



O Advogado-Geral do Estado, Dr. Marco Antônio Rebelo Romanelli, proferiu no Parecer abaixo o seguinte Despacho:
“Aprovo. Em 18/03/2011”

Procedência: Secretaria de Estado da Fazenda

Interessados: Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Fazenda
Gabinete do Governador
M.A.M.C.

Parecer nº: 15.073

Data: 18 de março de 2011

Ementa:

REVISÃO DE ATO ADMINISTRATIVO – LEI 14.184/02 – PENSÃO ACIDENTÁRIA – LEI ESTADUAL N. 9.683/88 – BENEFICIÁRIO – UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA – INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – ART. 226, § 3º, DA CR/88, ART. 3º DA LEI ESTADUAL N. 9.683/88 E ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL - RECONHECIMENTO JUDICIAL.

CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E FUNÇÃO ADMINISTRATIVA DO ESTADO – OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE - VINCULAÇÃO À CONSTITUIÇÃO E AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

UNIÃO HOMOAFETIVA - RECONHECIMENTO – DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO A DISCRIMINAÇÕES – ARTS. 1º, III, 3º, IV e art. 5º, *CAPUT*, TODOS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988.

RELATÓRIO

Cuida-se de expediente encaminhado à Consultoria Jurídica da Advocacia-Geral do Estado pela Sra. Assessora Jurídica Chefe da Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Fazenda por meio do Ofício n. 0024/2011.



Esclarece ela se tratar de processo referente a pedido de reconsideração de decisão administrativa daquela Secretaria, que indeferiu pleito relativo a concessão de benefício instituído e regulamentado pela Lei estadual nº 9.683, de 12 de outubro de 1988, com base em decisão judicial que impôs ao IPSEMG o pagamento, ao interessado, de benefício de natureza previdenciária.

Publicado o ato de indeferimento do pedido de pensão acidentária formulado por M.A.M.C. em 14.07.2009 com base no Parecer/AJ/SEF n. 6.265/2009, f. 154 e 150-152, respectivamente, cujos fundamentos da negativa foram no sentido de que, tanto a Constituição (art. 226, § 3º) como o art. 1.723 do Código Civil exigem, como requisito para caracterizar a união estável, que esta se dê entre o homem e a mulher. Logo, não haveria amparo legal à pretensão porque, na espécie, não estaria configurada a união estável.

Em 26 de janeiro de 2011, o interessado apresentou pedido de “reexame do processo administrativo” ante a superveniência de acórdão da 5ª Câmara Cível do TJMG, f. 179-173, com certidão de trânsito em julgado, f. 173, em cuja decisão houve o deferimento de pensão previdenciária a ser paga pelo IPSEMG, f. 174 e 175, com base no mesmo fato: morte de servidor companheiro do requerente, uma vez reconhecida a união estável entre eles.

O pedido de “reexame” do processo administrativo inclui a “concessão dos benefícios requeridos – pensão acidentária e indenização securitária. Esta, paga aos beneficiários da pensão da vítima, nos termos do art. 6º, § 1º da Lei 43/2000.

É o breve relatório.

PARECER

Trata-se de pedido de reconsideração/reexame de ato administrativo de indeferimento de pensão acidentária formulado por M.A.M.C., em razão da superveniência de decisão proferida pela 5ª Câmara do e. Tribunal de Justiça de Minas Gerais nos autos do processo n. 1.0024.04.531.585-0/001, com trânsito em julho de 2010, na qual se reconheceu como caracterizada a união estável entre o requerente e o companheiro, servidor público estadual que faleceu em decorrência de acidente em serviço, sendo-lhe, de consequência, deferida pensão a ser paga pelo IPSEMG – parte ré em referido processo.



I – Preliminarmente.

A decisão administrativa de indeferimento do pedido de pensão acidentária foi publicada no Diário Oficial de Minas Gerais de 14.07.2009. Portanto, o presente pedido de reconsideração, apresentado em janeiro de 2011, quando já decorrido um ano e seis meses do aperfeiçoamento do ato administrativo, não pode ser conhecido como tal, porque fora do prazo legal, a teor dos artigos 51, 52 e 55 e da Lei Estadual n. 14.184/2002.

