



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

PARECER N.º 15.494/11

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO. Cônjuge masculino. Companheiro em união estável heterossexual. Companheiro e companheira em união estável entre pessoas do mesmo sexo. Inteligência do § 3º do artigo 226 da Constituição Federal. Interpretação do STF na ADI nº 4277 e ADPF nº 132. Aplicação da Lei Estadual 7.672/1982, artigos 9º, incisos I, II e parágrafo 4º. LC 10.098/94, artigos 58, parágrafos 1º e 2º, 64, inciso III, 75, 118, inciso IV, 126, 127, inciso VII, 139, 147, 178, incisos XIV e XXI, 206, parágrafo 3º, 255, 259, 267. Precedentes no âmbito da Administração Pública Federal. Incidência dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da não-discriminação, da não-subjugação, da segurança jurídica e do pluralismo. Possibilidade de interpretação conforme a Constituição tocante à legislação infraconstitucional estadual. Direito à Previdência do Estado do Rio Grande do Sul e direitos estatutários. Precedentes judiciais. Posicionamento da doutrina majoritária.

Trata-se de análise da Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos da Procuradoria-Geral do Estado, relativamente à necessidade de fixação de nova orientação à Administração Pública Estadual, com caráter normativo, tocante à extensão de benefícios previdenciários ao marido ou companheiro em união estável heterossexual e à companheira ou ao companheiro em união estável homossexual bem como a extensão de direitos e vedações estatutários previstos na LC 10.098/94 a companheiro ou companheira em união estável homossexual, com base no artigo 132, *caput, in fine*, da Constituição Federal de 1988, artigo 82 inciso XV *c/c* o artigo 115, inciso I, ambos da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul de 1989, artigo 1º, *caput, c/c* artigo 2º, incisos IV, VII, X, XII e artigo 13, parágrafo único, todos da LC n.º 11.742/2002, Portaria nº 312, de 12 de novembro de 1999 – Regimento Interno da Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos da PGE, artigo 2º, *caput* e incisos I e II,



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

suportados por interpretação inclusiva do artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Federal vigente, fundado na nova interpretação fixada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 4277 e ADPF nº 132, bem como na interpretação conforme do artigo 1.723 do Código Civil e dos artigos 58, parágrafos 1º e 2º, 64, inciso III, 75, 118, inciso IV, 126, 127, inciso VII, 139, 147, 178, incisos XIV e XXI, 206, parágrafo 3º, 255, 259, 267, 269, estes todos da Lei Complementar nº 10.098/94 e, ainda, artigos 9º, incisos I e II e parágrafo 4º da Lei Estadual 7.672/1982 e disposições da Lei Estadual nº 11.872/2002.

A questão ora posta reside na controvérsia acerca da possibilidade de ser conferida interpretação conforme a Constituição a diversas disposições infraconstitucionais constantes de diplomas legais que tratam da união estável como entidade familiar, em situações afetas à Administração Pública Estadual. Objetivando conferir idêntico tratamento à união estável de pessoas do mesmo sexo, tendo em vista a necessidade imperiosa de adequação de tais normas à interpretação que as harmonizem com princípios constitucionais e, agora também, com a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988 e as consequências daí advindas.

A solução da questão busca apontar fundamentos jurídicos para a construção de uma interpretação dos dispositivos legais implicados de forma a determinar sejam consideradas, para fins de tratamento isonômico àquele conferido às uniões estáveis heterossexuais, no âmbito da Administração Pública, também as relações homossexuais estáveis. Dessa forma, confere-se ao companheiro ou companheira homossexual, para fins estatutários e previdenciários, igual trato, possibilitando, por decorrência, tratamento isonômico de companheiro ou companheira em união estável homossexual, independentemente de alteração legislativa, tanto no âmbito estatutário quanto na seara previdenciária. O referido tratamento isonômico envolve a inscrição de marido ou de companheiro heterossexual, assim como companheiro ou companheira homossexual, na qualidade de dependente e, com isso, autoriza, diretamente na via administrativa, o processamento e o deferimento de pedidos para fruição de direitos estatutários, de pensão por morte, auxílios e quaisquer benefícios previdenciários, em requerimentos realizados por companheiros e companheiras do mesmo sexo em uniões homossexuais, desde que satisfeitos, pelos requerentes, os mesmos requisitos exigidos nas uniões estáveis heterossexuais e, nestas como naquelas, a identidade de tratamento para segurado ou segurada em relação a seus dependentes.

É o relatório

Cumpre assinalar que a matéria já vem sendo debatida há alguns anos e que ultimamente veio recebendo crescente atenção, especialmente tendo em conta as profundas alterações sociais nos campos culturais e comportamentais, trazendo reflexos no campo jurídico, no qual avanços importantes têm sido obtidos, tanto no campo internacional com a elaboração de documentos internacionais, especialmente no âmbito da



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

Organização das Nações Unidas e no da Organização dos Estados Americanos, quanto no âmbito das legislações e das jurisprudências internas, no que o Brasil vem se inserindo.¹

Assim que, no âmbito da Administração Federal, a matéria já fora enfrentada e equacionada desde 12/5/2010, por força do Despacho nº 843/2010² do Consultor-Geral da União, que teve por fundamento o Parecer nº 038/2010/RM/DENOR/CGU/AGU, pelo qual restou estabelecido que o tratamento a ser dado nas situações de uniões estáveis homossexuais, no âmbito federal, especialmente quanto a benefícios previdenciários, fosse idêntico àquele previsto para o casamento e para as uniões estáveis heterossexuais.

Nessa linha de evolução no campo da Administração Pública Federal e na esteira de novos fundamentos lançados pela jurisprudência, especialmente a recente decisão do Supremo Tribunal Federal sobre as uniões homossexuais, se apresenta, igualmente, de forma contundente, também a necessidade de que as mesmas consequências jurídicas perseguidas se produzam na Administração Pública Estadual, tanto no campo previdenciário assim como nos demais espaços jurídicos da Administração Pública do Estado do Rio Grande do Sul, especialmente, ainda no âmbito estatutário – Lei Complementar 10.098/94 – e nas situações previstas pela Lei Estadual nº 11.872/2002.

Assim fixada a matéria, as questões a serem enfrentadas, tendo por base os mesmo fundamentos constitucionais e cuja solução há de ser coerente para todas as situações ora delimitadas, podem assim ser apontadas:

¹ Conforme Luiz Mello “Desde fins dos anos 60, a questão do reconhecimento social e jurídico das relações amorosas estáveis entre homossexuais vem ganhando a arena política no mundo ocidental, ainda que apenas a partir de fins dos anos 80 tenha adquirido uma visibilidade social ostensiva, apresentando os primeiros resultados favoráveis às demandas de gays e lésbicas. Assim, Dinamarca, Noruega, Suécia, Groenlândia, Islândia, Portugal, Hungria e Alemanha são países onde as uniões homossexuais já conquistaram amparo legal. Na Holanda, na Bélgica, na Espanha e no Canadá, o casamento entre pessoas do mesmo sexo possui o mesmo estatuto do casamento civil entre heterossexuais, enquanto Estados Unidos e França vêm sendo palco de fortes debates acerca da mudança do entendimento legal do casamento, de forma a contemplar também casais homossexuais. Apenas na Holanda e na Espanha já é possível a um casal de gays ou de lésbicas adotar crianças, com ambos os integrantes reconhecidos como pais/mães. Buenos Aires, desde julho de 2003, tornou-se a primeira cidade da América Latina a reconhecer estatuto legal de uniões homossexuais, ainda que o alcance desse reconhecimento restrinja-se a seguro-saúde, curatela e crédito conjunto para financiamentos.” (MELLO, Luiz. **Novas Famílias – Conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro, Ed. Garamond Ltda., 2005, p 51/52).

² “(...) Estou de acordo, pois, com as conclusões a que chega o autor no sentido de ser possível fixar interpretação conforme o texto constitucional para que os dispositivos legais que tratem de dependentes para fins previdenciários de servidores públicos, de militares e dos trabalhadores regidos pelo Regime Geral da Previdência Social abranjam também os companheiros homossexuais, nos termos do item 18.1 do indigitado Parecer, às fls. 360v dos autos.

Caso colha o entendimento defendido pela Consultoria-Geral da União, sugiro o encaminhamento de cópias do Despacho de V^a. Ex^a., deste Despacho e do Parecer nº 038/2009/DENOR/CGU/AGU, à Secretaria-Geral do Contencioso, à Procuradoria-Geral da União, à Procuradoria-Geral Federal, com a sugestão, quanto às duas últimas, de disseminação e orientação a todas as suas unidades.(...)”



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

- a) Da concessão de benefícios previdenciários do IPERGS:
- a.1 – ao companheiro ou companheira em união estável homossexual como dependente
 - a.2 - ao companheiro em união estável heterossexual como dependente
 - a.3 – ao marido como dependente: da exigência de comprovação de dependência econômica
- b) da extensão dos direitos e vedações funcionais previstos na Lei Complementar 10.098/94 do Estado do Rio Grande do Sul para companheiro ou companheira em união estável heterossexual também para companheiro e companheira em união estável homossexual.

1 - Da Concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira em união estável homossexual como dependente:

No Brasil, que vem acompanhando, em larga medida, as discussões internacionais, a matéria vem, de forma crescente, sendo objeto de atenção tanto por parte da doutrina quanto da jurisprudência, culminando com o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, no dia 04/5/2011, da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4277 e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132, aquela proposta pela Procuradoria-Geral da República e esta pelo Estado do Rio de Janeiro, no qual foi fixada pela Suprema Corte sua interpretação do parágrafo 3º do artigo 226 da CF/88 e propugnada interpretação conforme a Constituição do artigo 1723 do Código Civil vigente, restando afastada, com base em tal julgamento, interpretação excludente que impedia entendimento no sentido de estender os direitos da união estável para os conviventes do mesmo sexo.

Nesse sentido, há que se ter em conta interpretação do parágrafo 3º do artigo 223 da CF/88 em consonância, quando menos e especialmente, com os artigos 1º, inciso III e 3º, inciso IV e, também, artigo 5º, *caput* e seu inciso I, todos também da Magna Carta, que possibilitam harmonização daquela regra com esses princípios constitucionais inafastáveis. Considerando-se que referidos princípios proíbem discriminação de qualquer natureza, levando em conta a dignidade da pessoa humana, o que significa a proibição de todo e qualquer tipo de discriminação, e a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações, é permitida, dessa feita, conforme o atual quadro jurídico-constitucional, a proteção legal da união estável entre pessoas do mesmo sexo, com os efeitos daí decorrentes, e a superação de tratamentos discriminatórios entre homens e mulheres em situações cujos fundamentos não mais se sustentam.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

Nessa esteira, oportuno apontar, também, que o Estado do Rio de Janeiro, na ADPF nº 132, julgada em conjunto com a ADI n.º 4277, pediu que fosse conferida interpretação conforme dos dispositivos legais constantes do Estatuto dos Servidores Público Civis daquele Estado, buscando reconhecimento de direito de licença, previdência e assistência aos casais homossexuais, tendo havido, de parte da AGU, posicionamento favorável à interpretação conforme à Constituição dos dispositivos querreados, aliando-se ao pedido de inconstitucionalidade de determinada interpretação dos dispositivos implicados.³

No recentíssimo julgamento do STF, aqui em foco, efetivamente, houve decisão pela procedência dos pedidos conforme Informativo n.º 625 do STF:

“(…) A norma constante do art. 1.723 do Código Civil — CC (“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”) não obsta que a união de pessoas do mesmo sexo possa ser reconhecida como entidade familiar apta a merecer proteção estatal. Essa a conclusão do Plenário ao julgar procedente pedido formulado em duas ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas, respectivamente, pelo Procurador-Geral da República e pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro. Preliminarmente, conheceu-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental — ADPF, proposta pelo segundo requerente, como ação direta, tendo em vista a convergência de objetos entre ambas as ações, de forma que as postulações deduzidas naquela estariam inseridas nesta, a qual possui regime jurídico mais amplo. Ademais, na ADPF existiria pleito subsidiário nesse sentido. Em seguida, declarou-se o prejuízo de pretensão originariamente formulada na ADPF consistente no uso da técnica da interpretação conforme a Constituição relativamente aos artigos 19, II e V, e 33 do Estatuto dos Servidores Públicos Civis da aludida unidade federativa (Decreto-lei 220/75). Consignou-se que, desde 2007, a legislação fluminense (Lei 5.034/2007, art. 1º) conferira aos companheiros homoafetivos o reconhecimento jurídico de sua união. Rejeitaram-se, ainda, as preliminares suscitadas.

No mérito, prevaleceu o voto proferido pelo Min. Ayres Britto, relator, que dava interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do CC para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. Asseverou que esse reconhecimento deveria ser feito segundo as mesmas regras e com idênticas consequências da união estável heteroafetiva. De início, enfatizou que a Constituição proibiria, de modo

³ Conforme notícia o Parecer nº 38/2009/RM/DENOR/CGU/AGU “(...) Foi assim, por exemplo, na manifestação lançada na forma do § 2º do art. 5º da Lei nº 9.882/99, da lavra do Advogado da União Rodrigo de Sousa Aguiar, aprovada pelo então Advogado-Geral da União, José Antonio Dias Toffoli, na ADPF nº 132, Rel. Min. Carlos Ayres Brito, ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, que pede que seja conferida interpretação conforme dos dispositivos legais constantes do Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro, para que se reconheça o direito de licença, previdência e assistência (incisos II e V dos art. 19 e 33 do Decreto-Lei nº 220/75 aos casais homossexuais), concluindo a manifestação da AGU sobre a possibilidade de conferir interpretação conforme aos dispositivos querreados, aliando-se ao pedido de inconstitucionalidade de determinada interpretação deste dispositivo” (destaques no original).



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

expresso, o preconceito em razão do sexo ou da natural diferença entre a mulher e o homem. Além disso, apontou que fatores acidentais ou fortuitos, a exemplo da origem social, idade, cor da pele e outros, não se caracterizariam como causas de merecimento ou de desmerecimento intrínseco de quem quer que fosse. Assim, observou que isso também ocorreria quanto à possibilidade da concreta utilização da sexualidade. Afirmou, nessa perspectiva, haver um direito constitucional líquido e certo à isonomia entre homem e mulher: a) de não sofrer discriminação pelo fato em si da contraposta conformação anátomo-fisiológica; b) de fazer ou deixar de fazer uso da respectiva sexualidade; e c) de, nas situações de uso emparelhado da sexualidade, fazê-lo com pessoas adultas do mesmo sexo, ou não.

Em passo seguinte, assinalou que, no tocante ao tema do emprego da sexualidade humana, haveria liberdade do mais largo espectro ante silêncio intencional da Constituição. Apontou que essa total ausência de previsão normativo-constitucional referente à fruição da preferência sexual, em primeiro lugar, possibilitaria a incidência da regra de que “tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Em segundo lugar, o emprego da sexualidade humana diria respeito à intimidade e à vida privada, as quais seriam direito da personalidade e, por último, dever-se-ia considerar a âncora normativa do § 1º do art. 5º da CF. Destacou, outrossim, que essa liberdade para dispor da própria sexualidade inserir-se-ia no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, sendo direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana e até mesmo cláusula pétrea. Frisou que esse direito de exploração dos potenciais da própria sexualidade seria exercitável tanto no plano da intimidade (absenteísmo sexual e onanismo) quanto da privacidade (intercurso sexual). Asseverou, de outro lado, que o século XXI já se marcaria pela preponderância da afetividade sobre a biologicidade. Ao levar em conta todos esses aspectos, indagou se a Constituição sonegaria aos parceiros homoafetivos, em estado de prolongada ou estabilizada união — realidade há muito constatada empiricamente no plano dos fatos —, o mesmo regime jurídico protetivo conferido aos casais heteroafetivos em idêntica situação.

Após mencionar que a família deveria servir de norte interpretativo para as figuras jurídicas do casamento civil, da união estável, do planejamento familiar e da adoção, o relator registrou que a diretriz da formação dessa instituição seria o não-atrelamento a casais heteroafetivos ou a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Realçou que família seria, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada, o que a credenciaria como base da sociedade (CF, art. 226, caput). Desse modo, anotou que se deveria extrair do sistema a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganharia plenitude de sentido se desembocasse no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família, constituída, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade (CF, art. 226, § 3º: “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”). Mencionou, ainda, as espécies de família constitucionalmente previstas (art. 226, §§ 1º a 4º), a saber, a constituída pelo casamento e pela união estável, bem como a monoparental. Arrematou que a solução apresentada daria concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da proteção das minorias, da não-discriminação e outros. O Min. Celso de Mello destacou que a consequência mais expressiva deste julgamento seria a



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

atribuição de efeito vinculante à obrigatoriedade de reconhecimento como entidade familiar da união entre pessoas do mesmo sexo.

