

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL
Nº 132/RJ

Argüente: Governador do Estado do Rio de Janeiro
Argüidos: Governador do Estado do Rio de Janeiro, Assembléia
Legislativa do Estado do Rio de Janeiro e Tribunais de Justiça
dos Estados
Relator: Exmo. Sr. Ministro Carlos Britto

Direitos fundamentais. Uniões homoafetivas. Servidor público. Normas estaduais que impedem a equiparação do companheiro de relação homoafetiva como familiar. Preliminares. Conhecimento parcial da ação. Falta de pertinência temática e de interesse processual. Mérito: observância dos direitos fundamentais à igualdade e à liberdade. Exigências do bem comum. Direito comparado. Decisões dos Tribunais Superiores. Manifestação pelo conhecimento parcial da ADPF para que, nessa parte, seja julgado procedente, sem pronúncia de nulidade, com interpretação conforme a Constituição, a fim de contemplar os parceiros de união homoafetivas no conceito jurídico de família.

Egrégio Supremo Tribunal Federal,

O Advogado-Geral da União vem, nos termos da Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999, em atenção ao despacho de fl. 822, manifestar-se quanto à presente argüição de descumprimento de preceito fundamental.

1. DA ARGÜIÇÃO

Trata-se de argüição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de liminar, proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, pleiteando (i) o reconhecimento de que o regime jurídico das uniões estáveis também deve se aplicar às uniões homoafetivas; (ii) interpretação conforme a Constituição dos arts. 19, II e V¹, e 33, ambos do Decreto-lei estadual nº 220/75², em ordem a assegurar os benefícios ali previstos aos parceiros de uniões homoafetivas estáveis e (iii) a declaração de que as decisões judiciais que se orientam em sentido contrário ao propugnado na inicial violam preceitos fundamentais.

A fim de fundamentar a argüição, sustenta que o tratamento jurídico discriminatório muitas vezes conferido às uniões homoafetivas não encontra respaldo na Constituição Federal, que tem como pilares “*o direito à igualdade (art. 5º, caput); o direito à liberdade, do qual decorre a autonomia da vontade (art. 5º, II); o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, IV); e o princípio da segurança jurídica (art. 5º, caput)*” (fl. 2).

¹ “Art. 19. Conceder-se-á licença: (...) II – por motivo de doença em pessoa da família, com vencimento e vantagens integrais nos primeiros 12 (doze) meses; e, com dois terços, por outros 12 (doze) meses, no máximo; (...); V – sem vencimento, para acompanhar o cônjuge eleito para o Congresso Nacional ou mandado servir em outras localidades se militar, servidor público ou com vínculo empregatício em empresa estadual ou particular.”
“Art. 33. O Poder Executivo disciplinará a previdência e a assistência ao funcionário e à sua família, compreendendo: I – salário-família; II – auxílio-doença; III – assistência médica, farmacêutica, dentária e hospitalar; IV – financiamento imobiliário; V – auxílio-moradia; VI – auxílio para a educação dos dependentes; VII – tratamento por acidente em serviço, doença profissional ou internação compulsória para tratamento psiquiátrico; VIII – auxílio-funeral, com base no vencimento, remuneração ou provento; IX – pensão em caso de morte por acidente em serviço ou doença profissional; X – plano de seguro compulsório para complementação de proventos e pensões. Parágrafo único: A família do funcionário constitui-se dos dependentes que, necessária e comprovadamente, vivam a suas expensas.”

² Estatuto dos funcionários públicos civis do Estado do Rio de Janeiro.

Narra o argüente as dificuldades vivenciadas no Estado do Rio de Janeiro quanto ao tratamento jurídico das uniões homoafetivas para os agentes públicos estaduais, registrando dificuldades administrativas na concessão de licenças e no tratamento previdenciário destes. Afirma haver entendimento majoritário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que não respalda o reconhecimento das mencionadas relações como realidade social e jurídica.

Ao tecer considerações acerca da força normativa dos princípios, indica ser plenamente cabível a presente argüição, já que tem por objeto norma anterior à vigência da Carta de 1988, além de contemplar a impugnação de atos do poder público – decisões judiciais – que revelam a aptidão para lesionar preceitos fundamentais.

Por fim, sustenta que *“nenhum princípio ou valor protegidos pela Constituição são promovidos por meio do não reconhecimento das uniões afetivas desenvolvidas entre pessoas do mesmo sexo. Ao contrário, o que se produz é uma violação direta ao propósito constitucional de se instituir uma sociedade pluralista e refratária ao preconceito.”* (fl. 21).