De outro lado, entretanto, o art. 68 da mesma Lei 14.184/02 prevê que “O processo de que resultar sanção ou indeferimento pode ser revisto a pedido ou de ofício quando for alegado fato novo ou circunstância que justifique a revisão.”

Na espécie, embora a decisão proferida pela 5ª Câmara do e. Tribunal de Justiça de Minas Gerais não vincule o Estado de Minas Gerais, porque não foi ele parte na ação, consoante arts. 468 e 469 do Código de Processo Civil, pode ser considerada uma circunstância que, no momento, justifica a revisão da decisão administrativa de indeferimento do pedido de pensão acidentária com fundamento na ausência de previsão legal asseguradora do direito a companheiro do mesmo sexo do servidor falecido, sendo certo que os requisitos do art. 1º da Lei Estadual n. 9.683/88 restaram reconhecidamente preenchidos no corpo da decisão administrativa denegatória do pedido de M.A.M.C.

É que o pensamento doutrinário e jurisprudencial vem convergindo no sentido de reconhecimento da união homoafetiva com amparo em fundamento e objetivo conformadores do Estado Democrático de Direito, bem como para conferir eficácia aos princípios da igualdade e da liberdade de opção sexual.

Com efeito, acolhe-se o pleito veiculado por M.A.M.C. como pedido de revisão para analisar a viabilidade jurídica de reconhecimento de união estável homoafetiva pelo Estado de Minas Gerais para fim previdenciário, cujo estudo tomará em consideração o pensamento doutrinário e da jurisprudência mais recente dos tribunais sobre a concessão de direitos previdenciários decorrentes de união homoafetiva à luz do fundamento da dignidade da pessoa humana e o objetivo fundamental do Estado Democrático



de Direito de não discriminação, além dos direitos fundamentais à igualdade e à liberdade.

II – Constitucionalização do direito e função administrativa do Estado: Vinculação ao princípio da juridicidade.

A questão do reconhecimento jurídico da união homoafetiva é objeto de brilhantíssimos e extensos estudos, os quais tratam da matéria numa perspectiva principiológica e sob o prisma da nova interpretação constitucional, considerando-se a função normativa própria dos princípios, compreendida como informadora ou de fundamentação do ordenamento jurídico.

Para atingirmos a conclusão no sentido de que o Estado encontra amparo jurídico-constitucional para conceder direitos previdenciários decorrentes de união estável homoafetiva – desde que devidamente comprovados os mesmos requisitos legais exigidos para configuração de união estável entre o homem e a mulher – tentaremos traçar os motivos pelos quais concluímos que a própria Constituição da República assim o autoriza, ou melhor, o determina.

É que a leitura de qualquer dispositivo, constitucional ou infraconstitucional, não pode ser feita de forma desvinculada dos fundamentos de um Estado, que se proclama e se institui, e se deseja, Democrático de Direito.

O professor José Afonso da Silva assevera que a Constituição da República do Brasil de 1988 proclama e institui, no preâmbulo, “um” Estado Democrático de Direito, significando que se propõe mais que a adoção do Estado Democrático de Direito clássico, contraposto ao Estado despótico. O artigo indefinido ‘um’ revela o direcionamento para a ideia de constituição de um Estado *cujos direitos são democráticos* e, por conseqüência, destinado a assegurar, a garantir os valores supremos indicados ali, no texto. (In *Comentário contextual à Constituição*. 6.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 30.)

O estudo ora iniciado apenas revela o já conhecido e debatido fenômeno da (re)constitucionalização do Direito que ocorre após a 2ª grande guerra. Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi exatamente a que diz com a ideia de força normativa da Constituição, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições e, de conseqüência, da nova interpretação que se impõe, dada a compreensão de que as normas constitucionais são normas jurídicas.



