilidade de adoção conjunta de criança por casal homossexual e também sobre a possibilidade de reconhecimento destas entidades familiares.

No campo previdenciário, há decisões dos Tribunais Regionais Federais da 1º, 2º, 4º e 5º Regiões, STJ e do próprio TJMG, reconhecendo o direito do homossexual ao recebimento de pensão do instituto de previdência, em caso de óbito do seu companheiro ou companheira.

Nesse sentido é que por força de Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0 ajuizada pelo Ministério Público Federal do Rio Grande do Sul, foi deferida a liminar/antecipação de tutela determinando a inclusão da previsão de possibilidade de o companheiro homoafetivo ser inscrito como dependente para fins previdenciários junto ao INSS (Instrução Normativa nº 20/2007 do INSS, que alterou o artigo 30 da IN nº 11/06 - fl. 154 do PA)

Diante deste quadro, torna-se essencial a intervenção da jurisdição constitucional brasileira, visando a garantir aos homossexuais a possibilidade, que resulta da própria Constituição, de serem reconhecidos oficialmente os seus direitos fundamentais consagrados pela Magna Carta, dentre eles o direito aos benefícios previdenciários.

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 estatuídos 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. Nessa época, foi elaborada a Carta das Nações Unidas, que é considerada um marco para a consolidação dos Direitos Humanos. Logo em seu primeiro artigo, estabelece que um dos propósitos das Nações Unidas é alcançar a cooperação internacional para a solução de problemas econômicos, sociais, culturais ou de caráter humanitário e encorajar o respeito aos Direitos Humanos e liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

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).*

DA OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

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 segunda 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 existência, 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.

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 e mínimas para a

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

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 humana. 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-estima, que já foi definida por John Rawls como "*o mais importante bem primário*" existente na sociedade.

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 ele 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 características²".

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 reconhecimento. 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 homogeneamente por todas as

² HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003, p. 217/218.

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.

Ora, quando o Estado nega-se a reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo, e os direitos dela decorrentes, ele atenta profundamente contra a identidade dos homossexuais, alimentando e legitimando uma cultura homofóbica na sociedade. Afinal, se o que caracteriza o homossexual é justamente 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.

Nota-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 usufruir direito assegurado constitucionalmente.

Ademais, o não-reconhecimento desse direito viola um aspecto nuclear do princípio da dignidade da pessoa humana, que se identifica com a máxima kantiana de não instrumentalização da pessoa. 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 meio. Mas quando o Estado nega-se a reconhecer direitos aos homossexuais, ele os instrumentaliza, sacrificando os seus direitos e a sua autodeterminação em nome de uma concepção moral e tradicional e não-pluralista.

Por todas estas razões, o não-reconhecimento dos direitos previdenciários aos(as) companheiros(as) dos(as) servidores(as) públicos homossexuais representa uma grave violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

DA OFENSA AO DIREITO À LIBERDADE

Um dos mais importantes fundamentos do Estado Democrático de Direito é o reconhecimento e proteção da liberdade individual. A premissa filosófica de que se parte é a de que a cada pessoa humana deve ser garantida a possibilidade de se autodeterminar, realizando suas escolhas existenciais básicas e perseguindo os seus próprios projetos de vida, desde que isso não implique em violação de direitos de

terceiros.

Desde o advento do Estado Social, tem-se reconhecido no campo constitucional que a maior ênfase na proteção da liberdade deve recair sobre os aspectos existenciais da vida humana, e não sobre decisões de conteúdo predominantemente patrimonial. Com efeito, se, por um lado, assistiu-se a uma relativização das liberdades econômicas – direito de propriedade, livre iniciativa, etc. -, em nome de interesses da coletividade, por outro, reforçou-se a proteção da liberdade individual correlacionada à esfera das decisões que tocam mais profundamente o desenvolvimento da personalidade humana.

Neste ponto, não há dúvida de que um dos aspectos mais essenciais desta liberdade existencial constitucionalmente protegida diz respeito à autonomia de cada indivíduo de escolher a pessoa com a qual pretende manter relações afetivas.