Os autos foram distribuídos ao relator, Ministro Carlos Britto, que determinou a emenda à inicial, a fim de constar a Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro como integrante do pólo passivo, providência devidamente cumprida pelo argüente (fl. 97)

Solicitadas informações aos argüidos, a Assembléia Legislativa e o Tribunal de Justiça fluminense argumentaram que recente alteração legislativa (Lei Estadual nº 5.034/2007, que acrescentou parágrafo ao art. 29 da Lei

Estadual nº 285/79) assegurou aos titulares de cargos estaduais de provimento efetivo o direito de averbar a condição de parceiro homoafetivo para fins previdenciários.³

Registre-se que postularam o ingresso na lide, na qualidade de *amici curiae*, as entidades *Conectas Direitos Humanos*, *Escritório de Direitos Humanos do Estado de Minas Gerais - EDH* e *Grupo Gay da Bahia - GGB* (fls. 605/629). Os pedidos foram deferidos pelo relator no despacho de fl. 659.

Vieram os autos, na seqüência, ao Advogado-Geral da União.

2. PRELIMINARMENTE – DO CONHECIMENTO PARCIAL DA ADPF

2.1 – Ausência de pertinência temática

A jurisprudência dessa Excelsa Corte consagrou o requisito relativo à pertinência temática como indispensável pressuposto de admissibilidade do controle abstrato de normas, instaurado pelos agentes políticos referidos no inciso V do art. 103 da Constituição Federal.

Nesse sentido, é digno de nota o seguinte julgado (ADI nº 2.747/MG, rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 17.08.2007):

³ Lei nº 5.034/2007: “Art. 1º. O art. 29 da Lei nº 285, de 03 de dezembro de 1979, fica acrescido do seguinte parágrafo: ‘Art. 29. § 7º. Equiparam-se à condição de companheira ou companheiro de que trata o inciso I deste artigo, os parceiros homoafetivos, que mantenham relacionamento civil permanente, desde que devidamente comprovado, aplicando-se para configuração deste, no que couber, os preceitos legais incidentes sobre a união estável de parceiros de sexos diferentes.

Art. 2º. Aos servidores públicos estaduais, titulares de cargo efetivo, fica assegurado o direito de averbação, junto à autoridade competente, para fins previdenciários, da condição de parceiros homoafetivos.”

“LEGITIMIDADE - GOVERNADOR DE ESTADO - LEI DO ESTADO - ATO NORMATIVO ABRANGENTE - INTERESSE DAS DEMAIS UNIDADES DA FEDERAÇÃO - PERTINÊNCIA TEMÁTICA. Em se tratando de impugnação a diploma normativo a envolver outras Unidades da Federação, o Governador há de demonstrar a pertinência temática, ou seja, a repercussão do ato considerados os interesses do Estado.”

Em doutrina, Luis Roberto Barroso anota que:

*“Relativamente aos legitimados especiais, é pacífica a jurisprudência no sentido de que a Mesa da Assembléia Legislativa somente pode propor ação direta quando houver vínculo objetivo de pertinência entre a norma impugnada e a competência da casa legislativa ou do Estado do qual é ela o órgão representativo.(...). **Analogamente se passa com os Governadores de Estado, cuja atuação no controle direto de constitucionalidade no plano federal é subordinada à existência de uma relação de pertinência entre a norma impugnada e os interesses que a eles cabe legitimamente tutelar.**”⁴ (sem destaques no original)*

Isso posto, para que se proceda à verificação da existência da pertinência temática no caso em exame, é preciso analisar se os atos do poder público questionados nesta demanda revelam relação de pertinência com os interesses do Estado do Rio de Janeiro.

Com efeito, é inquestionável o interesse do requerente em postular decisão desse Pretório Excelso que uniformize em seu Estado, seja no âmbito administrativo, seja no judicial, o tratamento jurídico conferido aos servidores públicos estaduais que mantêm relação homoafetiva estável.

Por outro lado, não lhe assiste legitimidade para postular idêntica providência no âmbito de outros Estados ou da União, uma vez que o ambiente fático-jurídico por ele apresentado na presente argüição revela, apenas, conexão

⁴ In O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 144.

com questões ligadas ao tratamento dos servidores públicos do Estado do Rio de Janeiro, não se justificando qualquer interferência no regramento utilizado por outras unidades federativas.