A esse propósito, afirma o professor Luís Roberto Barroso que o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção por ele desenvolvida, tem como marco histórico a formação do Estado constitucional de direito; como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética e, como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, o que resultou num profundo processo de constitucionalização do direito, associada, na visão do professor, a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. (*Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional do Brasil*. Artigo disponível no sítio eletrônico www.direitodoestado.com/revista. Acesso em 17/03/2011).

Esse fenômeno, como não poderia deixar de ser, repercutiu no direito administrativo para convolar a legalidade em juridicidade administrativa. Gustavo Binenbojm adverte para que deve ser a “Constituição, seus princípios e especialmente seu sistema de direitos fundamentais, o elo de unidade a *costurar* todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo”. (*Uma teoria do direito administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2ª Ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 34-38). E, nessa perspectiva, afirma o autor a superação do dogma da imprescindibilidade da lei para mediar a relação entre a Constituição e a Administração Pública.

Prossegue Binenbojm consignando que a idéia de juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa a englobar o campo da legalidade administrativa, significando que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, segundo a lei, mas pode encontrar fundamento diretamente na Constituição. (Op. Cit. P. 37-38).

Digna de nota é a referência feita por Raquel Melo Urbano de Carvalho ao que denominou de terceira mutação na noção clássica de legalidade: o conceito de juridicidade. De acordo com a ilustre administrativista:

É com a noção de juridicidade que se abandona um conceito primário de legalidade, satisfeito com o cumprimento nominal e simplista de regras isoladas. Parte-se em busca da observância íntegra do Direito,



compreendido este como um conjunto de normas dentre as quais se incluem os princípios expressos e implícitos, bem com as regras específicas do ordenamento. (*In Curso de direito administrativo: Parte geral, intervenção do Estado e estrutura da Administração*. Salvador: Juspodivm, 2008, p.53).

É, portanto, sob essa orientação, de que a atuação administrativa deve objetivar não apenas o cumprimento do princípio da legalidade, em sua acepção clássica, mas também a legitimidade do ato que, além do cumprimento de regras deve atender à moral administrativa e à finalidade pública, identificada, em última análise, na Constituição; e mais, deve buscar atuar de forma vinculada à juridicidade, é que prosseguiremos na análise da viabilidade jurídico-constitucional de reconhecimento, pelo Estado, para fins previdenciários, da união homoafetiva ou união entre pessoas do mesmo sexo, observados os requisitos legais para configuração da união estável já fixados em lei.

III - União homoafetiva sob a orientação do fundamento da dignidade da pessoa humana e da vedação constitucional de discriminações.

A Constituição da República de 1988 dedica especial proteção do Estado à família, base da sociedade, no art. 226. O mesmo artigo prevê o casamento, §§ 1º e 2º, mas, para efeito também de proteção do Estado, assegura, nos §§ 3º e 4º:

§ 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.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

No escólio da eminente professora Maria Berenice Dias, a Constituição, ao outorgar proteção à família, independentemente da celebração do casamento, “vincou um novo conceito de entidade familiar, albergando vínculos afetivos outros”, sendo meramente exemplificativo o enunciado constitucional ao fazer referência expressa à união estável entre um homem e uma mulher e às relações de um dos ascendentes com sua prole. Portanto, para a autora, o caput do art. 226 é cláusula geral de inclusão, não sendo admissível a exclusão de qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade”. (*As uniões homoafetivas frente a Constituição*



Federal. Artigo disponível no sítio eletrônico www.mariaberenice.com.br. Acesso em 16/03/2011).

Ainda segundo Maria Berenice, não há como afirmar que o art. 226, § 3º, ao mencionar a união estável formada entre um homem e uma mulher, tenha reconhecido somente esta convivência como digna da proteção do Estado. Para ela, o que existe é uma simples recomendação em transformá-la em casamento. Exigir a diferenciação de sexos no casal para haver a proteção do Estado configura postura “nitidamente discriminatória que contraria o princípio da igualdade, ignorando a existência da vedação de diferenciar pessoas em razão de seu sexo.”

