

## Superior Tribunal de Justiça

### **RECURSO ESPECIAL Nº 395.904 - RS (2001/0189742-2)**

RECORRENTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL -  
INSS PROCURADOR : CARLOS DOS SANTOS DOYLE E OUTROS  
RECORRIDO : V. H. N. D.  
ADVOGADO : FRANCISCO DA ROSA MALACÃO E  
OUTROS RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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

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

(omissis)

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

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

constitucionais, não apenas do art. 226, §3º da Constituição Federal, levando a que, em seguida, se possa aplicar o direito ao caso em análise.

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

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

[...]

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

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

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

9 - Recurso Especial não provido.

## RELATÓRIO

### O EXMO. SR. MINISTRO HÉLIO QUAGLIA BARBOSA (Relator):

V. H. N. D. ajuizou ação contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, pleiteando o recebimento do benefício previdenciário da pensão por morte, bem como o respectivo complemento da PREVI, em decorrência do falecimento de seu companheiro C. R. da S., ocorrido no dia 29 de dezembro de 1997.

Sustenta o autor, para tanto, que se relacionou e conviveu com o "de cujus" por dezoito anos, mantendo relacionamento, **"à semelhança das relações heterossexuais concubinárias, dividindo despesas, compactuando alegrias e tristezas."**(fl. 03)

Argumenta, ademais, com que o direito à pensão reclamada se embasa na própria Constituição Federal, nos princípios consagrados da liberdade e da igualdade, bem como se fulcra no art. 16, I, da Lei n. 8.213/91.

A autarquia previdenciária contestou a demanda, sob o fundamento de que a parte autora não se enquadra na qualidade de dependente do segurado, condição essa necessária ao recebimento do benefício pretendido.

A sentença de primeiro grau julgou improcedente o pedido, assim extinguindo o processo.(fl. 184)

O Ministério Público Federal apelou da sentença ao entendimento de que a norma do §3º do art. 226 da CF/88 não exclui a união estável entre pessoas do mesmo sexo, devendo ser observado, ao propósito, o princípio constitucional da igualdade.

Apelou, ainda, o autor, sustentando que trata a espécie de matéria afeta ao

Direito Previdenciário, em cujo âmbito pode ele ser considerado dependente do falecido.

O d. Tribunal *a quo*, deu provimento às apelações nos seguintes termos:

" CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. CONCESSÃO. COMPANHEIRO. UNIÃO HOMOSSEXUAL. REALIDADE FÁTICA. TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS. EVOLUÇÃO DO DIREITO. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE IGUALDADE. ARTIGOS 3º, IV E 5º. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS 1- A realidade social revela a existência de pessoas do mesmo sexo convivendo na condição de companheiros, como se casados fossem. 2- O vácuo normativo não pode ser considerado obstáculo intransponível para o reconhecimento de uma relação jurídica emergente de fato público e notório. 3- O princípio da igualdade consagrado na Constituição Federal de 1988, inscrito nos artigos 3º, IV e 5º, aboliram definitivamente qualquer forma de discriminação. 4- A evolução do direito deve acompanhar as transformações sociais, a partir de casos concretos que configurem novas realidades nas relações interpessoais. 5- A dependência econômica do companheiro é presumida, nos termos do § 4º do art. 16 da Lei n. 8.213/91. 6- Estando comprovada a qualidade de segurado do *de cujus* na data do óbito, bem como a condição de dependente do autor, tem este o direito ao benefício de pensão por morte, o qual é devido desde a data do ajuizamento da ação, uma vez que o óbito ocorreu na vigência da Lei n. 9.528/97. 8- As parcelas vencidas deverão ser corrigidas monetariamente desde quando devidas, pelo IGP-DI ( Medida Provisória n. 1.415/96). 9- Juros de mora de 6% ao ano, a contar da citação. 10- Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação, nesta compreendidas as parcelas vencidas até a execução do julgado. 11- Apelações providas. "(fl. 316)

Embargos de declaração interpostos pelo INSS e rejeitados nos seguintes

termos:



" PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OBSCURIDADE E OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. INEXISTÊNCIA DE OFENSA. 1- A natureza reparadora dos embargos de declaração não permite a sua oposição como meio de rediscutir a matéria objeto de julgamento. Restringe-se, pois, às hipóteses em que há na sentença ou acórdão obscuridade ou contradição, bem como nos casos de omissão do Juiz ou Tribunal. 2- " O juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos." ( RTJESP 115/207) (NEGRÃO, Theotônio. Código de processo civil e legislação processual em vigor. 28. ed- São Paulo: Saraiva, 1997, p. 432). 4- Embargos de Declaração rejeitados."(fl. 329)

Brotou, então, o presente recurso especial, interposto pelo INSS, na forma do art. 105, inciso III, letra "a", da Constituição Federal, sustentando, preliminarmente, carecer de legitimidade o Ministério Público para atuar como parte nesta demanda e, no mérito, que a ação deverá ser julgada improcedente com esteio no art. 16, §3º, da Lei n. 8.213/91, havido por afrontado.

Aponta, ainda, como violado o art. 535 do Código de Processo Civil.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República, Dr. Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, ofertado às fls. 415/432, opinou nos seguintes termos:

" PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. COMPANHEIRO HOMOSSEXUAL. Recurso do INSS, objetivando afastar o direito de companheiro a receber pensão por morte, em razão de união homossexual.

- Não se verifica interesse recursal do INSS, ao sustentar a ilgitimidade da

atuação do MPF, se o autor também apelou, devolvendo ao Tribunal a *quo* toda a discussão do tema. O fundamento utilizado pela autarquia recorrente, de violação ao art. 535 do CPC, com o intuito de ver os embargos e declaração novamente apreciados, por si só, não seria apto a modificar o acórdão recorrido.

- Deve ser reconhecido o direito à pensão por morte do companheiro homossexual, em atenção aos princípios constitucionais do respeito à dignidade da pessoa humana, da isonomia e da proibição da discriminação por motivos sexuais.

- Reconhecimento, pelo INSS, por meio da **Instrução Normativa n.**

**25/2000**, da possibilidade de concessão de benefícios previdenciários a companheiros homossexuais. Norma editada por força de liminar em ação civil pública, proposta pelo MPF gaúcho, com eficácia *erga omnes*.

