



BO

LE

PGE-SP

**VOLUME 44 | NÚMERO 3
MAIO/JUNHO 2020**

TIM

**CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO**

ISSN 2237-4515



BO

PGE-SP

VOLUME 44 | NÚMERO 3
MAIO/JUNHO 2020

LE

TIM

CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

EXPEDIENTE

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

PROCURADORA-GERAL DO ESTADO

Maria Lia P. Porto Corona

PROCURADORA-GERAL DO ESTADO ADJUNTA

Claudia Polto da Cunha

PROCURADORA DO ESTADO CHEFE DE GABINETE

Patricia de Oliveira Garcia Alves

SUBPROCURADORA-GERAL DA CONSULTORIA GERAL

Eugenia Cristina Cleto Marolla

SUBPROCURADOR-GERAL DO ESTADO

DA ÁREA DO CONTENCIOSO GERAL

Frederico José Fernandes de Athayde

SUBPROCURADOR-GERAL DO ESTADO

DA ÁREA DO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO-FISCAL

João Carlos Pietropaolo

CORREGEDOR-GERAL

Adalberto Robert Alves

OUIDORIA

Regina Maria Sartori

CONSELHO DA PGE

Maria Lia P. Porto Corona (Presidente),
Adalberto Robert Alves, Bruno Maciel dos Santos, Eugenia Cristina Cleto Marolla, Frederico José Fernandes de Athayde, Glauco Farinholi Zafanella, João Carlos Pietropaolo, Julia Cara Giovannette, Lenita Leite Pinho, Lucas Pessoa Moreira, Maria Cecília Claro Silva, Paulo Sérgio Garcez Guimarães Novais, Rafael Camargo Trida, Rogério Pereira da Silva

CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

PROCURADOR DO ESTADO CHEFE

Bruno Maciel dos Santos

ASSESSORIA

Joyce Sayuri Saito e
Mariana Beatriz Tadeu de Oliveira

COMISSÃO EDITORIAL

PRESIDÊNCIA

Bruno Maciel dos Santos

SECRETÁRIA EXECUTIVA

Joyce Sayuri Saito

MEMBROS DA COMISSÃO EDITORIAL

Américo Andrade Pinho, Cláudio Henrique Ribeiro Dias, Juliana Campolina Rebelo Horta, Juliana de Oliveira Duarte Ferreira, Luis Cláudio Ferreira Cantanhede, Mariana Beatriz Tadeu de Oliveira, Rafael Carvalho de Fassio, Telma de Freitas Fontes e Thiago Oliveira de Matos

REDAÇÃO E CORRESPONDÊNCIA

Serviço de Divulgação do Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, Rua Pamplona, 227, 10º andar - CEP 01405-100 - São Paulo - SP - Brasil - Tel.: (11) 3286-7005
Homepage: www.pge.sp.gov.br
E-mail: divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br

PROJETO, PRODUÇÃO GRÁFICA E IMPRESSÃO

Imprensa Oficial do Estado S/A - IMESP
Rua da Mooca, 1.921 - Mooca
03103-902 - São Paulo - SP - Brasil
sac 0800 01234 01
www.imprensaoficial.com.br

Tiragem: Boletim eletrônico

As colaborações poderão ser encaminhadas diretamente ao Serviço de Divulgação do Centro de Estudos. Os artigos jurídicos, pareceres e peças processuais somente serão publicados com a aprovação da Comissão Editorial, e as opiniões neles contidas são de exclusiva responsabilidade dos respectivos autores, não vinculando a Administração Pública.

SUMÁRIO

• Apresentação	7
• Cursos e Eventos	9
• Pareceres da Procuradoria Administrativa	
Parecer PA nº 121/2011	17
PENSÃO POR MORTE. MILITAR. União homoafetiva. Possibilidade. Interpretação conforme a Constituição do art. 8º, inciso I da Lei nº 452/74, com redação dada pela Lei Complementar nº 1.013/2007, de modo a abranger a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Necessidade de análise dos requisitos previstos no artigo 14 do decreto nº 52.860/2008.	
Parecer PA nº 55/2017.....	45
EMPREGADA PÚBLICA. HOMOPARENTALIDADE. TRABALHADORA QUE SE TORNA MÃE EM FAMÍLIA HOMOAFETIVA, POR MEIO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA QUE VIABILIZOU A GRAVIDEZ DE SUA ESPOSA. RECONHECIMENTO DO DIREITO A LICENÇA PARENTAL EQUIVALENTE À LICENÇA-PATERNIDADE. Ausência de previsão legal expressa. Lacuna preenchida mediante integração analógica, com recurso ao artigo 7º, XIX, da CF/1988. Dispositivo que, ao garantir a presença de ambos os genitores junto à criança em seus primeiros dias de vida, tem por fito resguardar a família de todo e qualquer trabalhador e, sobretudo, o desenvolvimento saudável de todo e qualquer recém-nascido. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À FAMÍLIA HOMOAFETIVA E SEUS INTEGRANTES. Princípio da Igualdade Material – artigo 5º, <i>caput</i> , da CF/1988. Vedação à discriminação – artigo 3º, IV, e 227, <i>caput</i> , da CF/1988. Proteção à maternidade e à infância – artigo 6º, <i>caput</i> , da CF/1988. Princípio do melhor interesse da criança – Direito da criança à convivência familiar – artigo 227, <i>caput</i> , da CF/1988. Deferimento do pleito de licença. Precedentes: Pareceres PA nº 121/2011 e 54/2012.	
Parecer PA nº 13/2020.....	75
SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA. TRANSGÊNERO. Julgamento da ADI nº 4.275, pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu às pessoas transgênero o direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil. Direito fundamental à identidade de gênero e à intimidade que, em princípio, impõem ao ente	

Gestor de Previdência o dever de examinar os pleitos de aposentadoria tendo em conta exclusivamente o gênero atribuído ao servidor no registro civil. Caso concreto no qual servidor adquiriu o direito à aposentadoria enquanto civilmente identificado como mulher e, então, concluiu processo de adequação de gênero, passando a ostentar gênero masculino no registro civil antes do desfecho do processo de concessão do benefício. Ato concessivo de aposentadoria que deve observar os termos em que tal direito foi incorporado ao patrimônio jurídico da pessoa. Hipótese específica em que, em respeito à vontade livremente manifestada pelo servidor, a aposentadoria deverá ser deferida a pessoa do gênero masculino, com lastro em regra aplicável a pessoas do gênero feminino.

APRESENTAÇÃO

A diversidade sexual é um tema que, com frequência, ganha destaque na mídia e em debates jurídicos.

Se é certo que somos todos diferentes uns dos outros e, o que nos difere é justamente o que nos torna únicos, a diferença deveria representar união, o liame que nos identifica enquanto seres humanos.

Mas, ao revés, as diferenças acabam por ensejar inexplicáveis atos de discriminação, os quais, infelizmente, precisam ser combatidos pela lei e pela administração pública.

Nem sempre, no entanto, a solução é fácil de ser encontrada.

Nesse sentido, não raro a PGE é instada a se manifestar em relação a complexas dúvidas suscitadas pela administração em relação ao tema. Por tal motivo, reunimos nesse número do boletim, três pareceres da Procuradoria Administrativa que tratam sobre aspectos jurídicos que permeiam a diversidade sexual.

O primeiro deles entendeu pela possibilidade de concessão de pensão por morte a companheiro homoafetivo de policial militar falecido, por interpretação conforme a Constituição do art. 8º, inciso I, da Lei nº 452/74, com redação dada pela Lei Complementar nº 1.013/2007, de modo a abranger a união estável entre pessoas do mesmo sexo, observada a necessidade de análise dos requisitos previstos no artigo 14 do Decreto nº 52.860/2008.

Outro parecer, com base no princípio da igualdade material, vedação à discriminação e da proteção à maternidade e à infância, inovou ao entender pela possibilidade de concessão de licença parental à empregada pública que se tornou mãe em relação homoafetiva, por meio de reprodução assistida. A orientação se pautou na aplicação de interpretação extensiva das regras aplicáveis às uniões heteroafetivas, pois, (...) *garantir a presença de ambos os genitores junto à criança em seus primeiros dias de vida, tem por fito resguardar a família de todo e qualquer trabalhador e, sobretudo, o desenvolvimento saudável de todo e qualquer recém-nascido.*

O terceiro opinativo, por sua vez, esclareceu quais os parâmetros a serem utilizados na apreciação de pleito de aposentadoria formulado por servidor que preencheu os requisitos exigidos para a aquisição do direito à aposentadoria enquanto civilmente identificado como mulher, mas que, antes do desfecho do procedimento de concessão do benefício, passou a ostentar gênero masculino no registro civil.

Com isso, atentos aos temas mais atuais como norte de todas as atividades do Centro de Estudos, consolidamos o boletim relativo ao período de maio e junho de 2020, e prestamos nossas homenagens ao Dia Internacional do Orgulho LGBTQI+, data em que se relembra o triste histórico de violência e opressão que culminou nas Revoltas de Stonewall, em Nova Iorque.

Esperamos que a divulgação desses tão bem elaborados pareceres jurídicos possam orientar a administração pública em geral e, de alguma forma, contribuir para uma sociedade mais justa e igualitária.

Boa leitura a todos!

BRUNO MACIEL DOS SANTOS

Procurador do Estado Chefe
Centro de Estudos – Escola Superior

JOYCE SAYURI SAITO

Procuradora do Estado Assessora

MARIANA BEATRIZ TADEU DE OLIVEIRA

Procuradora do Estado Assistente

CURSOS E EVENTOS



ce_pge_sp



ce_pge_sp Na tarde de sexta feira o Centro de Estudos realizou o seu primeiro grande evento no formato virtual, com mais de 160 participantes!

Com a participação do Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Professor da UERJ, Gustavo Binenbojm, e da Subprocuradora Geral da Área da Consultoria Geral, Eugenia Marolla, foram discutidos os principais aspectos da Lei 13.979/2020 e dos impactos do contexto de pandemia sobre o direito administrativo e constitucional.

Foram debatidos os conflitos federativos, as hipóteses de requisição de equipamentos de saúde, as hipóteses de dispensa de licitação e controle pelos Tribunais de Contas, entre outros temas.

Agradecemos a participação dos palestrantes e a colaboração de todos que assistiram e garantiram o sucesso do evento!



ce_pge_sp



ce_pge_sp Foi realizada na tarde de ontem um encontro entre as Escolas de Carreiras Jurídicas que atuam no Estado de São Paulo.

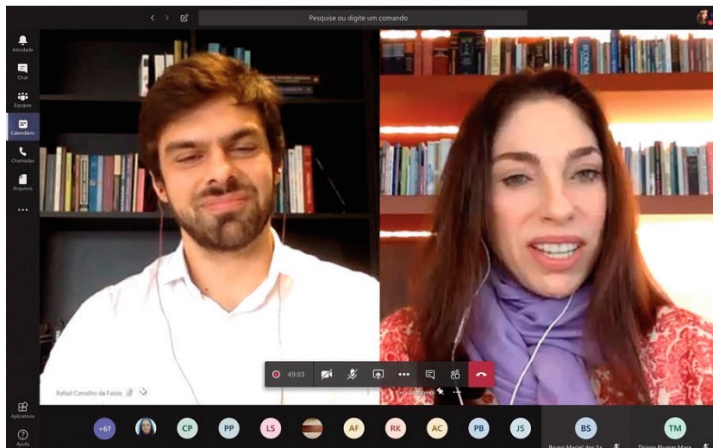
Idealizada pelo Chefe do Centro de Estudos da PGE/SP, Dr. Bruno Maciel dos Santos, a reunião contou com a participação do Desembargador Luís Francisco Aguilar Cortez, pela Escola Paulista da Magistratura, da Desembargadora Therezinha Cazerta, pela Escola de Magistrados do TRF da 3ª Região, do Dr. Paulo Sérgio de Oliveira e Costa e da Dra. Mylene Comploier, pela Escola Superior do Ministério Público/SP, do Dr. José Wellington, pela Escola Judiciária Eleitoral Paulista, do Dr. Fernando Pereira, pela Escola Judiciária Militar, do Dr. Rafael Strano, pela Escola da Defensoria Pública/SP, do Dr. Roberto Angotti, pelo Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria Geral do Município de São Paulo e da Coordenadora Bibiana Camargo, pela Escola de Contas do TCE/SP.