Nessa mesma linha é o entendimento sufragado em substancioso trabalho do professor Luís Roberto Barroso, cujas principais ideias foram compendiadas, conclusivamente, nas seguintes proposições:

1. As uniões homoafetivas são fatos lícitos e relativos à vida privada de cada um. O papel do Estado e do Direito, em relação a elas como a tudo mais, é o de respeitar a diversidade, fomentar a tolerância e contribuir para a superação do preconceito e da discriminação.
2. A Constituição de 1988 não contém regra expressa acerca de orientação sexual ou de relações homoafetivas.
3. A regra do art. 226, § 3º da Constituição, que se refere ao reconhecimento da união estável entre homem e mulher, representou a superação da distinção que se fazia anteriormente entre o casamento e as relações de companheirismo. Trata-se de norma inclusiva, de inspiração anti-discriminatória, que não deve ser interpretada como norma excludente e discriminatória, voltada a impedir a aplicação do regime da união estável às relações homoafetivas.
4. Justamente ao contrário, os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da liberdade impõem a extensão do regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas. *Igualdade* importa em política de reconhecimento; *dignidade* em respeito ao desenvolvimento da personalidade de cada um; e *liberdade* no oferecimento de condições objetivas que permitam as escolhas legítimas. Ademais, o princípio da *segurança jurídica*, como vetor interpretativo, indica como compreensão mais adequada do Direito aquela capaz de propiciar previsibilidade nas condutas e estabilidade das relações.
5. Admitindo-se para argumentar, sem conceder, que a conclusão anterior não devesse prevalecer – isto é, que os princípios enunciados não incidissem diretamente, produzindo a solução indicada – ter-se-ia como consequência a existência de lacuna normativa, à vista do fato de que tampouco existe regra expressa sobre o ponto.
6. Nesse caso, a forma adequada de integração da lacuna normativa



seria a analogia. A situação mais próxima à da união estável entre pessoas do mesmo sexo é a da união estável entre homem e mulher, por terem ambas como características essenciais a afetividade e o projeto de vida comum. A figura da sociedade de fato não contém esses elementos e a opção por uma analogia mais remota seria contrária ao Direito. (*Diferentes, mas iguais: O Reconhecimento jurídico nas relações homoafetivas no Brasil*". Artigo disponível no sítio eletrônico www.lrbarroso.com.br. Acesso em 16/03/2011).

A propósito de igualdade e diferença, o professor Marcelo Galuppo adverte para o pensamento errôneo de que a igualdade seria incompatível com o tratamento diferenciado. Tal equívoco decorre, segundo ele, da confusão feita entre igualdade e identidade. Identidade significa indistinção entre dois entes. Já o termo igualdade se refere mais propriamente à relação que se estabelece entre eles. “Dois seres idênticos são necessariamente iguais, mas nem todos os seres iguais são idênticos”. Daí que a discriminação não é necessariamente atentatória da igualdade. Mas a discriminação só é compatível com a igualdade, “*se não for, ela também, fator de desigualdade injustificável racionalmente*”. E prossegue, em conclusão às ideias desenvolvidas em sua obra – tomando-se em consideração a questão das ações afirmativas:

a discriminação pode ser legitimamente entendida como um critério de produção de igualdade toda vez que ela implicar maior inclusão dos cidadãos nos procedimentos públicos de justificação e aplicação das normas jurídicas e de gozo dos bens e políticas públicas. (GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 215-216.)

Nessa ordem de idéias, entendemos haver amparo constitucional para a concessão do direito pleiteado, não obstante a omissão legislativa, mas com fundamento no princípio da juridicidade administrativa, até mesmo porque a lei que assegura o direito à pensão acidentária foi publicada em 12 de outubro de 1988; apenas sete dias depois da promulgação da Constituição, merecendo, pois, revisitação do tema quando já decorridos mais de vinte anos da vigência da Lei 9.683/88.

III.1. Previsão de união homoafetiva em lei estadual.

Devemos mencionar que, no Estado de Minas Gerais, a Lei



19.478/2011, que altera a Lei n. 11.404/94, que contém normas de execução penal, já reconhece, dentro do quadro das relações familiares do sentenciado e o direito de visitas, as relações oriundas da união homoafetiva. Dispõe o art. 5º :

Art. 5º Os arts. 66 e 67 da Lei nº 11.404, de 1994, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 66. O sentenciado tem direito a manter relações familiares, incluindo visitas periódicas da família.