- Parecer pelo não conhecimento do apelo especial, diante da ausência de interesse recursal. Caso conhecida a irresignação, opina-se pelo seu total desprovimento, de sorte a se manter na íntegra o acórdão recorrido." ( fls. 415)

Extrai-se, ainda, do d.  
Parecer:

"Ainda que seja possível argumentar-se diante da inexistência de regramento específico acerca das uniões homossexuais, certo é que não se pode, simplesmente declarar a inexistência de um direito pela omissão legislativa. A falta de lei, *in casu*, não pode impedir o acesso e a busca da tutela jurídica adequada.

Vale ressaltar que o próprio INSS admite, administrativamente, a possibilidade de concessão de benefício por morte do segurado e auxílio-reclusão aos companheiros homossexuais, a partir da **Instrução Normativa n. 25 de 07.06.2000**, editada por força da decisão liminar da Ação Civil Pública n. 2000.71.00.009347-0, proposta pelo MPF do Rio Grande do Sul."( fl. 420)

Contra-razões ofertadas pelo Ministério Público, às fls. 363/369.

Transcorrido *in albis* o prazo para as contra-razões do autor, subiram os autos a esta Corte Superior.

É o sucinto relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 395.904 - RS

(2001/0189742-2)

EMENTA

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

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

2- No tocante à violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, uma vez admitida a intervenção ministerial, quadra assinalar que o acórdão embargado não possui vício algum a ser sanado por meio de embargos de declaração; os embargos interpostos, em verdade, sutilmente se aprestam a rediscutir questões apreciadas no v. acórdão; não cabendo, todavia, redecidir, nessa trilha, quando é da índole do recurso apenas reexpressar, no dizer peculiar de PONTES DE MIRANDA, que a jurisprudência consagra, arredando, sistematicamente, embargos declaratórios, com feição, mesmo dissimulada, de infringentes.

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

4- Em que pesem as alegações do recorrente quanto à violação do art. 226, §3º, da Constituição Federal, convém mencionar que a ofensa a artigo da Constituição Federal não pode ser analisada por este Sodalício, na medida em que tal mister é atribuição exclusiva do Pretório Excelso. Somente por amor ao debate, porém, de tal preceito não depende, obrigatoriamente, o desate da lide, eis que não diz respeito ao âmbito

previdenciário, inserindo-se no capítulo 'Da Família'. Face a essa visualização, a aplicação do direito à espécie se fará à luz de diversos preceitos constitucionais, não apenas do art. 226, §3º da Constituição Federal, levando a que, em seguida, se possa aplicar o direito ao caso em análise.

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

6- Por ser a pensão por morte um benefício previdenciário, que visa suprir as necessidades básicas dos dependentes do segurado, no sentido de lhes assegurar a subsistência, há que interpretar os respectivos preceitos partindo da própria Carta Política de 1988 que, assim estabeleceu, em comando específico:

" Art. 201- Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a:

[...]

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

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

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

9- Recurso Especial não provido.

VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO HÉLIO QUAGLIA BARBOSA (Relator):**

1. Preliminarmente, com relação à alegada ilegitimidade do Ministério Público para figurar como parte neste feito, não merece prosperar a irresignação.

A teor do disposto no art. 127 da Constituição Federal, " **O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático de direito e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.**"

A consistência primordial dos direitos fundamentais é a da defesa da pessoa humana e da sua dignidade, perante os poderes do Estado.

Envolvem tais direitos, *lato sensu*, normas de competência negativa para os poderes públicos, coibindo a ingerência destes na esfera jurídica individual.

Existem, no campo dos direitos fundamentais, dois grupos distintos: "

**(1)**



**direitos dos indivíduos pertencentes às minorias; (2) direitos das minorias propriamente ditas. Indivíduo e grupo e grupo/indivíduo surgem estreitamente relacionadas. Como pessoas, não podem reivindicar outra coisa senão a do tratamento como igual quanto aos direitos fundamentais. Enquanto grupo, põe-se o problema de direitos coletivos especiais dada a sua identidade e forte sentimento de pertença e de partilha ( língua, religião, família, escola). Neste sentido se fala de minorias *by will* ( em contraposição às minorias *by force*): aquelas que atribuem valor à sua diferença e especificidade relativamente à maioria, exigindo a proteção e garantia efectiva desta diferença e especificidade." (Canotilho, José Joaquim Gomes, Direito Constitucional, 7ª e. Ed. Livraria Almedina, Coimbra - Portugal. 2003, p.387,**

Na espécie, ocorre reivindicação de pessoa com vista a obter tratamento igualitário, quanto a direitos fundamentais, aplicando-se a Instrução Normativa n. 25 , editada pela Autarquia Previdenciária.

Ora, **"interesse indisponível é a pretensão que o interessado não pode transformar em vantagem ou benefício usufruível. Diante do interesse indisponível, individual ou social, a ação do indivíduo ou do grupo, cessa, já que existe pretensão, mas não a respectiva ação assecuratória. Por isso, a regra jurídica constitucional transfere a defesa dos interesses individuais e sociais indisponíveis para a área de competência do Ministério Público, a quem cabe defendê-los, o que, de modo indireto, favorece pessoas físicas e grupos de pessoas, cujas pretensões não se encontram fundamentadas em normas jurídicas."**(Cretella Júnior, José, Comentários à Constituição Brasileira de 1988, 2ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense Universitária, 1993, p.

3.297)

Atualmente, um dos objetivos presentes na disciplina dos direitos fundamentais, dentre os mais acentuados pela doutrina, é precisamente o de assegurar a não discriminação.

Parte-se do princípio de que todos são iguais perante a lei, na linha de garantir que o Estado trate seus cidadãos igualmente.

O preceito se aplica a todos os direitos, abarcando, ainda, as liberdades e garantias pessoais.

Novamente, segundo Canotilho, é **"ainda com uma acentuação-radicalização da função antidiscriminatória dos direitos fundamentais que alguns grupos minoritários defendem a efectivação plena da igualdade de direitos em uma sociedade multicultural e hiperinclusiva ( " direitos homossexuais", "direitos das mães solteiras", " direitos das pessoas portadoras de HIV")** ( Canotilho, José Joaquim Documento: 1916359 - RELATÓRIO, EMENTA E VOTO

Gomes, Direito Constitucional, ob. cit., p. 410)

É, pois, nesse contexto que surge o Ministério Público, como garantidor da observância do tratamento igualitário a indivíduos que buscam a plena efetivação de seus direitos, uma vez sujeitos a discriminação.