Por sua vez, os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso, Presidente, embora reputando as pretensões procedentes, assentavam a existência de lacuna normativa sobre a questão. O primeiro enfatizou que a relação homoafetiva não configuraria união estável — que impõe gêneros diferentes —, mas forma distinta de entidade familiar, não prevista no rol exemplificativo do art. 226 da CF. Assim, considerou cabível o mecanismo da integração analógica para que sejam aplicadas às uniões homoafetivas as prescrições legais relativas às uniões estáveis heterossexuais, excluídas aquelas que exijam a diversidade de sexo para o seu exercício, até que o Congresso Nacional lhe dê tratamento legislativo. O segundo se limitou a reconhecer a existência dessa união por aplicação analógica ou, na falta de outra possibilidade, por interpretação extensiva da cláusula constante do texto constitucional (CF, art. 226, § 3º), sem se pronunciar sobre outros desdobramentos. Ao salientar que a idéia de opção sexual estaria contemplada no exercício do direito de liberdade (autodesenvolvimento da personalidade), acenou que a ausência de modelo institucional que permitisse a proteção dos direitos fundamentais em apreço contribuiria para a discriminação. No ponto, ressaltou que a omissão da Corte poderia representar agravamento no quadro de desproteção das minorias, as quais estariam tendo seus direitos lesionados. O Presidente aludiu que a aplicação da analogia decorreria da similitude factual entre a união estável e a homoafetiva, contudo, não incidiriam todas as normas concernentes àquela entidade, porque não se trataria de equiparação. Evidenciou, ainda, que a presente decisão concitaria a manifestação do Poder Legislativo. Por fim, o Plenário autorizou que os Ministros decidam monocraticamente os casos idênticos.”

A decisão do STF consolida avanços que a jurisprudência precedente e a doutrina já vinham sinalizando, no sentido de não ser mais tolerável – senão mesmo, acrescenta-se, que jamais deveriam ou devem ser tolerados – tratamentos discriminatórios tendentes à negação ou restrição de direitos em razão de gênero ou de orientação sexual – como de resto todo e qualquer critério discriminatório. Isso porque tais tratamentos atentam contra princípios constitucionais fundamentais, também afrontam direitos e garantias individuais e coletivos e agridem, até mesmo, o mais elementar senso de justiça. Principalmente ao serem considerados tanto argumentos jurídicos, que se consubstanciam naqueles princípios e regras constitucionais, como também aspectos fundamentais de uma sociedade que hoje não pode mais conviver com uma ordem discriminatória de qualquer natureza objetivando negação de direitos a pessoas ou grupos de pessoas, em especial, pois, para o que aqui importa, em prejuízo de gênero ou de orientação sexual.

Tendo por base o catálogo de direitos fundamentais insculpido nas Constituições Federal e Estadual vigentes, assim como nos diversos instrumentos internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, torna-se insustentável na ordem jurídica vigente qualquer disposição legal ou interpretação de lei que permita condicionamentos ou vedações de caráter discriminatório contra pessoas por força de sua sexualidade, o que abarca impossibilidade de critérios de *discrimen* contra uniões constituídas por casais homossexuais, uma vez esbarram naqueles direitos fundantes da ordem constitucional.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

Conforme doutrina de J.J. Gomes Canotilho, os direitos fundamentais cumprem com quatro funções essenciais, dentre elas a de direitos de defesa e de não discriminação, e que dá suporte a toda uma nova abordagem constitucional denominada direito antidiscriminação:

“Uma das funções dos direitos fundamentais ultimamente mais acentuada pela doutrina (sobretudo a doutrina norte-americana) é que se pode chamar **função de não discriminação**. A partir do princípio da igualdade e dos direitos de igualdade específicos consagrados na constituição, a doutrina deriva esta função primária e básica dos direitos fundamentais: assegurar que o Estado trate os seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais. Esta função de não discriminação abrange todos os direitos. Tanto se aplica aos direitos, liberdades e garantias pessoais (ex. não discriminação em virtude de religião), como aos direitos de participação política (ex: direito de acesso aos cargos públicos) como ainda aos direitos dos trabalhadores (ex: direito ao emprego e formação profissional). (...) É ainda com uma acentualização-radicalização da função antidiscriminatória dos direitos fundamentais que alguns grupos minoritários defendem a efetivação plena da igualdade de direitos numa sociedade multicultural e hiperinclusiva (“direitos dos homossexuais”, “direitos das mães solteiras”, “direitos das pessoas portadoras de HIV”)⁴

No campo do direito antidiscriminação, aponta Roger Raupp Rios duas grandes vertentes teóricas que se debruçam sobre o princípio da igualdade, quais sejam, uma de caráter procedimentalista, que centralmente se orienta na perspectiva de que o princípio deve situar-se no âmbito do princípio majoritário como central na democracia, e outra de caráter substancialista que aponta a preocupação nuclear com efetivas desvantagens que são suportadas por determinados grupos sociais e busca soluções calcadas em abordagens liberais de condicionamentos fundados em preconceitos, objetivando combater tais situações de desigualdades⁵. De tal sorte, do que para além mesmo da vedação a atos e critérios discriminatórios que restringem direitos, o princípio da igualdade de proteção – *equal protection doctrine* norte americana – tem por escopo evitar situações de subjugação de pessoas, comunidades ou populações.

Tal como assevera Roger R. Rios:

“A *equal protection doctrine* é compreendida como combate contra medidas estatais que tratam certa classe de pessoas de forma subordinada, sob pena de se consagrar a existência de cidadãos de segunda categoria. A seu ver⁶, o objetivo da XIV Emenda, ao vedar a diferenciação de tratamento, é evitar que alguns se tornem “mais iguais” que outros, sendo de rigor afirmar que a garantia da igualdade, nesta tradição, contém mandamento de eliminação das condições que subjugam certos indivíduos e grupos diante dos demais.”⁷

⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra, Almedina, 4ª Ed, p. 403/404

⁵ RIOS, Roger Raupp. **Direito Antidiscriminação**, discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, p24/27

⁶ O autor aqui está se referindo à doutrina do constitucionalista Laurence Tribe.

⁷ Rios, op, cit., p. 29



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

O indigitado autor adverte, ainda, que o direito antidiscriminação, em que pese buscar soluções jurídicas para o enfrentamento à realidade da discriminação, tendo por centro uma perspectiva jurídico-dogmática, acaba permeado por importantes contribuições de outras ciências que se debruçam sobre o mesmo fenômeno.⁸

Efetivamente, a compreensão do humano definitivamente não deve contemplar leituras que fragmentem a realidade e que elidam ou impeçam um olhar que contemple a complexidade nem tampouco que, no campo jurídico, autorizem a consolidação de espaços restritivos de direitos calcada em uma perspectiva anacrônica da realidade social e da dignidade da pessoa humana, em franca contradição com a amplitude e o alcance dos princípios constitucionais fundantes de um Estado de Direito Democrático.

Fundado em tal abordagem, pode-se agregar ao campo do direito antidiscriminação o que parte da doutrina denomina *direitos de reconhecimento*, pelos quais outros conteúdos próprios de outras dimensões humanas – e explicitados ou formulados por outros saberes – são albergados de forma que as relações orientadas por discriminação, que redundam na subjugação e que têm por pedra de toque os fenômenos sociais estigmatizantes não sejam autorizados, de forma a dar, assim, concretude àqueles princípios e regras que vedam a discriminação negativa ao mesmo tempo em que conferem conteúdo positivo à igualdade, colocando o estigma no campo da ilicitude, tal como pondera José Reinaldo de Lima Lopes:

“Os *direitos de reconhecimento*, por seu turno, também precisam de pontos de partida. Pode-se dizer, portanto, que os direitos de reconhecimento partem dos seguintes pontos: a) que existem na sociedade grupos estigmatizados; b) que os estigmas são produtos institucionais e históricos e não *cósmicos*; c) que os estigmas podem não ter fundamentos científicos, racionais ou funcionais para a sociedade; d) que as pessoas que pertencem a grupos estigmatizados sofrem a usurpação ou negativa de um bem imaterial (não mercantil e nem mercantilizável), mas básico, que é o respeito e o auto-respeito; e) que a manutenção social dos estigmas é, portanto, uma injustiça, provocando desnecessária dor, sofrimento, violência e desrespeito; f) que os membros de uma sociedade, para ainda continuarem a ser membros desta sociedade, têm direito a que lhes sejam retirados os estigmas aviltantes.”⁹

Nesse passo, não é despidendo apontar que, tocante às pessoas com orientação homossexual e as relações que se consolidam entre elas, seja no campo sexual, seja no campo afetivo, gays e lésbicas sofreram – e ainda sofrem – com estigmas que, para além daqueles que residem nos espaços de poder das relações sociais e que sedimentaram preconceitos, foram também alimentados por “conceitos científicos” durante

⁸ Idem, *ibidem*, p.32

⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *In A Justiça e os Direitos de Gays e Lésbicas – jurisprudência comentada*. Célio Rolim, Fernando A. Pocahy e Roger R. Rios Org. Porto Alegre, Sulina, 2003, p. 19.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

décadas, fundados em perspectivas homofóbicas as mais variadas. Tal advertência se impõe, uma vez que argumentos “de autoridade científica” foram e ainda são invocados¹⁰ nos mais variados campos, inclusive o jurídico, buscando perpetuar as condições discriminatórias ainda persistentes.

A perspectiva heterossexista, que vai para além da abordagem homofóbica, tem carga arbitrária e se coloca como uma postura estigmatizante de gays e lésbicas, ao que se devem agregar ainda os/as travestis e transexuais¹¹, e repousa sobre compreensões arbitrarias acerca de papéis e comportamentos fixados socialmente a partir dos dados biológicos ainda aceitos sobre definição de sexo e de sexualidade e que deita raízes sobre a dualidade feminino-masculino. Aliás, é fundada na problemática visão de pretender definir sexualidade em uma rígida moldura construída culturalmente e na definição de gênero colocada nas fronteiras socialmente definidoras do que é ou não é natural.

É no mesmo cenário que também hoje se debate a questão da intersexualidade, campo em que se debruçam preocupações relacionadas às mutilações de crianças intersexuais – ainda mal abordada sob a ótica do “hermafroditismo” – que apresentam características sexuais morfológica ou funcionalmente diversas dos estereótipos dominantes definidores do sexo (macho/fêmea) e de gênero (feminino/masculino)¹². Aponta-se tal aspecto para bem demonstrar a incidência de condicionamentos culturais, sociais e mesmo de abordagens científicas que devem ser cuidadosamente enfrentadas no trato com a matéria em foco, onde, portanto, pré-compreensões e preconceitos cumprem papéis não desprezíveis, senão determinantes, a

¹⁰ Não se deve olvidar que por longo tempo a homossexualidade foi tratada como patologia, tendo sido considerada distúrbio ou perversão. Entretanto, já em 1973, para a Associação Americana de Psicologia, homossexualidade não era mais considerada doença. No Brasil, o Conselho Federal de Psicologia deixou de considerar a homossexualidade um desvio sexual desde 1985 e, em 1999, ditou regras para a atuação dos psicólogos em relação às questões de orientação sexual, bem como vedou colaborações quaisquer com abordagens que propugnem “tratamento” da homossexualidade. No âmbito da OMS, desde 1990, a Assembleia-Geral da Organização Mundial de Saúde retirou a homossexualidade da sua lista de doenças mentais, e da Classificação Internacional de Doenças (CID). No campo do direito, onde a homossexualidade também já foi considerada crime, tem hoje, cada vez mais consolidado o entendimento de que a discriminação à homossexualidade é atentatória dos direitos humanos.

¹¹ Importa alertar-se, aqui, que a questão aqui enfocada centralmente é a que envolve orientação sexual, restringindo seu alcance ao aspecto do direcionamento do desejo e condutas sexuais, bem como da afetividade, a pessoa do mesmo sexo – homossexualidade - e a constituição de relações estáveis homossexuais, sem adentrar-se nas inúmeras outras situações que envolvam o exercício da sexualidade que escapam ao conceito de heterossexualidade e que também trazem outros componentes ao espaço da homossexualidade. A referência aqui a travestis e transexuais é considerada de forma restrita a essas implicações quando relacionadas à fruição de direitos, sem adentrar-se nas diversas outras implicações que envolvem, social ou juridicamente, a assunção de aspectos físicos próprios de sexo oposto.

¹² Para maior apropriação da questão que envolve intersexualidade sugere-se, como primeira aproximação, texto de Paula Sandrine Machado intitulado “Sexo dos Anjos”, disponível em <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n24/n24a12.pdf>, e de Mauro Cabral, disponível em <http://ilga.org/ilga/pt/article/61>.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

embaraçar o alcance da decisão do STF e, por via de consequência, do que ora se propugna como solução jurídica às questões aqui imediatamente implicadas.

Nesse sentido, é importante uma aproximação com o que Daniel Borillo define como heterossexismo, entendendo como tal o posicionamento socialmente construído que hierarquiza e estigmatiza comportamentos sexuais, onde a heterossexualidade é colocada como o padrão superior, enquanto as demais manifestações e vivências de sexualidade distintas daquela restam catalogadas como inferiores, senão mesmo patológicas, colocadas no campo da perversão:

“A heterossexualidade aparece, assim, como o padrão para avaliar todas as outras sexualidades. Essa qualidade normativa – e o ideal que ela encarna – é constitutiva de uma forma específica de dominação, chamada *heterossexismo*, que se define na crença de uma hierarquia das sexualidades, em que a heterossexualidade ocupa a posição superior. Todas as outras formas de sexualidade são consideradas, na melhor das hipóteses, incompletas, acidentais, e perversas; e, na pior, patológicas, criminosas, imorais e destruidoras da civilização.”¹³

Reside nesse mesmo núcleo de hierarquização a idéia de normalidade – do que é tido como normal – a que se cola a concepção do que é “natural” e é essa vertente, dentre outras, que alimentou e alimenta concepções orientadoras de papéis e espaços sociais entre os sexos e entre os gêneros e que ainda nutre posturas resistentes à visão não discriminatória com base no sexo e na sexualidade. A mesma visão, aliás, pela qual a mulher fora colocada em posição inferiorizada e de onde adveio a justificativa de ordens sociais, sustentadas inclusive juridicamente, de subordinação em relação ao homem¹⁴, coisa que hoje repugna a consciência social jurídica, mas cujos arranjos e comportamentos sociais, em diversas situações, ainda persistem.

São da mesma ordem os posicionamentos que sustentam posturas discriminatórias relativamente à sexualidade e buscam fundamentar-se em discursos estigmatizantes que, historicamente, impuseram à homossexualidade a marginalidade e a invisibilidade. Ao que a própria ordem jurídica, em larga medida, até agora, deu guarida, mesmo ao arrepio dos princípios constitucionais que, enfim, agora são invocados na perspectiva de debelar tamanha incongruência, traduzindo uma outra ordem que o mundo dos fatos, da vida, determina seja considerada. De sorte que a homossexualidade deixe de ser critério para qualquer fim discriminatório e que a sua vivência possa ser tão legítima

¹³ BORILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito**. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Belo Horizonte, Autêntica Ed., 2010, p. 31.

¹⁴ Em verdade Bordieu vai mais longe quando afirma que “A força da ordem masculina se evidencia no fato de que ela dispensa justificação; a visão androcêntrica impõe-se como neutra e não tem necessidade de se enunciar em discursos que visem a legitimá-la. A ordem social funciona como uma imensa máquina simbólica que tende a ratificar a dominação masculina sobre a qual se alicerça: é divisão social do trabalho, distribuição bastante estrita das atividades atribuídas a cada um dos dois sexos(...) O mundo social constrói o corpo como realidade sexuada e como depositário de princípios de visão e de divisão sexualizantes.(...)” (BORUDIER, Pierre. **A Dominação Masculina**. Trad. Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2007, p.18)



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

quanto a da heterossexualidade, inclusive perante o Direito, passo fundamental para a superação do quadro opressivo social e jurídico que se vem impondo a pessoas que se orientam por outras formas de sexualidade que não a heterossexual.

Cabe aqui a análise contundente de Bourdieu:

“A opressão [dos/das homossexuais] como forma de “invisibilização” traduz uma recusa à existência legítima, pública, isto é, conhecida e reconhecida, sobretudo pelo Direito, e por uma estigmatização que só aparece de forma realmente declarada quando o movimento [de gays/lésbicas/travestis/transexuais] reivindica a visibilidade. Alega-se, então, explicitamente, a “discrição” ou a dissimulação que ele é ordinariamente obrigado a se impor.”¹⁵

É sobre essa existência legítima e pública, a ser reconhecida e garantida pelo Direito, que se está a propugnar, e não é menos do que isso o que o STF decidiu no julgamento em foco, uma vez que retira qualquer possibilidade de discriminação com negação ou restrição de direitos de qualquer natureza às pessoas homossexuais que não sejam as mesmas impostas às heterossexuais. É nesse exato sentido o voto do Ministro Ayres Brito quando assevera a necessidade do reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família.