(...)

§ 2º O direito estabelecido no caput abrange relações oriundas de casamento, união estável, **união homoafetiva** e parentesco.

Art. 67. O sentenciado e o preso provisório têm direito a visita íntima, com periodicidade duração, horários e procedimentos definidos pela autoridade competente.

(...)

§ 2º O sentenciado indicará cônjuge ou companheiro, para fins de registro e controle pelo estabelecimento prisional, e fornecerá a devida documentação comprobatória do casamento, união estável ou **união homoafetiva**. (Destques nossos)

Em justificativa ao Projeto de Lei n. 4.652/10, o Deputado Durval Ângelo, na Sala de reuniões, em 8 de junho de 2010, deixou consignado:

Observe-se que a proposta procura sintetizar no texto da lei de execução penal a visita íntima como direito do preso, e sua aplicação em consonância com as exigências da administração prisional. Explicita o objetivo da visita íntima, determina regras gerais de procedimento a seu respeito, e define com clareza as hipóteses em que ocorrerá, abrangendo as relações oriundas de casamento, união estável e união homoafetiva. Acerca dessa última hipótese, cumpre salientar que a importância da medida ultrapassa a esfera da execução penal, constituindo efetiva contribuição para o aprofundamento de uma cultura democrática fundada nos direitos humanos em nossa sociedade. Com efeito, o reconhecimento da homossexualidade como orientação sexual e o repúdio ao preconceito e às práticas discriminatórias são atitudes coerentes com a sociedade que almejamos construir e devem ser reforçadas pela lei. A relação homoafetiva bem como a liberdade de orientação sexual devem ser juridicamente reconhecidas para todos os efeitos e a proposição caminha nessa senda. (Fonte: www.iof.mg.gov.br.)

Ou seja, em vias de justificação legislativa e, portanto, democraticamente, a questão já foi encaminhada com referência à observância dos direitos humanos, ao repúdio ao preconceito e às práticas discriminatórias e, portanto, na mesma linha de pensamento até aqui desenvolvida.



Esta lei foi sancionada pelo Sr. Governador do Estado. Observa-se, destarte, a convergência de entendimento no sentido de reconhecimento de direitos decorrentes da união homoafetiva.

III.2. A questão no âmbito da União.

No âmbito da União, destaca-se a Portaria Ministerial do Ministério da Previdência Social, de n. 513, a qual prevê:

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL
GABINETE DO MINISTRO

PORTARIA Nº 513, DE 9 DE DEZEMBRO DE 2010

DOU de 10/12/2010 (nº 236, Seção 1, pág. 71)

Estabelece que, no âmbito do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, os dispositivos da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991 ⁽¹⁾, que tratam de dependentes para fins previdenciários devem ser interpretados de forma a abranger a união estável entre pessoas do mesmo sexo. ^(A)

A Advocacia Geral da União se pronunciou a respeito da matéria, em relação ao direito privado, por meio do Parecer n. 038/2010, no qual, ao exame da legislação, é sugerida a interpretação extensiva dos dispositivos legais que fazem menção à união estável para que se entenda como abrangentes, também, da união estável entre pessoas do mesmo sexo. E o faz recorrendo a princípios de hermenêutica constitucional (item 4.7 do Parecer – f. 64). Conforme consta de notícia no sítio eletrônico www.agu.gov.br,

O Advogado-Geral da União, ministro Luís Inácio Lucena Adams, aprovou o Parecer 038/2010, que reconhece a União estável homoafetiva para o pagamento de benefícios previdenciários. O documento considerou que a Constituição Federal (CF) não impede a união estável de pessoas do mesmo sexo, por não ser discriminatória. Pelo contrário, garante a dignidade da pessoa humana, a privacidade, a intimidade e proíbe qualquer discriminação, seja de sexo, raça, e orientação sexual. Assim, não poderia normas infraconstitucionais violarem direitos fundamentais expressos em seu texto.