Com efeito, tão óbvia é a importância da livre constituição da família para a realização da pessoa humana que ela nem precisa ser aqui enfatizada. Afinal, é em geral na família que o indivíduo trava as suas relações mais profundas, duradouras e significativas; é nela que ele encontra o suporte espiritual para os seus projetos de vida e o apoio moral e material nos seus momentos de maior dificuldade.

Mas para que a família desempenhe realmente este papel vital para a realização existencial dos seus membros, a sua constituição deve basear-se num ato de liberdade, em que cada indivíduo tenha a possibilidade de escolher o parceiro ou a parceira com quem pretende compartilhar a vida. Daí porque, na esteira das lições de Gustavo Tepedino, pode-se apontar a "*inconstitucionalidade de qualquer ato estatal – praticado pelo Legislativo, Judiciário ou Executivo – que limitasse tais escolhas pessoais, circunscrevendo o rol de entidades familiares segundo entendimentos pré-concebidos, mas mais das vezes arraigados a pré-conceitos de natureza cultural, religiosa, política ou ideológica*"³, ou que restringisse o acesso a determinados direitos em razão destas escolhas.

É exatamente essa liberdade que se denega ao homossexual, quando não se permite que ele forme a sua família, sob o amparo da lei, com pessoas do sexo para o qual se orienta a sua afetividade, e que usufrua de direitos decorrentes dessa união. Esta negativa embaraça o exercício da liberdade e o desenvolvimento da personalidade de um número expressivo de pessoas, depreciando a qualidade dos seus projetos de vida e dos seus afetos.

É certo que as liberdades individuais, mesmo as de natureza existencial, não são de natureza absoluta. Como os demais direitos fundamentais, elas podem ser

³ TEPEDINO, Gustavo. *A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares*. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 09.

restringidas, de forma proporcional e razoável, em face de outros direitos fundamentais ou bens jurídicos constitucionalmente protegidos.

Contudo, como foi ressaltado em item precedente, não há qualquer interesse legítimo que justifique o não-reconhecimento de direitos previdenciários aos(as) companheiros(as) dos(as) servidores(as) públicos homossexuais. O reconhecimento em questão não afeta qualquer direito de terceiros ou bem jurídico que mereça proteção constitucional. A sua recusa consubstancia medida autoritária, que busca impor uma concepção moral tradicionalista e excludente a quem não a professa, vitimizando os integrantes de uma minoria que sofre com o preconceito social e a intolerância. Daí a grave ofensa ao princípio constitucional de proteção da liberdade.

DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA

A segurança jurídica é um valor fundamental no Estado de Direito, na medida em que é a sua garantia que possibilita que as pessoas e empresas planejem as próprias atividades e tenham estabilidade e tranquilidade na fruição dos seus direitos.

No sistema constitucional brasileiro, a segurança é referida no *caput* dos arts. 5º e 6º da Constituição, e a idéia de segurança jurídica permeia e fundamenta uma série de direitos fundamentais e institutos constitucionais relevantes, como o princípio da legalidade (art. 5º, II, CF), a proteção ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF), e os princípios da irretroatividade e da anterioridade tributária (art. 150, III, alíneas *a* e *b*, CF). Daí por que pode-se falar na existência de um princípio constitucional de proteção à segurança jurídica.

A relação entre o reconhecimento dos direitos previdenciários decorrentes da união entre pessoas do mesmo sexo e a segurança jurídica não é tão evidente como a que foi traçada entre ele e os princípios constitucionais acima referidos. Mas ela é também importante e inequívoca.

Com efeito, a insegurança jurídica se instala não apenas quando os poderes Legislativo ou Executivo inovam no ordenamento legal de forma abrupta, atingindo situações consolidadas no passado, ou quando eles, pela sua ação ou omissão, frustram a legítima confiança dos cidadãos. A exigência de segurança jurídica envolve igualmente a função jurisdicional, uma vez que a incerteza sobre o entendimento jurisprudencial a propósito de determinadas questões pode ser um elemento provocador de grave intranquilidade e insegurança na sociedade, que devem ser evitadas. E tal situação ocorre com a questão relativa ao reconhecimento de direitos previdenciários aos(as) companheiros(as) dos(as) servidores(as) públicos homossexuais, em vista da indefinição do seu enquadramento jurídico, alimentada

inclusive por decisões judiciais conflitantes.