O encontro serviu para que as direções das Escolas se conhecessem e na oportunidade foram debatidas as maneiras como as instituições estão lidando com o presente momento de distanciamento social.

Agradecemos a @epm_oficial @esmp_mpsp @cejur_pgm @escoladecontas pela participação e esperamos em breve nos reencontrar!



ce_pge_sp



ce_pge_sp Na tarde de ontem mais de 80 Procuradores e Procuradoras do Estado participaram do debate "O impacto da pandemia do Covid-19 nas contratações públicas".

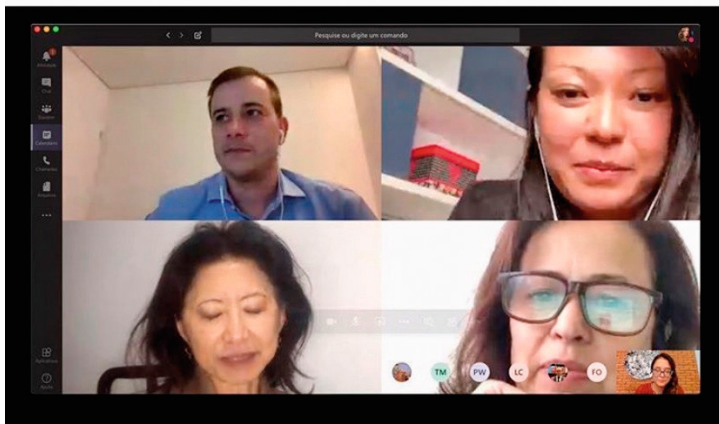
Com a participação da Profa. Vera Monteiro e do Procurador do Estado Rafael Fassio, as discussões giraram em torno das perspectivas para os contratos públicos nesse momento excepcional que vivemos.

Foram abordado Projetos de Lei em andamento que pretendem regular os contratos administrativos, além das normas já existentes, como a recém promulgada MP 961/2020 que alterou os limites de dispensa de licitação e ampliou a aplicação do RDC (Regime Diferenciado de Contratações Públicas), entre outros temas.

Agradecemos a participação de todos (as) colegas.



ce_pge_sp



ce_pge_sp Na tarde de ontem foi realizada a 32ª Reunião do Conselho Curador da ESPGE. Estavam presentes o Diretor da ESPGE, Bruno Bruno Maciel dos Santos, a Coordenadora Geral da ESPGE, Mariana Beatriz Tadeu de Oliveira, como representantes da Comunidade Científica a Des. Consuelo Yatsuda Moromisato Yoshida e a Des. Mônica de Almeida Magalhães Serrano, como Representantes do Corpo Discente o aluno Flávio Antas Corrêa e como Representantes do Corpo Docente os Procuradores do Estado André Luiz dos Santos Nakamura, Fabio André Uema Oliveira, Patrícia Ulson Pizarro Werner, Luis Cláudio Ferreira Cantanhede e Bruno Lopes Megna.

Foram apresentadas as atividades da Escola neste Primeiro Semestre de 2020, que exigiu a adaptação para a modalidade EAD diante da pandemia do Covid-19.

Em seguida, os Conselheiros debateram a programação prevista para o próximo semestre, além de outros assuntos de interesse geral.

Agradecemos a participação de todos (as) conselheiros!



Menu icon | Search icon | **JOTA** | PRO | Profile icon

ADVOCACIA PÚBLICA EM ESTUDO

NOVA COLUNA

Centro de Estudos da PGE-SP estreia coluna 'Advocacia Pública em Estudo' no JOTA

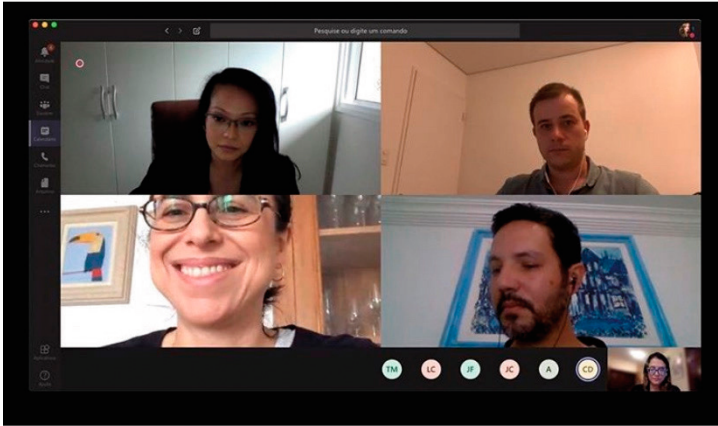
Espaço busca mostrar a perspectiva dos procuradores do Estado sobre os atuais temas de Direito Público

BRUNO MACIEL DOS SANTOS
JOYCE SAYURI SAITO
MARIANA BEATRIZ TADEU DE OLIVEIRA

a⁻ A⁺



14/05/2020 13:20



ce_pge_sp Na tarde de ontem reuniu-se a Comissão Editorial do Centro de Estudos.

Estavam presentes os Procuradores do Estado Bruno Maciel dos Santos, Américo Andrade Pinho, Claudio Henrique Ribeiro Dias, Joyce Sayuri Saito, Juliana Campolina Rebelo Horta, Juliana de Oliveira Duarte Ferreira, Luis Cláudio Ferreira Cantanhede, Mariana Beatriz Tadeu de Oliveira, Thiago Oliveira de Matos e Telma de Freitas Fontes.

Compete à Comissão Editorial analisar os artigos e peças enviados para as publicações do Centro de Estudos.

Agradecemos aos colegas participantes e aos que submeteram material para análise pela valiosa contribuição!



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Reunião Aberta
Núcleo de PI e Inovação

**Blockchain e tecnologias de
registro distribuído**

Participação: Liliane Tie Arazawa

10/06/2020
14h30



Debate

**O papel do Estado e dos
organismos multilaterais no
combate aos efeitos da
crise**

Palestrante: Flávia Piovesan
Debatedora: Patrícia Werner

CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

AULA ABERTA ESPGE



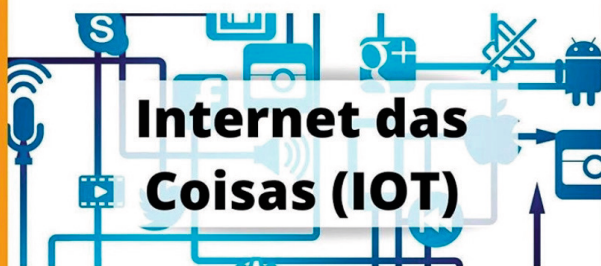
Jurisprudência de Crise

**Prof. Carlos Blanco
de Moraes
(Univ. de Lisboa)**



Data: 23/06
Horário: 10H30

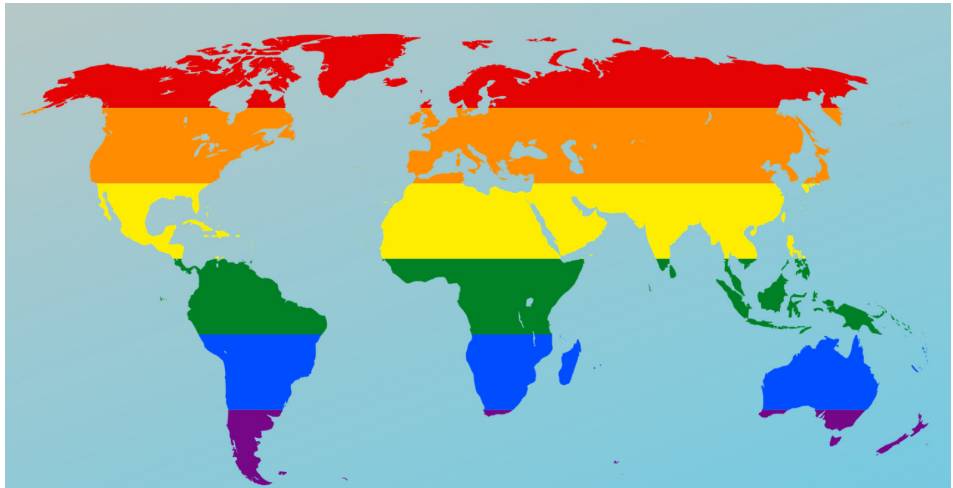
**Reunião Aberta
Núcleo de PI e Inovação**



Palestrante: Jackline Conca

Data: 24/06
Horário: 14h30





Parecer PA nº 121/2011

PENSÃO POR MORTE. MILITAR. União homoafetiva. Possibilidade. Interpretação conforme à Constituição do art. 8º, inciso I da Lei nº 452/74, com redação dada pela Lei Complementar nº 1.013/2007, de modo a abranger a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Necessidade de análise dos requisitos previstos no artigo 14 do decreto nº 52.860/2008.

PARECER DA PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

PROCESSO: PROCESSO SPPREV nº 685/2011 (GDOC-18488-767826/2011)

PARECER: PA nº 121/2011

INTERESSADO: ***

ASSUNTO: **PENSÃO POR MORTE. MILITAR. União homoafetiva.** Possibilidade. Interpretação conforme a Constituição do art. 8º, inciso I da Lei nº 452/74, com redação dada pela Lei Complementar nº 1.013/2007, de modo a abranger a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Necessidade de análise dos requisitos previstos no artigo 14 do Decreto nº 52.860/2008.

1. Os presentes autos foram formados a partir de requerimento de pensão previdenciária militar, formulado pelo interessado à SÃO PAULO PREVIDÊNCIA (SPPREV), em razão do falecimento do soldado PM *** – RE *** (fls. 1/4).

2. O feito encontra-se instruído com os seguintes documentos: a) o requerimento de pensão previdenciária militar, firmado pelo interessado (fls. 5); b) cópia da certidão de óbito do policial militar ***, ocorrido em 22.04.2011 (fls. 6); c) cópia da certidão de nascimento do referido militar falecido (fls. 7); d) Informação n. CDP-00530/223/11 que contém dados sobre os cálculos dos vencimentos do policial militar falecido (fls. 8); e) cópia do demonstrativo de pagamento do policial militar falecido, referente ao mês de abril de 2011 (fls. 9); f) cópia da certidão de nascimento do interessado (fls. 10); g) cópia da Carteira Nacional de Habilitação do interessado (fls. 11); h) cópia do CPF do interessado (fls. 12); i) cópia de conta de telefone em nome do interessado (fls. 13); j) cópia de documento do Banco do Brasil denominado: “Proposta/ Contrato de Abertura de Conta-Corrente e Conta de Poupança Ouro e/ou Poupança Pouplex Pessoa Física” cujo proponente é o interessado (fls. 14); k) “Termo de Ciência e de Notificação Processo de Concessão de Pensão” pelo qual o interessado dá-se por cientificado sobre a forma de tramitação do processo de concessão da pensão por ele requerida junto à SPPREV (fls. 15); l) cópia de procuração outorgada pelo interessado na qual constituiu diversos procuradores para o fim de representá-lo perante à SPPREV (fls. 16/17); m) cópia da Carteira de Identidade de ***, uma das procuradoras nomeadas no termos do instrumento mencionado na alínea anterior (fls. 18); n) cópia de outra conta de telefone em nome do interessado (fls. 19); o) cópia de contrato celebrado pelo falecido policial militar com o Banco

do Brasil e de documentos correlatos (fls. 20/25); p) cópia de contrato de empréstimo celebrado pelo falecido policial militar com o Banco Nossa Caixa (fls. 26/28); q) cópia de documento denominado “CARTÃO DE AGENDAMENTO” da Secretaria da Saúde da Prefeitura do Município de São Paulo em nome do falecido policial militar (fls. 29); r) cópia de notas de contratação do serviço funerário (fls. 30/31); s) cópias de declarações onde o interessado afirma ter-lhe sido negada a condição de companheiro do falecido militar, no contrato firmado com a Nossa Caixa e no cadastro da Associação da Polícia Militar de São Paulo (fls. 32/33); t) cópia de declaração na qual o interessado declara que teve como companheiro o falecido policial militar e que dele dependia economicamente (fls. 34); u) cópia de extrato de tramitação do requerimento junto à SPPREV.