A Advocacia Geral da União também se manifestou na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277, em trâmite perante o STF, no sentido de ser julgada procedente a ação e conferida interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do Código Civil de forma a contemplar, no conceito de entidade familiar, a união estável entre pessoas do mesmo sexo, desde que preenchidos os



mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher.

III.3. Da tendência jurisprudencial a respeito do reconhecimento da união homoafetiva pelo direito.

O entendimento jurisprudencial a respeito da matéria ainda não é pacífico, mas se observa uma clara tendência ao reconhecimento da relação homoafetiva como união estável, inclusive para fins previdenciários.

Ilustrativamente, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais trilha esse caminho: Ementa do julgado dos autos de n. 1.0024.06.930324-6/001. Relatora Desembargadora Heloisa Combat. Publicação em 27/07/2007:

Ementa: AÇÃO ORDINÁRIA - UNIÃO HOMOAFETIVA - ANALOGIA COM A UNIÃO ESTÁVEL PROTEGIDA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - PRINCÍPIO DA IGUALDADE (NÃO-DISCRIMINAÇÃO) E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO DE DEPENDÊNCIA DE UM PARCEIRO EM RELAÇÃO AO OUTRO, PARA TODOS OS FINS DE DIREITO - REQUISITOS PREENCHIDOS - PEDIDO PROCEDENTE. - À união homoafetiva, que preenche os requisitos da união estável entre casais heterossexuais, deve ser conferido o caráter de entidade familiar, impondo-se reconhecer os direitos decorrentes desse vínculo, sob pena de ofensa aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. - O art. 226, da Constituição Federal não pode ser analisado isoladamente, restritivamente, devendo observar-se os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Referido dispositivo, ao declarar a proteção do Estado à união estável entre o homem e a mulher, não pretendeu excluir dessa proteção a união homoafetiva, até porque, à época em que entrou em vigor a atual Carta Política, há quase 20 anos, não teve o legislador essa preocupação, o que cede espaço para a aplicação analógica da norma a situações atuais, antes não pensadas. - A lacuna existente na legislação não pode servir como obstáculo para o reconhecimento de um direito.

No Superior Tribunal de Justiça, a Segunda Seção buscará uma uniformização da matéria. Está postada no sítio eletrônico do STJ, sala de notícias, de 23/02/11, a notícia a respeito do julgamento de vários recursos relacionados ao tema. O julgamento foi interrompido por pedido de vista do



Ministro Raul Araújo, mas a Ministra Nancy Andrighi votou pela possibilidade de reconhecimento da união estável homossexual, no que foi seguida por outros três ministros.

Para Andrighi, as uniões de pessoas de mesmo sexo se baseiam nos mesmos princípios sociais e afetivos das relações heterossexuais. Negar tutela jurídica à família constituída com base nesses mesmos fundamentos seria uma violação da dignidade da pessoa humana. O posicionamento foi seguido pelos ministros João Otávio de Noronha, Luis Felipe Salomão e Aldir Passarinho Junior.

Ainda segundo noticiado, para a relatora, as famílias pós-modernas adotam diversas formas além da tradicional, fundada no casamento e formada pelos genitores e prole, ou da monoparental, inclusive a união entre parceiros de sexo diverso que optam por não ter filhos. “Todas elas, caracterizadas pela ligação afetiva entre seus componentes, fazem jus ao *status* de família, como entidade a receber a devida proteção do Estado. (...)“A ausência de previsão legal jamais pode servir de pretexto para decisões omissas, ou, ainda, calcadas em raciocínios preconceituosos, evitando, assim, que seja negado o direito à felicidade da pessoa humana”, afirmou.

O ministro João Otávio de Noronha, que acompanhou a relatora, afirmou não haver nenhuma proibição expressa às relações familiares homossexuais, o que garante sua proteção jurídica. Noronha destacou que os tribunais brasileiros sempre estiveram na vanguarda internacional em temas de Direito de Família, além do Legislativo. Ele citou como exemplo o reconhecimento dos direitos de “concubinas” em relacionamentos com “desquitados”. Para o ministro, a previsão constitucional de família como união entre “um homem e uma mulher” é uma proteção adicional, não uma vedação a outras formas de vínculo afetivo.