Celso Bastos elucida que **"o Ministério Público tem a sua razão de ser na necessidade de ativar o Poder Judiciário, em pontos em que este remanesceria inerte, porque o interesse agredido não diz respeito a pessoas determinadas, mas a toda a coletividade. Mesmo com relação aos indivíduos, é notório o fato de que a ordem jurídica por vezes lhes confere direitos sobre os quais não podem dispor. Surge, daí, a clara necessidade de um órgão que vale tanto pelos interesses da coletividade, quanto pelos dos indivíduos, estes apenas quando indisponíveis. Trata-se, portanto, de instituição voltada ao patrocínio desinteressado de interesses públicos, assim como de privados, quando merecerem um especial tratamento do ordenamento jurídico."**(Bastos, Celso. Curso de Direito Constitucional, São Paulo, 11ª ed.. Ed. Saraiva, 1989, p. 339).

Perfeitamente cabível, pois, a intervenção do Ministério Público na espécie, perceptível a exigência de especial tratamento do ordenamento jurídico, diante da matéria em disputa.

2. O direito ao provimento jurisdicional claro, lógico e congruente é manifestação do direito das partes ao devido processo legal, no aspecto procedimental ou formal, contido no inciso LIV do art. 5º da Constituição Brasileira.

É, portanto, elemento do núcleo intangível da ordem constitucional brasileira, a que o Estado-Juiz deve integral obediência; o princípio da fundamentação das decisões judiciais reflete-se no ordenamento infraconstitucional em regras dispostas pelo Código de Processo Civil, de que são exemplos as contidas nos artigos 458 e 535.

No tocante à violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, quadra assinalar que o acórdão embargado não possuía vício algum a ser sanado por meio de embargos de declaração.

Em verdade, o aresto não padecera de omissão, contradição ou obscuridade, uma vez que o Tribunal *a quo* se manifestou acerca de todas as questões relevantes para a solução da controvérsia.

Os embargos interpostos, em verdade, sutilmente se aprestaram a rediscutir

questões apreciadas no v. acórdão; incabível, todavia, redecidir, nessa trilha, quando é da índole desse recurso apenas reexpressar, no dizer peculiar de PONTES DE MIRANDA, que a jurisprudência consagra, arredando-se, sistematicamente, embargos declaratórios, com feição, mesmo dissimulada, de infringentes (R.J.T.J.E.S.P. 98/ 377, 99/345, 115/206; R.T.J. 121/260).

Sempre vale reprimir PIMENTA BUENO, ao anotar que, nessa modalidade recursal, **"não se pode pedir correção, alteração ou mudança alguma, nem modificação que aumente ou diminua o julgamento; e só sim e unicamente o esclarecimento do que foi decidido, ou da dúvida em que se labora. Eles pressupõem que na declaração haja uniformidade de decisões e não inovação, porque declarar não é por certo reformar, adicionar, corrigir ou estabelecer disposição nova"** (R.J.T.J.E.S.P. 92/328).

Não há, pois, violação ao art. 535 do CPC quando a Corte de origem aprecia a questão de maneira fundamentada, apenas que não adotando a tese do insurgente.

3. Por derradeiro, também não merece prosperar o recurso especial no que se refere à impossibilidade de concessão de pensão por morte a companheiro homossexual, à mingua de previsão legal.

Na espécie, aforou V. H. N. D. ação contra o INSS, objetivando a concessão de pensão por morte, com o pagamento dos respectivos atrasados, em virtude do falecimento de seu companheiro.

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

Segundo corroborado nos autos, por meio de documentos acostados, o autor logrou êxito em comprovar, efetivamente, sua vida em comum com o falecido segurado, como se *more uxorio*, por mais de dezoito anos, mantendo residência conjunta, partilhando



despesas, além da aquisição de bens, tais como um imóvel que, por força de disposição testamentária, foi deixado ao autor.

Acresce-se, ainda, que este, na condição incontroversa de beneficiário, recebeu seguro de vida do falecido.

Saliente-se, por último, que todas as despesas com o funeral foram suportadas pelo autor, tendo ele percebido o auxílio correspondente da Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil, entidade à qual o "de cujus" era filiado.

Vale ressaltar que, na verdade, trata a espécie de matéria exclusivamente afeta ao Direito Previdenciário e não, ao Direito de Família.

Em que pesem as alegações do recorrente quanto a violação do art. 226, §3º, da Constituição Federal, convém observar que a ofensa a artigo da Constituição Federal não pode ser analisada por este Sodalício, na medida em que tal mister é de atribuição exclusiva do Pretório Excelso.

Somente por amor ao debate, porém, daquele comando não depende, obrigatoriamente, o desate da lide, eis que não diz respeito ao âmbito previdenciário, inserindo-se no capítulo 'Da Família'. Face a essa visualização, a aplicação do direito à espécie se fará à luz de outros preceitos constitucionais, não apenas do art. 226, §3º, da Constituição Federal, levando a que, em seguida, se possa aplicar o direito ao caso em análise, em contexto mais amplo e, bem por isso, menos restritivo.

O Direito Previdenciário tem por missão precípua a defesa da pessoa humana, garantindo-lhe a subsistência ou a de seus dependentes.

Face à particularidade da espécie, deverá ser acionada a interpretação de diversos preceitos constitucionais em conjunto, não apenas a do art. 226, §3º da Constituição Federal, para que, em seguida, se possa aplicar o direito infraconstitucional à espécie.

O princípio da igualdade caminha juntamente com princípios de idêntica relevância, não podendo jamais estar dissociado do princípio da justiça, em seu sentido mais puro.

Há que se perceber que não há igualdade jurídica no não direito.

Ao se negarem, mesmo através de mecanismos legais, direitos fundamentais,



entre eles o de sobrevivência, mediante percebimento de benefícios previdenciários, a pessoas que, se fossem de sexos diferentes, lograriam êxito em auferi-los, emerge um não direito, ferindo o sentido que o Poder Constituinte procurou proteger, com a igualdade, ao editar a Constituição Federal de 1988.