3. Recebido o expediente pela Diretoria de Benefícios Militares da SPPREV, ponderou a Assistente Previdenciário tratar-se de requerimento de pensão, feito por companheiro, de relação homoafetiva, situação não prevista na Lei nº 452/74, alterada pela LC 1.013/2007, e que, em razão disso, propunha o encaminhamento dos autos para análise e manifestação da Consultoria Jurídica da Autarquia (fls. 37), com o que concordaram seus superiores (fls. 37v).

4. Recebido o expediente pelo Diretor de Benefícios Militares, foi determinado seu encaminhamento à Consultoria jurídica da SPPREV (fls. 38).

5. Recebidos os autos pela Consultoria Jurídica da Autarquia (fls. 38v), foram eles distribuídos ao Procurador do Estado Dr. Eduardo Walmsley Soares Carneiro que prolatou o Parecer CJ/SPPREV nº 262/2011 (fls. 39/59), acompanhado dos documentos de fls. 60/138. Tais documentos são extratos de votos proferidos por Ministros do Colendo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 4.277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132.

6. Em breve resumo, o ilustre Procurador do Estado, asseverou que: a) o artigo 8º, inciso I da Lei nº 452/74, alterado pela Lei Complementar nº 1.013/2007¹, não admitiu

1 Lei Complementar Estadual nº 1.013/2007 – “Artigo 1º - Os artigos 6º, 8º, 9º, 10, 11, 16, 20, 23, 26, 29, 31 e o inciso II do artigo 34, todos da Lei nº 452, de 2 de outubro de 1974, que instituiu a Caixa Beneficente da Polícia Militar - CBPM, em cumprimento ao disposto no artigo 42 e seus parágrafos da Constituição Federal, passam a vigorar com a seguinte redação:” (...) “Artigo 8º - São dependentes do militar, para fins de recebimento de pensão: I - o cônjuge ou o companheiro ou companheira, na constância, respectivamente, do casamento ou da união estável; II - os filhos, de qualquer condição ou sexo, de idade igual à prevista na legislação do regime geral da previdência social e não emancipados, bem como os inválidos para o trabalho e os incapazes civilmente, esses dois últimos desde que comprovadamente

expressamente a figura do companheiro homossexual como dependente de segurado militar (fls. 41/42); b) no que se refere ao regime próprio dos servidores, a situação é diversa, eis que o artigo 147, inciso II da Lei Complementar nº 180/78, com redação dada pela Lei Complementar nº 1.012/2007² admitiu a figura do companheiro ou companheira do mesmo sexo, para fins de recebimento da pensão (fls. 43); c) tem ocorrido, aos poucos, “a consolidação de uma cultura capaz de aceitar a diversidade”, o que “acaba por contaminar também as instituições públicas” (fls. 43); d) foi proposta Ação Civil Pública, pelo Ministério Público Federal no Rio Grande do Sul, em face do

vivam sob dependência econômica do militar; III - os pais, desde que comprovadamente vivam sob dependência econômica do militar, e não existam dependentes das classes mencionadas nos incisos I ou II deste artigo, ressalvado o disposto no parágrafo § 3º deste artigo. § 1º - O enteado e o menor tutelado equiparam-se ao filho desde que comprovadamente vivam sob dependência econômica do militar. § 2º - A pensão atribuída ao filho inválido ou incapaz será devida enquanto durar a invalidez ou incapacidade. § 3º - Mediante declaração escrita do militar os dependentes enumerados no inciso III deste artigo poderão concorrer em igualdade de condições com os demais. § 4º - A invalidez ou a incapacidade superveniente à morte do militar não conferem direito à pensão, exceto se tiverem início durante o período em que o dependente usufruía o benefício. § 5º - A comprovação de dependência econômica dos dependentes enumerados na segunda parte do inciso II, no inciso III e no § 1º deste artigo deverá ter como base a data do óbito do militar de acordo com as regras e critérios estabelecidos em norma regulamentar. § 6º - Na falta de decisão judicial com trânsito em julgado reconhecendo a união estável, o companheiro ou companheira deverá comprová-la conforme estabelecido em norma regulamentar.” (grifos nossos)

- 2 **Lei Complementar Estadual nº 1.012/2007 - “Artigo 1º - Os artigos 144, 147, 148, 149, 150, 155 e 158 da Lei Complementar nº 180, de 12 de maio de 1978, passam a vigorar com a seguinte redação:”**
“Artigo 147 - São dependentes do servidor, para fins de recebimento de pensão: I - o cônjuge ou o companheiro ou a companheira, na constância, respectivamente, do casamento ou da união estável; II - o companheiro ou a companheira, na constância da união homoafetiva; III - os filhos, de qualquer condição ou sexo, de idade igual à prevista na Legislação do Regime Geral de Previdência Social e não emancipados, bem como os inválidos para o trabalho e os incapazes civilmente, estes dois últimos desde que comprovadamente vivam sob dependência econômica do servidor; IV - os pais, desde que comprovadamente vivam sob dependência econômica do servidor e não existam dependentes das classes mencionadas nos incisos I, II ou III deste artigo, ressalvado o disposto no § 3º deste artigo. § 1º - O enteado e o menor tutelado equiparam-se ao filho desde que comprovadamente vivam sob dependência econômica do servidor. § 2º - A pensão atribuída ao filho inválido ou incapaz será devida enquanto durar a invalidez ou a incapacidade. § 3º - Mediante declaração escrita do servidor, os dependentes a que se refere o inciso IV deste artigo poderão concorrer em igualdade de condições com os demais. § 4º - A invalidez ou a incapacidade superveniente à morte do servidor não conferem direito à pensão, exceto se tiverem início durante o período em que o dependente usufruía o benefício. § 5º - A comprovação de dependência econômica dos dependentes enumerados na segunda parte do inciso III, no inciso IV e no § 1º deste artigo deverá ter como base à data do óbito do servidor e ser feita de acordo com as regras e critérios estabelecidos em norma regulamentar. § 6º - Na falta de decisão judicial com trânsito em julgado reconhecendo a união estável, o companheiro ou companheira deverá comprová-la conforme estabelecido em norma regulamentar.” (grifos nossos)

Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), com vistas a compelir a autarquia a admitir companheiro ou companheira homossexual, como dependente preferencial da mesma classe dos heterossexuais (fls. 44); e) essa ação judicial foi julgada procedente em 1ª instância, decisão essa confirmada pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região (fls. 44); f) o INSS interpôs recurso especial e recurso extraordinário contra o v. acórdão prolatado na mencionada medida judicial, mas, posteriormente, veio a desistir dos mesmos, o que tornou válida a decisão proferida (fls. 45); g) a própria administração federal empenhou-se em disciplinar os procedimentos para a concessão de benefícios previdenciários pleiteados por casais do mesmo sexo, como demonstra a Instrução Normativa INSS/DC nº 25, de 07/06/2000, substituída em seguida pela Instrução Normativa INSS/PRES nº 45, de 06/08/2000 (fls. 45); h) em 09/12/2010, foi editada a Portaria MPS nº 513 na qual o Ministro da Previdência Social firmou posicionamento de que “no âmbito do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, os dispositivos da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que tratam de dependentes para fins previdenciários devem ser interpretados de forma a abranger a união estável entre pessoas do mesmo sexo”. (fls. 45); i) assim, a despeito de inexistir, a princípio, normatização expressa, a postura da União em relação a esse assunto tem sido de crescente reconhecimento³ (fls. 46); j) o debate chegou a seu ápice com o julgamento, pelo Plenário do Supremo Tribunal, Federal da ADIN 4277 e da ADPF 132 que acabou por dar interpretação conforme a Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil e a dispositivos do Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro, a fim de estender-se o regime jurídico das uniões estáveis às relações duradouras entre pessoas do mesmo sexo (fls. 46); k) não obstante os acordãos desses julgamentos não terem sido ainda publicados, houve divulgação do teor dos votos proferidos, o que permitiu a análise de seu conteúdo⁴; l) tendo em vista o caráter vinculante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de ADIN, conforme dispõe o artigo 102, parágrafo 2º da Constituição Federal⁵, a norma da

3 A título de exemplo, menciona a Súmula Normativa ANS nº 12 e o Parecer PGFN/CAT/Nº 1503/2010, devidamente aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda, conforme nota de rodapé nº 7 de fls. 46.

4 Essa análise foi feita nos itens 21 a 49 do Parecer (fls. 46/55) com base nos documentos juntados às fls. 60/128 dos autos.

5 **Constituição Federal** – “Artigo 102 – § 2º - As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (§ com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Lei nº 452/74, com a alteração feita pela Lei Complementar nº 1.013/2007, deve necessariamente ser interpretada com o sentido conferido pelas referidas decisões do STF ao artigo 1723 do Código Civil (fls. 55/56); m) assim, é possível o reconhecimento do direito à pensão por parte de companheiro ou companheira na circunstância de união homoafetiva, desde que cumpridos os requisitos previstos no artigo 14 do decreto Estadual nº 52.860/2008 (fls. 57/59).

7. Em consequência, por conta dessas premissas, o citado Parecer concluiu que, em nome dos princípios constitucionais da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, seria viável inscrever o companheiro do mesmo sexo na qualidade de dependente, desde que configurada uma relação contínua, pública e duradoura, a ser comprovada pelo cumprimento do procedimento previsto no artigo 14 do Decreto estadual nº 52.860/2008 (fls. 59). Em consequência, ao analisar os documentos juntados pelo interessado, entendeu o citado Parecer que, no caso em exame, não foi atendido o referido procedimento, pelo que não se poderia atender ao pleiteado (fls. 59).

8. Entretanto, considerando a repercussão da matéria dentro da Administração Pública Estadual e visando, inclusive, a uniformizar o entendimento no âmbito do Estado de São Paulo, entendeu o ilustre subscritor do referido Parecer pela submissão da matéria à Procuradoria Administrativa, para análise da questão (fls. 59). O ilustre Procurador do Estado Chefe da Consultoria Jurídica da SPPREV aprovou o Parecer e acolheu a proposta de remessa dos autos à Procuradoria Administrativa (fls. 139).

9. Por determinação do Senhor Subprocurador Geral do Estado da Área da Consultoria Geral, os autos foram remetidos a esta Especializada, para “exame da matéria suscitada no Parecer CJ/SPPREV nº 262/2011” (fls. 140).

É o relatório. Passo a opinar.

10. A questão em discussão é se, a despeito de não haver previsão expressa no artigo 8º da Lei nº 452/74, com a redação dada pela Lei Complementar nº 1.013/2007, há possibilidade de o benefício da pensão por morte de policial militar ser concedido a companheiro que com ele conviveu em união homoafetiva.

11. A dúvida tem relevância, na medida em que se constata que, aparentemente, as Leis Complementares ns. 1.012 e 1.013 deram soluções diversas para a questão em exame. Nesse sentido, por uma interpretação meramente literal, em tese, seria possível entender que a norma prevista no artigo 8º da Lei nº 452/74, com a redação dada pela Lei Complementar nº 1.013/2007, não autoriza o reco-

reconhecimento da possibilidade do companheiro que manteve união homoafetiva com o policial militar falecido receber a pensão por morte, o que não ocorre no caso dos servidores civis, nos termos da Lei Complementar nº 1.012/2007.

12. Cabe, inicialmente, consignar o alto nível da excelente peça opinativa produzida no âmbito da Consultoria Jurídica da SPPREV que analisou a matéria em comento de modo absolutamente completo com vistas a solucionar a relevante questão que lhe foi submetida.

13. Tal Parecer propõe dar interpretação conforme a Constituição ao referido dispositivo, para se reconhecer a possibilidade de o companheiro de relação homoafetiva ser incluído no rol dos possíveis beneficiários da pensão por morte de militar. Essa posição decorre, basicamente, de três fundamentos: a) o reconhecimento da situação ora em exame já ter sido feito pela União, ao normatizar a situação por meio da Portaria MPS nº 513 de 09, de dezembro de 2010; b) os fundamentos dos votos proferidos na ADIN 4277 e na ADPF 132⁶; c) os efeitos vinculantes das decisões proferidas, naquelas medidas judiciais, para a Administração Pública⁷. Em seguida, superada essa questão, examinou a situação concreta, ou seja, se o interessado teria cumprido as formalidades exigidas pelo Decreto estadual nº 52.860/08, para fins de ter deferida sua habilitação como pensionista do militar falecido.