“É preciso dar forma à sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos prevista no preâmbulo da Constituição”, afirmou o ministro. Segundo o ele, não importa a causa – social, psicológica ou biológica, por exemplo – do afeto homossexual. “Ele é uma realidade: as pessoas não querem ser sós. O vínculo familiar homoafetivo não é ilícito, então qual o modelo que deve ser adotado para regular direitos dele decorrentes? A união estável é a melhor solução, diante da omissão legislativa”, concluiu. (Fonte: www.stj.jus.br. Sala de notícias. Acesso em 16/03/2011).

A divergência estabelecida pelo Ministro Sidnei Beneti e pelo



desembargador convocado, Vasco Della Giustina, diz respeito à competência do Supremo Tribunal Federal para examinar a impossibilidade de uma interpretação infraconstitucional ir contra dispositivo expresso da Constituição.

O Supremo Tribunal Federal ainda não se pronunciou a respeito da questão. Está em trâmite, além de recursos extraordinários, a ADI 4277, como já mencionado, aguardando julgamento.

Colhe-se, no entanto, de precedente daquela Corte, de Relatoria do Ministro Celso de Mello, na ADI 3300 MC DF, julgamento em 03/02/2006, publicação 09/02/2006, considerações sobre a importância do tema. Embora extinto o processo, ante a derrogação do dispositivo impugnado pelo art. 1.723 do Código Civil, o Ministro, em decisão monocrática, deixou registrado:

Homoafetividade - **União** entre pessoas do mesmo sexo - Qualificação como entidade familiar (Transcrições) ADI 3300 MC/DF*
RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO EMENTA: **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. DOUTRINA. 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), (...)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 argüição 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 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, “Homoerotismo 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; TAÍSA 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 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 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 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 - grifei) “(...) 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 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 Relator * decisão pendente de publicação

Acredita-se, portanto, que, considerada a análise da matéria numa perspectiva de fundamentação do direito pela principiologia conformadora do Estado Democrático de Direito e da busca da máxima efetividade de direitos fundamentais envolvidos no debate, o encaminhamento da questão seja em sentido positivo.

IV- Do caso sob análise.

De fato, inexistente previsão na Lei, autorizando expressamente a concessão de pensão acidentária a companheiro, cuja união se dê entre pessoas



do mesmo sexo. Exige o art. 3º da Lei Estadual n. 9.683/88:

Art. 3º - São beneficiários da pensão acidentária:

- I - o cônjuge sobrevivente;
- II - os filhos, enquanto incapazes;
- III - a companheira mantida há mais de 5 (cinco) anos;
- IV - os pais economicamente dependentes do servidor;
- V - os irmãos órfãos, se incapazes.

§ 1º - A existência de filhos em comum supre o prazo de 5 (cinco) anos de convivência.

§ 2º - A invalidez do beneficiário será declarada por serviço médico oficial, obedecendo-se à Classificação Internacional de Doenças - CID -, e reavaliada nos prazos fixados pela perícia médica.

A Lei Complementar n. 64/2002, que institui o Regime Próprio de Previdência e Assistência Social dos Servidores Públicos do Estado indica, como dependentes do segurado:

Art. 4º - São dependentes do segurado, para os fins desta lei:

- I - o cônjuge ou companheiro e o filho não emancipado, menor de vinte e um anos ou inválido;
 - II - os pais;
 - III - o irmão não emancipado, menor de vinte e um anos ou inválido.
- (...)
§ 4º - Considera-se companheiro a pessoa que mantenha união estável com o segurado, na forma da lei civil.

O § 4º, para definir quem é considerado companheiro, reporta-se à lei civil, ou seja, ao art. 1.723 do Código Civil, segundo o qual:

Art. 1.723. 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.