Nessa esteira, há que se estabelecer uma nova compreensão sobre a família, de tal sorte que seja entendida não mais sobre as bases de uma “ordem natural”, especialmente considerando que a dinâmica social tem trazido novas possibilidades e novos arranjos, inclusive juridicamente aceitos para diversos fins, onde as relações de parentalidade também apresentam novas alternativas, incluindo a própria monoparentalidade. De mais a mais, a família deve ser pensada para além dos estreitos limites da reprodução humana, mas também *lócus* de recíprocas trocas e cuidados; um espaço de desenvolvimento emocional e humano de pessoas que se relacionam e interagem afetivamente, alargando de forma importante o que deve ser compreendido como espaço familiar, tal como assevera Luiz Mello:

“Assim, pensar a família no contexto das relações amorosas estáveis entre pessoas do mesmo sexo talvez seja uma oportunidade singular para a compreensão dos limites de possibilidades de construção de uma família plurívoca, desessencializada de qualquer determinação “natural”, em que a diversidade de formas possíveis de estruturação dos vínculos familiares tenha como substrato comum não apenas a preocupação com a reprodução biológica da espécie, mas, principalmente, a criação de condições que assegurem o bem-estar físico e emocional dos seres humanos em interação.”¹⁶

¹⁵ Bourdieu, *idem*, p. 144/145.

¹⁶ MELLO, *op.cit.*, p. 40.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

Merece ser apontado, ainda que em breve referência, que as práticas sexuais entre pessoas iguais biologicamente tiveram leituras e tratamentos diversos de acordo com o momento histórico, não sendo de olvidar-se que na Grécia Antiga tal comportamento para além de não sofrer censura, era socialmente admitido, senão mesmo elogiado¹⁷, ainda que fundado em outros pressupostos e que não redundavam em vínculos permanentes de natureza conjugal, compreendendo características diversas das que hoje estão presentes nas relações entre pessoas do mesmo sexo. É de destacar-se que a doutrina aponta que foi somente a partir do século XII, que, por força do cristianismo as práticas homossexuais passaram a ser duramente condenadas¹⁸, de maneira que a “ordem natural” é, isto sim, construção social e cultural que se modifica ao longo do processo histórico.

Considerando-se, pois, que não se está diante de qualquer fenômeno natural, em princípio imutável, mas sim diante de questão social e culturalmente condicionada que se transforma permanentemente ao longo do tempo e que se diferencia culturalmente, é de solar clareza que o tratamento jurídico a ser conferido à matéria, especialmente porque toca a núcleo fundamental do Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana, pedra angular tanto para os sistemas constitucionais como para o sistema internacional, deve ser tal que se coadune às profundas transformações sociais e, indelevelmente, aos princípios orientadores plasmados tanto na Constituição Federal quanto nos instrumentos constitutivos do sistema internacional de Direitos Humanos, especialmente tangentes àqueles ratificados pelo Brasil.

¹⁷ Interessante, nesse sentido, para bem ilustrar, a passagem de “O Banquete” de Platão, em que Aristófanes se posiciona sobre o Amor, quando relata que “...nossa natureza outrora não era a mesma que a de agora, mas diferente. Em primeiro lugar, três eram os gêneros da humanidade, não dois como agora, o masculino e o feminino, mas também havia a mais um terceiro, comum a esses dois, do qual resta agora um nome, desaparecida a coisa; andrógino então era um gênero distinto, tanto na forma no nome comum aos dois ao masculino e ao feminino(...)” Prosseguindo, Aristófanes descreve que aqueles seres tinham dois rostos quatro mãos e pernas e dois sexos e tinham forças descomunais mas que, por terem pretendido voltarem-se contra Zeus, foram por este partidos ao meio como forma de enfraquecer-lhes. “Por conseguinte, [prossegue Aristófanes], desde que a nossa natureza se mutilou em duas, ansiava cada uma por sua própria metade e a ela se unia (...) E sempre que morria uma das metades e a outra ficava, a que ficava procurava outra e com ela se enlaçava.” Mais adiante acrescenta: “ todos os homens que são corte do tipo comum, o que então se chamava andrógino, gostam de mulheres, e a maioria dos adultérios provém desse tipo(...) Todas as mulheres que são corte de uma mulher não dirigem muito sua atenção aos homens, mas antes estão voltadas para as mulheres e as amiguinhas provêm desse tipo. E todos os que são corte de um macho perseguem um macho, e enquanto são crianças, como cortículos do macho, gostam de homens e se comprazem em deitar-se com homens e a eles se enlaçar, e são estes os melhores meninos e adolescentes, os de natural mais corajosos. Dizem alguns, despudorados, mas estão mentindo; pois não é por despudor que fazem isso, mas por audácia, coragem e masculinidade, porque acolhem o que lhes é semelhante(...)” (PLATÃO. **O Banquete**. In Os Pensadores, São Paulo, Abril Cultural, 1979, p. 23/24)

¹⁸ Ver MELLO, op. cit, p. 41 ess; //BORILLO, op. cit., p. 48 e ss.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

Assim como o exercício da sexualidade adentra na esfera de intimidade preservada pela Constituição Federal, as relações entre pessoas do mesmo sexo que se protraem no tempo, amalgamadas pela mútua interação afetiva, devem ter o mesmo tratamento jurídico, para todos os efeitos, que aquele dado para as relações afetivas que se consolidam entre pessoas de sexos distintos, uma vez que qualquer *discrimen* fundada em orientação sexual não se coaduna com o sistema constitucional e afronta princípios cardeais, especialmente o da proibição de discriminação de qualquer natureza, o da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

E não se diga que tal critério de discriminação não afronta a Constituição por força da dicção literal do § 3º do artigo 226 e por não malferir a disposição, também literal, do inciso IV do artigo 3º, ambos de CF/88, seja porque uma interpretação literal daquele primeiro dispositivo, para além de se tratar de recurso interpretativo extremamente limitado mesmo para os critérios hermenêuticos clássicos, é ainda mais insuficiente para os atuais parâmetros no campo da interpretação constitucional, seja porque, também, incide em afronta àquele segundo dispositivo, ainda que, se assim se quisesse, por via reflexa, dado que agride a vedação de discriminação por sexo. Isso porque, está insito, na questão do exercício da sexualidade, o gênero – ou sexo – da pessoa o exercício sua sexualidade. No exato instante que se queira dar tratamento diferenciado – discriminatório – para as situações em que a sexualidade ou a afetividade é exercida com direcionamento para pessoa de sexo idêntico, está-se, pois, indo de encontro à vedação de discriminação por sexo.

Nesse sentido, é de trazer à colação um dos fundamentos de sentença proferido pelo Juiz Federal Roger Raupp Rios:

“(…) Com efeito, a discriminação por orientação sexual é uma hipótese de diferenciação fundada no sexo da pessoa para quem alguém dirige seu envolvimento sexual, na medida em que a caracterização de uma ou outra orientação sexual resulta da combinação dos sexos das pessoas envolvidas na relação.

Assim, Pedro sofrerá ou não discriminação por orientação sexual precisamente em virtude do sexo da pessoa para quem dirigir seu desejo ou conduta sexuais. Se orientar-se para Paulo, experimentará a discriminação; todavia, se dirigir-se para Maria, não suportará tal diferenciação. Os diferentes tratamentos, neste contexto, tem sua razão de ser no sexo de Paulo (igual ao de Pedro) ou de Maria (oposto ao de Pedro). Este exemplo ilustra com clareza como a discriminação por orientação sexual retrata uma hipótese de discriminação por motivo de sexo. Contra este raciocínio, pode-se objetar que a proteção constitucional em face da discriminação sexual não alcança a orientação sexual; que o *discrimen* não se define pelo sexo de Paulo ou de Maria, mas pela coincidência sexual entre os partícipes da relação sexual, tanto que homens e mulheres, nesta situação, são igualmente discriminados. Este argumento, todavia, não subsiste a um exame mais apurado. Isto porque é impossível a definição da orientação sexual sem a consideração do sexo dos envolvidos na relação verificada; ao contrário, é essencial para a caracterização de uma ou de outra orientação sexual levar-se em conta o sexo, tanto que é o sexo de Paulo ou de Maria que ensejará ou não a discriminação sofrida por Pedro. Ou seja, o sexo da pessoa envolvida em



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

relação ao sexo de Pedro é que vai qualificar a orientação sexual como causa de eventual tratamento diferenciado. (...)”¹⁹

Assim é que qualquer disposição legal, expressa ou tácita, ou qualquer interpretação que redunde em tratamento desigual com fulcro no exercício da sexualidade, assim como em qualquer critério fundado em elemento não essencial, assim entendido como qualquer aspecto ou característica não fixado pela Constituição, padece de vício de inconstitucionalidade, dentre o que se verifica a impossibilidade de vedação de direitos por critério de sexo ou de orientação sexual, uma vez que, para além da vedação de utilizar-se o sexo como critério de *discrimen*, a forma como a sexualidade é exercida por quem quer que seja, por não configurar qualquer característica essencial – por ausência de previsão constitucional – também é inviável nos marcos fixados pela Constituição Federal vigente.

Tal constituiu um dos argumentos apresentados pelo Ministério Público Federal, em ação civil pública n.º 2000.71.00.009347-0, como relata Paulo Gilberto Cogo Leivas:

“Por força do art. 5º, *caput*, toda discriminação realizada por motivo de característica não-essencial, o 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. 4º, veda qualquer discriminação por motivo de sexo, inclusive por orientação sexual, definindo esta característica como não-essencial.

(...) Portanto, em uma interpretação extensiva do conceito de “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. 4º)”²⁰

É dessa essencialidade ou não que se deve partir para considerar-se mais rigorosamente o princípio da igualdade como proibição de discriminação por orientação sexual, analisando-se tal princípio tanto no plano formal quanto no material.

Considerado tal princípio no plano formal – igualdade formal ou igualdade perante a lei – tal como disposto no inciso I do artigo 3º da Constituição vigente, encontra-se o mandamento pelo qual o direito há que se realizar de forma idêntica para todas as pessoas, abstratamente consideradas, de forma que não consubstancie qualquer tratamento a favor ou em desfavor de alguém, sendo a lei abstrata e genericamente considerada e aplicada, independentemente das especificidades de cada pessoa em suas

¹⁹ AÇÃO ORDINÁRIA (PROCEDIMENTO COMUM ORDINÁRIO) N° 2006.71.00.025761-3/RS
²⁰ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Célio Golin *et ali (org.)*. op. cit., p.119. (observe-se que se trata de erro de grafia a referência ao inciso IV do artigo 4º e não do artigo 3º da Constituição Federal constante do original do texto que, por fidelidade, aqui se reproduziu)



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

circunstâncias concretas, de forma que o comando normativo se aplique sempre da mesma forma, independentemente do destinatário em sua situação específica.

Nessa esteira, está a macular o princípio da igualdade qualquer disposição legal que adote tratamento diferenciado entre pessoas com base em sua orientação sexual, assim como, pelos mesmos fundamentos, não há que se admitir discriminação contra relações afetivas estáveis entre pessoas do mesmo sexo para fins de negar direitos, especialmente direitos básicos e fundamentais como os previdenciários e, também para o que aqui importa, estatutários, por malferimento, portanto, a um só tempo, ao artigo 3º, inciso IV, ao artigo 5º, *caput*, ao artigo 6º, *caput*, ao artigo 194, inciso I e, ainda, levando-se em conta, agora, a interpretação dada pelo STF, ao artigo 226, §3º, todos da Constituição Federal de 1988.

Assim, valendo-se do componente de essencialidade e de não-essencialidade, não há, hoje, mais nenhum argumento de ponderação suficiente que consiga sustentar que a orientação sexual se constitua em elemento essencial a justificar tratamento discriminatório de qualquer ordem, especialmente jurídico e que tente sustentar a concessão de determinados direitos estritamente para pessoas com orientação heterossexual e não para pessoas com orientação homossexual porque esbarra na proibição de discriminação por sexo, sendo inconsistente o argumento de que tal *discrimen* estaria conforme ao princípio da igualdade por atingir tanto homens quanto mulheres homossexuais dado que, como demonstrado, a perspectiva conceitual de sexualidade está estritamente vinculada ao sexo – gênero – e a tentativa de justificação de uma discriminação com base em outra (justificar a discriminação à homossexualidade masculina com base na idêntica discriminação à homossexualidade feminina e vice-versa) é lógica e principiologicamente, da mesma forma, insustentável, porque queda sem demonstrar qualquer fundamento para a discriminação em ambas as situações.²¹

Impõe-se, pois, ter-se claro que o conteúdo do texto normativo constitucional deve, em termos de interpretação de direitos fundamentais, ser compreendido da forma mais abrangente possível – interpretação extensiva – orientação esta que também se aplica aos estatutos normativos internacionais que devem ser integrados ao sistema interno. De outro lado, esse conteúdo deve corresponder, sempre e tanto quanto possível, à realidade posta em cada momento histórico, de forma que a densidade normativa da constituição se desenvolva de forma segura, firme, especialmente quando se tem em consideração tal catálogo de direitos e, mais especialmente, quando está em questão a dignidade da pessoa humana. Konrad Hesse, nesse sentido, adverte:

“Quanto mais o *conteúdo* de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa.

Tal como acentuado, constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos, e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado

²¹

RIOS, Roger Raupp. I



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

espiritual (*geistige Situation*) de seu tempo. Isso lhe há de assegurar, enquanto ordem adequada justa, o apoio e a defesa da consciência geral.”²²

Essa atualização da realidade social diante da Constituição é o que foi procedida pela mais alta Corte brasileira quando do julgamento da ADI nº 4277 e ADPF nº 132, já referido, pelo qual a vida pessoal e social de milhões de pessoas que vinham sendo deixadas à margem da proteção jurídica relativamente a diversos direitos, foram finalmente resgatadas em sua plenitude de cidadania, superando insustentável restrição de direitos fundamentais que se fundara em iníqua discriminação, sob todos os aspectos insustentáveis, devendo a ordem jurídica, em consonância com os ditames constitucionais, garantir respeito à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à igualdade, ao pluralismo, à intimidade, à busca da felicidade, o que somente é possível com obediência aos respectivos princípios, especialmente o da igualdade e o da não-discriminação. Os exercícios da sexualidade e do afeto devem ser resguardados igualmente a todas as pessoas independentemente de orientação sexual.

Tal entendimento está em harmonia não só com a Constituição, como também com os instrumentos internacionais dos quais o Brasil é signatário, especialmente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948 e com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, segundo os quais, os princípios da liberdade e da igualdade são fundamentos centrais e não admitem, dessa forma, qualquer espécie de discriminação. Efetivamente, dispõe a Declaração Universal:

“Artigo I

Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

Artigo II

Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Artigo III

Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.”

(...)

“Artigo VII

Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a seu turno, dispõe:

²² HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sérgio A. Frabis Editor, 1991, p. 20.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

“Artigo 2.º:

1. Cada Estado Parte no presente Pacto compromete-se a respeitar e a garantir a todos os indivíduos que se encontrem nos seus territórios e estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem qualquer distinção, derivada, nomeadamente, de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política, ou de qualquer outra opinião, de origem nacional ou social, de propriedade ou de nascimento, ou de outra situação.

2. Cada Estado Parte no presente Pacto compromete-se a adotar, de acordo com os seus processos constitucionais e, com as disposições do presente Pacto, as medidas que permitam a adoção de decisões de ordem legislativa ou outra capazes de dar efeito aos direitos reconhecidos no presente Pacto que ainda não estiverem em vigor.”

(...)

“Artigo 3.º

Os Estados Partes no presente Pacto comprometem-se a assegurar o direito igual dos homens e das mulheres a usufruir de todos os direitos civis e políticos enunciados no presente Pacto.”