Outrossim, o preceito : **"o igual deve ser tratado igualmente e o desigual desigualmente "** não contém o critério material de um juízo de valor sobre a relação de igualdade (ou desigualdade). A questão da igualdade justa pode colocar-se nestes termos: o que é que no leva a afirmar que uma lei trata dois indivíduos de uma forma igualmente justa? Qual o critério de valoração para a relação de igualdade? Uma possível resposta, sufragada em algumas sentenças do Tribunal Constitucional, reconduz-se à proibição geral do arbítrio: existe observância da igualdade quando indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente ( proibição do arbítrio) tratados como desiguais. Por outras palavras: o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária. O arbítrio da desigualdade seria condição necessária e suficiente da violação do princípio da igualdade. Embora ainda hoje seja corrente a associação do princípio da igualdade com o princípio da proibição do arbítrio, este princípio, como simples princípio de limite, será também insuficiente se não transportar já, no seu normativo-material, critérios possibilitadores da valoração das relações de igualdade ou desigualdade. Esta a justificação de o princípio da proibição do arbítrio andar sempre ligado a um fundamento material ou critério material objetivo. Ele costuma ser sintetizado da forma seguinte: existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável. Todavia, tal proibição do arbítrio intrinsecamente determinada pela exigência de um "fundamento razoável" implica, de novo, o problema da qualificação desse fundamento, isto é, a qualificação de um fundamento como razoável aponta para um problema de valoração. A necessidade de valoração ou de critérios de qualificação, bem como a necessidade de encontrar "elementos de comparação" subjacentes ao

caráter relacional do princípio da igualdade implicam: (1) a insuficiência do "arbítrio" como fundamento adequado de "valoração" e de "comparação"; (2) a imprescindibilidade da análise de natureza e do peso, dos fundamentos ou motivos justificadores de solução diferenciadas; (3) insuficiência da consideração do princípio da igualdade como um direito de natureza apenas defensiva ou negativa. Esta idéia de igualdade justa deverá aplicar-se mesmo quando estamos em face de medidas legislativas de graça ou de clemência (perdão, anistia), pois embora se trata de medidas que, pela sua natureza, transportam referências individuais ou individualizáveis, elas não dispensam a existência de fundamentos materiais justificativos de eventuais tratamentos diferenciadores."( Canotilho, José Joaquim Gomes, ob. cit., p. 429)

Tampouco se vislumbra ofensa ao art. 16, §3º, da Lei n.

8.213/91. Dispõe o referido artigo, no seu todo:

" Art. 16 - São beneficiários do Regime Geral da Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I- o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido.

II- os pais;

III- o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um)

anos ou inválido;

IV- ( revogado pela Lei n. 9.032, de 28.04.95)

§ 1º- A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.

§ 2º- O enteado tutelado equipara-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no regulamento.

§ 3º- Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

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

Da leitura se extrai referência ao art. 226, §3º, da Constituição Federal, exatamente no parágrafo 3º, que a recorrente diz malferido.

Ao primeiro exame, poderia parecer que, realmente, o preceito em causa restara violado.

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

Por ser a pensão por morte um benefício previdenciário, que visa suprir as necessidades básicas dos dependentes do segurado, no sentido de lhes assegurar a subsistência, há que interpretar os respectivos preceitos partindo da própria Carta Política de 1988 que, assim estabeleceu, em comando específico:

" Art. 201- Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a:

[...]

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

Não há, dessarte, exclusão alusiva aos relacionamentos homoafetivos no campo do Direito Previdenciário, que não se identifica com o Direito de Família.

O que há é uma lacuna, que cumpre ser preenchida mediante acesso a outras fontes do direito.

Ademais, o próprio art. 4º da LICC dispõe:

" Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito."

É cediço que nem sempre a evolução legislativa acompanha a rapidez das mutações da sociedade; por isso, incumbe ao Judiciário, utilizando-se dos princípios hermenêuticos, preencher as lacunas existentes na lei, adequando-a às necessidades sociais.

**"Diante das convicções da ciência, que tanto nos mostram e comprovam**



**explicação extrínseca dos fatos (isto é, dos fatos sociais por fatos sociais, objetivamente), o que se não pode pretender é reduzir o direito a simples produto do Estado. O direito é produto dos círculos sociais, é fórmula da coexistência dentro deles. Qualquer círculo, e não só os políticos, no sentido estrito, tem o direito que lhe corresponde."** (MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Volume 7. Editor Borsoi. Rio de Janeiro. 1955. p. 170)

Pretender, com esteio em regras estratificadas, alijar parte da sociedade - inserida nas chamadas relações homoafetivas -, da tutela do Poder Judiciário, por falta de previsão expressa legal, constituiria ato discriminatório, inaceitável à luz do princípio insculpido no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal:

" Art. 5º- Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:(...)"

Ademais, **" a Constituição não é um conjunto de regras, mas um conjunto de princípios, aos quais se devem afeiçoar as próprias normas constitucionais, por uma questão de coerência. Mostrando-se uma norma constitucional contrária a um princípio constitucional, tal fato configura um conflito, e, assim, a norma deve ser considerada inconstitucional, como sustentava OTTO BACHOF já em 1951. Assim não se pode deixar de ter por discriminatória a distinção que o art. 226, § 3º, da Constituição Federal faz ao outorgar proteção a pessoas de sexos diferentes, contrariando princípio constitucional constante de regra pétrea."**(Maria Berenice Dias, União homossexual - aspectos sociais e jurídicos, Revista Brasileira do Direito de Família, janeiro, fevereiro e março de 2000, p. 11)

O saudoso Des. Alves Braga, citando François Géný, no julgamento da

Apelação Civil n. 041.324.09-00, TJSP, da Câmara Especial, em 08.01.1998, traçou um paralelismo entre o Brasil real e o Brasil, da forma como se segue:

" Todavia, a interpretação das leis reduzir-se-ia a um campo infinitamente limitado de aplicação, e daria resultados muito pobres, se se restringisse à formula de seus textos, e não ultrapassasse a linha de seus elementos rigorosamente intrínsecos. De fato, a lei não é apenas um fenômeno psicológico, mas é, ao mesmo tempo, um fato social, inseparável do primeiro. Ou mais propriamente, sua substância psicológica é envolvida pela atmosfera social e, por assim fazê-lo, está imerso na mesma. É indeclinável dever do intérprete analisar também este meio vital da lei. (cfr. Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. 2. ed, 1932, v. I, p. 287)

Impende ressaltar que ainda não há, no Brasil, legislação específica tratando da matéria, não obstante os Tribunais Regionais Federais, assim como órgãos administrativos venham reconhecendo a possibilidade de que os benefícios previdenciários serem estendidos aos parceiros homossexuais conviventes..

