

**Cargo 2: ASSESSOR JURÍDICO**

**O QUE SE ESPERA DO CANDIDATO**

**PARECER**

▶ Quanto ao item “a”: O candidato deve mencionar que o princípio da legalidade não pode ser visto isoladamente no ordenamento jurídico constitucional. Assim, o fato de o art. 226, em seu § 3.º, prescrever *Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento*, não pode ser entendido como vedação ao reconhecimento pretendido. O ordenamento deve ser interpretado como um todo. “Não se interpreta o direito em tiras”.

O candidato também pode mencionar que, hoje, o princípio da legalidade não é visto apenas no sentido da legalidade estrita, ou seja, de se reconhecerem apenas os direitos que são expressamente previstos por lei. Hoje, o princípio da legalidade evoluiu para o que se chama de “princípio da juridicidade”. Assim, a “legalidade” de determinado direito deve ser aferida em todo o sistema, no ordenamento como um todo, e não apenas na lei *stricto sensu*. Nesse sentido, ganham enorme relevância os princípios e a hermenêutica constitucional.

▶ Quanto ao item “b”: O candidato deve mencionar que, no bojo da CF, há diversos princípios aplicáveis à espécie: o da dignidade da pessoa humana, o da igualdade, o da liberdade e o da segurança jurídica.

Confira-se a conclusão de estudo sobre o tema do professor Luis Roberto Barroso (Internet: <pfdc.pgr.mpf.gov.br>).

“75. É possível compendiar as principais idéias desenvolvidas ao longo do presente estudo nas seguintes proposições:

- A. As uniões homoafetivas são fatos lícitos e relativos à vida privada de cada um. O papel do Estado e do Direito, em relação a elas como a tudo mais, é o de respeitar a diversidade, fomentar a tolerância e contribuir para a superação do preconceito e da discriminação.
- B. A Constituição de 1988 não contém regra expressa acerca de orientação sexual ou de relações homoafetivas.
- C. A regra do art. 226, § 3.º, da Constituição, que se refere ao reconhecimento da união estável entre homem e mulher, representou a superação da distinção que se fazia anteriormente entre o casamento e as relações de companheirismo. Trata-se de norma inclusiva, de inspiração antidiscriminatória, que não deve ser interpretada como norma excludente e discriminatória, voltada a impedir a aplicação do regime da união estável às relações homoafetivas.
- D. Justamente ao contrário, os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da liberdade impõem a extensão do regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas. *Igualdade* importa em política de reconhecimento; *dignidade*, em respeito ao desenvolvimento da personalidade de cada um; e *liberdade*, no oferecimento de condições objetivas que permitam as escolhas legítimas. Ademais, o princípio da *segurança jurídica*, como vetor interpretativo, indica como compreensão mais adequada do Direito aquela capaz de propiciar previsibilidade nas condutas e estabilidade das relações.
- E. Admitindo-se, para argumentar, sem conceder, que a conclusão anterior não devesse prevalecer — isto é, que os princípios enunciados não incidissem diretamente, produzindo a solução indicada —, ter-se-ia como consequência a existência de lacuna normativa, à vista do fato de que tampouco existe regra expressa sobre o ponto.
- F. Nesse caso, a forma adequada de integração da lacuna normativa seria a analogia. A situação mais próxima à da união estável entre pessoas do mesmo sexo é a da união estável entre homem e mulher, por terem ambas como características essenciais a afetividade e o projeto de vida comum. A figura da sociedade de fato não contém esses elementos e a opção por uma analogia mais remota seria contrária ao Direito. É como me parece. Rio de Janeiro, 10 de novembro de 2006.

Luis Roberto Barroso.”

▶ Quanto ao item “c”: O candidato deve mencionar que a jurisprudência vem reconhecendo o parceiro homossexual como dependente para fins previdenciários e assistenciais. Não se pretende, por óbvio, que o candidato cite os acórdãos, mas que apenas cite qual a orientação do STJ e de outros tribunais, que é a de se admitir o pleito.

Nesse sentido: TJ/RS, j. 17 nov. 2004, AC 70009550070, Rel. Des. Maria Berenice Dias: “Inconteste que o relacionamento homoafetivo é um fato social que se perpetuou através dos séculos, não podendo o Judiciário se olvidar de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não a diversidade de gêneros. E, antes disso, é o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, em atitude manifestamente preconceituosa e discriminatória. Deixemos de lado as aparências e vejamos a essência. (...) A Constituição Federal proclama o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à intimidade (art. 5º, caput) e prevê como objetivo fundamental, a promoção do bem de todos, ‘sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação’ (art. 3º, IV). Dispõe, ainda, que ‘a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais’ (art. 5º, XLI). Portanto, sua intenção é a promoção do bem dos cidadãos, que são livres para ser, rechaçando qualquer forma de exclusão social ou tratamento desigual.” V. também: TJ/RJ, j. 21 mar. 2006, AC 2005.001.34933, Rel. Des. Leticia Sardas: “Dado o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e da expressa proscrição de qualquer forma de discriminação sexual, não há impedimento jurídico ao reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo, com os efeitos patrimoniais aludidos pela Lei 8.971/94 e 9.278/96. 2. Interpretação sistemática do disposto no § 3º do art. 226 da Constituição Federal revela que a expressão homem e mulher referida na dita norma está vinculada à possibilidade de conversão da união estável em casamento, nada tendo a ver com o receita de convivência que, de resto, é fato social aceito e reconhecido, até mesmo fins previdenciários”.