Com base em tais instrumentos e nos necessários avanços que os Direitos Humanos vêm tendo, e tendo em conta a urgência que o enfrentamento às posições refratárias à profundidade e amplitude que tais direitos devem alcançar também no que se refere à questão da orientação sexual, o Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas assim se pronunciou:

“Como homens e mulheres de consciência, rejeitamos a discriminação em geral, e em particular aquela baseada na orientação sexual e na identidade de gênero. Quando indivíduos são atacados, abusados ou presos por causa de sua orientação sexual, temos a obrigação de nos posicionar... Hoje, muitas nações têm constituições modernas que garantem direitos fundamentais e liberdades. Ainda assim, a homossexualidade é considerada crime em mais de 70 países. Isto não está certo. Sim, reconhecemos que as práticas culturais estão profundamente enraizadas. Sim, as mudanças sociais frequentemente vêm apenas com o tempo. Mas que não haja confusão: onde há conflito entre atitudes culturais e direitos humanos universais, os direitos devem prevalecer. Reprovação pessoal, e mesmo reprovação social, não é desculpa para prender, deter, aprisionar, humilhar ou torturar ninguém, jamais.”²³

Nessa esteira, o Terceiro Plano Nacional de Direitos Humanos – PNDH III –, aprovado pelo Decreto Federal n.º 7.037, de 21 dezembro de 2009, em seu Eixo III, Diretriz 10, Objetivo Estratégico V²⁴ e Eixo IV Diretriz 13, objetivo estratégico V trata

²³ Pronunciamento do Secretário-Geral da ONU, Ban Ki-Noon em 10 de dezembro de 2010.

²⁴ Conforme consta em tal item: “Ações programáticas: a) Desenvolver políticas afirmativas e de promoção de uma cultura de respeito à livre orientação sexual e identidade de gênero, favorecendo a visibilidade e o reconhecimento social. (...) b) Apoiar projeto de lei que disponha sobre a união civil entre pessoas do mesmo sexo. (...) c) Promover ações voltadas à garantia do direito de adoção por casais homoafetivos. (...) d) Reconhecer e incluir nos sistemas de informação do serviço público todas as configurações familiares constituídas por lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais (LGBT), com base na desconstrução da heteronormatividade.(...) e) Desenvolver meios para garantir o uso do nome social de travestis e transexuais. Responsável: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República (...) f) Acrescentar campo para informações sobre a identidade de gênero dos pacientes nos prontuários do



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

expressamente dos direitos relativos à livre orientação sexual e à condenação a qualquer discriminação de tal natureza, de forma harmônica com a Constituição e em consonância com tais instrumentos internacionais.

Mais do que isso, na ONU, em Reunião do Alto Comissariado para Direitos Humanos, ocorrida em 17 de junho do corrente ano, foi aprovada, por 23 votos a favor, 19 contra e três abstenções, a Resolução nº A/HRC/17/L.9/Rev.1, pela qual haverá um levantamento mundial relativamente a práticas e leis discriminatórias, bem como atos de violência contra pessoas por força de orientação sexual ou identidade de gênero, de forma a buscar um diálogo construtivo e transparente sobre a questão, tendo o Brasil votado favoravelmente à Resolução.²⁵ A representante brasileira, em seu voto, expressa que a Resolução vai ao encontro do espírito da Declaração Universal de Direitos Humanos e, mais ainda, frisa a importância da condenação de práticas discriminatórias com base em orientação sexual das pessoas, sendo que todas as pessoas devem gozar de igual dignidade e direitos, de forma a garantir que o respeito aos direitos humanos seja uma realidade.²⁶

1.1 Do Direito do companheiro ou da companheira homossexual, em união afetiva e constitutiva de família análoga à união estável

sistema de saúde. Responsável: Ministério da Saúde g) Fomentar a criação de redes de proteção dos Direitos Humanos de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais (LGBT), principalmente a partir do apoio à implementação de Centros de Referência em Direitos Humanos de Prevenção e Combate à Homofobia e de núcleos de pesquisa e promoção da cidadania daquele segmento em universidades públicas. h) Realizar relatório periódico de acompanhamento das políticas contra discriminação à população LGBT, que contenha, entre outras, informações sobre inclusão no mercado de trabalho, assistência à saúde integral, número de violações registradas e apuradas, recorrências de violações, dados populacionais, de renda e conjugais.

²⁵ Conforme publicado na página oficial do Gabinete do Alto Comissariado para Direitos Humanos da ONU: "In a resolution (A/HRC/17/L.9/Rev.1) regarding human rights, sexual orientation and gender identity, adopted by a vote of 23 in favour, 19 against, and 3 abstentions, the Council requests the High Commissioner to commission a study to be finalised by December 2011 to document discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity, in all regions of the world, and how international human rights law can be used to end violence and related human rights violations based on sexual orientation and gender identity; decides to convene a panel discussion during the nineteenth session of the Human Rights Council, informed by the facts contained in the study commissioned by the High Commissioner and to have constructive, informed and transparent dialogue on the issue of discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity; and decides also that the panel will also discuss the appropriate follow-up to the recommendations of the study commissioned by the High Commissioner." (sublinhou-se; grifou-se) Disponível em <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=11167&LangID=E>.

²⁶ Conforme consta, ainda, do documento: "MARIA NAZARETH FARANI AZEVEDO (Brazil), also introducing draft resolution L.9 Rev. 1, congratulated South Africa for its leadership on this initiative and the constructive and transparent work on this draft resolution. This was the spirit that presided over work on draft resolution L.9 Rev. 1. The resolution reflected the aspiration of the Universal Declaration on Human Rights that all human beings are born with equal dignity and rights and the importance of condemning discrimination on the basis of sexual orientation. Brazil reiterated the importance of discussing perspectives; it was high time to move from perspectives to improve understanding on the basis of transparent dialogue. This was the proposal contained in this draft resolution which aimed at creating a place for dialogue, promoting a better understanding and contributing to make the commitment to ensure respect for human rights a reality." (sublinhou-se, grifou-se)



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

heterossexual, a benefícios previdenciários conferidos aos integrantes de união estável heterossexual pelo Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul.

Tendo por base os argumentos até aqui esgrimidos e considerando-se centralmente a recente decisão do STF referida é que se está a apontar, aqui, a necessidade de conferir nova interpretação à legislação previdenciária estadual, de sorte a coaduná-la à ordem constitucional, sob pena de restar incompatível com as determinações da Lei Maior, eivando-se, neste caso, definitivamente, de inconstitucionalidade.

Não há que se olvidar que a previdência social, que integra o conjunto de direitos de seguridade social, constitui direito fundamental, previsto pelo *caput* do artigo 6º da Constituição Federal e regrado, de forma mais específica pelo artigo 194 e subsequentes, importando sobretudo, a fixação de mais um princípio constitucional, este específico à seguridade social.

Efetivamente, dispõe a Constituição Federal:

“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.”

“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;
(...)”

A proteção social, especialmente desde o início e o desenvolvimento do trabalho assalariado nas sociedades industrializadas, de um lado, e o aprimoramento do Estado, de outro, especialmente o Estado Social, acabou por se consolidar em direito fundamental tanto nas diversas Constituições como nos instrumentos internacionais, especialmente o da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (então denominada Declaração Universal dos Direitos do Homem) assim como na Convenção n.º 102 de 1952 da OIT (Organização Internacional do Trabalho)²⁷, consagrando-se, em sua evolução, pela expressão seguridade ou segurança social para apontar a necessária proteção que o Estado deve conferir, ao lado da própria sociedade, em seu conjunto, a todos os integrantes dessa mesma sociedade e que engloba um feixe de direitos que visam a garantia de condições básicas ao desenvolvimento do ser humano em todas as suas potencialidades e do atendimento a suas necessidades básicas nos mais diversos

²⁷ O Brasil foi o 44º país a adotar esta Convenção nos termos do Decreto Legislativo 269/2008 publicado no Diário Oficial da União (DOU) de 19 de Setembro de 2008. A Convenção 102 da OIT fixa parâmetros para a segurança social dos trabalhadores, entre eles os critérios para a concessão de benefícios previdenciários básicos como aposentadoria por idade e invalidez, auxílio-doença, salário-família e maternidade e pensão por morte. A Convenção 102 foi a 81ª norma da OIT a ser ratificada pelo Brasil.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

âmbitos, tais como descritos no artigo 6º da CF/88, dentre os quais se inclui, pois, a previdência social.

Trata-se de tarefa do Poder Público organizar a seguridade social, em seus diversos níveis de competência, tendo por objetivo dar concretude àqueles direitos então previstos como fundamentais e constitutivos de um sistema de seguridade. Tal encargo se refere não à previsão abstrata de direitos, mais do que isso, refere-se a um conjunto de providências a serem adotadas para que tais direitos se verifiquem concretamente, prevendo prestações efetivas para pessoas consideradas em sua realidade, com base em situações e condições previstas de forma a garantir proteção contra riscos sociais capazes de comprometerem integral ou parcialmente aquelas condições básicas previstas.²⁸

Tal sistema, como se verifica, também se orienta por princípios, dentre os quais o da universalidade da cobertura e do atendimento, tal como expressamente fixado no inciso I do parágrafo único do artigo 194 da CF/88. No que se refere mais especificamente à previdência social, contudo, tal princípio recebe apenas a limitação de que seus benefícios constituirão direito subjetivo público apenas àquelas pessoas – e seus dependentes – que efetivamente se constituam como contribuintes do sistema de custeio. Sem embargo, o princípio da universalidade, em sede de previdência social, ainda se deve fazer cumprir, de sorte que todos os contribuintes situados na mesma condição devem gozar de idênticos benefícios. Esse princípio da universalidade no campo da seguridade social é desdobramento do princípio da igualdade previsto pelo art. 5º da CF/88 que, em sede de previdência social aceita ponderação de forma a considerar as diversas situações previstas para os contribuintes e somente por força da diferença de contribuição se diferenciarão os benefícios; mas nenhuma outra ordem de diferenciação é tolerável, sob pena de se caracterizar discriminação não autorizada pela Constituição.

É nesse passo, pois, que se aponta que a discriminação legal, expressa ou implícita, de concessão de benefícios previdenciários por força de orientação sexual não encontra guarida constitucional, vez que afronta, como demonstrado à saciedade, os pilares do Estado Democrático de Direito, tanto quanto afronta os princípios orientadores da seguridade social e da previdência social. É com tais fundamentos que a jurisprudência já vinha avançando e consolidando entendimento, dado que a negativa de benefícios previdenciários – assim como a negativa de qualquer outro direito – tendo por base a orientação sexual de forma a não contemplar as uniões afetivas homossexuais, repugna ao sentido de justiça e agride tais caros princípios albergados pela Lei Maior, o que, pois, já vem sendo rechaçado pelos diversos Tribunais do País, inclusive pelo STJ e pelo STF. Nesse sentido preleciona Maria Berenice Dias:

“Por isto está sendo tão festejado o julgamento do STJ que ratifica a posição já uniforme dos tribunais federais e de um enorme número de decisões nos tribunais estaduais 1. Acaba de ser reafirmado o direito de quem vive em uniões de afeto com pessoas do mesmo sexo de serem enquadrados no rol dos

²⁸ Ver BONAVIDES, Paulo e outros (Coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro, Forense, 2009, p.2102/2113.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

dependentes preferenciais dos segurados, no regime geral, bem como dos participantes, no regime complementar de previdência, em igualdade de condições com todos os demais beneficiários em situações análogas. A Ministra Fátima Nancy Andriglii é categórica: "A união afetiva constituída entre pessoas de mesmo sexo não pode ser ignorada em uma sociedade com estruturas de convívio familiar cada vez mais complexas, para se evitar que, por conta do preconceito, sejam suprimidos direitos fundamentais das pessoas envolvidas". Ressalta a Relatora: "Enquanto a lei civil permanecer inerte, as novas estruturas de convívio que batem às portas dos tribunais devem ter sua tutela jurisdicional prestada com base nas leis existentes e nos parâmetros humanitários que norteiam não só o Direito Constitucional, mas a maioria dos ordenamentos jurídicos existentes no mundo. Diante da lacuna da lei que envolve o caso em questão, a aplicação da analogia é perfeitamente aceitável para alavancar como entidade familiar as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo. Se por força do art. 16 da Lei nº 8.213/91, a necessária dependência econômica para a concessão da pensão por morte entre companheiros de união estável é presumida, também o é no caso de companheiros do mesmo sexo, diante do emprego da analogia que se estabeleceu entre essas duas entidades familiares"²⁹.

Nesse sentido, dada a importância e a densidade da Ementa, é de se trazer à colação outra importante decisão anterior do STF sobre a união homossexual enquanto entidade familiar:

"UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS. PRETENDIDA QUALIFICAÇÃO DE TAIS UNIÕES COMO ENTIDADES FAMILIARES. DOCTRINA. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI Nº 9.278/96. NORMA LEGAL DERROGADA PELA SUPERVENIÊNCIA DO ART. 1.723 DO NOVO CÓDIGO CIVIL (2002), QUE NÃO FOI OBJETO DE IMPUGNAÇÃO NESTA SEDE DE CONTROLE ABSTRATO. INVIABILIDADE, POR TAL RAZÃO, DA AÇÃO DIRETA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA, DE OUTRO LADO, DE SE PROCEDER À FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA DE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS (CF, ART. 226, § 3º, NO CASO). DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA (STF). NECESSIDADE, CONTUDO, DE SE DISCUTIR O TEMA DAS UNIÕES ESTÁVEIS HOMOAFETIVAS, INCLUSIVE PARA EFEITO DE SUA SUBSUNÇÃO AO CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR: MATÉRIA A SER VEICULADA EM SEDE DE ADPF. DECISÃO: (...) Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídico-social da matéria – cuja apreciação talvez pudesse viabilizar-se em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental –, cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o

²⁹ DIAS, Maria Berenice. **Previdência Privada: Reconhecimento da União Homoafetiva**. In Revista Magister de Direito Civil e Direito Processual Civil. Ano VI, Volume 36, p. 80. A decisão a que se refere a autora consta do REsp 1.026.981 de 04/02/2010. Rel. Naocy Andrih.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito e na esfera das relações sociais. Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início de terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em fórmulas preconceituosas inadmissíveis, vem sendo externada, como anteriormente enfatizado, por eminentes autores, cuja análise de tão significativas questões tem colocado em evidência, com absoluta correção, a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas (LUIZ EDSON FACHIN, "Direito de Família – Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro", p. 119/127, item n. 4, 2003, Renovar; LUIZ SALEM VARELLA/IRENE INNWINKL SALEM VARELLA, "Homeroatismo no Direito Brasileiro e Universal – Parceria Civil entre Pessoas do mesmo Sexo", 2000, Agá Juris Editora, ROGER RAUPP RIOS, "A Homossexualidade no Direito", p. 97/128, item n. 4, 2001, Livraria do Advogado Editora – ESMAFE/RS; ANA CARLA HARMATIUK MATOS, "União entre Pessoas do mesmo Sexo: aspectos jurídicos e sociais", p. 161/162, Del Rey, 2004; VIVIANE GIRARDI, "Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais", Livraria do Advogado Editora, 2005; TAISA RIBEIRO FERNANDES, "União Homossexuais: efeitos jurídicos", Editora Método, São Paulo; JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, "A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica", "in" "Revista da AJURIS" nº 88, tomo I, p. 224/252, dez/2002, v.g.). Cumpre referir, neste ponto, a notável lição ministrada pela eminente Desembargadora MARIA BERENICE DIAS ("União Homossexual: O Preconceito & a Justiça", p. 71/83 e p. 85/99, 97, 3ª ed., 2006, Livraria do Advogado Editora), cujas reflexões sobre o tema merecem especial destaque: "A Constituição outorgou especial proteção à família, independentemente da celebração do casamento, bem como às famílias monoparentais. Mas a família não se define exclusivamente em razão do vínculo entre um homem e uma mulher ou da convivência dos ascendentes com seus descendentes. Também o convívio de pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes, ligadas por laços afetivos, sem conotação sexual, cabe ser reconhecido como entidade familiar. A prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, descabendo deixar fora do conceito de família as relações homoafetivas. Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, mútua assistência, é de se concederem os mesmos direitos e se imporem iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tenham idênticas características. Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os juizes, pode fechar os olhos a essas novas realidades. Posturas preconceituosas ou discriminatórias geram grandes injustiças. Descabe confundir questões jurídicas com questões de caráter moral ou de conteúdo meramente religioso. Essa responsabilidade de ver o novo assumiu a Justiça ao emprestar juridicidade às uniões extraconjugais. Deve, agora, mostrar igual independência e coragem quanto às uniões de pessoas do mesmo sexo. Ambas são relações afetivas, vínculos em que há comprometimento amoroso. Assim, impositivo reconhecer a existência de um gênero de união estável que comporta mais de uma espécie: união estável heteroafetiva e união estável homoafetiva. Ambas merecem ser reconhecidas como entidade familiar. Havendo convivência duradoura, pública e contínua entre duas pessoas, estabelecida com o objetivo de constituição de família, mister reconhecer a existência de uma união estável. Independente do sexo dos parceiros, fazem jus à mesma proteção. Ao menos até que o legislador regulamente as uniões homoafetivas - como já fez a maioria dos países do



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

mundo civilizado -, incumbe ao Judiciário emprestar-lhes visibilidade e assegurar-lhes os mesmos direitos que merecem as demais relações afetivas. Essa é a missão fundamental da jurisprudência, que necessita desempenhar seu papel de agente transformador dos estagnados conceitos da sociedade. (...)” (grifei) Vale rememorar, finalmente, ante o caráter seminal de que se acham impregnados, notáveis julgamentos, que, emanados do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, acham-se consubstanciados em acórdãos assim ementados: “Relação homoerótica – União estável – Aplicação dos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade – Analogia – Princípios gerais do direito – Visão abrangente das entidades familiares – Regras de inclusão (...) – Inteligência dos arts. 1.723, 1.725 e 1.658 do Código Civil de 2002 – Precedentes jurisprudenciais. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas.” (Apelação Cível 70005488812, Rel. Des. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, 7ª Câmara Civil - “(...) 6. A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas. 7. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. 8. As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais. 9. A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial – em alguns países de forma mais implícita – com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. 10. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas. 11. Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (...), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão.” (Revista do TRF/4ª Região, vol. 57/309-348, 310, Rel. Des. Federal João Batista Pinto Silveira - grifei) Concluo a minha decisão. E, ao fazê-lo, não posso deixar de considerar que a ocorrência de insuperável razão de ordem formal (esta ADIN impugna norma legal já revogada) torna inviável a presente ação direta, o que



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

me leva a declarar extinto este processo (RTJ 139/53 – RTJ 168/174-175), ainda que se trate, como na espécie, de processo de fiscalização normativa abstrata (RTJ 139/67), sem prejuízo, no entanto, da utilização de meio processual adequado à discussão, "in abstracto" – considerado o que dispõe o art. 1.723 do Código Civil –, da relevantíssima tese pertinente ao reconhecimento, como entidade familiar, das uniões estáveis homoafetivas. Arquivem-se os presentes autos. Publique-se. Brasília, 03 de fevereiro de 2006. Ministro CELSO DE MELLO Relator³⁰

Considerado o princípio da igualdade formal, impende que se leve em consideração, também, o princípio da igualdade material segundo o qual igualdade deve levar em consideração os desiguais na mesma medida em que desiguam. Devendo, todavia, ter-se presente que as desigualdades a serem consideradas para adequada aplicação do princípio da igualdade material devem ser aquelas que demandam tratamento diferenciado, orientado por outro princípio, o da proporcionalidade. Trata-se de igualmente *na lei* segundo a qual o tratamento igual deve se dar, pois, entre iguais e diferentemente para hipóteses distintas, do que decorre a necessidade de se delimitar quais critérios podem ou devem ser considerados de forma a justificar tratamentos distintos.