14. Os autos vieram a esta Especializada para fins de uniformização da interpretação proposta, tendo em vista que outros casos semelhantes podem vir a ocorrer. Assim, a questão a ser analisada cinge-se a examinar se a solução aventada pelo citado Parecer nº 262/2011, da Consultoria Jurídica da SPPREV, – a de que seria possível dar ao artigo 8º da Lei nº 452/74, com a redação dada pela Lei Complementar nº 1.013/2007, interpretação conforme a Constituição, para considerá-la como possibilitadora do reconhecimento do pleiteado – pode ser aplicada no Estado de São Paulo, ou se seria o caso de se propor alteração legislativa, com vistas a contemplar tal situação.

6 A Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 foi interposta pelo Procurador Geral da República e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 foi interposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro. A primeira questionava o artigo 1.723 do Código Civil enquanto a segunda questionava dispositivos do Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro.

7 Segundo a proclamação do resultado dos julgamentos, a ADPF 132 foi conhecida como Ação Direta de Inconstitucionalidade, tendo ambas as medidas sido julgadas procedentes, por votação unânime, com eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes.

15. Antes de se a discorrer sobre a questão, cabe ressaltar que em recente Parecer⁸ este Procurador do Estado teve a oportunidade de sustentar que a interpretação conforme a Constituição apenas é possível quando a norma a ser interpretada possa apresentar mais de um significado. Nesse sentido, confira-se:

“29. Assim, não havendo dúvidas quanto ao alcance do dispositivo em comento, parece não ser o caso de interpretação conforme a Constituição, tal como proposto no mencionado Parecer. Com efeito, essa interpretação “somente será possível quando a norma apresentar vários significados, uns compatíveis com as normas constitucionais, e outros não (...) Portanto, não terá cabimento a interpretação conforme a Constituição quando contrariar texto expresso da lei, que não permita qualquer interpretação em conformidade com a Constituição, pois o Poder Judiciário não poderá, substituindo-se ao Poder Legislativo (leis) ou Executivo (medidas provisórias), atuar como legislador positivo, de forma a criar um novo texto legal”⁹.

30. No mesmo sentido, “Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a interpretação conforme a Constituição conhece limites. Eles resultam tanto da expressão literal da lei quanto da chamada vontade do legislador. A interpretação conforme a Constituição é, por isso, apenas admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do Legislador”¹⁰. Essa regra vale também para o interprete que não pode, a seu bel prazer, alterar o significado de uma norma jurídica em vigor.

31. Cabe consignar que essa posição no sentido da impossibilidade de se dar interpretação conforme a Constituição quando a norma possui sentido unívoco segue a orientação de precedentes, fixados pelo Colendo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. Nesse sentido, cabe trazer à colação a ementa da ADIN 1.344-1/ES (medida liminar), Relator o Ministro Moreira Alves:

“EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de medida liminar. Par. 1. do artigo 71 da Lei Complementar nº 46, de 31 de janeiro de 1994, do artigo 2. da Lei Complementar nº 48, de 19 de abril de 1994, e artigo 1. da Lei Complementar nº 50, de 18 de julho de 1994, todas do Estado do Espírito Santo.

- Vantagens pessoais excluídas do teto de remuneração. Plausibilidade jurídica do pedido de liminar com relação as vantagens que as normas impugnadas excluem do teto de remuneração e que não são vantagens de caráter individual, por serem

8 Parecer PA nº 66/2011, ainda pendente de aprovação pelas instâncias superiores da Procuradoria Geral do Estado (com as notas de rodapé).

9 MORAES, Alexandre, *Direito Constitucional*, Atlas, 2009, pág. 16/17.

10 MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, Saraiva, 2007, pág. 1192.

correspondentes ao exercício do cargo ou função, independentemente de quem seja o titular ou do que anteriormente ele tenha sido. No caso, são elas: as gratificações pelo exercício de função gratificada, pelo exercício de cargo em comissão, de produtividade e de representação.

- **Impossibilidade, na espécie, de se dar interpretação conforme a Constituição, pois essa técnica só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco, como sucede no caso presente.**

- Quando, pela redação do texto no qual se inclui a parte da norma que é atacada como inconstitucional, não é possível suprimir dele qualquer expressão para alcançar essa parte, impõe-se a utilização da técnica de concessão da liminar “para a suspensão da eficácia parcial do texto impugnado sem a redução de sua expressão literal”, técnica essa que se inspira na razão de ser da declaração de inconstitucionalidade “sem redução do texto” em decorrência de este permitir “interpretação conforme a Constituição”.

- Ocorrência, no caso, quer do “periculum in mora”, quer da conveniência da suspensão requerida. Pedido de cautelar que se defere, em parte, para suspender a eficácia do artigo 2. da Lei Complementar nº 48, de 19 de abril de 1994, do Estado do Espírito Santo; para suspender, sem redução da letra de seu texto, a aplicação do par. 1. do artigo 71 da Lei Complementar nº 46, de 31 de janeiro de 1994, do Estado do Espírito Santo, no que concerne a remissão a alínea “i” do inciso I do artigo 93 da mesma Lei Complementar, bem como para suspender, sem redução de seu texto, a aplicação do artigo 1. da Lei Complementar estadual nº 50, de 18 de julho de 1994, do Estado do Espírito Santo, no que toca a remissão as alíneas “a”, “b” e “i” do inciso I do artigo 93 da Lei Complementar nº 93/94 do mesmo Estado; e para suspender, também, no 1. do artigo 71 da citada Lei Complementar nº 46 e no artigo 1. da referida Lei Complementar nº 50, a remissão que ambos fazem ao inciso III do artigo 93 da também já mencionada Lei Complementar nº 46/94.” (ADI 1.344-1, DJ de 19.04.1996, grifos nossos).¹¹

32. Assim, quer-me parecer que o dispositivo interpretado, por não distinguir outra hipótese de afastamento do servidor para outro tipo de doação que não a doação de sangue, não comporta que se acrescente, por meio de interpretação conforme a Constituição e buscando apenas a aplicação de princípios constitucionais, outras situações nele não previstas.” (Parecer PA nº 66/2011, itens 29/32)

11 Cabe ressaltar trecho do voto do Ministro Relator: “(...) não é possível dar-se-lhe outra interpretação, para reduzir o seu alcance, e, assim, torná-lo conforme a Constituição Federal, porque a técnica de interpretação conforme só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco, como sucede no caso presente”. No mesmo sentido a ementa da ADIN 3.046/SP, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 28.05.2004.

16. A questão ora em exame não cuida da mesma situação, eis que, como bem ressaltado no supra citado Parecer CJ/SPPREV, já houve decisão do Colendo Supremo Tribunal Federal no sentido de dar interpretação conforme a Constituição ao artigo nº 1.723 do Código Civil. Assim, conclui-se que no caso em tela não há impossibilidade de se utilizar essa interpretação.

17. Em consequência, se por uma interpretação meramente literal, a norma prevista no artigo 8º da Lei nº 452/74, com a redação dada pela Lei Complementar nº 1.013/2007, poderia ter o significado de não autorizar o reconhecimento da possibilidade de o companheiro que manteve união homoafetiva com o militar falecido receber a pensão por morte, analisando o contexto da situação, pode-se buscar interpretação conforme a Constituição, para conferir ao dispositivo outra interpretação quanto a seu significado.

18. Nesse sentido, convém ressaltar que a Advocacia Geral da União, ao interpretar situação análoga, proferiu o Parecer nº 38/2009/RM/DENOR/CGU/AGU¹² no qual propôs fosse dado aos dispositivos da Lei nº 8.213/91 interpretação de forma a abranger a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Na construção desse Parecer, inicialmente, foram formuladas as premissas da questão. Para melhor compreensão dessas premissas, vale a pena acompanhar, par i passu, o raciocínio desenvolvido. Nesse sentido, confira-se:

“4.16.25. Se se pode afirmar que o § 3º do art. 226 consagra uma regra, a ponto de dizer que homens e mulheres tem a proteção legal do instituto da “união estável”, não menos verdade é que as normas constitucionais não estão dispostas somente em regras, como vimos. Com efeito, o fato de existirem princípios, e princípios também serem normas constitucionais ocasiona uma série de consequências no tocante a configuração do problema da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Este fato é assim descrito por Canotilho:

“A existência de regras e princípios, tal como se acaba de expor permite a decodificação em termos de um “constitucionalismo adequado” (Alexy: *gemassigtge Konstitutionalismus*), da estrutura sistemática, isto é, possibilita a compreensão da constituição como sistema aberto de regras e princípios.”

4.16.26. E é justamente o fato de que princípios também são normas jurídicas que possibilita a compreensão de que não se pode somente investigar uma determinada regra para se chegar a um resultado interpretativo a contento. Isto seria, em última análise, desconsiderar o restante das normas constitucionais.

12 Tal Parecer foi proferido em 23/04/2009. Para melhor compreensão do tema, junto cópia integral do mesmo.

“Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa – legalismo- do mundo e da vida, fixando, em termos definidos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia um “sistema de segurança”, mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente um sistema aberto.”

4.16.27. Assim, se tivéssemos somente o § 3º do art. 226, como afirmado, teríamos a segurança jurídica de saber que homens e mulheres poderiam estabelecer união estável. Sim, contudo, este modelo estaria fadado a ser superado pelos fatos da vida, posto que não se pode desconhecer a mutante realidade, e o Direito não pode ser mudo e cego ao que ocorre em sua volta. Valora os fatos, transforma-os em normas jurídicas. Destarte, assumindo como indiscutível a normatividade dos princípios estes também devem ser aplicados ao caso interpretado.

“Por outro lado, um legalismo estrito de regras não permitirá a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta. Corresponderia a uma organização política monodimensional “(Zagrebelsky).

Destaca-se da lição do constitucionalista a preocupação inversa, pois, se o sistema fosse sustentado somente por princípios traria também grandes problemas, assim Canotilho enfrenta esta questão com os seguintes argumentos:

“O modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios (Alexy: Prinzipien-Moell dès Rechssysteme) levar-nos-ia a consequências inaceitáveis. A indeterminação de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do “possível fático” e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema.

(..)

Apesar desta advertência, remarca sua posição em defesa dos princípios:

“Contudo, o sistema jurídico necessita de princípios (ou os valores que eles exprimem) como os da liberdade, igualdade, dignidade, democracia, Estado de direito; são exigências de otimização aberta a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos. Em virtude da sua “referência” a valores ou da sua relevância ou proximidade axiológica (da “justiça”, da “ideia de direito” dos “fins de uma comunidade”), os princípios tem uma função normogênica e uma função sistêmica: são os fundamento de regras jurídicas e tem uma idoneidade irradiante que lhes permite “ligar” ou cimentar objetivamente todo o sistema constitucional. Compreende-se, assim, que as “regras” os “princípios”, para serem ativamente operantes, necessitam de procedimentos e processos que lhes deem operacionalidade prática (Alexy: Regel Prinzipien Prozedur- Modell dès Rechtssysteme): o direito constitucional é um sistema aberto de normas e princípios que, através de processos judiciais, procedimentos legislativos e administrativos, iniciativas dos cidadãos, passa de uma “Law in the books” para uma “Law in action” para uma “living constitution”.