Assim, observa-se que o requerente não logrou demonstrar em que medida os atos do poder público tidos por violadores de preceitos fundamentais teriam interferido nos interesses e competências constitucionais do Estado que representa, razão pela qual não se pode admitir, por falta de pertinência temática, que o mesmo seja legitimado a questionar a compatibilidade de decisões judiciais de outros órgãos jurisdicionais, ressalvado, apenas, pelas razões expostas, as do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

2.2 – Da falta de interesse processual

A preocupação revelada pelo requerente quanto ao tratamento jurídico-previdenciário daqueles servidores que convivem em união homoafetiva parece não se revestir de plausibilidade.

Conforme consignado nas informações da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (fls. 814/819), a aprovação da Lei estadual nº 5.034, de 31 de maio de 2007, responde bem às expectativas e preocupações consignadas na inicial. Com efeito, o referido diploma normativo alterou a Lei nº 285, de 3 de dezembro de 1979⁵, de modo a incluir os parceiros de uniões homoafetivas entre os beneficiários do regime próprio de previdência do Estado do Rio de Janeiro, equiparando-os à condição de companheiros. É o que se depreende da leitura do referido texto legal:

Lei nº 5.034/2007: “Art. 1º. O art. 29 da Lei nº 285, de 03 de dezembro de 1979, fica acrescido do seguinte parágrafo:

‘Art. 29. São beneficiários do regime próprio de previdência social do Estado do Rio de Janeiro, na condição de dependentes do segurado:

§ 7º. Equiparam-se à condição de companheira ou companheiro de que trata o inciso I deste artigo, os parceiros homoafetivos, que mantenham relacionamento civil permanente, desde que devidamente comprovado, aplicando-se para configuração deste, no que couber, os preceitos legais incidentes sobre a união estável de parceiros de sexos diferentes.

Art. 2º. Aos servidores públicos estaduais, titulares de cargo efetivo, fica assegurado o direito de averbação, junto à autoridade competente, para fins previdenciários, da condição de parceiros homoafetivos.”

Desse modo, embora o art. 33 do Decreto-lei nº 220/75, que institui as linhas-mestras do regime previdenciário próprio do servidor público estatutário do Estado do Rio de Janeiro, não faça qualquer referência aos integrantes de uniões homoafetivas, a análise conjunta e compreensiva do ordenamento estadual não permite outra conclusão, senão a de que, ao menos no campo previdenciário, há proteção suficiente e tratamento isonômico a amparar os direitos dos que mantêm relações homossexuais estáveis.

Em face dessa realidade jurídica, afigura-se despicienda, sob a ótica processual, qualquer manifestação dessa Suprema Corte conferindo interpretação conforme a Constituição a um dispositivo legal estadual, quando outro – de igual estatura – garante àqueles que se submetem à sua regulação providência de idêntica natureza à da que se postula pela via da fiscalização abstrata de constitucionalidade.

⁵ Dispõe sobre o regime previdenciário dos servidores públicos do Estado e do Município do Rio de Janeiro e dá outras providências.

Em outras palavras: considerando que o ordenamento jurídico estadual já oferece mecanismos – pela inclusão do companheiro homossexual estável como dependente previdenciário do servidor estatutário – para solucionar o conflito de legitimidade constitucional apontado como existente na inicial, não há razões para que essa Suprema Corte se pronuncie a respeito, faltando ao requerente, no ponto, o interesse processual (interesse-necessidade).

Assim sendo, impõe-se o não conhecimento da presente arguição quanto ao art. 33 do Decreto nº 225/70, uma vez que a legislação estadual, conforme explicitado, já contempla a regulamentação postulada pelo requerente nesta ação.

3. MÉRITO

3.1 – As uniões homoafetivas como família

A presente controvérsia limita-se a identificar se o art. 19, II e V, do Decreto-Lei nº 220/75 e as decisões prolatadas no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro encontram amparo na vigente ordem constitucional.

De início, é preciso afirmar que o Estado Democrático de Direito não pode conviver com ações estatais desafinadas com o respeito e a promoção indistinta do bem de todos os seres humanos. Na lição de José Afonso da Silva, *“a promoção do bem de todos ou do bem comum é objetivo primordial de todo Estado. É isso que justifica sua existência, quer a Constituição formal o diga, ou não.”*⁶

⁶ In Comentário Contextual à Constituição. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 48.