Isso porque, independentemente do seu não-reconhecimento oficial, a união entre pessoas do mesmo sexo ocorre no plano dos fatos. Diante desta realidade, surgem questões importantes a serem decididas, e a inexistência de uma prévia definição sobre o regime jurídico destas entidades gera imprevisibilidade, acarretando problemas não só para os seus partícipes, como também para terceiros.

Em relação aos parceiros, é natural que eles queiram ter previsibilidade em temas envolvendo direitos previdenciários, herança, partilha de bens, deveres de assistência recíproca e alimentos, dentre outros, o que não ocorre no contexto atual, pelo silêncio do legislador ordinário e a indeterminação da jurisprudência pertinente.

Estas e outras situações evidenciam que, para proteger a segurança jurídica tanto dos partícipes das uniões entre pessoas do mesmo sexo como de terceiros, é essencial a definição do regime jurídico a que se submetem estas parcerias. Assim, diante da inércia do legislador e da identidade entre as respectivas hipóteses, o caminho para a superação desta insegurança só pode ser a extensão do regime previdenciário legal para as parcerias entre pessoas do mesmo sexo.

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.⁴

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 parcialidades, ou propriedades, fáticas existentes em cada indivíduo ou situação pessoal.

Usando as palavras de Konrad Hesse⁵, “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 Hesse⁶ diz que “a questão decisiva da igualdade jurídica material é sempre aquela das *características* a

⁴ Alexy, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. pp. 382/283.

⁵ *Ob. Cit.*, p. 330

⁶ *Ob. Cit.*p. 331

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”⁷.

Portanto, como obviamente dois fatos, considerados em todas as suas características, inclusive temporais e espaciais, jamais podem ser absolutamente iguais, deve-se identificar quais são as 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 conseqüência, 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 Mello⁸, 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*

⁷ Ob. Cit., p. 331

⁸ Conforme Alexy, op.cit., p.400: “permite tanto um tratamento igual como uno desigual, es decir, concede al legislador um campo de acción.”

na Constituição⁹.

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 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)"¹⁰, 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.

⁹ Bandeira de Mello, Celso Antônio. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 17.

¹⁰ 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).

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.

A igualdade é um valor da democracia, que descreve o equilíbrio e igualdade de direitos e responsabilidades entre os membros da sociedade, independente de orientação sexual, gênero, faixa etária, classe, raça etc. Os direitos de uma cidadã heterossexual não podem ser diferentes dos direitos de uma cidadã homossexual, ou então o Estado está sendo desigual.

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 os 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"¹¹.

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).

Uma referência 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:

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

¹¹ Friederich Müller, *Discours de la Méthode Juridique*, traduzido do alemão por Olivier Jouanjan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996, p. 288.

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 Hawai, 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 bátrio 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 consequência 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 tudescos'. (Op. Cit., excertos dos nºs 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, nº 32, p. 72 e seguintes. 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.

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 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.

No mesmo sentido dispõe a lei que regula o IPSM (Lei 10.366/90 – fl. 224/232 do PA):

"Art. 10. Para fins de prestação previdenciária, são dependentes do segurado, preferencial e excludentemente, na seguinte ordem:

I - o cônjuge, o companheiro e o filho, de qualquer condição,

menor de 21(vinte e um) anos ou inválido;

(...)

§2º Companheiro é a pessoa com a qual o segurado, na forma do § 3º do art.226 da Constituição Federal, mantenha união estável por no mínimo 5 (cinco) anos na época da prestação previdenciário ou, por menos tempo, se houver filho comum do casal.