Efetivamente, o princípio da igualdade material é um dos orientadores do direito previdenciário³¹ que, todavia, visa sempre amparar as situações de maior vulnerabilidade social e não o contrário e, menos ainda, discriminar indevidamente em afronta ao princípio maior da igualdade formal, dado que a igualdade material não pode desviar-se de justa busca de consideração diversa para situações diversas para redundar em arbítrio. O critério para tratamento das desigualdades tem de repousar em fundamentos que levem em conta aspectos que efetiva, racional e razoavelmente sejam compreensíveis e sustentáveis, vale dizer, há que se exigir um fundamento suficiente para tanto, sob pena de ofensa ao princípio da igualdade, tal como adverte Alexi:

“Não existe uma razão suficiente para a permissibilidade de uma diferenciação quando todas as razões que poderiam ser cogitadas são consideradas insuficientes. Nesse caso, não há como fundamentar a permissibilidade da diferenciação. Com isso, como já salientado diversas vezes, o enunciado geral de igualdade estabelece um ônus argumentativo para o tratamento desigual³²”

A argumentação para justificar tratamento desigual passa, pois, por juízos valorativos não se revelando aceitáveis quaisquer valorações que não se sustentem e adentrem no campo da arbitrariedade, tais como as que apontam para distinção entre sexo

³⁰ ADI 3300 MC/DF* RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

³¹ Conforme Wladimir Martinez “Face à desigualdade social, justificando um princípio básico, o Direito Previdenciário se encontra matizado pela desigualdade. Não pretendendo ser instrumento de alteração da ordem social, pelo menos enquanto seguro social, o Direito Previdenciário mantém o *status quo ante* e observa as desigualdades sociais e físicas. Daí as aposentadorias especiais, as distinções em relação às profissões, a proteção especial à mulher, o amparo à maternidade e aos idosos. São inúmeros os exemplos de desigualdade e tratamento na legislação previdenciária, sem afronta ao princípio superior da igualdade” (MATINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**. São Paulo, LTr, 3ª Ed., 1995, p. 257)

³² ALEXI, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Malheiros, 2008, p. 408/409



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

naquilo em que não é essencial ou orientação sexual, colidindo com disposição constitucional expressa que proíbe discriminação apoiada em tais fundamentos, uma vez que tais critérios de *discrimen* não repousam em nenhum fundamento racional, e sim em pré-compreensões que veiculam preconceitos e, dessa forma, redundam em tratamentos discriminatórios vedados constitucionalmente, tal como assevera Roger Raupp Rios:

“(...) Com efeito, a arbitrariedade se configura na medida em que o critério de diferenciação não mostra racionalidade diante da finalidade perseguida. Assim, com relação à homossexualidade, aquilo que outrora justificaria a diferenciação, hoje se revela preconceito, não mais servindo como justificativa racional para práticas discriminatórias.”³³

Nesse sentido, no campo do Direito Previdenciário, assim como em qualquer outro, não se pode mais tolerar critérios diferenciadores por motivo de sexo, de identidade de gênero ou de orientação sexual, vez que já é assente na jurisprudência pátria que tais critérios ofendem o princípio da igualdade³⁴, e que “...no caso da

³³ RIOS, Roger Raupp. *In A Justiça e os Direitos de Gays e Lésbicas – jurisprudência comentada*. Célio Rolim, Fernando A. Pochay e Roger R. Rios Org. Porto Alegre, Sulina, 2003, p.

p. 51

³⁴ Nesse sentido, ilustrativo o Acórdão da Apelação Cível n.º 96.04.5533-0/RS, Relatora Des. Marga Bath Tessler, j. 20/8/1998. “Ementa: 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 § 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. I. Rejeitada a preliminar de incompetência da Justiça Federal para o feito, pois a inicial fala em ação declaratória da união estável, mas, na verdade, seu objeto principal é uma providência condenatória, qual seja, a inclusão de dependente em plano de saúde. Ademais, a presença da CEF no pólo passivo não deixa dúvidas sobre a competência da Justiça Federal. 2. A Justiça do Trabalho não é competente para processar e julgar o feito, pois a discussão dos autos não está ligada ao vínculo de emprego, e sim à aplicação das regras referentes ao sistema de Seguridade, a relação segurado-aposentado do plano de saúde mantido pelos réus. 3. A ausência da intervenção do Ministério Público no feito não é causa de sua nulidade, pois os autores são plenamente capazes e não há pedido específico de declaração de união estável, embora tenha sido assim nominada a ação; ausentes, portanto, as hipóteses dos arts. 82 e 84 do CPC. 4. O fato do juízo monocrático ter proferido decisão conjunta - de mérito e sobre o pedido de antecipação de tutela - não implica na nulidade da sentença, constituindo mera irregularidade, que ademais não causou prejuízo às rés. 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 § 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



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

*homossexualidade, constata-se que o estágio do conhecimento humano que hoje compartilhamos desautoriza juízos discriminatórios com base exclusiva no critério da orientação sexual.*³⁵

Colocados tais argumentos, passa-se, agora, a uma maior aproximação com a legislação previdenciária estadual.

Cumprido, de pronto, ter-se presente que a Lei Estadual nº 7.672 de junho de 1982 foi editada ainda antes da vigente Constituição Federal, situada em um contexto social e histórico bastante distinto, refletindo, em sua dicção literal, concepções e valores que hoje não mais se coadunam com as realidades social e jurídica vigentes, impondo-se interpretação que a harmonize com o entendimento ora apontado, sob pena de, em assim não sendo, quedar fora do espaço constitucional e situar-se de forma anacrônica com a realidade social hoje vivenciada.

Dispõe a lei em foco:

“DOS DEPENDENTES

Art. 9º - Para os efeitos desta lei, são dependentes do segurado:

I - a esposa; a ex-esposa divorciada; o marido inválido; os filhos de qualquer condição enquanto solteiros e menores de dezoito anos, ou inválidos, se do sexo masculino, e enquanto solteiros e menores de vinte e um anos, ou inválidos, se do sexo feminino; (Redação dada pela Lei nº 7.716/82)

pela lei para a percepção do benefício pretendido: vida em comum, laços afetivos, divisão de despesas. Ademais, não há que se 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 do 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. 11. Dispensados os autores do pagamento de caução (§ 3º do art. 273 do CPC), cuja exigência depende do prudente arbítrio do juiz e cuja dispensa não impede que os autores, se vencidos, respondam pelos danos causados pela medida antecipatória. No caso dos autos, devem ser dispensados os autores da caução, face à evidente ausência de condições, tanto de saúde quanto financeiras, já que são beneficiados pela Assistência Judiciária Gratuita e, certamente, não são poucas as suas despesas com a doença. 12. Apelações improvidas”

³⁵

RIOS, Roger, *idem*, *ibidem*, p. 51



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

II - a companheira, mantida como se esposa fosse há mais de cinco anos, desde que se trate de solteira, viúva, desquitada, separada judicialmente ou divorciada, e solteiro, viúvo, desquitado, separado judicialmente ou divorciado seja o segurado;

III - o tutelado e o menor posto sob guarda do segurado por determinação judicial, desde que não possuam bens para o seu sustento e educação;

IV - a mãe, desde que não tenha meios próprios de subsistência e dependa economicamente do segurado;

V - VETADO

§ 1º - Não será considerado dependente o cônjuge desquitado, separado judicialmente ou o ex-cônjuge divorciado, que não perceba pensão alimentícia, bem como o que se encontrar na situação prevista no art. 234 do Código Civil, desde que comprovada judicialmente.

§ 3º - O filho e o enteado, quando solteiros e estudantes de segundo grau e universitários, conservam ou recuperam a qualidade de dependentes, até a idade de vinte e quatro anos, desde que comprovem, semestralmente, a condição de estudante e o aproveitamento letivo, sob pena de perda daquela qualidade.

§ 4º - A condição de invalidez, para os efeitos desta lei, deverá ser comprovada periodicamente, a critério do Instituto.

§ 5º - Os dependentes enumerados no item I deste artigo, salvo o marido inválido, são preferenciais e a seu favor se presume a dependência econômica; os demais comprová-la-ão na forma desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 7.716/82)

(...)

Art. 11 - A condição de companheira, para os efeitos desta lei, será comprovada pelos seguintes elementos, num mínimo de três conjuntamente:

- a) teto comum;
- b) conta bancária conjunta;
- c) outorga de procuração ou prestação de garantia real ou fidejussória;
- d) encargos domésticos;
- e) inscrição em associação de qualquer natureza, na qualidade de dependente do segurado;
- f) declaração como dependente, para os efeitos do Imposto de Renda;
- g) qualquer outra prova que possa constituir elemento de convicção.

Parágrafo único - A existência de filho em comum dispensa a exigência de cinco anos de convívio "more uxório", desde que este persista até o óbito do segurado. (...)"

O princípio da legalidade insculpido na CF/88, em seu art. 37, como um dos que balizam a Administração Pública e que se constitui em um dos mais caros para o Direito Administrativo não pode ser confundido com subserviência à literalidade legal e, menos ainda, que a sua observância alijs ou restrinja esforço interpretativo.

O sistema jurídico brasileiro não tem como pressuposto a superioridade ou primazia da lei formal como critério para a realização do Direito. Sem prejuízo das



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

alternativas hermenêuticas de interpretação e de preenchimento de lacunas quando da falta de disposição legal ou para composição de antinomias, é assente hoje que o processo de interpretação deve observar o já apontado princípio da supremacia constitucional, pelo qual há que se ter presente a irradiação das normas constitucionais sobre todo o ordenamento jurídico de forma que a concretização normativa do sistema se dê a partir de princípios jurídicos orientados sempre pelas disposições constitucionais, o que está na base de uma interpretação conforme e se aplica tanto às normas que disciplinam a união estável quanto as que operam no campo do Direito Administrativo e Previdenciário, vinculando a Administração Pública, seja no âmbito federal seja no estadual.

Entender-se, pois, com escopo no princípio da legalidade estrita, que resta vedado à tutela estatal e, aqui, a proteção previdenciária às uniões homossexuais, de forma definitiva, demonstra-se constitucionalmente inadequado. Dar-se guarida ao entendimento, com base na disposição literal da lei em foco é afrontoso à Constituição, porque tal entendimento tem por base interpretações que se apóiam exclusivamente em pressupostos positivistas.

Para o deslinde da questão ora posta, há que se levar em consideração a necessidade de compatibilizar as diversas possibilidades no campo hermenêutico, que na realidade não se excluem mutuamente, mas antes se complementam, de forma a estabelecer uma atuação interpretativa coerente aproximando os métodos da hermenêutica clássica e da hermenêutica constitucional, dando máxima consequência a uma interpretação sistemática do direito, tal como sustentado por Carlos Maximiliano³⁶ e, ainda, na esteira do que assevera Konrad Hesse:

“O objetivo da interpretação é chegar ao resultado constitucionalmente “correto” através de um procedimento racional e controlável, fundamentando esse resultado de modo igualmente racional e controlável e criando, dessa forma, certeza e previsibilidade jurídicas, ao invés de acaso, de simples decisão por decisão.”³⁷

Por outro lado, identicamente à interpretação constitucional, todo o esforço hermenêutico da legislação infraconstitucional também deve atentar tanto para os termos da lei quanto para os fatos da vida, de forma que, sob risco de absoluta discrepância com a realidade social, não se dar o correto tratamento a aspectos sociais da mais alta relevância. Há que se admitir, tal como demonstrado, que no mundo dos fatos em que estamos imersos, é hoje irrecusável a existência de relações homossexuais como integrantes do tecido social. A invisibilidade a que tais relações eram condenadas socialmente hoje não tem mais qualquer sustentabilidade e, coerentemente com a visibilidade social que progressivamente vai sendo conquistada, se impõe o que também poder-se-ia denominar de visibilidade jurídica, conferindo a devida proteção jurídica a tais relações tanto quanto as demais relações afetivas há muito admitidas e reconhecidas juridicamente dessa forma.

Não há que se olvidar que a concepção jurídica de família seguiu um longo caminho, sendo que a união estável, na trilha da jurisprudência, em seu permanente movimento de interpretar a lei diante dos fatos, e na ponderação sempre atualizada de

³⁶

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

³⁷

HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo, Saraiva, 2009, p.103.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

valores, conquista, ao fim, reconhecimento constitucional em sede da vigente Constituição Federal, sob o influxo incontornável da dinâmica social, do aprimoramento das instituições e da permanente dinâmica dos valores historicamente construídos. Tal como aponta Paulo Roberto Vecchiatti, a família, que na ordem constitucional precedente somente era reconhecida pelo primado do casamento, passa a ter reconhecimento a partir de outras formas de organização como união estável, tendo por base a exurgência do princípio da pluralidade das entidades familiares as quais passam a ter o amor familiar como núcleo material orientador. Preleciona o autor em foco:

“O elemento material formador da família é o amor familiar, que é o amor que vise a uma comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura, por força da interpretação teleológica dos enunciados normativos atinentes à união estável, E, inclusive, o que foi reconhecido normativamente pela Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), que reconheceu a união formada por indivíduos que se consideram aparentados por vontade expressa (e que certamente só se consideram aparentados por conta de seu amor familiar), o que ensejou o reconhecimento legal da família homoafetiva.”³⁸

Efetivamente, tal como adverte o Autor, a Lei 11.340/06 alberga integralmente as diversas possibilidades socialmente consolidadas de família, inclusive aquelas constituídas pela parceria afetiva estável entre pessoas do mesmo sexo³⁹, contemplando, portanto, no campo jurídico infraconstitucional, já desde sua promulgação, tal realidade social, cujo reconhecimento alcança atualmente, guarida constitucional como agora consagrado pelo STF e cujo entendimento deve orientar de forma indelével a Administração Pública.

A admissão das uniões homossexuais como uma das legítimas possibilidades de constituição de família é hoje irrecusável e segue longo caminho de superação desde as posições sociais refratárias ao seu reconhecimento, passando pela total ausência de amparo jurídico, que as colocavam na marginalidade social e na negação de sentido de cidadania, até a atual situação, em que as profundas mutações sociais e o permanente esforço de construção jurídica comprometido com a concretização dos direitos fundamentais e efetivação dos direitos humanos não mais admite tratamentos discriminatórios e atentatórios à dignidade humana. Nesse sentido, uma vez mais se aponta a pertinente sustentação de Mello:

“A despeito da inexistência de proteção jurídica expressa e inequívoca, o processo de construção social da conjugalidade homossexual aponta para a afirmação do entendimento de que as relações afetivo-sexuais estáveis entre

³⁸ VECCHIATTI, Paulo Roberto. **União Estável Homoafetiva e a Constitucionalidade de seu Reconhecimento Judicial**. In Revista Brasileiro de Direito das Famílias e Sucessões. Ano XI, N.º 14, p. 70.