Nessa esteira, o próprio INSS, tratando da matéria, regulou, através da Instrução Normativa n. 25 de 07/06/2000, os procedimentos com vista à concessão de benefício ao companheiro ou companheira homossexual, para atender a determinação judicial expedida pela juíza Simone Barbasin Fortes, da Terceira Vara Previdenciária de Porto Alegre, ao deferir medida liminar na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, com eficácia *erga omnes*, sob o fundamento de garantir o direito à igualdade previsto na Carta Maior, *verbis*:

" INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 25, DE 7 DE JUNHO DE 2000

Estabelece, por força de decisão judicial, procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual

FUNDAMENTAÇÃO LEGAL:

Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0

A DIRETORIA COLEGIADA DO INSTITUTO NACIONAL DO

SEGURO SOCIAL - INSS, em reunião extraordinária realizada no dia 07 de Junho de 2000, no uso da competência que lhe foi conferida pelo inciso III, do artigo 7º, do Regimento Interno do INSS, aprovado pela Portaria nº 6.247, de

28 de dezembro de 1999,

e

CONSIDERANDO a determinação judicial proferida em Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0;

CONSIDERANDO a necessidade de estabelecer rotinas para uniformizar procedimentos a serem adotados pela linha de benefícios, resolve:

Art. 1º - Disciplinar procedimentos a serem adotados para a concessão de pensão por morte e auxílio-reclusão a serem pagos ao companheiro ou companheira homossexual.

Art. 2º - A pensão por morte e o auxílio-reclusão requeridos por companheiro ou companheira homossexual, reger-se-ão pelas rotinas disciplinadas no Capítulo XII da IN INSS/DC nº 20, de 18.05.2000.

Art. 3º - A comprovação da união estável e dependência econômica far-se-á através dos seguintes documentos:

I declaração de Imposto de Renda do segurado, em que conste o interessado como seu dependente;

II disposições testamentárias;

III declaração especial feita perante tabelião (escritura pública declaratória de dependência econômica);

IV prova de mesmo domicílio;

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

VI procuração ou fiança reciprocamente

outorgada; VII conta bancária conjunta;

VIII registro em associação de classe, onde conste o interessado como dependente do segurado;

IX anotação constante de ficha ou livro de registro de empregados;

X - apólice de seguro da qual conste o segurado como instituidor do seguro e a pessoa interessada como sua beneficiária;

XI ficha de tratamento em instituição de assistência médica da qual conste o segurado como responsável;

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

XIII quaisquer outros documentos que possam levar à convicção do fato a comprovar.

Art. 4º - Para a referida comprovação, os documentos enumerados nos incisos I, II, III e IX do artigo anterior, constituem, por si só, prova bastante e suficiente, devendo os demais serem considerados em conjunto de no mínimo três, corroborados, quando necessário, mediante Justificação Administrativa JA.

Art. 5º - A Diretoria de Benefícios e a DATAPREV estabelecerão mecanismos de controle para os procedimentos ora estabelecidos nesta Instrução Normativa.

Art. 6º Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação. "(\*) Republicada por ter saído com incorreção, do original, no D.O. nº 110-E, de 8/6/2000, Seção 1, pág 4. )

Observe-se que, apesar do caráter administrativo desse tal ato, a instrução constitui normatização, que contempla as relações homoafetivas e, pelo menos até o julgamento do mérito da ação principal, garante o direito à pensão por morte nos moldes por ela disciplinados.

Posteriormente, ainda, o INSS dispôs sobre a matéria, editando nova instrução normativa a partir da mesma ação civil, a saber:

"INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

DIRETORIA COLEGIADA

INSTRUÇÃO NORMATIVA/INSS/DC nº 50, de 08 de maio de 2001.

ASSUNTO:

Estabelece, por força de decisão judicial, procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual.

**FUNDAMENTAÇÃO LEGAL:**

Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0

**O DIRETOR-PRESIDENTE do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS**, no uso da competência que lhe foi conferida pelo artigo 86, inciso IV do Regimento Interno do INSS, aprovado pela Portaria nº 6.247, de 28 de dezembro de 1999, e

**CONSIDERANDO** a determinação judicial proferida em Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, da Terceira Vara Federal Previdenciária de Porto Alegre, da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul;

**CONSIDERANDO** a necessidade de estabelecer rotinas para uniformizar procedimentos a serem adotados pela linha de benefícios,

Ad referendum, resolve:

Art. 1º- Disciplinar procedimentos a serem adotados para a concessão de pensão por morte e auxílio-reclusão a serem pagos ao companheiro ou companheira homossexual.

Art. 2º - A pensão por morte e o auxílio-reclusão requeridos por companheiro ou companheira homossexual, reger-se-ão pelas rotinas disciplinadas no Capítulo XII da IN INSS/DC nº 20, de 18.05.2000, republicada em 28.07.2000, com as alterações introduzidas pela IN INSS/DC nº 46, de 13.03.2001

Art. 3º - Para comprovação da união estável e dependência econômica devem ser apresentados, no mínimo, três dos seguintes documentos:

I – declaração de Imposto de Renda do segurado, em que conste o interessado como seu dependente;

II – disposições testamentárias;

III – declaração especial feita perante tabelião (escritura pública declaratória de dependência econômica);

IV – prova de mesmo domicílio;

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

VI – procuração ou fiança reciprocamente outorgada; VII – conta bancária conjunta;

VIII – registro em associação de classe, onde conste o interessado como

dependente do  
segurado;

IX – anotação constante de ficha ou livro de registro de empregados;

X – apólice de seguro da qual conste o segurado como instituidor do seguro e a pessoa interessada como sua beneficiária;

XI – ficha de tratamento em instituição de assistência médica da qual conste o segurado como responsável;

XII – escritura de compra e venda de imóvel pelo segurado em nome do dependente;

XIII – quaisquer outros documentos que possam levar à convicção do fato a comprovar.

Art. 4º - Os benefícios de pensão por morte e auxílio-reclusão ao companheiro/a homossexual devem ser concedidos independentemente da data de ocorrência do óbito ou encarceramento do segurado (mesmo anteriores à data da liminar), observando-se o disposto no art. 60 da IN/INSS/DC nº 20, de 18.05.2000, republicada em 28.07.2000, com as alterações introduzidas pela IN INSS/DC nº 46, de 13.03.2001.

Art. 5º - A inscrição de companheiro ou companheira homossexual, como dependente deverá ser efetuada no Instituto Nacional do Seguro Social, inclusive nos casos de segurado empregado ou trabalhador avulso.

Art. 6º - A Diretoria de Benefícios e a DATAPREV estabelecerão mecanismos de controle para os procedimentos ora estabelecidos nesta Instrução Normativa.

Art. 7º - Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação, revogando a Instrução Normativa, de 07 de junho de 2000."

Ambas as instruções normativas foram editadas para regulamentar situações jurídicas surgidas a partir da Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, da Terceira Vara Federal Previdenciária de Porto Alegre, da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul.

Mais do que razoável, pois, estender-se tal orientação, para alcançar situações idênticas, merecedoras do mesmo tratamento.