O texto da Carta de 1988, confirmando a vocação democrática nacional e em reforço à vertente de afirmação dos direitos humanos fundamentais no Estado Brasileiro, é pródiga em manifestações nesse sentido:

*“Art. 3º. **Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:***

I – constituir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

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

A despeito de não integrar o corpo normativo da Constituição, o preâmbulo da Carta Maior registra as relevantes intenções do povo brasileiro:

*“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para **instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.**”(sem destaques no original).*

A análise da presente demanda não pode deixar de considerar o ambiente constitucional ora referido.

Com efeito, o requerente postula seja aplicado, relativamente a

direitos estatutários dos servidores, o regime jurídico da união estável também para as uniões de pessoas do mesmo sexo. Para tanto, afirma que o Estado do Rio de Janeiro tem encontrado dificuldades, diante de seu estatuto, para enfrentar as situações de fato consolidadas entre os seus servidores que mantêm uniões homoafetivas estáveis.

O art. 19 do estatuto dos servidores públicos do Estado do Rio de Janeiro, objeto da presente argüição, assim disciplina:

“Art. 19. Conceder-se-á licença:

(...)

II – por motivo de doença em pessoa da família, com vencimento e vantagens integrais nos primeiros 12 (doze) meses; e, com dois terços, por outros 12 (doze) meses, no máximo;

(...)

V – sem vencimento, para acompanhar o cônjuge eleito para o Congresso Nacional ou mandado servir em outras localidades se militar, servidor público ou com vínculo empregatício em empresa estadual ou particular.”

A compreensão do texto normativo não pode ignorar, com base nos parâmetros constitucionais, os vínculos e as relações de afeto que mantêm os integrantes de uniões homoafetivas. Se é certo que a Carta Maior prevê, de modo expresse, em seu art. 226, o casamento (§ 2º), a união estável (§ 3º) e a família monoparental (§ 4º) como entidades familiares, não se pode afirmar que o conjunto de suas normas permite excluir de similar tratamento jurídico outras relações baseadas no mesmo suporte fático: (i) auto-determinação, (ii) afeto e (iii) pleno exercício da liberdade pela deliberada intenção de convivência íntima e estável, a fim de alcançar objetivos comuns.

Já se afirmou em doutrina que *“a família existe para a satisfação de seus membros e como materialização de uma situação compartilhada por*

*peessoas que vivem juntas, trocando experiências e partilhando de vida em comum. Há a opção pessoal de cada um de unir e partilhar de sentimentos comuns.”*⁷

Nesses termos, pode-se afirmar que, a despeito de a Carta de 1988 não haver contemplado – de modo expresso – o tratamento jurídico das uniões homoafetivas no capítulo que dedica à família, a evolução e a complexidade das relações humanas estão a exigir do sistema jurídico respostas adequadas para a resolução dessas controvérsias, intimamente ligadas ao pleno exercício dos direitos humanos fundamentais.

Sobre o tema, pertinente o comentário de Érika Harumi Fugie:

“(…), admite-se afirmar que normas singulares inseridas na Constituição acabem por se tornar automaticamente obsoletas, quando as mesmas, em virtude de uma mudança real de situação, não podem mais cumprir a sua função integradora e, porventura, podem até assumir uma função desintegradora.

A essa nova situação denomina-se mutação constitucional. Assim, os preceitos constitucionais reclamam interpretação adequada à exigência da realidade. Essa interação com a realidade permite considerar a Constituição como uma ordem aberta.

*Essa abertura da própria Lei Fundamental permite o evoluir constante da ordem constitucional, no compasso da evolução histórica. De modo que a Constituição impõe sua força normativa: ‘a força normativa da Constituição implica, pois, a construção de uma via de duas mãos: a Constituição conforma a realidade; mas ao mesmo tempo é, de certo modo, também por ela (pela realidade) conformada.’*⁸

É perceptível o esforço da doutrina e da jurisprudência pátrias para encontrar soluções para as inúmeras questões que surgem do vazio normativo

⁷ THOMAZ, Thiago Hauptmann Borelli. *União homossexual – reflexões jurídicas*. Revista dos Tribunais – Ano 92 – Volume 807 – Janeiro de 2003. São Paulo: RT, 2003, p. 97.