³⁹ Dispõe o artigo 5º da Lei Maria da Penha: “**Art. 5º** Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: **I** - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; **II** - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; **III** - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. **Parágrafo único.** As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.”



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

gays e entre lésbicas vêm se materializando como uma das novas formas de institucionalização de vínculos familiares no Brasil, principalmente quando se têm em vista a crescente legitimidade da autonomização da sexualidade em relação à reprodução e à conjugalidade (Parker e Barbosa, 1996), o questionamento da dimensão supostamente natural da família e do sistema de sexo e gênero (Heiborn e Sorj, 1999; Bonzon, 2003; Roudinesco, 2003) e a ampliação do campo semântico das noções de direitos humanos e de cidadania, de forma a englobar os direitos sexuais e reprodutivos (Bruschini e Unbehaum, 2002; Corrêa e Ávila, 2003).⁴⁰

Com supedâneo, pois, nos argumentos até aqui esposados, a legislação previdenciária do Estado, mais especificamente a Lei Estadual nº 7.672/82, ora objeto de análise, deve receber interpretação conforme à Constituição, fazendo a ela irradiar a força da norma constitucional tendo por base o entendimento agora fixado pelo STF, de maneira a torná-la harmônica com o sistema jurídico assim orientado, o que, em que pese sua dicção literal, é plenamente possível a partir do esforço interpretativo ora apresentado, sob pena de torná-la inconstitucional por afronta aos princípios constitucionais invocados e restar incompatível com a interpretação dada à matéria pela mais alta Corte do país, a quem cumpre fixar a interpretação final da Constituição. Não se pode, pois, aqui, fixar-se a interpretação das disposições legais ora implicadas sem contextualizá-las tendo em vista as conseqüências que devem advir do esforço hermenêutico. Vem a calhar, nesse sentido, Carlos Maximiliano:

“O hermeneuta eleva o olhar, dos casos especiais para os princípios dirigentes a que eles se acham submetidos; indaga se, obedecendo a uma, não viola outra; inquire das conseqüências possíveis de cada exegese isolada. Assim, contemplados do alto os fenômenos jurídicos, melhor se verifica o sentido de cada vocábulo, bem como se um dispositivo deve ser tomado na acepção ampla ou na estreita, como preceito comum, ou especial.”⁴¹

Em tal processo, insta se leve em consideração que os avanços jurídicos devem ser sempre tradução permanente do avanço da cidadania como expressão das lutas tanto no campo da liberdade como no da igualdade, não se podendo jamais perder de vista que cada momento histórico compreende lutas próprias de seu tempo e a liberdade, tanto quanto a igualdade, tem dimensão de cada tempo, do que decorre que a conquista de direitos constitui dinamicamente o patrimônio jurídico de cada sociedade em seu contexto, e avançar na cidadania significa ampliar o espaço jurídico a todas as pessoas e nesse processo permanente há que se compreender a necessidade de contemplar especialmente aquelas que o sistema ainda não alberga, sempre de forma coerente com os avanços sociais.

O processo de interpretação no plano infraconstitucional deve, então, também como se exige na interpretação constitucional e de forma harmônica com esta, buscar o resultado hermenêutico que mais afine com a realidade social e traduza incremento de direitos que permitam que o âmbito de cidadania traduza o que Maximiliano

⁴⁰ MELLO, op. cit. p. 19/20.

⁴¹ Op. cit., p. 135



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

denomina "idéias vitoriosas de um povo" e de forma compatível com o bem de toda a sociedade. Diz o autor:

"Preocupa-se a Hermenêutica, sobretudo depois que entram em função de exegese os dados da Sociologia, como resultado provável de cada interpretação. Toma-o em alto apreço; orienta-se por ele; varia tendo-o em mira, quando o texto admite mais de um modo de o entender e aplicar. Quando possível evita uma consequência incompatível com o bem geral; adapta o dispositivo às idéias vitoriosas entre o povo em cujo seio vigem as expressões de Direitos sujeitas a exame"⁴²

Mas não somente a lei é fonte do Direito Administrativo. A jurisprudência também o é, e nesse sentido, resta legítimo, senão mesmo necessário, que as decisões dos tribunais devam ser também levadas em consideração, especialmente tendo-se em conta que a jurisprudência permanentemente define contornos importantes ao campo da legalidade, assim como traz à luz novas compreensões e fixa marcos importantes na interpretação a ser dada à lei. A tal ponto que dado entendimento pode ser adotado como constante da lei assim interpretada ou mesmo como se lei fosse, nas situações de omissão legislativa. É o que preleciona Diógenes Gasparin:

"(...) Reunidos nessas condições, os julgados dos Tribunais acabam por integrar as formas de revelação do Direito. Foi o que ocorreu com o conceito de justa indenização na expropriação, dado que pouco, legislativamente, tinha-se a respeito. Só esse trabalho dos Tribunais, ao longo do tempo, permitiu a fixação desse valor, como se tivesse sido definido por lei"

A interpretação da Lei Estadual nº 7.672/82 que vem sendo dada pelo Tribunal de Justiça do Estado e pelos Tribunais Superiores acerca das suas disposições aqui enfrentadas já há muito vem operando de forma a torná-las compatíveis tanto com a Constituição, especialmente em vista do princípio constitucional da igualdade e dos direitos de liberdade em uma sociedade plural, agregando-se-lhe novos sentidos ou subtraindo restrições nela previstas compatíveis com o sistema jurídico constitucionalmente orientado, como também no sentido de aproximar, teleologicamente, às novas concepções e arranjos sociais contemporâneos.

Dessa maneira, considerando-se que a sociedade hoje se coloca em patamares distintos daqueles em que operou o legislador nos idos anos de 1982, sendo já insustentável negar direitos fundamentais por critérios discriminatórios incompatíveis com Constituição atualizada diante realidade social tal como posta hoje, ou bem se opera uma exegese da lei que supere as omissões que deram suporte a uma interpretação restritiva ou, a manter-se uma leitura fixada naqueles patamares discriminatórios, estará a Administração Pública malferindo a Constituição Federal e colocando essas mesmas disposições legais, em tal restrita interpretação, no campo da inconstitucionalidade.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

Assim, o inciso II do art. 9º da Lei deve ser aplicável tanto à companheira em união estável heterossexual quanto àquela que se coloca em idêntica situação em uma união estável homossexual, em obediência aos princípios constitucionais aqui invocados e em consonância com entendimentos jurisprudenciais que consolidaram tal entendimento, uma vez cumpridas as exigências fixadas no artigo 11 da mesma lei. Identicamente, e pelos mesmos fundamentos, tal interpretação se aplica ao companheiro em união estável homossexual, sendo de rigor fazer-se referência, nesse passo, que a jurisprudência também já consagrou ao companheiro, em união estável heterossexual, o direito de figurar como dependente de sua companheira, quando for essa a segurada obrigatória, tal como se verifica na jurisprudência que segue:

"APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDÊNCIA PÚBLICA. IPERGS. INCLUSÃO DE MARIDO/COMPANHEIRO DE EX-SEGURADA COMO PENSIONISTA. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. QUESTÃO DE ORDEM CONSTITUCIONAL. ATUAL POSICIONAMENTO DO STF. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA.

Na medida em que está o funcionário e a funcionária pública em igualdade de condições e perspectivas, em face do princípio constitucional da isonomia, não há como negar a inclusão do marido ou companheiro de segurada como seu dependente para fins previdenciários junto à autarquia previdenciária, independentemente da sua condição de invalidez, desde que comprovada a dependência econômica.

Atenção ao novo posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

Ausência de fonte de custeio que não justifica a negativa do direito dos maridos/companheiros de servidoras públicas como seus pensionistas. Omissão conveniente do poder público.

Dependência econômica suficientemente comprovada. Procedência da pretensão. Sentença confirmada.

RECURSO DESPROVIDO.⁴³

Veja-se que a orientação aqui propugnada já foi albergada pelo IPERGS, através da Lei Complementar Nº 12.134, de 26 julho de 2004, atualizada pela Lei Complementar nº 12.240, de 5 de abril de 2005, que dispõe sobre o IPE-SAÚDE, o que ainda mais reforça conferir-se interpretação conforme à Constituição à Lei, até para que o sistema se torne congruente.⁴⁴

Mais ainda, não bastassem todos os argumentos já expedidos, a interpretação ora defendida vai ao encontro do que propugna a Lei Estadual n.º 11.872, de 19 de dezembro de 2002, que dispõe sobre a promoção e reconhecimento da liberdade de

⁴³ TJRS. APELAÇÃO CÍVEL Nº 70041423039. J.11 /11/10. Rel DES.^a Rejane Maria de Castro Bins.

⁴⁴ Dispõe a Lei : "(...) Art. 5º - Para efeitos desta Lei Complementar, o segurado poderá requerer a inscrição no Plano IPE-SAÚDE, na condição de dependente, quando devidamente qualificado: I - do filho solteiro: a) civilmente menor e não emancipado; b) inválido; c) estudante de ensino regular, até o implemento dos 24 (vinte e quatro) anos de idade; II - do cônjuge; III - do convivente, independentemente da identidade ou oposição de sexo, que mantenha relação de fato com o segurado caracterizada pela convivência pública, contínua e duradoura por período superior a 2 (dois) anos ou por filho em comum; IV - do ex-cônjuge ou ex-convivente que perceba pensão alimentícia; V - do enteado e do tutelado, nas condições do inciso I, desde que comprovem a dependência econômica, caracterizada pela percepção mensal de renda não superior ao piso salarial mínimo estabelecido por lei aos servidores públicos estaduais.(sublinhou-se)



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

orientação, prática, manifestação, identidade, preferência sexual e dá outras providências e que dispõe no *caput* de seu artigo 1º, *verbis*:

“Art. 1º - O Estado do Rio Grande do Sul, por sua administração direta e indireta, reconhece o respeito à igual dignidade da pessoa humana de todos os seus cidadãos, devendo, para tanto, promover sua integração e reprimir os atos atentatórios a esta dignidade, especialmente toda forma de discriminação fundada na orientação, práticas, manifestação, identidade, preferências sexuais, exercidas dentro dos limites da liberdade de cada um e sem prejuízos a terceiros.”

Tem-se, pois, também no plano infraconstitucional, mandamento legal diretamente dirigido à Administração Pública no sentido de vedar *toda forma de discriminação fundada na orientação, práticas, manifestação, identidade, preferências sexuais* que não impliquem prejuízos a terceiros e que deve também ser considerada quando da interpretação da Lei 7.672/82, do que decorre que a não aceitação como dependente das pessoas quando nas situações de companheiro e ou de companheira - “conviventes” na dicção da Lei Complementar nº 12.134/04 – em convivência homossexual pública e estável, sob argumento de inexistência de previsão legal, para além de ferir frontalmente a Constituição, tal como demonstrado, não se sustenta em um processo hermenêutico que também adote o critério da interpretação sistemática, uma vez que colide com a Lei 11.782/02 em foco, a ela posterior, ao mesmo tempo em que dá interpretação ao silêncio da lei conteúdo incompatível, uma vez que não há vedação legal e, mais que isso, não se admite a conclusão pela vedação de contemplar-se tais situações, porque caracteriza interpretação discriminatória.

1.2 Do marido como dependente

Tem sido controvertida a discussão sobre os requisitos para a inclusão do cônjuge varão como dependente de segurada ou pensionista, dadas as disposições da Lei 7.672/82.

Cumpre, inicialmente, que lei dá tratamento distintos à matéria em se tratando de casamento, perante o qual é fixada a presunção de dependência econômica da mulher em relação ao marido, enquanto na união estável, é exigida a comprovação de tal dependência.

A linha de argumentação aqui adotada vai no sentido de aplicar os princípios aqui invocados, respeitando a diferenciação fixada na lei entre os dois institutos – casamento e união estável – tocante a esse critério.

No tocante à exigência de invalidez do marido, já está consagrado pela jurisprudência que tal se constitui em inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da igualdade insculpido no inciso I do artigo 5º da CF/88, entendimento esse sedimentado tanto em sede do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul quanto do próprio STF, constituindo-se em matéria já não mais controvertida.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

O mesmo já não se dá quanto à exigência de comprovação de dependência econômica, na forma fixada no § 5º do art. 9º da Lei 7.672/82, onde ainda predomina o entendimento de que tal exigência não padece de vício de inconstitucionalidade.

Ocorre que, malgrado tal posicionamento há que se apontar, por coerência de argumentos, de que se está, sim, diante de tratamento não isonômico a malferir aquele mesmo princípio constitucional da igualdade, assim como também ao da dignidade da pessoa humana, vez que o tratamento entre homem e mulher deve ser o mesmo, salvo quando diante de elemento essencial e que se sustente racionalmente segundo critérios de ponderabilidade, tal como já enfrentado, o que não se afigura aqui, uma vez que, presumida a dependência econômica para a mulher no casamento, nada mais justifica a não extensão de mesmo critério ao marido, considerada realidade fenomênica da atual sociedade.

Poder-se-ia argumentar pela extensão da exigência de comprovação de dependência econômica à mulher e não da presunção de dependência econômica ao homem, argumento que não se sustenta, uma vez que se estaria a operar interpretação restritiva de direito, o que não se admite, uma vez que tangencia direito fundamental, para os quais a interpretação deve ser sempre extensiva.

Cumprido, todavia, alertar-se que é possível sim, na esteira de entendimento já fixado pelo STF, ter-se em conta uma nova interpretação do conceito de dependência econômica, levando-se que consideração que tal presunção se dera, quando do advento da lei, naquele mesmo contexto social pelo qual a mulher ainda sofria restrições em sua cidadania e era tida, via de regra, como pessoa que dependia dos rendimentos do marido que, aliás, à época, pela legislação civil, era considerado "cabeça do casal" e como chefe da família.

A toda evidência houve substanciais mudanças em relação à posição jurídica e econômica da mulher, sem que, com isso, se diga que não haja, ainda hoje, como poderá permanecer havendo, situações de dependência econômica. O que há de se considerar, então, para os fins aqui perseguido, é que tal presunção é *iuris tantum* e não *iure et iure*, vale dizer, pode a administração, como, aliás, rigorosamente sempre pode desde sempre, mesmo naquele contexto social, produzir prova em contrário, de tal forma que, obtendo tal prova, poderá negar ou, até mesmo, cancelar benefícios, obedecido, nesse caso, a toda evidência, o direito de exercício da ampla defesa perante a Administração Pública.

Importa, também, levar-se em conta, também, que já se sinaliza franca tendência de alteração de posicionamento no âmbito do TJRS, tal como se verifica das decisões que seguem:

"PREVIDÊNCIA PÚBLICA. IPERGS. PENSÃO PREVIDENCIÁRIA PARA O CÔNJUGE VARÃO. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. POSIÇÃO ATUAL DO STF.

O art. 5º, inc. I, da Constituição Federal dispõe que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.

A legislação inferior, estadual, não pode fazer exigências como as da Lei nº 7.672/82 e deve ser interpretada à luz da Lei Maior, vedado o retrocesso, porque o legislador nacional registrou a interpretação isonômica. O tratamento a ser dado ao cônjuge varão deve ser idêntico ao dado à mulher, levando em



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

consideração o princípio da isonomia, aliado ao da dignidade da pessoa humana.

APELO PROVIDO, POR MAIORIA.”

“APELAÇÃO. Pensão POR MORTE. IPERGS. INCLUSÃO DE MARIDO COMO PENSIONISTA. À luz do princípio constitucional da igualdade entre homens e mulheres previsto no art. 5º, I, da Constituição Federal, descabe à legislação previdenciária estadual criar tratamento diferenciado entre ambos, não tendo sido recepcionado pela Carta Magna o requisito da invalidez previsto no art. 9, I, da Lei nº 7.672/82 para a habilitação do cônjuge varão como pensionista. É extensível ao marido a presunção de dependência econômica de que trata o § 5º daquele artigo, pelo mesmo fundamento de ordem constitucional.

Precedentes do STJ e desta Corte.

APELAÇÃO PROVIDA.”⁴⁵

“PREVIDÊNCIA PÚBLICA. VIÚVO. PENSÃO. REQUISITOS. INVALIDEZ E DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. ARTIGO. 9.º, LEI ESTADUAL N.º 7.672/82. ARTIGO 5.º e 201, V, CF/88.