Diante do quadro, se o próprio INSS, objetivando traçar parâmetros para a aplicação da lacuna existente na legislação previdenciária, estabeleceu diretrizes no sentido de atender ao estabelecido em ação judicial, em situações parelhas, deverá ser aplicada a



referida instrução, sob pena de se dar tratamento desigual a segurados, em iguais condições.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a PET n. 1984/RS, Relator o Sr. Ministro Marco Aurélio, referente a liminar deferida na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, indeferiu a suspensão pretendida, nos seguintes termos:

" DECISÃO AÇÃO CIVIL PÚBLICA - TUTELA IMEDIATA - INSS - CONDIÇÃO DE DEPENDENTE - COMPANHEIRO OU COMPANHEIRA HOMOSSEXUAL - EFICÁCIA ERGA OMNES - EXCEPCIONALIDADE NÃO VERIFICADA - SUSPENSÃO INDEFERIDA. 1. O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, na peça de folha 2 a 14, requer a suspensão dos efeitos da liminar deferida na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, ajuizada pelo Ministério Público Federal. O requerente alega que, por meio do ato judicial, a que se atribuiu efeito nacional, restou-lhe imposto o reconhecimento, para fins previdenciários, de pessoas do mesmo sexo como companheiros preferenciais. Eis a parte conclusiva do ato (folhas 33 e 34): Com as considerações supra, DEFIRO MEDIDA LIMINAR, de abrangência nacional, para o fim de determinar ao Instituto Nacional do Seguro Social que: a) passe a considerar o companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial (art. 16, I, da Lei 8.213/91); b) possibilite que a inscrição de companheiro ou companheira homossexual, como dependente, seja feita diretamente nas dependências da Autarquia, inclusive nos casos de segurado empregado ou trabalhador avulso; c) passe a processar e a deferir os pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão realizados por companheiros do mesmo sexo, desde que cumpridos pelos requerentes, no que couber, os requisitos exigidos dos companheiros heterossexuais (arts. 74 a 80 da Lei 8.213/91 e art. 22 do Decreto nº 3.048/99). Fixo o prazo de 10 dias para implementação das medidas necessárias ao integral cumprimento desta decisão, sob pena de multa diária de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), com fundamento no art. 461, § 4º, do Código de Processo Civil.

Entendo inviável determinação do modo como procederá o INSS para efetivar a medida, consoante postulado pelo parquet (item 14, alínea "d"), porquanto configuraria indevida ingerência na estrutura administrativa da entidade.

O requerente esclarece que encaminhou a suspensão, inicialmente, ao Presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e, diante do indeferimento do pleito, vem renová-lo nesta Corte, à luz do artigo 4º da Lei nº 8.437/92, com a redação da Medida Provisória nº 1.984-16, fazendo-o ante a natureza constitucional do tema de mérito em discussão.

Assevera que a decisão fere a ordem e a economia públicas. Quanto à primeira, aduz que o ato "possibilita que qualquer pessoa se diga companheiro



de pessoa de mesmo sexo e solicite o benefício" (folha 4), prejudicando o funcionamento da máquina administrativa, em face da ausência de fixação de critérios. Argúi, em passo seguinte, a ilegitimidade ativa do Ministério Público para propor a demanda, ao argumento de que o direito envolvido é individual. Registra: "o gozo de benefício previdenciário não é interesse difuso ou coletivo a ser tutelado por ação civil pública" (folha 5). Além disso, ressalta a impossibilidade de conceder-se, à liminar, abrangência nacional, na medida em que os artigos 11 e 110 da Lei nº 5.010/66 e 16 da Lei nº 7.347/85 "restringem a eficácia erga omnes inerente à decisão de procedência em ação civil pública aos limites territoriais da jurisdição do órgão prolator da decisão" (folha 7). A favor desse entendimento, evoca precedente desta Corte. Sustenta a violação ao princípio da separação dos Poderes, apontando que a Juíza substituiu o Congresso Nacional ao reconhecer a união estável ou o casamento entre homossexuais.

A lesão à economia pública decorreria do fato de não se ter estabelecido a fonte de custeio para o pagamento do benefício, o que acabaria por gerar desequilíbrio financeiro e atuarial.

O ministro Carlos Velloso, então Presidente da Corte, determinou a remessa dos autos à Procuradoria Geral da República, seguindo-se o parecer de folha 89 a 96, em torno do deferimento do pleito de suspensão.

O Advogado-Geral da União manifestou-se por meio da peça de folhas 98 e 99. Defende o legítimo interesse da União para ingressar no feito, na qualidade de assistente simples, por ser responsável pelo financiamento do déficit da Previdência Social.

O pedido de ingresso restou atendido à folha 98.

Em despacho de folha 100, o INSS foi instado a informar se interpôs agravo à decisão, proferida pelo Presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que implicara o indeferimento da suspensão. Positiva a resposta da autarquia, sobreveio o despacho de folha 165, mediante o qual foram requisitadas cópias dos acórdãos para anexação ao processo.

Desta providência, desincumbiu-se o requerente, conforme se depreende dos documentos de folha 172 a 203.

Em 5 de junho de 2001, chamei o processo à ordem e determinei, à luz do princípio do contraditório, fosse dado conhecimento desta medida ao autor da ação civil pública (folha 215).

Na defesa de folha 223 a 259, além de aludir-se ao acerto da decisão impugnada, aponta-se a ausência de dano à ordem ou à economia públicas.

O Procurador-Geral da República, no parecer de folhas 426 e 427, reitera o



pronunciamento anterior.

Diante da passagem do tempo, despachei, à folha 429, a fim de que fossem prestadas informações sobre a Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0.

O requerente noticia, à folha 451, haver sido julgado procedente o pedido formulado na ação, interpondo-se a apelação, recebida no efeito devolutivo, por isso persistindo o interesse na suspensão.

Instei, então, o Instituto a aditar, querendo, o pedido, trazendo aos autos o inteiro teor da sentença proferida. Daí o aditamento de folha 471 a 474, com a notícia de que a peça encontra-se à folha 351 à 423.

2. Extraem-se da Constituição Federal algumas premissas: a - as ações, medidas e recursos de acesso ao Supremo Tribunal Federal nela estão previstos ante a competência definida no artigo 102; b - em se tratando de recurso, tal acesso pressupõe o esgotamento da jurisdição na origem - artigo 102, incisos II e III.