⁸ *In A União Homossexual e a Constituição Federal*. Revista Brasileira de Direito de Família. Ano IV, nº 15, Out-Dez/2002, Editora Síntese.

relacionado às uniões homoafetivas. Entretanto, as principais questões são sempre resolvidas sobre o prisma patrimonial, utilizando-se, muitas vezes, de institutos já consolidados em outros ramos do Direito – como é o caso da *sociedade de fato* no Direito Empresarial – a fim de dar cabo a tais questionamentos. Destaque-se, a propósito, as considerações de Maria Berenice Dias:

“Nítido o repúdio do legislador no manejo de questões encharcadas de preconceito. No Brasil, nem a Constituição e nem a lei tomam conhecimento da homossexualidade, não lhe dando aprovação nem punições. Assim, está-se impondo às relações homoafetivas o mesmo calvário percorrido pelo concubinato antes da constitucionalização dos vínculos afetivos heterossexuais não-matrimonializados, e que receberam o nome de união estável.

[...]

Havendo identidade de sexo, ainda que meramente biológica, a demanda, proposta no juízo cível, provavelmente será extinta, decantando-se a carência de ação, por impossibilidade jurídica do pedido. Raros julgados emprestam juridicidade a tais vínculos. Mesmo quando comprovada a convivência duradoura, pública e contínua, é reconhecida somente a existência de uma sociedade de fato, sob o fundamento de ser impertinente qualquer indagação sobre a vida íntima de um e de outro. Não se concede alimentos e nem direitos sucessórios.”⁹.

Em uma ordem jurídico-constitucional em que a tutela do ser humano e a afirmação da plenitude de seus direitos apresentam-se como elemento central para o desenvolvimento da sociedade, é fácil perceber que soluções imprecisas e importadas de outros ramos do Direito não se apresentam como adequadas para o enfrentamento de questões que são íntimas à concretização dos direitos da personalidade.

Com apoio em Pietro Perlingieri, e ainda a respeito da tensão existente entre os tipos jurídicos e a complexidade das relações humanas que

reclamam a tutela do Direito, assevera Gustavo Tepedino:

“A personalidade humana deve ser considerada antes de tudo como um valor jurídico, insuscetível, pois, de redução a uma situação jurídica-tipo ou a um elenco de direitos subjetivos típicos, de modo a se proteger eficaz e efetivamente as múltiplas e renovadas situações em que a pessoa venha a se encontrar, envolta em suas próprias e variadas circunstâncias. Daí resulta que o modelo do direito subjetivo tipificado, adotado pelo Codificador brasileiro, será necessariamente insuficiente para atender às possíveis situações subjetivas em que a personalidade humana reclame tutela jurídica.”¹⁰

Conforme salientado, embora não haja na Carta Maior, com relação às uniões homoafetivas, o que Gustavo Tepedino convencionou chamar de *situação jurídica-tipo*, a totalidade orgânica da Constituição oferece elementos seguros para o enfrentamento dessa questão. A compreensão do tema perpassa, sem dúvida, pela análise dos parâmetros normativos já existentes com relação ao casamento e à união estável e da concretização dos postulados constitucionais da igualdade, da liberdade e da promoção de uma sociedade livre de preconceitos.

Com efeito, pode-se afirmar que o tratamento diferenciado entre as entidades familiares expressamente previstas na Constituição Federal e as uniões homoafetivas não apresenta justificativa plausível, sob a ótica do princípio da igualdade. É ofensivo ao senso comum – e à força normativa do princípio da isonomia – que, no caso do art. 19 do Decreto-lei nº 220/75, possa ser deferida licença para aquele companheiro ou cônjuge para tratar da doença de seu consorte, sendo impossível ao que mantém união homoafetiva estável – cuja relação se funda nos mesmos pressupostos de liberdade e de afeto que as outras uniões – similar tratamento.

⁹ *In* União Homossexual: o Preconceito e a Justiça. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 88/89.

¹⁰ *In* A parte geral do novo Código Civil – Estudos na perspectiva civil-constitucional. 2ª edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 23.

Nesse particular, ressalta Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim proveitosas que detrimosas para os atingidos.”¹¹

No mesmo sentido, averba Pimenta Bueno que *“a lei deve ser uma e a mesma para todos; qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania.”¹²*

Considerando, pois, que as relações afetivas, sejam homo ou heterossexuais, são baseadas no mesmo suporte fático, razão não há – sob pena de discriminação – para se atribuir às mesmas tratamento jurídico diferenciado.