PROCESSO CIVIL E CIVIL - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA - SÚMULA 282/STF - UNIÃO HOMOAFETIVA - INSCRIÇÃO DE PARCEIRO EM PLANO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA - POSSIBILIDADE - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO-CONFIGURADA.

- Se o dispositivo legal supostamente violado não foi discutido na formação do acórdão, não se conhece do recurso especial, à míngua de prequestionamento.
- A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica.
- O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana.
- Para configuração da divergência jurisprudencial é necessário confronto analítico, para evidenciar semelhança e simetria entre os arestos confrontados. Simples transcrição de ementas não basta.  
(REsp 238.715/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 07.03.2006, DJ 02.10.2006 p. 263)

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.
  - 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, rededir, 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."
- Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Júnior. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**. 4.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafé, 2004. p. 251.
- 4 Em que pesem as alegações do recorrente quanto à violação do art. 226, §3.º, 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 7/6/2000, 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. (REsp 395.904/RS, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, SEXTA TURMA, julgado em 13.12.2005, DJ 06.02.2006 p. 365).

Cabe ressaltar, por fim, conforme consta dos julgados citados, que "O INSS, motivado pela Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, editou a Instrução Normativa 25, de 7 de junho de 2000, que estabelece os "*procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual*". " O ato permite a concessão de pensão por morte ou auxílio-reclusão ao companheiro ou companheira homossexual. Já é clara a relevância dessa relação afetiva no Direito Previdenciário."

#### QUESTÃO 1

O candidato deverá afirmar que não se trata de responsabilidade objetiva como entendeu o Prefeito, eis que só haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, quando estiver especificado em lei ou a atividade envolver risco (art. 927, pu CC), o que não é o caso. Na hipótese apresentada deverá também expor que se aplica a responsabilidade subjetiva, que exige os pressupostos da conduta, da culpa, do dano e do nexo de causalidade.

O fato de ter o agente incorrido em culpa grave não induz à responsabilidade objetiva, porque é justamente a desnecessidade da prova de culpa que faz com que se responda objetivamente, ou seja, a responsabilidade objetiva exige somente a conduta, o dano e o nexo de causalidade.

Incide na hipótese o estado de necessidade, excludente de ilicitude prevista no art. 188, II, CC. O candidato deverá dizer que Marta encontrava-se acobertada pelo estado de necessidade, pois destruiu coisa alheia a fim de remover perigo iminente, qual seja a lesão ao menor. (o caso apresentado é exemplo clássico de estado de necessidade, Carlos Roberto Gonçalves, p. 434) Marta, mesmo agindo em estado de necessidade, responderá pelo prejuízo, pois a Prefeitura não foi culpada pelo perigo. Se a pessoa lesada, no caso de ato praticado em estado de necessidade, não for culpada pelo perigo, terá direito à indenização do prejuízo que sofreu. (art. 929 CC)

Marta terá direito de regresso contra os pais do menor pela indenização que pagou à Prefeitura, haja vista que o perigo ocorreu por culpa de seu filho e os pais são responsáveis, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia, ainda que não haja culpa de sua parte (conforme art. 932, I, c/c 933 CC). O menor só responderá pelo prejuízo se seus pais não tiverem a obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. No entanto, a indenização não poderá privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependam (art. 928 CC)

#### QUESTÃO 2

A norma aplicável é a trabalhista e ocorreu a prescrição. O TST já firmou entendimento no sentido de que, se o dano decorre da relação de trabalho, aplica-se o prazo prescricional de 2 anos, previsto no art. 7.º, inciso XXIX, da CF/88, e não, o de 20 anos, previsto no art. 177 do Código Civil de 1916, pois o ordenamento jurídico trabalhista traz previsão específica para o prazo prescricional, que é unificado. Essa posição também toma como fundamento o art. 11 da CLT. Portanto, aplica-se o prazo bienal às pretensões resultantes das relações de trabalho.

O direito material não é cível, mas trabalhista, uma vez que as normas do direito comum que regem a situação são normas integrantes também do direito do trabalho, por força do que taxativamente prevê o art. 8.º, parágrafo único, da CF/88. Assim, se o direito é trabalhista, a prescrição a ele agregada também o é.