Art. 12. A prestação previdenciária compreende os seguintes benefícios:

I - para o segurado:

- a) assistência à saúde;*
- b) auxílio-natalidade;*
- c) auxílio-funeral.*

II - para o dependente:

- a) pensão;*
- b) pecúlio;*
- c) assistência à saúde;*
- d) auxílio-reclusão;*
- e) auxílio-funeral.”*

Ainda na mesma linha segue a redação da lei de regula o IPSEMG (Lei 9380/86 – fls. 206/218 do PA) :

"Art. 7º - Consideram-se dependentes do segurado, para os efeitos desta lei:

I - a esposa e o marido, a companheira e o companheiro mantidos há mais de cinco anos, os filhos de qualquer condição menores de 21 anos ou inválidos;

(...)

Art.18 - São benefícios e serviços:

I - quanto aos segurados:

- a) *auxílio-natalidade;*
 - b) *assistência financeira e habitacional.*
- II - quanto aos dependentes:*
- a) *pecúlio;*
 - b) *pensão;*
 - c) *auxílio-reclusão;*
 - d) *auxílio-funeral.”*

Deve ser observado que no inciso V do art. 201 da Constituição, a previsão da existência do direito à pensão por morte ao *homem ou mulher*, cônjuge ou *companheiro* e dependentes. Na mesma linha de entendimento segue o art.10, inciso I, da lei do IPSM e também no art.7º, inciso I, da lei do IPSEMG.

Apresentadas estas disposições constitucionais e infraconstitucionais 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.

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

Destacamos alguns dispositivos das Leis Estaduais 10.366/90 e 9.380/86, na redação atualmente vigente, que tratam dos benefícios de pensão por morte e do auxílio-reclusão:

Lei 10.366/90:

“Art. 20. O auxílio-reclusão é devido ao dependente do segurado detento ou recluso, não albergado e recolhido à prisão, a partir da data em que se verificar a perda total de sua remuneração.

§ 1º O valor do auxílio-reclusão corresponderá a 70% (setenta por cento) do valor da pensão e será distribuído entre os dependentes na forma prescrita para este benefício.

§ 2º Ressalvado o direito do nascituro, não será admitida a inscrição de dependente posteriormente à data da prisão.

§ 3º Para os efeitos desta Lei, o beneficiário do auxílio-reclusão equipara-se ao pensionista, no que couber.

§ 4º Falecendo o ex-segurado recluso, o benefício é convertido em pensão, no mesmo valor.”

Art. 23. O valor global da pensão será igual ao estipêndio de benefício do segurado.

Parágrafo único. A pensão não poderá ter valor total inferior ao salário mínimo.

Art. 24. Calculada na forma prevista no artigo anterior, a pensão será distribuída aos dependentes em cotas iguais.

§ 1º- Concedida a pensão, a inscrição de novo dependente só produzirá efeito a partir de sua efetivação.

§ 2º Ocorrendo a inclusão ou a exclusão de dependente, o valor da pensão será novamente calculado e distribuído

(...)

Art. 28. Pela morte presumida do segurado, declarada por autoridade judiciária, e decorridos 6(seis) meses de ausência, será concedida pensão, em caráter provisório, aos dependentes.

§ 1º Provado oficialmente o desaparecimento do segurado em consequência de acidente, desastre ou catástrofe, a pensão provisória será concedida independentemente da declaração e do transcurso do prazo previsto neste artigo.

§ 2º O pagamento de pensão provisória cessa com o reaparecimento do segurado, ficando os dependentes, entretanto, desobrigados de repor os benefícios recebidos.

Lei 9.380/86:

“Art. 7º - Consideram-se dependentes do segurado, para os efeitos desta Lei:

I - a esposa e o marido, a companheira e o companheiro mantidos há mais de cinco anos, os filhos de qualquer condição menores de 21 anos

ou inválidos; (Inciso com redação dada pelo art. 1º da Lei nº 13455, de 12/1/2000.)