4.16.28. Essa é uma das fortes razões por que não se pode admitir o resultado interpretativo extraído da literalidade da regra constante do § 3º do art.226, posto que conflita irremissivelmente com os princípios da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, ademais, verifica-se que o elemento de discrimen, a orientação sexual da pessoal, não passa pelo teste de justiça, e no tocante aos compromissos de uma sociedade pluralista, também ofende a pluralidade de opções legítimas de como se levar a vida. E, complementa seu raciocínio aduzindo:

“Esta perspectiva teórica-jurídica do “sistema constitucional” tendencialmente “principalista” é de particular importância, não só porque fornece suportes rigorosos para solucionar certos problemas metódicos (cf. infra, colisão de direitos fundamentais), mas também porque permite respirar, legitimar, enraizar e caminhar o próprio sistema. A respiração obtém-se através da “textura aberta” dos princípios; a legitimidade entrevê-se na ideia de os princípios consagrarem valores (liberdade, democracia, dignidade) fundamentadores da ordem jurídica e dispõem de capacidade deontológica de justificação: o enraizamento perscruta-se na referência sociológica dos princípios a valores, programas, funções e pessoas; a capacidade de caminhar obtém-se através de instrumentos processuais e procedimentais adequados, possibilitadores da concretização, densificação e realização prática (possibilitadores da concretização, densificação e realização prática) (política, administrativa, judicial) das mensagens normativas da constituição. Por último, pode dizer que a individualização de princípios-norma permite que a constituição possa ser realizada de forma gradativa, segundo circunstâncias factuais e legais (Bin). A compreensão principal da Constituição serve de arrimo à concretização metódica quer se trate de um texto constitucional garantístico (ex., a leitura principal de R. Dworkin em face da constituição americana) quer se trate de um texto constitucional programático (ex. Constituição Portuguesa de 1976, Constituição Brasileira de 1988).”

4.16.29. E poderíamos aqui acrescentar que “Esta perspectiva teórica-jurídica do “sistema constitucional” tendencialmente “ principalista” é de particular importância, não só porque fornece suportes para solucionar certos problemas metódicos”, como o aqui debatido, a possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo, revelando importante marco interpretativo, e não menos importante “mas também porque permite respirar, legitimar, enraizar e caminhar o próprio sistema.” Possibilita que o “caminho do próprio sistema” constitucional. Este caminhar, naturalmente é para frente, no sentido de alargar o conteúdo de direitos das pessoas, o que equivale a dizer que somente poderia a Constituição dizer que a opção sexual não invalida a condição de união estável, sob pena de contradizer ela mesma irremediavelmente e, como a Constituição não possui antinomias, faz-se necessário interpretar a norma de maneira que o resultado interpretativo não arranhe suas disposições.

4.16.30 Vale dizer que, pessoas de sexo diferentes, homens e mulheres, sob o fundamento normativo da regra insculpida no § 3º do art. 226 podem estabelecer união estável, amparados diretamente neste dispositivo constitucional. Pessoas homoafetivas podem também estabelecer união estável, com arrimo na interpretação extensiva do dispositivo supra, possibilitada pelos diversos princípios consti-

tucionais que lhes dão suporte. Assim, embora não conste diretamente do texto, a Constituição não deixou ao desabrigo qualquer pessoa por mera opção sexual, uma constituição pluralista estaria em contradição consigo mesma se o fizesse.

4.16.31. Pensar o contrário seria incidir numa proibição de excesso, posto que estaria o constituinte, ou mesmo uma lei que impedisse estas uniões, tentando dirigir as opções fundamentais da pessoa, mormente no campo da sexualidade humana. O que, a toda evidência, não se compadece com uma sociedade e um Estado Pluralista, laico e possibilitador da convivência dos diversos pensamentos e interesses sociais, políticas, culturas em seu seio.

4.16.32 Sérgio Alves Gomes nos ajuda a compreender o papel desempenhado pelas chamadas normas objetivo plasmadas no interior da Constituição e seu importante papel de controle do resultado interpretativo a que chega o intérprete, realçando, ao mesmo tempo, o conteúdo destas normas, especificados logo a frente nesta manifestação, fator de legitimação e vetor interpretativo:

“Se o intérprete está situado em um contexto, este lhe abre possibilidades e também lhe impõe limites. No Estado Democrático de Direito, a única atuação legítima do intérprete é aquela que produz uma interpretação capaz de corroborar na consecução dos fins em razão dos quais o Estado foi instituído. Tais fins são objetivos a serem alcançados mediante a criação de condições para a efetiva vivências de valores tais como liberdade, igualdade, justiça, solidariedade, segurança.”

E reforça sua argumentação com lição no mesmo sentido de Eros Roberto Grau:

“Essas normas-objetivo não se amoldam aos casulos conceituais das normas de conduta e das normas de organização – razão pela qual não são explicáveis como tais. Procurando pontualizar a função que desempenham, no interior do sistema jurídico, poderemos referi-las como normas que explicitam resultados e fins em relação a cuja realização estão comprometidas as normas – estas, de conduta e de organização. A importância delas, de outra parte, como critério indiciário dos fins a que se voltam estas últimas, normas de conduta e de organização – o que viabiliza a fluente perquirição de sua eficácia – é extremada.”

A presença marcante das normas-objetivo no texto constitucional evidencia o quanto o Estado Democrático de Direito é paradigma estatal dinâmico e ativo instituído para alcançar “objetivos fundamentais”, constantemente referido. E isso somente se concretiza mediante a efetivação dos direitos humanos e fundamentais em todas as suas dimensões. Tal intento não depende apenas da atuação do intérprete, mas cabe-lhe parcela relevante em tal empreendimento. É sobre isso que se quer refletir.

4.16.33 Por conseguinte, a função destas normas objetivo no sistema jurídico é enorme, posto que podem fornecer argumentação legítima para que o intérprete se conduza na busca da melhor interpretação, na busca da concretização, como dito pelo autor, do Estado Democrático de Direito, que pode ser levado a cabo pela vontade de se dar ‘efetividade’ aos direitos fundamentais. E, para isso, como muito bem disse o autor, se tal intento não depende apenas do intérprete, por outro lado este

tem uma grande parcela de responsabilidade na efetivação dos direitos fundamentais e, por via de consequência, na construção deste Estado Democrático de Direito.”

(Parecer Nº 38/2009/RM/DENOR/CGU/AGU, fls. 113-117, grifos no original¹³)

19. Após uma análise completa da situação examinada, concluiu o citado Parecer da Advocacia Geral da União:

“18. CONCLUSÃO

18.1 Pelo exposto, as razões aduzidas nesta manifestação conduzem ao entendimento de que se aperfeiçoe a interpretação extensiva aos dispositivos legais que fazem menção a união estável a exemplo do inciso I, do art. 16 e o seu § 3º; § 1º do art. 76 da Lei nº 8.213/91, alínea “c” do inciso I do art. 217 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; e o § único do art. 241 “a” art. 67, § 1º, “e” da Lei 6.880, de 9 de dezembro de 1980 (Dispõe sobre o Estatuto dos Militares) art. 69-A; § 3º do art. 69-A; §1º do art. 70; inciso III do art. 82; §4º do art. 137 para que se entenda como abrangente destas disposições também a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

18.2. Assim deve ser em total respeito aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade material e formal, da liberdade, na dimensão da liberdade de opção sexual, da segurança jurídica e do direito à privacidade, a intimidade e a vida privada, do pluralismo político, da tolerância e do respeito ao outro, da não discriminação, da laicidade do Estado, e, por reafirmar, uma vez mais, a opção pelo Estado Democrático de Direito, possibilitador maior do princípio civilizatório da convivência das liberdades e respeito aos direitos da cidadania.

18.3. São essas as considerações que submeto à apreciação superior, para que, acaso aprovadas, possam ser remetidas ao Consultor-Geral da União, ao Advogado-Geral da União e ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos previstos no § 1º do art. 40 c/c o art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.”

(Parecer Nº 38/2009/RM/DENOR/CGU/AGU, fls. 291-292, grifos no original¹⁴)

20. Esse Parecer foi devidamente aprovado pelo eminente Consultor Geral da União, conforme despacho de 12 de maio de 2010¹⁵, após o que foi devidamente submetido ao excelentíssimo Advogado-Geral da União que prolatou o seguinte despacho de aprovação:

13 Transcrição do Parecer Nº 38/2009/RM/DENOR/CGU/AGU sem as notas de rodapé.

14 Transcrição do Parecer Nº 38/2009/RM/DENOR/CGU/AGU sem as notas de rodapé.

15 Para melhor compreensão do tema, junto cópia integral do Despacho do Consultor-Geral da União nº 843/2010 que aprovou o citado Parecer prolatado pela Advocacia Geral da União.

“DESPACHO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

REFERÊNCIA: Processo nº 00407.006409/2009-11

1. Tenho presentes os termos do Despacho do Consultor-Geral da União nº 843/2010, o PARECER N° 38/2009/RM/DENOR/CGU/AGU.

2. Contudo, em face da complexidade da matéria e da necessidade de delimitação da manifestação da Advocacia-Geral da União à demanda formulada pela Procuradoria-Geral Federal, fixo o entendimento de que os dispositivos da Lei nº 8.213/91, indicados no item 18.1 do Parecer Denor, às fls. 360v., devem ser interpretados de forma a abranger a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

3. Encaminhe-se cópia dos documentos acima citados à Exma. Sra. Secretária-Geral de Contencioso, para ciência, à Exma. Sra. Procuradora-Geral da União e ao Exmo. Sr. Procurador-Geral Federal para ciência e disseminação e orientação junto às respectivas unidades subordinadas, ao Exmo. Sr. Ministro de Estado da Previdência Social e ao Sr. Presidente do Instituto Nacional do Seguro Social, para ciência e providências cabíveis.

4. Restituam-se os autos do processo à Consultoria-Geral da União, para as demais providências subsequentes, conforme sugerido no Despacho acima citado.”¹⁶

21. Assim, para a solução da situação em exame, em nível federal, o interprete se socorreu de vários princípios constitucionais (da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, “na dimensão da liberdade de opção sexual”, da segurança jurídica e do direito à privacidade, a intimidade e a vida privada, do pluralismo político, da tolerância e do respeito ao outro, da não discriminação, da laicidade do Estado, e, por reafirmar, uma vez mais, a opção pelo Estado Democrático de Direito), tendo dado interpretação conforme a Constituição, para fins de definir o exato significado da norma em questão.

22. Em consequência, a posição oficial do órgão jurídico da União foi no sentido de dar a todos os dispositivos da Lei nº 8.213/91 interpretação conforme a Constituição, para que todos eles fossem interpretados de forma a abranger a união entre pessoas do mesmo sexo. De se ressaltar que essa aprovação ao citado Parecer foi feita em 1º de junho de 2010, portanto, em data anterior ao julgamento da ADIN 4277 e ADPF 132, pelo Colendo Supremo Tribunal Federal¹⁷.

23. Encaminhado o Parecer ao eminente Ministro da Previdência Social, tem-se que veio a editar a Portaria MPS nº 513, de 09 de dezembro de 2010, com a seguinte redação:

16 Para melhor compreensão do tema, junto cópia integral do Despacho de aprovação desse Parecer, prolatado pelo Advogado-Geral da União em 01/06/2010.

17 A Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 foram julgadas em conjunto, nos dias 04 e 05 de maio de 2011.

“PORTARIA MINISTRO DE ESTADO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL MPS Nº 513 de 09.12.2010 (Dispõe sobre os dispositivos da Lei nº 8.213/91, que tratam de dependentes para fins previdenciários relativamente à união estável entre pessoas do mesmo sexo).

O MINISTRO DE ESTADO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, no uso das atribuições constantes do art. 87, parágrafo único, inciso II, da Constituição, tendo em vista o PARECER nº 038/2009/DENOR/ CGU/AGU, de 26 de abril de 2009, aprovado pelo Despacho do Consultor-Geral da União nº 843/2010, de 12 de maio de 2010, e pelo DESPACHO do Advogado-Geral da União, de 1º de junho de 2010, nos autos do processo nº 00407.006409/2009-11,

Resolve:

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

Art. 2º O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS adotará as providências necessárias ao cumprimento do disposto nesta portaria. (D.O.U.: 10.12.2010)

24. Cabe também ressaltar que a edição dessa Portaria e sua publicação no D.O.U. também se deram em data anterior ao julgamento da ADIN 4277 e da ADPF 132, pelo Colendo Supremo Tribunal Federal.