Soma-se a esse balizamento outro dado muito importante: de acordo com a jurisprudência reiterada, apenas se admite a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar ação cautelar que vise a imprimir eficácia suspensiva a certo recurso, uma vez não só interposto, como também submetido ao crivo do juízo primeiro de admissibilidade, verificando-se, neste último, a devolução da matéria.

Então, há de considerar-se como sendo de excepcionalidade maior a possibilidade de chegar-se à Suprema Corte por meio de pedido de suspensão de medida liminar, sentença ou acórdão - procedimento que ganha contornos de verdadeira ação cautelar -, e, mesmo assim, diante do que, até aqui, está sedimentado acerca da admissibilidade da medida.

Tanto quanto possível, devem ser esgotados os remédios legais perante a Justiça de origem, homenageando-se, com isso, a organicidade e a dinâmica do próprio Direito e, mais ainda, preservando-se a credibilidade do Judiciário, para o que mister é reconhecer-se a valia das decisões proferidas, somente atacáveis mediante os recursos pertinentes. Estes, por sinal, viabilizam a almejada bilateralidade do processo, o tratamento igualitário das partes, o que não ocorre com a suspensão de liminar, segurança, tutela antecipada ou qualquer outra decisão. Consubstancia a medida tratamento diferenciado, somente favorecendo as pessoas jurídicas de direito público.

Nisso, aqueles que a defendem tomam-na como a atender interesse coletivo, mas deixam de atentar para a dualidade entre o interesse coletivo primário, a beneficiar todos, e o interesse coletivo secundário, ou seja, os momentâneos e isolados da Administração Pública, sempre sujeitos aos ares da política

governamental em  
curso.

Assim, toda e qualquer norma ordinária que enseje o acesso direto e com queima de etapas ao Supremo Tribunal Federal deve ser aplicada com a cabível cautela.

A aferição da tese conducente à suspensão quer de liminar, de tutela antecipada ou de segurança não prescinde do exame do fundamento jurídico do pedido. Dissociar a possibilidade de grave lesão à ordem pública e econômica dos parâmetros fáticos e de direito envolvidos na espécie mostra-se como verdadeiro contra-senso. É potencializar a base da suspensão a ponto de ser colocado em plano secundário o arcabouço normativo, o direito por vezes, e diria mesmo, na maioria dos casos, subordinante, consagrado no ato processual a que se dirige o pedido de suspensão.

Não há como concluir que restou configurada lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas, fazendo-o à margem do que decidido na origem, ao largo das balizas do ato processual implementado à luz da garantia constitucional de livre acesso ao Judiciário.

Na prática de todo e qualquer ato judicante, em relação ao qual é exigida fundamentação, considera-se certo quadro e a regência que lhe é própria, sob pena de grassar o subjetivismo, de predominar não o arcabouço normativo que norteia a atuação, mas a simples repercussão do que decidido.

**Constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV do artigo 3º da Carta Federal). Vale dizer, impossível é interpretar o arcabouço normativo de maneira a chegar-se a enfoque que contrarie esse princípio basililar, agasalhando-se preconceito constitucionalmente vedado.**

**O tema foi bem explorado na sentença (folha 351 à 423), ressaltando o Juízo a inviabilidade de adotar-se interpretação isolada em relação ao artigo 226, § 3º, também do Diploma Maior, no que revela o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar.**

**Considerou-se, mais, a impossibilidade de, à luz do artigo 5º da Lei Máxima, distinguir-se ante a opção sexual.**

**Levou-se em conta o fato de o sistema da Previdência Social ser contributivo, prevendo a Constituição o direito à pensão por morte do segurado, homem ou mulher, não só ao cônjuge, como também ao companheiro, sem distinção quanto ao sexo, e dependentes - inciso V do**



artigo 201. Ora, diante desse quadro, não surge excepcionalidade maior a direcionar à queima de etapas. A sentença, na delicada análise efetuada, dispôs sobre a obrigação de o Instituto, dado o regime geral de previdência social, ter o companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial. Tudo recomenda que se aguarde a tramitação do processo, atendendo-se às fases recursais próprias, com o exame aprofundado da matéria. Sob o ângulo da tutela, em si, da eficácia imediata da sentença, sopesaram-se valores, priorizando-se a própria subsistência do beneficiário do direito reconhecido. É certo que restou salientada a eficácia da sentença em todo o território nacional. Todavia este é um tema que deve ser apreciado mediante os recursos próprios, até mesmo em face da circunstância de a Justiça Federal atuar a partir do envolvimento, na hipótese, da União.

Assim, não parece extravagante a óptica da inaplicabilidade da restrição criada inicialmente pela Medida Provisória nº 1.570/97 e, posteriormente, pela Lei nº

9.497/97 à eficácia erga omnes, mormente tendo em conta a possibilidade de enquadrar-se a espécie no Código de Defesa do Consumidor. 3. Indefiro a suspensão pretendida. 4. Publique-se." ( grifo nosso) ( **Classe / Origem Pet**

**1984 / RS PETIÇÃO Relator(a) Min. MARCO AURÉLIO DJ DATA-20/02/2003 P - 00024 )**

Em nossa jurisprudência, ademais, os tribunais de segundo grau já têm entendido como cabível não só a partilha de bens, após a dissolução da união homossexual, como também a pensão por morte ao companheiro do segurado falecido, como se verifica nos seguintes julgados:

"Ementa: Apelação Cível. Ação de Reconhecimento de Dissolução de Sociedade de Fato cumulada com partilha. Demanda julgada procedente. Recurso improvido.

Aplicando-se analogicamente a Lei 9278/96, a recorrente e sua companheira têm direito assegurado de partilhar os bens adquiridos durante a convivência, ainda que dissolvida a união estável. O Judiciário não deve distanciar-se de questões pulsantes, revestidas de preconceitos só porque desprovidas de norma legal. A relação homossexual deve ter a mesma atenção dispensada às outras ações. Comprovado o esforço comum para a ampliação ao patrimônio das conviventes, os bens devem ser partilhados. Recurso Improvido" (Tribunal de Justiça da Bahia. Apelação Cível n.º 16313-9/99. Terceira Câmara Cível. Relator: Des. MARIO ALBIANI, Julgado em 04/04/2001).

"PREVIDENCIÁRIO – PENSÃO – COMPANHEIRO HOMOSSEXUAL.

I. O autor comprovou uma vida em comum com o falecido segurado, mantendo conta bancária conjunta, além da aquisição de bens, tais como veículo e imóveis em seus nomes, por mais de vinte anos.