Afastada pelo Supremo Tribunal Federal, por ofensa ao princípio da isonomia, a exigência de invalidez, tomando por base o princípio da isonomia (artigo 5.º, caput e inciso I, CF/88), mesmo raciocínio há de ser estendido à dependência econômica, cumprindo ler-se a lei estadual em sintonia com a igualdade constitucional, não fosse o artigo 201, V, CF/88, dispor, sem distinções, quanto à pensão previdenciária e homens e mulheres.”⁴⁶

Como se observa, é clara a sinalização de que há de predominar interpretação conforme, pela qual não se sustentará mais a exigência de comprovação econômica do marido, uma vez que no âmbito da instituição do casamento, há presunção de dependência econômica da mulher e, na forma já apontada, o mesmo deve se dar em relação ao homem, em uma interpretação extensiva e conforme à Constituição, levando-se em conta ainda o inciso V do artigo 201 da CF/88⁴⁷, tendo-se sempre em consideração, frise-se, que se trata de presunção relativa.

Sem embargo, importa apontar que também já há decisão do STF apontando no sentido de que a exigência de comprovação econômica deve ser albergada, exatamente em função das alterações sociais, bem como pela aplicação, também, do princípio da isonomia.

Ocorre que, coerentemente com a posição aqui adotada, entende-se que para tanto essa solução deve se dar *de lege ferenda*, uma vez que, nesse aspecto, supera os limites de interpretação possível de ser alcançada pela presente via, especialmente levando-se em consideração que a presunção de dependência econômica fixada pela lei em foco, vincula-se não somente ao sexo – no caso em favor da mulher – mas também ao instituto do casamento, tanto que a mulher não se beneficia de tal presunção na união estável, daí porque se dá o mesmo tratamento diferenciado entre uma e outra modalidade de constituição de núcleo familiar, mas aplicando os princípios da

⁴⁵ TJRS. Apelação Cível Nº 70038705133.

⁴⁶ TJRS. Agravo de Instrumento Nº 70043755685

⁴⁷ 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: (...)V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

isonomia e da não discriminação por sexo – e por orientação sexual – no âmbito de cada um dos institutos.

2 - Dos direitos funcionais estatutários previstos pela LC 10.098/94 ao companheiro ou à companheira servidor ou servidora em união estável homossexual

Em regra geral, todos os fundamentos esgrimidos no tocante ao campo do direito previdenciário relativos ao companheiro ou à companheira - ou, na dicção do inciso III do art. 5º da LC 12.134/04, conviventes - nas uniões homossexuais, se aplicam da mesma maneira no que se refere aos direitos funcionais estatutários fixados pela LC 10.098/94, sobre o que, em seus aspectos gerais, não apresentam maior dificuldade. Por via de consequência, tem-se que também aqui não deve haver qualquer tratamento discriminatório que implique negar ou mitigar qualquer desses direitos quando a serem titulados por servidores ou servidoras homossexuais, de forma que possam exercê-los plenamente na mesma medida que todo e qualquer servidor ou servidora heterossexual, bem como a todos os direitos que tangenciem parceiros e parceiras em uniões homossexuais estáveis.

Sem embargo, para além de todos os argumentos jurídicos e sociológicos que aqui novamente se invocam, tal como apresentados, há peculiaridade que se impõe seja desde já enfrentada, de forma a apontar necessária adequação no campo hermenêutico objetivando afastar antecipadamente conflitos envolvendo situações de exercício de direito específico que certamente advirão relacionados à matéria aqui enfrentada.

Trata-se, pois, de se definir como devem ser interpretados os direitos de licenças nos casos de adoção por casais homossexuais e de monoparentalidade, uma vez que a dicção legal obriga a esforço de interpretação para essas situações, também de modo a tornar o tratamento jurídico conforme à Constituição, em observância àqueles mesmos princípios da igualdade e da proibição de discriminação por sexo e orientação sexual.

Dispõe a LC 10.098/94, com a redação dada pela Lei Complementar nº 13.117, de 05 de janeiro de 2009:

“Art. 64 - São considerados de efetivo exercício os afastamentos do serviço em virtude de:

(...)

XIV - licença:

a) à gestante, à adotante e à paternidade;

(...)”

“Art. 128 - Será concedida, ao servidor, licença:



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

(...)

IV - à gestante, à adotante e à paternidade;”

“Art. 143 - À servidora adotante será concedida licença a partir da concessão do termo de guarda ou da adoção, proporcional à idade do adotado:

- I - de zero a dois anos, 180 (cento e oitenta) dias;
- II - de mais de dois até quatro anos, 150 (cento e cinquenta) dias;
- III - de mais de quatro até seis anos, 120 (cento e vinte) dias;
- IV - de mais de seis anos, desde que menor, 90 (noventa) dias.”

“Art. 144 - Pelo nascimento ou adoção de filho, o servidor terá direito à licença-paternidade de 15 (quinze) dias consecutivos. (Redação dada pela Lei Complementar nº 13.117, de 05 de janeiro de 2009)”

Como é fácil perceber, a lei não contempla as situações referentes à adoção nos casos das uniões homossexuais, de forma que, em se atendo à literalidade legal, depara-se com um tratamento não isonômico entre casais homossexuais compostos por homens e casais homossexuais compostos por mulheres, ao mesmo em tempo que as crianças adotadas terão tratamentos desiguais conforme sejam adotados por estes ou por aqueles.

É bem verdade que a licença adotante foi concebida de forma a manter simetria com as situações de maternidade e paternidade biológicas, adequando apenas o tempo de fruição de licença à idade da criança quando adotada e tal raciocínio, em uma análise mais apressada, pode levar à equivocada conclusão de estar-se diante de tratamento isonômico relativamente a tais situações de maternidade e paternidade biológicas e adotivas.

Não é difícil, todavia, perceber-se que tal não ocorre. Primeiro, que o instituto da licença-adoção, levando em conta apenas e exclusivamente o sexo dos adotantes, quando da adoção procedida por homens conviventes homossexuais, em tal interpretação literal, atrairia a aplicação do art. 144, enquanto nas situações de união homossexual feminina a do art. 143, em um de seus incisos, de acordo com a idade da criança, implicando em direitos de tempo de licenças totalmente distintos, em privilégio das adotantes relativamente aos adotantes. Segundo, que tal interpretação não responde se o critério se aplicaria a somente a uma das pessoas do casal ou a ambas concomitante. Terceiro, que as crianças adotadas teriam tratamentos também distintos, não isonômicos, com vantagens para a criança adotada por mulheres em união homossexual e em desvantagem àquelas adotadas por homens em união homossexual, uma vez que fruiriam de tempos totalmente distintos de convivência familiar no processo inicial de adaptação e desenvolvimento de sua socioafetividade relativamente aos “pais” ou “mães” adotivos. Quarto, que o mesmo problema de ofensa ao princípio da igualdade entre crianças adotadas ocorreria nas situações de adoção por família monoparental dependendo do sexo da pessoa adotante.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

Para o deslinde da questão há que se considerar de um lado que a licença-adoção não atende interesse legítimo somente das pessoas adotantes, mas também, senão precipuamente, às necessidades específicas das crianças adotadas. De outro lado, impõe-se ter-se presente que embora existam aspectos da maternidade e da paternidade que se vinculam inexoravelmente ao sexo, tal como a amamentação, em grande medida as definições dos papéis de maternidade ou de paternidade são definições estabelecidas socialmente e, dessa forma, não há qualquer vinculação "natural" entre esses papéis e o sexo da pessoa que os exerce. O que é incontestável é que todas as necessidades da criança, filha biológica ou adotada, são atendidas por tais funções compreendidas na paternidade e na maternidade e que, portanto, em se tratando daquelas decorrentes da divisão socialmente estabelecida, serão, em princípio, exercidas pelo pai e pela mãe. Mas não necessariamente, porque cada vez mais se verificam "pais" cumprindo com funções antes reservadas às "mães" e vice-versa, isto quando ambas as funções não são desempenhadas por uma única pessoa nos casos das famílias monoparentais, senão ainda por terceiras pessoas.

A primazia do interesse dos direitos da criança é determinação constitucional e também da Lei 8.069/90 – ECA – nos termos de seu artigo 43 e, ainda, o artigo 1º da Lei 12.010/09 que garante o direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes. Assim, as necessidades da criança em seu integral desenvolvimento e no seu processo de integração socioafetiva são, em larga medida, atendidas pela família, e hoje, as uniões homossexuais – ou, para alguns, homoafetivas - se integram totalmente ao conceito de família em uma perspectiva pluralista, conforme já enfrentado. Resta também já consagrado pela doutrina mais abalizada, assim como pela recente jurisprudência, que a adoção é plenamente possível por casais homossexuais, não existindo qualquer demonstração científica de prejuízo à criança adotada por famílias assim configuradas, dado que é o afeto o elemento central de vinculação das pessoas que a integram, desimportando a orientação sexual dos "pais" ou das "mães". Tal é o que aponta Luiz Mello:

"Enquanto não se reconhecer que a homossexualidade é uma das alternativas possíveis no campo polimorfo e múltiplo das vivências amorosas humanas, e não uma modalidade nefasta do conjunto das perversidades psicossociais, a luta de gays e lésbicas pelo direito à socialização de crianças continuará a encontrar fortes resistências. Todavia, segundo Rotello (1998), os estudos sobre parentalidade de homossexuais mostram que as crianças criadas por lésbicas ou gays são tão saudáveis e ajustadas quanto as outras. Da mesma forma, tais estudos não apresentam qualquer comprovação de que as crianças socializadas por homossexuais tendam a ser homossexuais numa proporção maior do que as crianças socializadas por heterossexuais ou que possuam características de personalidade ou comportamental, em decorrência da orientação sexual de seus pais, que as coloquem em situação de desvantagem social (Badinter, 1993; Patterson, 1995; Sullivan, 1996; Flaks, 1997). Ao contrário, a especificidade dessas famílias se encontraria no preconceito e na discriminação social a que estão sujeitas e que podem repercutir negativamente sobre os filhos, dependendo do contexto social em que vivem e da forma como cada núcleo familiar consegue lidar com a situação."⁴⁸



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

O predomínio dos interesses e necessidades da criança adotada no instituto da adoção e a perfeita possibilidade de que tais interesses e necessidades são plenamente satisfeitos também pela adoção por famílias constituídas pelas relações estáveis homossexuais já é assente também na jurisprudência.⁴⁹

⁴⁹ Pela importância e riqueza de argumentos, reproduz-se integralmente a seguinte Ementa de julgado do STJ: "DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA. 1. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira

que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento. 2. Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal. 3. O artigo 1º da Lei 12.010/09 prevê a "garantia do direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes". Por sua vez, o artigo 43 do ECA estabelece que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em

motivos legítimos". 4. Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo. 5. A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si.

6. Os diversos e respeitados estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria), "não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores". 7. Existência de consistente relatório social elaborado por assistente social favorável ao pedido da requerente, ante a constatação da estabilidade da família. Acórdão que se posiciona a favor do pedido, bem como parecer do Ministério Público Federal pelo acolhimento da tese autoral. 8. É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores – sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento. 9. Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe. 10. O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da "realidade", são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade. 11. Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como filhos. Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas criações. 12. Com o deferimento da adoção, fica preservado o direito de convívio dos filhos com a requerente no caso de separação ou falecimento de sua companheira. Asseguram-se os direitos relativos a alimentos e sucessão, viabilizando-se, ainda, a inclusão dos adotandos em convênios de saúde da requerente e no ensino básico e superior, por ela ser professora universitária. 13. A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade. Hipótese em que ainda se foi além, pretendendo-se a adoção de dois menores, irmãos biológicos, quando, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança.

14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que,



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

Considerando, pois, tal pressuposto, ou seja, o predomínio dos interesses da criança, é forçoso admitir-se que a licença-adoção deve também assim ser entendida e, em assim sendo, as funções de maternidade e de paternidade devem ser garantidas, independentemente de quem as exerça, de tal sorte que tais funções devem ser garantidas à criança tanto quanto a quem deva exercê-la, na especificidade do início de um convívio familiar, insitas no tempo de licença concedido pela lei. Vale dizer, sempre haverá alguém que cumprirá com o exercício da paternidade e da maternidade na satisfação das necessidades do adotando, ainda que pela mesma pessoa na monoparentalidade familiar. Portanto, a licença-adotante do artigo 143 da LC 10.098/94 deverá ser orientada por tal finalidade, do que decorre que a solução se dá com a concessão da licença sempre ao menos a uma das pessoas integrantes do casal homossexual, independentemente do sexo dos adotantes, cumprindo a licença do subsequente artigo 144 ao outro parceiro ou à outra parceira da união homossexual, mas nunca a mesma licença a ambos. No caso da família monoparental, haverá sempre o direito à licença do artigo 143 da lei em foco. Em todos os casos observar-se-á o tempo da licença do artigo 143 de acordo com a idade da criança adotada, na forma ali prevista.⁵⁰

Tal é solução que deve ser adotada, como única forma de conferir a tais dispositivos da LC 10.098/94 interpretação que a torne compatível com os mesmos princípios constitucionais aqui detidamente enfrentados e coerente, da mesma forma, com a festejada decisão do STF, balizadora da compreensão que deve orientar todas as questões atinentes a uniões homossexuais.

3. DO CONTROLE POSTERIOR DE CONSTITUCIONALIDADE. NECESSIDADE E SUFICIÊNCIA DO PARECER COM CARÁTER NORMATIVO - IMPORTÂNCIA DE FIXAÇÃO DE ORIENTAÇÃO PARA OS ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL:

A questão que aqui se coloca poderia ser entendida, em um primeiro momento, no âmbito da discussão acerca da possibilidade, ou não, de o Poder Executivo deixar de aplicar disposição legislativa inconstitucional – doutrinariamente enfrentado na discussão acerca do controle de constitucionalidade posterior ou repressivo por parte do Poder Executivo – considerando-se as limitações que a legislação estadual – Lei Estadual 7.672/82 e LC 10.098/94 – *prima facie* coloca quanto à concessão de diversos direitos nela previstos, relativamente às pessoas que convivem em uniões homossexuais.

no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida. 15. Recurso especial improvido. (REsp 889852 / RS. Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. J. 27/04/2010)

⁵⁰ Já há notícias na jurisprudência de concessão de licença-maternidade a pai adotante pelo TRT de Campinas/SP e pela Justiça Federal de Feira de Santana/BA. Nesse sentido ver notícia da Folha-online de 01/7/08, disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u418054.shtml>

No mesmo sentido



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

Ocorre que as situações aqui enfrentadas não se referem à não-aplicação de disposições legais tidas por inconstitucionais, mas sim de aplicação de tal legislação com base em interpretação conforme à constituição de forma a harmonizá-las às disposições constitucionais, especialmente tendo em vista a recente interpretação dada ao texto constitucional pelo Supremo Tribunal Federal quanto à matéria. Sob pena de, em assim não se precedendo, ao prosseguir-se com a interpretação da legislação em foco tal como vem sendo, incidir-se, aí sim, em flagrante inconstitucionalidade a ser sanada pelo Poder Judiciário por provocação de parte dos administrados prejudicados, ônus desnecessário a pesar não somente aos administrados lesados como aos próprios Poder Executivo e Judiciário.

Todavia, ainda que se entendesse estar-se diante de situação a desafiar compreensão sobre a legitimidade, ou não, de o Poder Executivo deixar de aplicar norma infraconstitucional cuja inconstitucionalidade ainda não fora declarada pelo Poder Judiciário, na esteira do entendimento doutrinário superveniente ao advento da vigente Constituição Federal, no sentido de que se trata de prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade, devendo o Executivo aplicá-la enquanto tal declaração não ocorra, seja pelo controle concentrado ou pelo difuso, ou enquanto não haja, em qualquer deles, ao menos suspensão de eficácia por aquele Poder, tendo por base o princípio da legalidade estrita, há que se considerar, sem embargo, que tal entendimento, ainda que de tal efetivamente se estivesse tratando, já vem sendo revisado pela doutrina e pela jurisprudência, levando-se em conta, dentre outros argumentos, o da supremacia da Constituição.

Ainda que se invoque o argumento no sentido de que a ampliação da legitimidade para propositura da ação direta de inconstitucionalidade aos chefes do Poder Executivo em âmbito federal e estadual, procedida pela Constituição Federal de 1988 determinaria a prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade, tendo por base, pois, argumento com fundamento formal – legitimidade formal para a propositura da ADI –, a doutrina e a jurisprudência vêm invocando argumento mais consistente, já referido, o da supremacia da Constituição, como forma de apontar uma legitimidade material ao qual também se agrega o de que aplicar lei inconstitucional é negar o próprio princípio da legalidade, uma vez que é a Constituição que confere legalidade a qualquer norma – regra ou princípio – daí decorrendo que a aplicação de qualquer disposição legal, expressa ou implícita, que afronte a Constituição é mesmo negá-la; negar a Constituição, onde quer se faça, é negar o Estado Democrático de Direito.