25. Assim, constata-se, de maneira inequívoca, que o Ministério da Previdência Social aplicou às normas do regime geral da previdência a interpretação conforme a Constituição dos dispositivos da Lei nº 8.213/91, formulada pelo referido Parecer prolatado pela Advocacia Geral da União. Nesse sentido, inequivocamente, a União aplica todas as normas do regime geral de previdência no sentido de abranger a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

26. Cabe aqui consignar que a interpretação dada pela União a uma determinada norma legal não tem efeitos vinculantes aos Estados membros que, podem, eventualmente, dar a essas mesmas normas outra interpretação. Assim, essa interpretação dada pela União, por meio do citado Parecer nº 38/2009/RM/DENOR/CGU/AGU, não é cogente ou vinculante para o Estado de São Paulo que, pode, à evidência, dar ao caso em exame outra interpretação. Todavia, penso que tal situação apenas se justificaria se se entendesse ter havido algum equívoco ou erro por parte daquele órgão jurídico.

27. Não parece, todavia, ter havido qualquer equívoco ou erro de interpretação por parte da Advocacia Geral da União no que se refere às normas objeto do citado parecer. Ao contrário, o citado Parecer foi bastante cuidadoso em fazer a análise da forma mais ampla e adequada possível, não me parecendo merecer qualquer reparo.

28. Houve, ainda, como bem ressaltado no Parecer prolatado pela Consultoria Jurídica da SPPREV, um fato novo a corroborar esse entendimento. Trata-se dos julgamentos pelo Plenário do Colendo Supremo Tribunal Federal da ADIN 4.277 e ADPF 132, ocorridos, como já mencionado, nos dias 04 e 05 de maio deste ano.

29. Não obstante os acórdãos não terem sido ainda publicados, parece haver nos autos elementos suficientes para verificar o conteúdo do julgamento em questão, de modo a poder solucionar essa consulta, sem se aguardar aquelas publicações¹⁸.

30. Com efeito, no julgamento em questão, o Plenário do Colendo Supremo Tribunal Federal reconheceu, por votação unânime, não poder haver interpretação do artigo 226 e seus parágrafos da Constituição Federal¹⁹ que dê tratamento diverso à união homoafetiva em relação à união estável entre pessoas de sexo diferentes. Em consequência, a Corte deu interpretação conforme a Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil²⁰, para ser interpretado de forma a abranger a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

31. Nesse sentido, conveniente transcrever algumas das manifestações dos eminentes Ministros julgadores, constantes dos documentos de fls. 60/138 deste expediente.

18 Consultando o sítio eletrônico do STF, constata-se não haver ainda a publicação dos acórdãos. Todavia, tendo em vista que houve, no julgamento, ampla discussão sobre o tema e que há elementos nos autos para aferir o conteúdo das discussões (fls. 60/138), entendo que há condições de proceder a análise da questão. De outra parte, face à possibilidade de demora na publicação dos acórdãos, o Estado de São Paulo poderá ficar sujeito a várias demandas judiciais, caso a questão não seja solucionada nesta consulta.

19 **Constituição Federal** – “Artigo 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 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. § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (§ com redação dada pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010) § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”

20 **Código Civil Brasileiro** – “Artigo 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.”

“5. Em outras palavras, conheço a ADPF nº 132-RJ como ação direta de inconstitucionalidade. Ação cujo centrado consiste em submeter o art. 1.723 do Código Civil brasileiro à técnica de ‘interpretação conforme a Constituição’ (...).

7. (...) E, desde logo, verbalizo que merecem guarida os pedidos formulados pelos requerentes de ambas as ações. Pedido de ‘interpretação conforme a Constituição’ do dispositivo legal impugnado (art. 1.723 do Código Civil), porquanto nela mesma, Constituição, é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizam por sua durabilidade, conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família.”

(Ministro Carlos Britto, fls. 61/63)

“34... com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família...”

(Ministro Carlos Britto, fls. 78)

“37... No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao artigo 1.723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição 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’. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.”

(Ministro Carlos Britto, fls. 84)

“3. A garantia institucional da família, insculpida no art. 226, *caput*, da Constituição da República, pressupõe a existência de relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os membros, bem como a existência de um projeto coletivo permanente e duradouro de vida em comum e a identidade de uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade.

4. A união homoafetiva se enquadra no conceito constitucionalmente adequado de família.

5. O artigo 226, §3º, da Constituição deve ser interpretado em conjunto com os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana – em sua vertente da proteção da autonomia individual – e da segurança jurídica, de modo a conferir guarida às uniões homoafetivas nos mesmos termos que a confere às uniões estáveis heterossexuais.” (Ministro Luiz Fux, fls. 85/86)

“É por essas tantas razões que voto pela procedência dos pedidos formulados na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 – nesta, o respectivo pedido subsidiário – e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277, de modo a que seja o art. 1.723 do Código Civil vigente (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) interpretado conforme a Constituição, para determinar sua aplicabilidade não apenas à união estável estabelecida entre homem e mulher, como também à união estável constituída entre indivíduos do mesmo sexo.” (Ministro Luiz Fux, fls. 96)

“Isso posto, pelo meu voto, julgo procedente as presentes ações diretas de inconstitucionalidade para que sejam aplicadas às uniões homoafetivas, caracterizadas como entidades familiares, as prescrições legais relativas às uniões estáveis heterossexuais...”

(Ministro Ricardo Lewandowski, fls. 103)

“A solução, de qualquer sorte, independe do legislador, porquanto decorre diretamente dos direitos fundamentais, em especial do direito à dignidade da pessoa humana, sob a diretriz do artigo 226 e parágrafos da Carta de República de 1988, no que permitiu a reformulação do conceito de família.” (Ministro Marco Aurélio, fls. 108)

“Extraio do núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana a obrigação de reconhecimento das uniões homoafetivas. Inexiste vedação constitucional à aplicação do regime da união estável a essas uniões, não se podendo vislumbrar silêncio eloquente em virtude da redação do §3º do artigo 226. Há, isso sim, a obrigação constitucional de não discriminação e do respeito à dignidade humana, às diferenças, à liberdade de orientação sexual, o que impõe o tratamento equânime entre homossexuais e heterossexuais.” (Ministro Marco Aurélio, fls. 113)

“Concluo o meu voto, Senhor Presidente. E, ao fazê-lo, julgo procedente a presente ação constitucional, para, com efeito vinculante, declarar a obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, da união entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher, além de também reconhecer, com idêntica eficácia vinculante, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros na união entre pessoas do mesmo sexo.” (Ministro Celso de Mello, fls. 138)

32. Em consequência, após esses julgamentos, proferidos pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, consolidou-se, ao que tudo indica, o entendimento constante do citado Parecer nº 38/2009/RM/DENOR/CGU/AGU.

33. Nessas condições, parece-me corretíssima a interpretação dada pelo Parecer CJ/SPPREV nº 262/2011, no sentido da necessidade de se interpretar art. 8º, inciso I da Lei nº 452/74, com redação dada pela Lei Complementar nº 1.013/2007, de modo a abranger a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Por essa razão, entendo que esse Parecer deve prevalecer tanto pelos seus fundamentos, como pelas suas conclusões.

34. Com relação ao efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, previsto no artigo 102, parágrafo 2º da Constituição Federal, mencionado no citado Parecer da Consultoria Jurídica da SPPREV (itens 50/51 do Parecer - fls. 50), entendo caber apenas uma pequena ressalva.

35. Com efeito, a Constituição Federal previu o efeito vinculante das decisões definitivas de mérito, proferidas pelo STF nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade

e nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade. Tal situação já foi inclusive proclamada no resultado dos julgamentos, conforme acima referido.

36. Nestas condições, quando do trânsito em julgado das decisões proferidas nas citadas medidas judiciais, haverá efeito vinculante das mesmas para todas as esferas do Poder Judiciário e para todos os entes da Administração Pública. Todavia, não tendo ainda sido publicados os acórdãos, tem-se que essa situação ainda não está a ocorrer. Ela apenas se aperfeiçoará com a publicação dos acórdãos em questão e após o trânsito em julgado.

37. Em consequência, entendo que, por ora, não há efeitos vinculantes ao Estado de São Paulo das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na ADIN 4.277 e na ADPF 132. Tais efeitos, todavia, virão a ocorrer após o trânsito em julgado das referidas decisões.

38. Em face de todo o exposto, com base nos princípios constitucionais da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, tal como afirmado no citado Parecer CJ/SPPREV nº 262/2011, entendo ser caso de dar interpretação conforme a Constituição ao art. 8º, inciso I da Lei nº 452/74, com redação dada pela Lei Complementar nº 1.013/2007, de modo a abranger a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

39. Tendo em vista essa conclusão, caberá à SPPREV analisar se os documentos que instruíram o presente expediente observaram o disposto no decreto nº 52.860/2008, que regulamentou a norma em questão.

40. Por último, consigno que, para fins de se dar a devida publicidade às conclusões constantes deste Parecer, caberá à SPPREV, assim como fez o Senhor Ministro da Previdência Social por meio da Portaria MPS nº 513/2010, analisar a conveniência de se editar Portaria específica sobre a questão.

É o parecer.

À consideração superior.

São Paulo, 29 de setembro de 2011.

MARCOS FABIO DE OLIVEIRA NUSDEO

Procurador do Estado

OAB/SP nº 80.017

PROCESSO SPPREV 685/2011- GDOC 18488-767826/2011

INTERESSADO: ***

ASSUNTO: PREVIDENCIÁRIO. SERVIDOR MILITAR FALECIDO. PENSÃO POR MORTE. UNIÃO HOMOAFETIVA.

o interessado, pretendo beneficiário de pensão por morte de militar do Estado, falecido em 22 de abril de 2011, fundamenta seu pleito na condição de companheiro do *de cujus*, com quem alega ter vivido em união homoafetiva até a data do óbito.

Se, após a Constituição Federal de 1988, a alteração da lei complementar estadual dirigida ao beneficiário de pensão por morte de servidor estadual trouxe conformação expressa no sentido de admitir a concessão do benefício àquele que mantinha união homoafetiva estável com o instituidor¹, o mesmo não ocorreu quando da edição da Lei Complementar estadual nº 1.013/2007, específica para militar do Estado, que alterou a redação do artigo 8º da Lei estadual nº 452/74, *in verbis*:

“Artigo 8º – São dependentes do militar, para fins de recebimento de pensão:

I – o cônjuge ou o companheiro ou companheira, na

constância, respectivamente, do casamento ou da união estável;

II – os filhos, (...)”.

Há que se perquirir, então, se a “união estável” de que trata a norma previdenciária específica para militar do Estado poderia restringir a concessão do benefício àquele que mantinha união contínua, pública e duradora com pessoa de sexo diferente, e se, como norma previdenciária, poderia assim dispor sem afrontar a Constituição Federal de 1988.

Nesse passo, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI nº 4.277/DF, decisão está com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, excluiu qualquer significado de norma legal que *“impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradora entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.”*²

Na ementa da Ação Direta de Inconstitucionalidade sobredita ainda restou expresso que a *“referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer*

relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. (...) A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem do regime e dos princípios por ela adotados, verbis: ‘Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’.

Se a entidade familiar (ou a família) prevista na Constituição Federal é possível de ser reconhecida na união homoafetiva, conforme a Corte Suprema assentou, tem-se que a expressão “união estável” na lei previdenciária em análise também engloba as relações afetivas e duradoras existentes entre pessoas do mesmo sexo, igualada a situação com os companheiros de diferente sexo.

Antes mesmo de se tornar público o julgado mencionado, o Parecer PA nº 121/2011 já o trazia como referência para apontar a “necessidade de se interpretar o art. 8, inciso I da Lei nº 452/74, com redação dada pela Lei Complementar nº 1.013/2007, de modo a abranger a união estável entre pessoas do mesmo sexo”.