II. Os ordenamentos jurídicos apresentam lacunas que se tornam mais evidentes nos dias atuais, em virtude do descompasso entre a atividade legislativa e o célere processo de transformação por que passa a sociedade.

III. Compete ao juiz o preenchimento das lacunas da lei, para adequá-la à realidade social, descabendo, na concessão da pensão por morte a companheiro ou companheira homossexual, qualquer discriminação em virtude da opção sexual do indivíduo, sob pena de violação dos artigos 3º, inciso IV, e

5º, inciso I, da Constituição Federal.

IV. Tutela antecipada concedida.

V. O artigo 226, § 3º, da Constituição Federal não regula pensão previdenciária inserindo-se no capítulo "Da Família".

VI. Apelação e remessa necessária improvidas.

POR UNANIMIDADE, NEGADO PROVIMENTO À APELAÇÃO E À REMESSA NECESSÁRIA."(Apelação Cível Proc. 2002.51.01.000777-0 , Tribunal Regional Federal da Segunda Região, Terceira Turma, – Publ. no DJ de 21/07/2003, pág. 74, Relatora: Des. Fed. TANIA HEINE)

"PREVIDENCIÁRIO. O DIREITO. PENSÃO POR MORTE AO COMPANHEIRO HOMOSSEXUAL. 1. A sociedade, hoje, não aceita mais a discriminação aos homossexuais. 2. O Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo a união de pessoas do mesmo sexo para efeitos sucessórios. Logo, não há por que não se estender essa união para efeito previdenciário. 3. "O direito é, em verdade, um produto social de assimilação e desassimilação psíquica ..." (Pontes de Miranda). 4. "O direito, por assim dizer, tem dupla vida: uma popular, outra técnica: como as palavras da língua vulgar têm um certo estágio antes de entrarem no dicionário da Academia, as regras de direito espontâneo devem fazer-se aceitar pelo costume antes de terem acesso nos Códigos" (Jean Cruet). 5. O direito é fruto da sociedade, não a cria nem a domina, apenas a exprime e modela. 6. O juiz não deve abafar a revolta dos fatos contra a lei" ( TRF - PRIMEIRA REGIÃO, AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 200301000006970, processo: 200301000006970 UF: MG Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA, Data da decisão: 29/4/2003 Documento: TRF100165809 Fonte DJ DATA: 29/4/2004 PAGINA: 27 Relator(a) Desembargador Federal TOURINHO NETO)

"PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE DE COMPANHEIRO HOMOSSEXUAL. UNIÃO ESTÁVEL QUANDO DO ÓBITO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Comprovada a caracterização como companheiro homossexual e presumida legalmente a dependência econômica entre companheiros, é devida a pensão por morte.

2. Os honorários advocatícios são devidos em 10% sobre as parcelas vencidas até a decisão judicial concessória do benefício pleiteado nesta ação previdenciária, excluídas as vincendas (Súmula 111 do STJ)."(Origem: TRIBUNAL - QUARTA REGIÃO, Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL -

651483, Processo: 200170000279920 UF: PR Órgão Julgador: QUINTA TURMA, Data da decisão: 15/12/2004 Fonte DJU DATA:09/03/2005

PÁGINA: 487 Relator(a) Juiz NÉFI CORDEIRO)

"ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. PENSÃO POR MORTE. SERVIDOR PÚBLICO. COMPANHEIRA HOMOSSEXUAL. LEI 8.112/90. INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS-DC Nº 25.

1 - Não há que se falar de ausência de interesse de agir quando a Ré, no mérito de sua resposta, nega o direito vindicado.

2 - A alegação de impossibilidade jurídica do pedido confunde-se com o próprio cerne da demanda, além de não existir expressa vedação legal à pretensão autoral, a implicar em extinção do feito sem julgamento do mérito.

3 - A sociedade de fato existente entre homossexuais merece tratamento isonômico ao dispensado às uniões heterossexuais em respeito aos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da promoção do bem de todos sem preconceito ou discriminação.

4 - A inexistência de regra que contemple a possibilidade da percepção do benefício da pensão por morte, por companheiro(a) homossexual de servidor público falecido, não pode ser considerada como obstáculo para o reconhecimento da existência de um fato notório, para o qual a proteção jurídica é reclamada.

5 - Mesmo que se pudesse entender que a Lei nº 8.112/90 não alberga a situação da Autora, o que implicaria em incorrer em inaceitável e antijurídica discriminação sexual, se o sistema geral de previdência do país comporta hipótese similar, como consignado na IN nº 25-INSS, a qual estabelece procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual, em observância ao princípio isonômico, deve-se aplicar aos servidores públicos federais, por analogia, o disposto nesse indigitado ato normativo.

6 - A exigência de designação expressa pelo servidor, visa tão-somente facilitar a comprovação, junto à administração do órgão competente, da vontade do falecido servidor, e sua ausência não importa em impedimento à



concessão do benefício, se confirmada essa vontade por outros meios idôneos de prova.

7 - Comprovada a união estável da Autora com a segurada falecida, bem como sua dependência econômica em relação à mesma, e tendo-se **por** superada a questão relativa à ausência de designação, forçoso é se reconhecer em favor dela o direito à obtenção da pensão pleiteada. Precedentes. Preliminares rejeitadas. Apelação e Remessa Oficial improvidas."(TRIBUNAL - QUINTA REGIAO, Classe: AC - Apelação Cível- 334141, Processo: 200284000022754 UF: RN Órgão Julgador: Terceira Turma, Data da decisão: 17/06/2004 Fonte DJ - Data:27/07/2004 - P. 286 )

A União homoafetiva é, sem embargo, tema com intensos reflexos no mundo jurídico, não podendo, pois, o direito, em momento algum, fechar-se de modo a ignorar ou simplesmente repudiar a realidade existente.;" **e assim é, na verdade, pois o direito não regula os sentimentos. Contudo, dispõe ele sobre os efeitos que a conduta determinada por esse afeto, pode representar como fonte de direitos e deveres, criadores de relações jurídicas previstas nos diversos ramos do ordenamento, algumas interessando no Direito de Família, como o matrimônio e, hoje, a União Estável, outras ficando a margem dele.**" (REsp 148897 / MG ; Relator(a) Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA Data do Julgamento 10/02/1998)

Relembre-se que, a própria mulher, por séculos a fio, era tratada pelo sistema jurídico como relativamente incapaz.

Diante do exposto, preenchidas suficientemente as exigências da Lei n.

8.213/91, comprovadas a qualidade de segurado do "de cujus" e a convivência afetiva e duradoura entre o segurado falecido e o autor, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.