Vem a calhar, sobre o assunto, a lição de Pedro Lenza:

“Assim, aparentemente, com o advento da CF/88, que ampliou a legitimação para o ajuizamento da ADI (art. 103 expandida para a ADC pela EL n. 45/2004), não mais se admitiria o descumprimento de lei inconstitucional pelo Chefe do Executivo.

A tese ganhou alguns adeptos na doutrina. Outros, porém, alertaram para uma realidade: de fato, pela nova regra, são legitimados o Presidente da República



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

(art. 103, 1) e os Governadores dos Estados e do DF (art. 103, VI. E quanto aos Prefeitos'?

Estes não estão previstos no rol de legitimados do art. 103. Então alguns sustentavam que poderiam os Prefeitos, e somente eles, descumprir a lei flagrantemente inconstitucional, determinando a sua não-aplicação para os subordinados hierárquicos.

Essa tese, contudo, mostrou-se bastante complicada, pois, em certa medida, acarretava maior atribuição de poderes aos Chefes dos Executivos municipais em detrimento dos estaduais e em relação ao Presidente da República.

Em razão dessa situação, buscou a doutrina outra justificativa, que não a meramente formal, para a configuração da tese do descumprimento da lei e, assim, manter a regra que prevalecia antes do texto de 1988: princípio da supremacia da constituição e da regra de que a aplicação de lei inconstitucional é o mesmo que a negativa de aplicação da própria constituição.

Entendemos que a tese a ser adotada é a da possibilidade de descumprimento da lei inconstitucional pelo Chefe do Executivo.

Isso porque entre os efeitos do controle concentrado está a vinculação dos demais órgãos do Poder Judiciário e do Executivo (art. 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868/99 e art. 102, § 2.º, da CF/88 — EC n. 45/2004).

Outro argumento a fortalecer a idéia de possibilidade de descumprimento da lei flagrantemente inconstitucional pelo Executivo decorre dos efeitos da súmula vinculante (Reforma do Judiciário), que, uma vez editada, vinculará a Administração Pública, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal (art. 64-B da Lei n. 9.784/99, introduzido pela Lei n. 11.417/2006).

Antes, porém, a contrario sensu e desde que não exista qualquer medida judicial em sentido contrário, tecnicamente, poderá o Chefe do Executivo determinar a não aplicação de lei flagrantemente inconstitucional.⁵¹

Se, por um lado, é verdade que a jurisprudência também já há muito vem admitindo a necessidade de serem contempladas pelo Poder Judiciário compreensões importantes que as transformações sociais impõem acerca da realidade, antecipando-se à própria dinâmica legislativa, não menos verdade é que o Poder Executivo, como também ator e legítimo intérprete da Constituição, tanto quanto todos os destinatários da norma constitucional, tal como assevera Peter Häberle, mais do que pode, deve – até mesmo pelo princípio do poder-dever – direcionar a Administração Pública de forma a orientar-se por uma atuação consentânea com a máxima amplitude dos princípios constitucionais. Dessa maneira, conferindo congruência ao princípio da legalidade estrita de forma a considerar a necessidade de permanente atenção aos processos interpretativos da legislação, que inexoravelmente a Administração tem de fazer, de forma coerente – conforme – com a Constituição e com os instrumentos internacionais dos quais o País é signatário.

Importante frisar que a responsabilidade por traduzir a Constituição na sua concretude, ou, de outra forma, concretizar a Constituição, é dever de todos os responsáveis pela ordem constitucional, o que sem dúvida inclui todos os Poderes de Estado – ou, mais precisamente, todas as funções de Poder do Estado. O que, como adverte Konrad Hesse, vai para além da tradução da “vontade de poder”, mas deve contemplar a “vontade de constituição”, originada na compreensão acerca da necessidade

⁵¹ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo, Ed. Saraiva, 14ª Ed., 2010, p.219/220.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

de uma ordem jurídica firme como proteção contra o arbítrio, na clareza de que tal ordem jurídica está em permanente processo de legitimação que exsurge da própria dinâmica da vida em sociedade e que tal se dá pelo concurso da vontade humana⁵², entendida sempre como vontade de um ser humano complexo e permanentemente contextualizado em seu devir histórico.

A toda evidência, não se está, aqui, subvertendo a harmonia entre os Poderes, de tal sorte que resta intangível a competência do Poder Judiciário como aquele que sempre dará a última palavra acerca de qualquer matéria a ele submetida, nos exatos termos dos artigos 2º e 5º, inciso XXXV, ambos da CF/88, especialmente no que concerne a toda e qualquer questão que envolva constitucionalidade e interpretação das Constituições Estadual e Federal.

Sem embargo, considerando sempre os limites aqui frisados, o Poder Executivo, orientado pelo seu órgão competente, a Procuradoria-Geral do Estado, forte no artigo 115 da Constituição do Estado e artigo 2º da LC 11.742 de janeiro de 2002, é também intérprete da Constituição, tal como rigorosamente deve sê-lo de forma a consubstanciar a legalidade estrita aos comandos constitucionais que precedem e fundamentam todo o ordenamento jurídico.

Conforme aponta Peter Häberle:

"Para uma pesquisa ou investigação realista do desenvolvimento da interpretação constitucional, pode ser exigível um conceito mais amplo de hermenêutica: cidadãos, grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública (...) representam forças produtivas de interpretação (*interpretatorische Produktivkräfte*); eles são intérpretes constitucionais em sentido *lato*, atuando nitidamente, pelo menos, como pré-intérpretes (*Vorinterpretieren*). Subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra, sobre a interpretação, com a ressalva da força normatizadora do voto minoritário. Se se quiser, tem-se aqui uma democratização da interpretação constitucional. Isso significa que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas."⁵³

Sendo legítimo, pois, também ao Poder Executivo, pelo seu órgão competente, Procuradoria-Geral do Estado⁵⁴, a interpretação ou, quando menos, a pré-

⁵² HESSE, Konrad, op. cit., p. 19/20.

⁵³ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antônio Fabris Ed. 2002, p.14.

⁵⁴ Conforme dispõe a LC 11.742/2002: "Art. 2º - São funções institucionais da Advocacia de Estado: (...); II - prestar consultoria jurídica à administração pública estadual direta e indireta; III - zelar pelo cumprimento da Constituição da República Federativa do Brasil e da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, bem como pelos preceitos fundamentais delas decorrentes; IV - zelar pela constitucionalidade dos atos de governo e pela observância dos princípios inerentes à



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

interpretação a que se refere Häberle, *a fortiori* se impõe a orientação com caráter normativo aqui pretendida, tendo como suporte a decisão do STF já apontada. O que significa dizer que a orientação da interpretação da legislação aqui delimitada de forma a harmonizá-la à Constituição Federal, considerando a interpretação dada em definitivo pelo STF quanto à matéria, é de rigor, afastando, inclusive, preocupações que setores doutrinários, não sem algum fundamento, apontam quanto à proposta do doutrinador em foco⁵⁵.

Cumpra apontar, de outro lado, que, em rigor, não se está, aqui, apontando para a não-aplicação de legislação por inconstitucionalidade, mas sim fixando orientação interpretativa a essa mesma legislação de forma a harmonizá-la à Constituição Federal, com base nos fundamentos aqui esposados que estão somente a se alinhar e a reforçar a recente interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADI nº 4277 e ADPF nº 132, já referido. Vale dizer, não se trata de orientação para não-aplicação de disposições legais fundadas em flagrante inconstitucionalidade – o que, como demonstrado, ainda assim estaria no campo de possibilidades constitucionais de atuação do Executivo – mas sim de correta aplicação daqueles dispositivos legais tendo por base a Constituição Federal.

Pelos mesmos fundamentos, não se está malferindo competência do Poder Legislativo, porque a interpretação aqui defendida desses mesmos dispositivos está plenamente compreendida dentro do campo interpretativo suportado pela dicção legal, desde que operado em harmonia com a Constituição Federal e afastando, isto sim, repita-se, a vigente interpretação restritiva. Interpretação essa que, a persistir, aí sim, confere a tais dispositivos eiva de inconstitucionalidade por albergar conteúdo discriminatório não admitido pelos princípios fixados em sede constitucional, especialmente aqueles expressos no inciso IV do art. 3º e artigo 5º *caput*, da Constituição Federal vigente, já exaustivamente abordados. Não se está pois, a legislar, senão apenas orientando a Administração quanto à correta aplicação da lei, em interpretação conforme à constituição, nos precisos limites definidos pelo STF, que, a seu turno, tampouco legislou, como não poderia ser diferente, quando deitou seu novel entendimento acerca da matéria.

administração pública; (...) VII - desenvolver a advocacia preventiva tendente a evitar demandas judiciais e contribuir para o aprimoramento institucional da administração pública, inclusive mediante a elaboração de projetos de lei e de outros diplomas normativos; (...) X - propor orientação jurídico-normativa para a administração pública estadual direta e indireta; (...) XII - contribuir para o aperfeiçoamento das instituições jurídicas nacionais e estaduais, bem como dos serviços públicos estaduais e municipais;(...)"

⁵⁵ Não se desconhecem as críticas que se levantam relativamente à proposta de Häberle, tal como o faz Paulo Bonavides, que aponta ressalvas quanto ao que denomina de método concretista da "Constituição Aberta" "(...) O método concretista da Constituição aberta, nos sistemas efetivamente democráticos, poderá revelar-se contudo excelente para manter um *status quo* da liberdade. Mas nos Estados pouco desenvolvidos, seu préstimo será menor como recurso para conter as crises, depois que elas, declarado o dissídio irremediável da sociedade, se hajam instalado no corpo social. O emprego desse instrumental, com a desorganização da consciência jurídica, e a impotência normativa da lei, cuja ineficácia se patenteasse à vista de todos, poderia ocasionar efeitos desestabilizadores e negativos abreviando e consumando o desenlace institucional" (Curso de Direito Constitucional. São Paulo, Malheiros. 22ª Ed., p 516)



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

É que, tal como demonstrado, há espaço interpretativo para que se possa conferir interpretação conforme a Constituição à legislação estadual aqui sob análise, tanto como houve para o artigo 1.723 do Código Civil Brasileiro - Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – e para o § 3º do artigo 226 da CF/88 dada pela mais alta Corte do País, pelo qual queda inconstitucional, isto sim, qualquer outra interpretação que leve ao entendimento de que está vedada pelo ordenamento jurídico previdenciário e estatutário estadual a extensão de direitos a união estável configurada entre pessoas do mesmo sexo.

Importante também apontar que a jurisprudência, constitutiva de uma das fontes do Direito Administrativo, tal como já asseverado, é autorizadora no sentido de que se adote interpretação conforme, incorporando à interpretação dos textos legais em foco o que fixado de maneira firme pelos Tribunais, especialmente no que vem definindo o STF e, fundado em tal entendimento, é absolutamente legítimo que a Administração, por ato normativo seu, adote o entendimento fixado pela jurisprudência dando tratamento igual a todas as situações que sejam idênticas ou semelhantes. Nesse sentido, mais uma vez, preleciona Diógenes Gasparini:

“Em alguns países, a exemplo dos Estados Unidos da América do Norte, a jurisprudência tem força coercitiva, na medida em que devem ser respeitados os precedentes judiciais, notadamente das cortes superiores. Em outros países, a exemplo do Brasil, os julgados dos Tribunais obrigam por força moral que encerram e só por isso são respeitados pelas instâncias e juízes. Apesar de ser assim, e de não se aplicarem senão a casos concretos, é seguro dizer que ante decisões reiteradas, de pacífica orientação jurisprudencial num dado sentido, a Administração Pública pode, por ato normativo seu, estender seus efeitos a outras situações idênticas.”⁵⁶

Dessa forma, resta de forma clara que a adoção de orientação jurídica aqui pode se dar com caráter normativo, porque traduz atuação compreendida no âmbito de competência da Procuradoria-Geral do Estado nos termos do artigo 82 inciso XV c/c o artigo 115, inciso I, ambos da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul de 1989, artigo 1º, *caput*, c/c artigo 2º, incisos IV, VII, X, XII e artigo 13, parágrafo único, todos da LC n.º 11.742/2002.

4. Conclusão

É, então, ao fim e ao cabo, na esteira de tais entendimentos, especialmente: a) com base na decisão do STF relativamente à ADI nº 4277 e ADPF nº 132; b) na compreensão da necessidade de adequação da interpretação da lei de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul ora em foco às novas realidade sociais emergentes; c) na perspectiva de fazer valer radicalmente princípios constitucionais tão caros, especialmente os da igualdade e da não discriminação, insculpidos nos artigos 5º *caput* e 3º, inciso IV, respectivamente, ambos da CF/88; d) na compreensão de que a Administração Pública tem o dever-poder precípua de permanentemente buscar as condições de bem-estar e de felicidade geral dos administrados e no compromisso de dar concretude aos Direitos Humanos plasmados na Constituição vigente e nos instrumentos internacionais dos quais o Brasil é signatário; e) em consonância com Decreto Federal n.º 7.037/2009 que estabeleceu o PNDH III, que se conclui, pois, como orientação jurídica e administrativa, pela extensão dos direitos previdenciários conferidos às uniões estáveis

⁵⁶

Op. cit., p.27



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

heterossexuais para também contemplar as uniões homossexuais, observadas as mesmas exigências fixadas para as situações de união estável heterossexual e mesmos limites.

Identicamente, na forma demonstrada, se entende, também, coerentemente com a jurisprudência já pacificada, não ser mais exigível a condição de invalidez para o marido para a condição de dependente, bem como a ele também se coloca extensível a presunção de dependência econômica da esposa beneficiária, não somente na esteira do avanço irreversível da jurisprudência nesse sentido, mesmo que por ora ainda não pacificada, como também tendo em conta os princípios constitucionais da igualdade e da proibição de discriminação de qualquer natureza, inclusive por sexo, já reiteradamente apontados.

Ainda, com base nos mesmos fundamentos, conclui-se, ainda, no sentido de que todos os direitos funcionais previstos pela LC 10.098/94 que adentrem ou tangenciem interesses de cônjuge ou de companheiro ou de companheira em casamento ou união estável heterossexual devem ser igualmente conferidos a todos os servidores e servidoras que se submetem direta ou indiretamente a tal diploma legal, independentemente de orientação sexual e da forma do ente familiar constituído, nos termos e na forma aqui expostos.

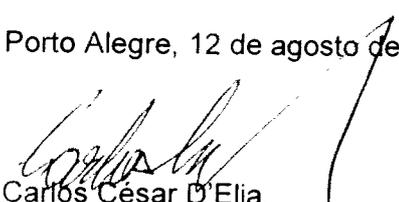
Por fim, levando-se em consideração que, uma vez acatados os termos aqui expostos, haja necessidade de providências administrativas importantes, bem como estudos acerca das repercussões financeiras para dar execução ao aqui propugnado, sugere-se que os efeitos normativos do presente Parecer passem a valer:

- a) em 90 (noventa) dias após a publicação oficial do presente Parecer, para os direitos relacionados às uniões homossexuais na forma ora apontada;
- b) em 180 (cento e oitenta) dias após a publicação oficial do presente Parecer, para fins de extensão dos direitos previdenciários, no casamento, aos maridos, prazo no qual poderá ser encaminhado projeto de lei ao Poder Legislativo para regulamentação da matéria, na forma e sob os fundamentos expostos no item 1.2 deste Parecer.

É o parecer.

À elevada consideração do Exmo. Sr. Procurador-Geral do Estado

Porto Alegre, 12 de agosto de 2011.


Carlos César D'Elia,
Procurador do Estado,
Coordenador da Comissão de Direitos Humanos
da Procuradoria-Geral do Estado.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Processo n.º 020821-10.00/11-7

Acolho as conclusões do PARECER n.º 15.494 /11, da Comissão de Direitos Humanos da Procuradoria-Geral do Estado, de autoria do Procurador do Estado Doutor Carlos César D'Elia.

Encaminhe-se ao Excelentíssimo Senhor Governador do Estado para sua aprovação.

Em 23 de agosto de 2011.

**Carlos Henrique Kaipper,
Procurador-Geral do Estado.**



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
GABINETE DO GOVERNADOR

Processo nº 020821-10.00/11-4

APROVO as conclusões do Parecer nº 15.494/11, da Procuradoria-Geral do Estado, dando orientação jurídico-normativa à administração pública estadual, em face do contido no artigo 82, inciso XV, da Constituição Estadual.

À Procuradoria-Geral do Estado para as anotações de praxe e providências que entender necessárias.

PALÁCIO PIRATINI, em Porto Alegre, 24 de agosto de 2011.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Tarso Genro', written over a diagonal line that extends from the signature down towards the text below.

TARSO GENRO,
GOVERNADOR DO ESTADO.