Posteriormente à ADI nº 4.277/DF, o Guardião da Constituição, em julgados³ re-

3 No mesmo sentido: “Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINARIO. UNIÃO HOMOAFETIVA. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO COMO ENTIDADE FAMILIAR DIREITO À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE. RECONHECIMENTO. APLICAÇÃO DAS REGRAS E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS VALIDAS PARA A UNIÃO ESTÁVEL HETEROAFETIVA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DO PLENÁRIO DESTA CORTE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. O preceito constante do art. 1.723 do Código Civil - “(...) 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. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, proferiu esse entendimento no julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 132, ambas da relatoria do ministro Ayres Britto, Sessão de 5.5.11, utilizando a técnica da interpretação conforme a Constituição do referido preceito do Código Civil, para 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. Reconhecimento este, que deve ser feito segundo as mesmas regras e com idênticas consequências da união estável heteroafetiva. 2. Em recente

ferentes à concessão de pensão por morte em casos de união homoafetiva, decidiu:

pronunciamento, a Segunda Turma desta Corte, ao julgar caso análogo ao presente, o RE nº 477.554-AgR, relator o ministro Celso de Mello, DJe de 26.08.11, em que se discutia o direito do companheiro, na união estável homoafetiva, à percepção do benefício da pensão por morte de seu parceiro, enfatizou que “ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomenta a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua orientação sexual. (...) A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas. (precedentes: RE nº 552.802, relator o ministro Dias Toffoli, DJe de 24.10.11; RE nº 643.229, relator o ministro Luiz Fux, DJe de 08.09.11; RE nº 607.182, relator o ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 15.08.11; RE nº 590.989, relatora a ministra Cármen Lúcia, DJe de 24.06.11; RE nº 437.100, relator o ministro Gilmar Mendes, DJe de 26.05.11, entre outros). 3. Deveras, entendimento diverso do adotado pelo acórdão recorrido - como deseja o recorrente - quanto a existência de elementos caracterizadores da união estável, demandaria o reexame do contexto fático-probatório engendrado nos autos, o que inviabiliza o extraordinário, a teor do Enunciado da Súmula nº 279 do Supremo Tribunal Federal, que interdita a esta Corte, em sede de recurso extraordinário, sindicarmatéria fática, *verbis*: para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. 4. *In casu*, o acórdão originariamente recorrido assentou: “EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. BENEFÍCIO DE PENSÃO PREVIDENCIÁRIA. PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. REJEITADA DIANTE DO INFORMATIVO 0366 DO STJ. MÉRITO. MORTEM. POSSIBILIDADE. REEXAME NECESSÁRIO IMPROVIDO. APELO VOLUNTÁRIO PREJUDICADO. DECISÃO UNÂNIME. 1 - Ineficácia da prejudicial de impossibilidade jurídica do pedido, união homoafetiva é reconhecida pelos Tribunais Pátrios, apesar de inexistir ordenamento legal. Possibilidade de ser concedido o benefício previdenciário nos casos de relação homoafetiva. Informativo de nº 0366, da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça reconhece a Possibilidade Jurídica do Pedido. 2 - Faz jus apelada a percepção do benefício de pensão por morte o autor logrou êxito em comprovar, efetivamente, sua vida em comum com o falecido segurado, como se more uxório, mantendo residência conjunta, partilhando despesas, além da aquisição de bens, tais como um imóvel que foi adquirido por ambos, e deixado ao autor. 3 - Pleito do apelado em conformidade com o Princípio Constitucional da Igualdade, da dignidade da pessoa humana e da promoção do bem de todos, sem preconceitos ou quaisquer outras formas de discriminação, previsto no inciso I do Art. 5º da Carta Magna, posto que a união homoafetiva merece ser tratada como uniões heterossexuais. 4 - Incontestável direito do apelado à percepção de pensão por morte nos termos assegurados pela Constituição da República de 1988 e a própria IN/INSS nº 025/2000, vez que presentes os requisitos necessários ao gozo desse direito. 5 - Reexame necessário improvido, prejudicado o apelo voluntário para manter incólume a decisão recorrida. 6 - Decisão unânime.” 5. Agravo regimental a que se nega provimento. “ (STJ, RE nº 607.562 AgR/PE, 1ª T, rel. Min. Luiz Fux, j. 18/09/2012)

“EMENTA: UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO - ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF) - O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA - O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA

“Ementa: AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINARIO. BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE. UNIÃO HOMOAFETIVA. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO COMO ENTIDADE FAMILIAR. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DAS REGRAS E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS VÁLIDAS PARA A UNIÃO - ESTÁVEL HETEROAFETIVA.

DESPROVIMENTO DO RECURSO. 1. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da AD14.277 e da ADPF 132, ambas da Relatoria do Ministro Ayres Britto, Sessão de . 05/05/2011, consolidou o entendimento segundo o qual a união entre pessoas do mesmo sexo merece ter a aplicação das mesmas regras e consequências válidas para a união heteroafetiva. 2. Esse entendimento foi formado utilizando-se a técnica de interpretação conforme a Constituição para 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. Reconhecimento que deve ser feito segundo as mesmas regras e com idênticas consequências da união estável heteroafetiva. 3. O direito do companheiro, na união estável homoafetiva, à percepção do benefício da pensão por morte de seu parceiro restou decidida. No julgamento do RE nº 477.554/AgR, da Relatoria do Ministro Celso de Mello, DJe de 26/08/2011, a Segunda Turma desta Corte, enfatizou que “ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua orientação sexual. (...) A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroa-

IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - ALGUNS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA SUPREMA CORTE AMERICANA SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA FELICIDADE - PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA (2006): DIREITO DE QUALQUER PESSOA DE CONSTITUIR FAMÍLIA, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORZENAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO - DIREITO DO COMPANHEIRO, NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE DE SEU PARCEIRO, DESDE QUE OBSERVADOS OS REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL - O ART. 226, § 3 DA LEI FUNDAMENTAL CONSTITUI TÍPICA NORMA DE INCLUSÃO - A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - A PROTEÇÃO DAS MINORIAS ANALISADA NA PERSPECTIVA DE UMA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL - O DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE IMPEDIR (E, ATÉ MESMO DE PUNIR) “QUALQUER DISCRIMINAÇÃO ATENTATÓRIA DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS” (CF, ART. 5º, XLI) - A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O FORTALECIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ELEMENTOS QUE COMPÕEM O MARCO DOUTRINARIO QUE CONFERE SUPORTE TEÓRICO AO NEOCONSTITUCIONALISMO - RECURSO DE AGRADO IMPROVIDO. NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE SEUS DIREITOS EM RAZAO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL (...) “. (STJ, AgR/MG, 2ª T, rel. Min Celso de Mello, j. 16/08/2011)

fetivas". (precedentes: RE n. 552.802, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 24.10.11; RE n. 643.229, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 08.09.11; RE n. 607.182, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 15.08.11; RE n. 590.989, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 24.06.11; RE n. 437.100, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 26.05.11, entre outros). 4. Agravo regimental a que se nega provimento. "

(STF, RE nº 687.732 AgR/MG, 1ª T, rel. Min. Luiz Fux, j. 18/09/2012)

Acresça-se que, para o caso específico, a peça opinativa bem apontou que, à parte a questão decidida pelo STF, o deferimento do pedido dependerá da comprovação da união estável, conforme disposto no artigo 14 do Decreto estadual nº 52.860/2008⁴, na forma também exigida para a união estável heteroafetiva.

Com estas considerações, encaminhe-se ao Senhor Procurador Geral do Estado com proposta de aprovação do Parecer PA nº 121/2011.

São Paulo, 16 de abril de 2013.

ADALBERTO ROBERT ALVES
SUBPROCURADOR-GERAL DO ESTADO
DA ÁREA DA CONSULTORIA GERAL

4 **Decreto estadual nº 52.860/2008 - Artigo 14** - *A comprovação da união estável para fins de pensão, será feita mediante processo, instruído com, no mínimo, três dos seguintes instrumentos probantes, ao final do qual será emitido parecer e decisão:*

I - contrato escrito;

II - declaração pública de coabitação feita perante tabelião;

III - cópia de declaração de imposto de renda;

IV - disposições testamentárias;

V - certidão de nascimento de filho em comum;

VI - certidão/declaração de casamento religioso;

VII - comprovação de residência em comum;

VIII - comprovação de encargos domésticos que evidenciem a existência de sociedade ou comunhão nos atos da vida civil;

IX - procuração ou fiança reciprocamente outorgada;

X - comprovação de compra e venda de imóvel em conjunto;

XI - contrato de locação de imóvel em que figurem como locatários ambos os conviventes;

XII - comprovação de conta bancária conjunta;

XIII - apólice de seguro em que conste ora) companheiro(a) como beneficiário(a);

XIV - registro em associação de classe onde conste ora) companheiro(a) como beneficiário(a);

XV - inscrição em instituição de assistência médica do(a) companheiro(a) como beneficiário(a).

Parágrafo único - A apresentação de decisão judicial irrecurável reconhecendo a união estável dispensa a apresentação dos documentos anteriormente enumerados.

PROCESSO: SPPREV 685/2011- GDOC 18488-767826/2011

INTERESSADO: ***

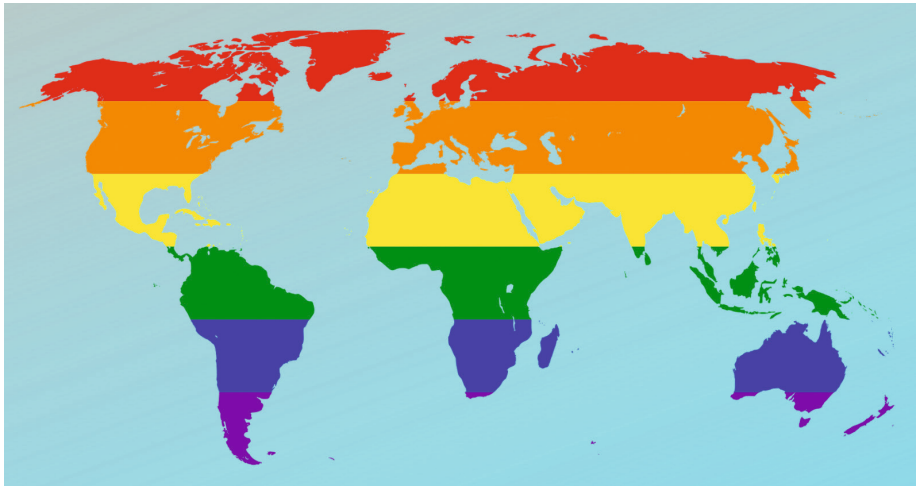
ASSUNTO: PREVIDENCIÁRIO. SERVIDOR MILITAR FALECIDO. PENSÃO POR MORTE. UNIÃO HOMOAFETIVA.

Nos termos da manifestação da Subprocuradoria Geral do Estado - Área da Consultoria Geral, aprovo o Parecer PA n° 121/2011.

Devolva-se à SPPREV, por intermédio de sua Consultoria Jurídica, para ciência e adoção das providências que se fizerem necessárias.

GPG, em 19 de abril de 2013.

ELIVAL DA SILVA RAMOS
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO



Parecer PA nº 55/2017

EMPREGADA PÚBLICA. HOMOPARENTALIDADE. TRABALHADORA QUE SE TORNA MÃE EM FAMÍLIA HOMOAFETIVA, POR MEIO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA QUE VIABILIZOU A GRAVIDEZ DE SUA ESPOSA. RECONHECIMENTO DO DIREITO A LICENÇA PARENTAL EQUIVALENTE À LICENÇA-PATERNIDADE. Ausência de previsão legal expressa. Lacuna preenchida mediante integração analógica, com recurso ao artigo 7º, XIX, da CF/1988. Dispositivo que, ao garantir a presença de ambos os genitores junto à criança em seus primeiros dias de vida, tem por fito resguardar a família de todo e qualquer trabalhador e, sobretudo, o desenvolvimento saudável de todo e qualquer recém-nascido (...).

PROCESSO: 296841/2017

INTERESSADO: ***

PARECER: PA nº 55/2017

EMENTA: EMPREGADA PÚBLICA. HOMOPARENTALIDADE. TRABALHADORA QUE SE TORNA MÃE EM FAMÍLIA HOMOAFETIVA, POR MEIO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA QUE VIABILIZOU A GRAVIDEZ DE SUA ESPOSA. RECONHECIMENTO DO DIREITO A LICENÇA PARENTAL EQUIVALENTE À LICENÇA-PATERNIDADE. Ausência de previsão legal expressa. Lacuna preenchida mediante integração analógica, com recurso ao artigo 7º, XIX, da CF/1988. Dispositivo que, ao garantir a presença de ambos os genitores junto à criança em seus primeiros dias de vida, tem por fito resguardar a família de todo e qualquer trabalhador e, sobretudo, o desenvolvimento saudável de todo e qualquer recém-nascido. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À FAMÍLIA HOMOAFETIVA E SEUS INTEGRANTES. Princípio da Igualdade Material – artigo 5º, *caput*, da CF/1988. Vedação à discriminação – artigo 3º, IV, e 227, *caput*, da CF/1988. Proteção à maternidade e à infância – artigo 6º, *caput*, da CF/1988. Princípio do melhor interesse da criança –Direito da criança à convivência familiar – artigo 227, *caput*, da CF/1988. Deferimento do pleito de licença. Precedentes: Pareceres PA nº 121/2011 e 54/2012.