Pois bem. O art. 1.723 reconhece como entidade familiar, tal como o art. 226, § 3º, da CR/88, a união estável entre o homem e a mulher, uma vez preenchidos os requisitos que fixa – convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. Portanto, inexistente norma infraconstitucional no Estado, prevendo, como beneficiário da pensão acidentária de que cuida a Lei 9.683/88, ou como dependente de segurado, para os fins da Lei Complementar n. 64/02, companheiro em situação de união estável com outra pessoa do mesmo sexo.

Contudo, ante toda a fundamentação exposta, a orientação é no



sentido de viabilidade jurídico-constitucional de reconhecimento do direito pleiteado na via administrativa em observância ao princípio da juridicidade administrativa, que impõe à Administração a observância de normas (regras e princípios) do ordenamento, assegurando-lhes eficácia.

Reforça essa posição a necessária vinculação dos órgãos administrativos aos direitos fundamentais. Segundo o renomado professor Ingo Wolfgang Sarlet, no que diz com a relação entre Administração e direitos fundamentais, vigora o princípio da constitucionalidade imediata, sendo que as decisões administrativas devem observar os parâmetros contidos na Constituição. (*In A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10^a Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2009, p. 369-372.)

Em relação ao pedido de indenização securitária, com fundamento no art. 6º, § 1º, da Lei Delegada Estadual n. 43/00, deverá ser ele examinado pela autoridade competente, em virtude da revisão do ato de indeferimento da pensão acidentária.

CONCLUSÃO

O reconhecimento, pelo Estado, de união homoafetiva encontra amparo no princípio da juridicidade administrativa que lhe impõe o dever de conferir eficácia ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana e ao objetivo fundamental do Estado Democrático de Direito de não discriminação, bem assim ao direito fundamental à igualdade e à liberdade de opção sexual.

Com efeito, opinamos no sentido de conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 3º, inciso III, da Lei Estadual n. 9.683/88, de modo a aplicá-lo extensivamente à união homoafetiva revelada na espécie, posto que preenchidos os mesmos requisitos legais para a configuração da união estável entre um homem e uma mulher, conforme reconhecido judicialmente, e, de conseqüência, pelo deferimento do pedido de revisão da decisão administrativa para reconhecer ao Requerente, M.A.M.C., o direito à percepção de pensão especial acidentária, na forma da legislação de regência, considerando que também preenchido o requisito do art. 1º e § 1º da Lei 9.683/88, nos termos do Parecer AJ/SEF n. 6.265/2009, f. 151.



Em consequência da revisão do ato para conceder a M.A.M.C. o direito à percepção de pensão acidentária e atentando-se para o princípio que veda supressão de instância, devolve-se à autoridade competente o exame e decisão do pedido de indenização securitária formulado com fundamento no art. 6º, § 1º, da Lei Delegada Estadual n. 43/00, o qual ficara prejudicado em decorrência da negativa do direito à pensão acidentária.

Embora não seja objeto do pedido de revisão, mas para fim de uniformização de entendimento no âmbito estadual, sugere-se a incidência da mesma orientação exposta no presente parecer para hipóteses de pensões previdenciárias a serem concedidas com fundamento na Lei Complementar n. 64/2002, para que a leitura do § 4º do art. 4º desta lei se faça extensivamente de modo a abarcar companheiros do mesmo sexo, sempre exigidos os mesmos requisitos legais para a configuração da união estável entre um homem e uma mulher.

É como se submete à consideração superior.

Belo Horizonte, MG, em 18 de março de 2011.

NILZA APARECIDA RAMOS NOGUEIRA

Procuradora do Estado

MASP 345.172-1 - OAB/MG 91.692

Visto.

Aprovo o bem lançado parecer pelos seus próprios e seguros fundamentos jurídicos, recomendando ao Sr. Advogado-Geral que determine a sua publicação no diário oficial para ciência de toda a Administração Pública estadual, bem como o submeta ao Sr. Governador do Estado para a sua adoção em caráter normativo.

Belo Horizonte, 18 de março de 2011.

Sérgio Pessoa de Paula Castro
Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica
Masp. 598.222-8
OAB/MG-62.597