Como inarredável pressuposto para o desenvolvimento da personalidade humana – valor maior tutelado pela Constituição Federal –, é mister que se afaste qualquer óbice jurídico que represente limitação – ainda que potencial – ao pleno exercício da liberdade que possui todo ser humano no exercício da plenitude de sua orientação sexual.

Sem dúvida, pode-se afirmar que o tratamento jurídico discriminatório em relação àqueles parceiros de união homoafetivas, como estabelece o ato normativo objeto da presente arguição, revela limitação à

¹¹ In Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª edição. 15ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 18.

liberdade, na medida em que a escolha de orientação sexual não garante os desdobramentos jurídicos comuns às demais entidades familiares.

A persecução do bem comum, positivada na Constituição como valor fundamental, obriga o operador do Direito a tratar com equivalência as situações fáticas iguais. Não há esforço hermenêutico, destituído de preconceito, capaz de encontrar justificativa plausível para oferecer solução jurídica que trate de modo diferenciado os integrantes de uniões homoafetivas. Induvidosamente, constituem *família*.

Nesse particular, destaque-se, uma vez mais, os ensinamentos de Maria Berenice Dias:

"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 juízes, 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

¹² In Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império. Rio de Janeiro: 1857, p. 424.

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 homoafetiva - como já fez a maioria dos países do 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. (...)."¹³

Com efeito, interessa noticiar, conforme manifestação dos *amicii curiae* de fls. 605/629, que, na experiência jurídica comparada, é possível encontrar significativo número de países em que as uniões homoafetivas já possuem regulação no direito positivo, sempre no sentido de estabelecer tratamento igualitário àqueles que vivem em relação de casamento ou de união estável.

Anote-se, de modo exemplificativo, que a Holanda, a Bélgica, o Canadá, a Espanha e a África do Sul permitem o casamento entre pessoas do mesmo sexo. De outro modo, França, Alemanha, Uruguai, República Tcheca, Reino Unido e Finlândia reconhecem, juridicamente, a união homoafetiva, sem equipará-la, contudo, ao casamento.

Diante de todo o exposto, tem-se que o pedido formulado na presente argüição revela procedência, na medida em que se afigura necessário o tratamento do parceiro de união homoafetiva como integrante da família do servidor público, a fim de que esse possa fruir dos benefícios concedidos pelo estatuto fluminense.

¹³ *Ob. Cit.* p. 71/99.

3.2 – Manifestações jurisprudenciais

No âmbito dos Tribunais Superiores, é possível catalogar decisões que abonam a tese ora propugnada. Embora não se apresentem em grande número, são extremamente importantes, por reconhecerem que a anomia em relação ao tema reduz a esfera de direitos dos parceiros homossexuais.

Nessa Suprema Corte, registre-se o precedente em que a Presidência negou pedido de suspensão de liminar que objetivava a sustação da eficácia de julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que reconhecia a possibilidade de o parceiro homoafetivo gozar de benefício previdenciário:

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

para implementação das medidas necessárias ao integral cumprimento desta decisão, sob pena de multa diária de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), com fundamento no art. 461, § 4º, do Código de Processo Civil. Entendo inviável determinação do modo como procederá o INSS para efetivar a medida, consoante postulado pelo parquet (item 14, alínea "d"), porquanto configuraria indevida ingerência na estrutura administrativa da entidade. (...) Constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV do artigo 3º da Carta Federal). Vale dizer, impossível é interpretar o arcabouço normativo de maneira a chegar-se a enfoque que contrarie esse princípio basilar, agasalhando-se preconceito constitucionalmente vedado. O tema foi bem explorado na sentença (folha 351 à 423), ressaltando o Juízo a inviabilidade de adotar-se interpretação isolada em relação ao artigo 226, § 3º, também do Diploma Maior, no que revela o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar. Considerou-se, mais, a impossibilidade de, à luz do artigo 5º da Lei Máxima, distinguir-se ante a opção sexual. Levou-se em conta o fato de o sistema da Previdência Social ser contributivo, prevendo a Constituição o direito à pensão por morte do segurado, homem ou mulher, não só ao cônjuge, como também ao companheiro, sem distinção quanto ao sexo, e dependentes - inciso V do artigo 201. Ora, diante desse quadro, não surge excepcionalidade maior a direcionar à queima de etapas. A sentença, na delicada análise efetuada, dispôs sobre a obrigação de o Instituto, dado o regime geral de previdência social, ter o companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial. Tudo recomenda que se aguarde a tramitação do processo, atendendo-se às fases recursais próprias, com o exame aprofundado da matéria. Sob o ângulo da tutela, em si, da eficácia imediata da sentença, sopesaram-se valores, priorizando-se a própria subsistência do beneficiário do direito reconhecido. É certo que restou salientada a eficácia da sentença em todo o território nacional. Todavia este é um tema que deve ser apreciado mediante os recursos próprios, até mesmo em face da circunstância de a Justiça Federal atuar a partir do envolvimento, na hipótese, da União. Assim, não parece extravagante a óptica da inaplicabilidade da restrição criada inicialmente pela Medida Provisória nº 1.570/97 e, posteriormente, pela Lei nº 9.497/97 à eficácia erga omnes, mormente tendo em conta a possibilidade de enquadrar-se a espécie no Código de Defesa do Consumidor. 3. Indefiro a suspensão pretendida.”¹⁴