II - a pessoa designada que, se do sexo masculino, só poderá ser menor de dezoito (18) anos ou maior de sessenta (60) anos, ou inválida;

III - o pai inválido e a mãe;

IV - os irmãos de qualquer condição, menores de dezoito (18) anos ou inválidos, e as irmãs solteiras de qualquer condição, menores de vinte e um (21) anos ou inválidas.

§ 1º - A existência de dependente de qualquer das classes enumeradas nos incisos I e II deste artigo exclui do direito às prestações os dependentes relacionados nos incisos subsequentes.

§ 2º - Equiparam-se aos filhos, nas condições estabelecidas no inciso I, mediante declaração escrita do segurado:

1 - o enteado;

2 - o menor que, por determinação judicial, se encontre sob sua guarda e não possua bens suficientes para o próprio sustento e educação, só se admitindo mais de um, quando todos tiverem relação de parentesco, até o terceiro (3º) grau, com o segurado;

3 - o menor que se ache sob sua tutela e não possua bens suficientes para o seu próprio sustento e educação.

§ 3º - Inexistindo esposa ou marido com direito às prestações, a pessoa designada poderá, mediante declaração escrita do segurado, concorrer com os filhos deste. (Parágrafo com redação dada pelo art. 1º da Lei nº 13455, de 12/1/2000.)

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

§ 5º - Mediante declaração escrita do segurado, os dependentes mencionados no inciso III deste artigo poderão concorrer com a esposa ou o marido, a companheira ou o companheiro ou a pessoa designada, salvo se existir filho com direito às prestações. (Parágrafo com redação dada pelo art. 1º da Lei nº 13455, de 21/1/2000.)”

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.

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.

DOS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAIS – DA CONCRETIZAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL

Não obstante existirem divergências com relação ao melhor método de interpretação das normas constitucionais¹², 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 constitucionais, a partir do qual "o conteúdo da Constituição deve ser determinado sob a inclusão da 'realidade' a ser ordenada"¹³. Ou seja, é impossível uma interpretação da norma constitucional fora da existência histórica 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

¹² 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.

¹³ *Ob.cit.*, p. 61

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 coordenação¹⁴.

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. 1566 do Código Civil).

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.

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 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

¹⁴ Konrad Hesse, *Ob. Cit.*, p. 64/65

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"¹⁵.

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.

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. 7º da Lei Estadual 9.380/86 e art.10 da Lei Estadual 10.366/90 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 os art. 7º da Lei Estadual 9.380/86 e art.10 da Lei Estadual 10.366/90, 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 dos art. 7º da Lei Estadual 9.380/86 e art. 10 da Lei Estadual

¹⁵ *Ob. Cit.*, p. 65

10.366/90, 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, assim como o inciso I do art. 10 da Lei do IPISM e também o inciso I do art. 7º da Lei do IPSEMG, de nenhum modo excluem 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 desses incisos 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.

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 limitadora¹⁶.

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

¹⁶ Böckerförde, *ob. Cit.*, p. 102

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 do instituto da união estável, a restrição do legislador deveria ser cotejada com algum direito fundamental.

Como não há direito fundamental que socorra uma restrição 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 Mendes¹⁷ 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".

DA EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NO RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO DE COMPANHEIRISMO ANTES MESMO DA PREVISÃO EXPRESSA EM LEI

Podemos perceber a recente 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 outros 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

¹⁷ Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 38.

nossos Tribunais, formados de magistrados imbuídos do mais aguçado espírito de justiça, procuravam aplicar as normas de acordo com o clamor social.

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 à 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 a 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 eqüidade, 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 eqüidade 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)*

Finalmente, não podemos deixar de trazer a ementa do acórdão da apelação referente a Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Federal, subscrita pelos ilustres colegas Paulo Gilberto Cogo Leivas e Marcelo Veiga Beckhausen (nº2000.71.00.009347-0), que confirmou a sentença de 1ª instância proferida na ação:

"EMENTA – 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 7.347/85 deve ser interpretada em sintonia com os preceitos contidos na Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), entendendo-se que os limites de competência territorial do órgão prolator, de que fala o referido

dispositivo, não são 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 da pessoa humana veicula parâmetros essenciais que devem ser necessariamente observados por todos os órgãos estatais em suas respectivas áreas 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 desumano. 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 de 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 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 como os casais do mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigidos 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 nº 8.213/91), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão.” (AC nº 2000.71.00.009347-0/RS – Rel. Des. Fed. João Batista Pinto Silveira – TRF 4ª Região, publicado no DJU de 10/08/2005 – fls.263/304 do PA)

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 de Minas Gerais 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 25 de janeiro de 2007, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu pela competência das Varas de Família para julgar situações que envolvem separações dos casais formados por pessoas do mesmo sexo:

"AÇÃO DECLARATÓRIA – RECONHECIMENTO DE SOCIEDADE DE FATO HOMOAFETIVA – INDEFERIMENTO DA INICIAL – CASSAÇÃO – POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – NECESSIDADE DE CONFERIR REGULAR PROCESSAMENTO AO FEITO

1.É da vara de família a competência para processar e julgar ação declaratória de união afetiva por meio da qual as autoras pretendem assegurar-se direitos patrimoniais como entidade familiar. 2 – A possibilidade jurídica do pedido, como uma das condições da ação, consiste na averiguação abstrata a respeito da viabilidade da pretensão deduzida frente ao ordenamento jurídico vigente. 3 – Afastados os argumentos, nos quais se pautou o juiz "a quo" para indeferir a inicial, e uma vez evidenciada a possibilidade jurídica do pedido, cassa-se a sentença, determinando o regular processamento do feito, para que seja aferido o mérito da questão litigiosa. (Apelação Cível nº1.0024.05.817915-1/001 – Comarca de Belo Horizonte – Apelante:T.A.C.R. – Rel.: Dês. Silas Vieira, publ. 02/08/2007)"

E a questão da possibilidade de companheiro homoafetivo pleitear benefício previdenciário, já foi objeto de apreciação pela 1ª Câmara Cível do TJMG que assim se posicionou:

"PREVIDENCIÁRIO – PENSÃO POR MORTE – RELAÇÃO HOMOAFETIVA – UNIÃO ESTÁVEL – COMPROVAÇÃO DO LAPSO TEMPORAL EXIGIDO EM LEI – CONCESSÃO

A relação homoafetiva não pode ser objeto de discriminação, à luz da diretriz traçadas nos artigos 3º, IV e 5º, "caput", ambos da CF, e, assim, é lícito que o benefício previdenciário relativo a pensão por morte seja requerido por um dos conviventes do mesmo sexo. – Comprovada a autora condição de companheira da ex-segurada por mais de cinco anos, nos termos do artigo 7º, I, e art. 10, § 4º, da Lei Estadual nº 9.380/86, é cabível conceder a pensão por morte. (Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0024.07.465890-7/001-Belo Horizonte-Rel. Dês. Alberto Vilas Boas, publ. 05/06/2009

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 nestas hipóteses. 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 imediata.** 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 e 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: 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 aplicação do instituto da união estável aos homossexuais, o que levaria à inconstitucionalidade parcial dos art. 7º da Lei Estadual 9.380/86 e art. 10 da Lei Estadual 10.366/90, 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) ambos da Constituição Federal, à obtenção dos benefícios previdenciários de que foram excluídos.

DA COMPROVAÇÃO DA RELAÇÃO DE COMPANHEIRISMO

Ao se reconhecer a relação de companheirismo independente de união estável poder-se-ia levar a uma alegação de falta de critérios para o reconhecimento desta situação.

Entretanto, pela simples regulamentação já existente nas Leis Estaduais 9.380/86 e 10.366/90, é possível aplicar-se com interpretação adequada a cada caso, sem necessidade de grandes inovações normativas, os critérios previstos no artigo 1º (que altera o art. 4º da LC nº 64/02) do Projeto de Lei Complementar 41/2008:

“Lei 9380/86 - IPSEMG:

...

art. 10 – É lícita a designação, pelo segurado, de companheira que viva na sua dependência econômica, mesmo não exclusiva., quando a vida em comum ultrapasse cinco (5) anos.