No Tribunal Superior Eleitoral, é já clássico o acórdão que negou –

¹⁴ Pet 1.984/RS, rel. Min. Marco Aurélio. DJ de 20.02.2003.

com inegável acerto – registro à candidatura de parceira homoafetiva que postulava o ingresso no cargo de Prefeito Municipal, este anteriormente ocupado por sua companheira. A Constituição Federal torna inelegível, no mesmo território de jurisdição, o cônjuge e o parente, ainda que por afinidade. O acórdão ficou assim ementado:

“REGISTRO DE CANDIDATO. CANDIDATA AO CARGO DE PREFEITO. RELAÇÃO ESTÁVEL HOMOSSEXUAL COM A PREFEITA REELEITA DO MUNICÍPIO. INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Recurso a que se dá provimento.”¹⁵

É possível também encontrar, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, manifestações que convergem com a orientação aqui adotada:

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

(...)

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

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

¹⁵ Recurso Especial Eleitoral nº 24.564/PA, rel. Min. Gilmar Mendes.

Pretório Excelso. Somente por amor ao debate, porém, de tal preceito não depende, obrigatoriamente, o desate da lide, eis que não diz respeito ao âmbito previdenciário, inserindo-se no capítulo 'Da Família'. Face a essa visualização, a aplicação do direito à espécie se fará à luz de diversos preceitos constitucionais, não apenas do art. 226, §3º da Constituição Federal, levando a que, em seguida, se possa aplicar o direito ao caso em análise.

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

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

"Art. 201- Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a: [...] V - pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto no § 2º."

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

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

9 - *Recurso Especial não provido.*"¹⁶

Os acórdãos acima referidos demonstram que a Constituição Federal oferece mecanismos para solucionar as inúmeras questões jurídicas a que estão submetidos os parceiros de união homoafetiva, a exigir, no caso presente, que semelhante e definitiva solução seja adotada.

4. CONCLUSÃO

Pelo exposto, manifesta-se o Advogado-Geral da União pelo conhecimento parcial da presente argüição de preceito fundamental, nos termos da fundamentação mencionada, bem como para que, na parte em que conhecida, seja o pedido julgado procedente para que, sem pronúncia de nulidade e **com interpretação conforme a Constituição, o art. 19, II e V, do Decreto-Lei nº 220/75, editado pelo Estado do Rio de Janeiro, contemple, nos conceitos de cônjuge e de família, os companheiros de uniões homoafetivas**, bem como seja declarada a nulidade das decisões judiciais, no âmbito daquela unidade da Federação, que se orientam em sentido contrário, por flagrante violação de preceitos fundamentais.

São essas, Excelentíssimo Senhor Relator, as considerações que se tem a fazer em face do art. 5º, § 2º, da Lei nº 9.882/99, tendo em vista a orientação fixada na interpretação do referido dispositivo na ADI n.º 1.616-4/PE e 2.101-0/MS, Rel. Min. Maurício Corrêa, e na ADI n.º 2.681/RJ, Rel. Min. Celso de Mello.

Brasília, de junho de 2008.

JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI
Advogado-Geral da União

RODRIGO DE SOUZA AGUIAR
Advogado da União

¹⁶ Recurso Especial nº 395.904/RS, rel. Hélio Quaglia Barbosa. DJ de 06.02.2006.