§1º - São provas de vida em comum o mesmo domicílio, conta bancária conjunta, procuração ou fiança reciprocamente outorgadas, encargo doméstico evidente, registro de associação de qualquer natureza que configure a companheira como dependente, ou qualquer outra capaz de constituir elemento de convicção.

§2º - A existência de filho em comum supre as condições de designação e de prazo.

§3º - A designação de companheira é ato de vontade do segurado e não pode ser suprida, ressalvado o

disposto no § 4º deste artigo.

§4º - A dependência de companheira só poderá ser reconhecida "post mortem" mediante pelo menos três (3) das provas de vida em comum previstas no § 1º, incluindo-se, entre estas, a do mesmo domicílio."

Lei 10.366/90 - IPSM

...

Art. 10 – Para fins de prestação previdenciária, são dependentes do segurado, preferencial e excludentemente, na seguinte ordem:

I – o cônjuge, o companheiro e o filho, de qualquer condição, menor de 21(vinte e um) anos ou inválido;

...

§ 2º - Companheiro é a pessoa com a qual o segurado, na forma do § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, mantenha união estável por no mínimo 5 (cinco anos) na época da prestação previdenciária ou, por menos tempo, se houver filho comum do casal."

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

DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL 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 soblevam-se os direitos

fundamentais, precipuamente 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 de 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 ao 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 34/94, em seu artigo 66, atribuiu ao Ministério Público Estadual, dentre outras funções, o papel de garante dos interesses sociais e dos princípios que embasam a seguridade social - incisos IV e VI, alínea "a".

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.

A verossimilhança da alegação decorre da própria certeza relativa aos fatos. O *fumus boni iuris* encontra-se igualmente presente, assentado estar as autarquias previdenciárias 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 IPSEMG e do IPSM 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 IPSEMG e IPSM têm nítido caráter alimentar, constituindo-se em verba que, via de regra, integra, 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 Estadual se digne *Vossa Excelência* a conceder, após a ouvida dos Representantes Judiciais do Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais – IPSEMG e do Instituto de Previdência dos Servidores Militares do Estado de Minas Gerais - IPSM, que deverão ser intimados para se manifestarem, querendo, no prazo de 72 horas (art. 2º da Lei 8.437/92), decisão liminar, de abrangência estadual, determinando aos Réus que:

a) No prazo de 05 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 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;

b) No prazo de 05 dias, a contar da intimação desta decisão judicial, passe a efetuar, no próprio IPSEMG e IPSM, a inscrição de companheiros ou companheiras homossexuais como dependentes;

c) No prazo 15 dias, a contar da intimação desta decisão judicial, faça publicar no Diário Oficial do Estado 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 IPSEMG e IPSM no Estado.

DOS PEDIDOS FINAIS

Diante o exposto, requer o Ministério Público Estadual com fulcro no artigo 273 e §§ 1º e 2º e artigo 461 e §§ 3º e 4º do CPC, c/c os artigos 12 e 19 da Lei nº 7.347/85, a concessão, após ouvido o representante legal/judicial do IPSEMG e IPSM, que deverá ser intimado a se manifestar, querendo, no prazo de 72 horas (artigo 2º da Lei 8437/92), **liminarmente da tutela antecipada**, determinado aos réus que:

1) a citação do Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais (IPSEMG) e do Instituto de Previdência dos Servidores Militares do Estado de Minas Gerais (IPSM), na pessoa de seus Procuradores Autárquicos, para, querendo, contestarem 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 IPSEMG e IPSM 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.

Apesar de inestimável, dá-se à causa o valor de R\$ 1.000,00

Requer que as intimações pessoais do representante do Ministério Público referente aos atos processuais, seja realizada no endereço situado na Rua Dias Adorno, 367/8º andar – Santo Agostinho (Telefax.: 31.3330-8394).

Belo Horizonte, 20 de outubro de 2009.

Rodrigo Filgueira de Oliveira

Promotor de Justiça

Portaria nº 2268/07