1. Os presentes autos foram inaugurados por requerimento em que empregada pública da São Paulo Previdência (SPPREV) solicitou a concessão da “licença parental de que trata o art. 7º, XIX, da Constituição Federal, referente ao nascimento de B. B. H. e A. B. B. H., nascidos no dia 13 de abril de 2017, frutos de [...] casamento com a Sra. S. H., gestora dos gêmeos” (fls. 03/04).

2. O pleito foi instruído com cópias de certidões de nascimento em que se lê, no campo atinente à “filiação”, os nomes da interessada e de sua esposa (fls. 05/06).

3. Diante de tal requerimento, a Gerência de Recursos Humanos da Autarquia houve por bem solicitar à Consultoria Jurídica orientação quanto aos “procedimentos necessários que envolvem a apuração da frequência mensal da servidora e consequente pagamento dos respectivos dias em folha de pagamento” (fls. 08).

4. Assim, veio aos autos o Parecer CJ/SPPREV nº 347/2017¹ que, com lastro no entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 4277, segundo o qual a família homoafetiva não deve sofrer qualquer forma de discriminação, concluiu pelo reconhecimento do direito pleiteado (fls. 10/16).

5. Todavia, considerando a repercussão da matéria no âmbito da Administração Pública Estadual, o i. parecerista propôs a remessa dos autos à Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria, com sugestão de exame da *quaestio iuris* pela Procuradoria Administrativa.

6. Acolhida a proposta, os autos aportaram nesta Especializada, para análise e manifestação (fls. 17).

Feito o relato do essencial, passo a opinar.

7. Em síntese, a presente consulta pretende elucidar se empregada pública que se tornou mãe de gêmeos, em decorrência de procedimento de reprodução assistida que viabilizou a gravidez de sua esposa, faz jus à fruição de licença equivalente à licença-paternidade, prevista no artigo 7º, XIX, da Constituição Federal².

8. Trata-se de dúvida que, em uma primeira aproximação, pareceu-me de todo descabida: diante da apresentação das certidões de nascimento em que a interessada figura como mãe de duas crianças recém-nascidas³, seria de rigor reconhecer-lhe o direito à licença-maternidade, prevista no artigo 7º, XVIII, da Constituição Federal⁴.

9. Isso porque, nos dias de hoje, inexistem dúvidas de que a licença-maternidade é direito assegurado a toda trabalhadora, no momento em que se torna

1 Parecerista DR. DÉCIO GRISI FILHO.

2 Artigo 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:[...] XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei.

3 Lembre-se que, nos termos do artigo 1.603 do Código Civil, “a filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil”.

4 Artigo 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias.

mãe. E a interessada, segundo as aludidas certidões, fez-se mãe de gêmeos aos 13 de abril de 2017.

10. Outrossim, é atualmente inquestionável que a licença-maternidade tem por fito garantir o desenvolvimento saudável a toda criança. E, no caso em tela, estamos diante de dois recém-nascidos.

11. Com efeito, embora, em sua gênese, o direito à licença-maternidade tenha sido concebido com o específico fim de proteger a saúde da gestante durante o puerpério⁵, adquiriu nova dimensão sob os influxos da Constituição Federal de 1988.

12. Deveras, com a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana dentre os fundamentos da República (artigo 1º, III), da proteção à maternidade e à infância dentre os direitos sociais (artigo 6º, *caput*), bem como do princípio do melhor interesse da criança (Artigo 227, *caput*), o direito à licença-maternidade tornou-se instrumento de proteção do vínculo maternal⁶, alcançando toda e qualquer criança e toda e qualquer mulher no momento em que se faz mãe, seja ao final de uma gestação, em um processo de adoção, ou por meio de procedimento de reprodução assistida.

13. Nesse ambiente normativo, antes mesmo da positivação da licença-adoptante, pela Lei nº 10.421/2002⁷, o Tribunal Superior do Trabalho garantia li-

5 Em sua redação original, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) estabelecia: “Art. 392. É proibido o trabalho da mulher grávida no período de seis (6) semanas antes e seis semanas depois do parto” (g.n.).

6 De acordo com ESTEVÃO MALLET e MARCOS FAVA, “A licença à gestante insere-se no ordenamento pátrio há décadas, representando importante meio de proteção não só da mãe trabalhadora, mas, e talvez principalmente, do nascituro, na medida em que o tempo de convívio, por ocasião do recente nascimento, representa vantagens sensíveis ao desenvolvimento da criança” (*In*: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 584).

7 Esse diploma normativo incluiu o seguinte dispositivo na CLT: “Art. 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392, observado o disposto no seu § 5º. § 1º No caso de adoção ou guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, o período de licença será de 120 (cento e vinte) dias. § 2º No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 1 (um) ano até 4 (quatro) anos de idade, o período de licença será de 60 (sessenta) dias. § 3º No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 4 (quatro) anos até 8 (oito) anos de idade, o período de licença será de 30 (trinta) dias. § 4º A licença-materni-

cença-maternidade às trabalhadoras que se tornavam mães por meio de adoção.

Veja-se:

Licença-maternidade. Mãe adotiva. O princípio da proteção integral do menor, consagrado na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, impõe a aplicação analógica, nos termos do artigo oitavo da CLT, dos benefícios legais concedidos à gestante, tal como o direito ao gozo da licença-maternidade, para a mãe adotiva, **uma vez que o que se objetiva é proteger a maternidade e não estritamente a mãe empregada.** (TST-RR, 4ª T., Ac. 269871, Rel. Min. José Carlos Perret Schulte, j. 19/08/1998 – g.n.).

Salário-maternidade. Mãe adotiva. Inobstante a legislação trabalhista seja omissa acerca do direito à licença-maternidade da mãe adotante, negar tal direito a esta, contudo, importaria **discriminação ao próprio filho adotivo, contrariando-se, assim, a Carta Magna que, ao instituir a licença-maternidade, visou resguardar o interesse social em que o novo ser humano alcance desenvolvimento pleno e satisfatório sob os aspectos físico e psicológico. Ao Estado, enquanto comunidade, interessa a formação de um ser humano hígido, saudável.** E nisso é insubstituível o papel da mãe, especialmente nos primeiros meses, seja o filho natural, ou não. (TST-RR, 1ª T., Rel. Min. Lourenço Prado, Ac. 4611, j. 04/06/1997 – g.n.).

14. O MIN. ROBERTO BARROSO, ao relatar o RE nº 778.889⁸, no qual se questionou a constitucionalidade de dispositivo da Lei nº 8.112/1991 que estabelecia prazos diferenciados para a licença-maternidade a que as servidoras públicas federais faziam jus em decorrência de adoção, traçou interessante panorama a respeito da evolução desse direito. Confira-se:

Trata-se aqui dos direitos das crianças, dos direitos das mulheres e do papel da adoção, sobretudo no ambiente de menores desamparados. Ao longo do tempo, houve significativa mudança na realidade e na compreensão dos valores envolvidos nessa complexa relação.

[...] A história da proteção à infância, à família e à mulher se altera profundamente com a redemocratização do Brasil e com a promulgação da **Constituição de 1988.** A nova Carta estabelece uma ruptura com o regime anterior. Define como fundamento

dade só será concedida mediante apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardiã”. Tal norma, contudo, sofreu sucessivas mudanças: primeiro, a Lei nº 12.010/2009 revogou os §§ 1º, 2º e 3º, conferindo às mães adotantes direito à licença-maternidade por prazo equivalente àquele a que fazem jus as gestantes; depois, a Lei nº 12.873/2013 alterou a redação conferida ao *caput* do artigo 392-A, para afastar quaisquer dúvidas acerca do ponto, e incluiu no dispositivo o § 5º, segundo o qual “a adoção ou guarda judicial conjunta ensejará a concessão de licença-maternidade a apenas um dos adotantes ou guardiães empregado ou empregada”.

8 Tribunal Pleno, j. 10/03/2016.

da República a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). E compromete-se com a tutela do indivíduo e de seu valor intrínseco como um fim em si mesmo, afastando qualquer possibilidade de sua instrumentalização em favor dos interesses da comunidade. Nas novas circunstâncias, deixa de ser concebível lançar mão de políticas públicas voltadas à infância com o propósito de preservar a ordem urbana ou a segurança pública. Passa-se a proteger as crianças em prol de seu próprio bem-estar e de seu adequado desenvolvimento.

13. Em coerência com tal concepção de tutela da pessoa, o art. 227 da Constituição estabelece ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança todos os direitos necessários ao seu adequado desenvolvimento, assestando os princípios da proteção integral e da prioridade dos direitos das crianças e adolescentes. Afirma, ainda, o direito do menor à convivência familiar e comunitária.

[...]. A própria Carta expressa, assim, por meio da palavra “prioridade”, a precedência em abstrato e “prima facie” dos direitos dos menores, em caso de colisão com outras normas. E o faz por se ter entendido que, em virtude da condição de fragilidade e de vulnerabilidade das crianças, devem elas sujeitar-se a um regime especial de proteção, para que possam se estruturar como pessoas e verdadeiramente exercer a sua autonomia. Por isso, as decisões concernentes às crianças devem buscar atender ao princípio do superior interesse do menor.

[...]. O artigo 227 da Constituição expressa, ainda, a funcionalização do conceito de família. A família passa a ser compreendida como o *locus* do afeto e do companheirismo. Passa a ser tutelada como meio essencial para o pleno desenvolvimento da personalidade de seus membros. Os filhos adquirem uma posição de centralidade nesta nova família. Ela é o núcleo em que a sua socialização tem início.

16. Em paralelo, afirma-se a igualdade entre os homens e as mulheres, reconhecendo-se a identidade dos direitos e deveres a serem desempenhados por cada qual, no que respeita à sociedade conjugal (CF, art. 226, § 5º). Migra-se, assim, da família hierarquizada e chefiada pelo *pater familia* para a família democratizada, igualitária, centrada nos filhos e voltada à realização de seus membros.

17. No que respeita à maternidade, a Constituição determina que a sua proteção constitui direito social (CF, art. 6º c/c art. 201). Estabelece como objetivos da assistência social a tutela “à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice”, bem como o “amparo às crianças e a adolescentes carentes” (CF, art. 203, I e II). E assegura o direito de “licença à gestante” – esta é a expressão empregada por seu texto –, em favor das trabalhadoras e servidoras públicas, atribuindo-lhes o direito ao prazo mínimo de 120 dias de afastamento remunerado do trabalho (CF, art. 7º, XVIII, c/c art. 39, § 3º).

[...]. Em 13 de julho de 1990, o legislador ordinário editou a Lei 8.069, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que revogou o antigo Código de Menores. O ECA reiterou a igualdade de direitos entre filhos biológicos e adotivos.

Previu o direito das crianças de serem criadas, preferencialmente, por sua própria família. Atribuiu ao Estado o dever de amparar eventuais núcleos familiares desprovidos de recursos, de forma a tornar possível a presença das crianças carentes junto a seus pais e à comunidade. E estabeleceu que o pátrio poder deve ser exercido nas mesmas condições pelo pai e pela mãe. [...].

[...] o Novo Código Civil (Lei 10.406/2002) tornou a afirmar a igualdade de direitos entre filhos biológicos e adotivos, e a Lei 10.421/2002 incluiu na CLT o artigo 392-A, estabelecendo o direito à licença maternidade em favor da empregada adotante, de maneira escalonada, de acordo com a idade da criança, à semelhança do que fora previsto no Estatuto dos Servidores Federais.

[...] A Lei 10.421/2002 estabeleceu, ainda, o direito do cônjuge ou do companheiro ao prazo remanescente da licença, em caso de falecimento da mãe durante a sua fruição. E previu o direito do empregado-adotante ao mesmo benefício. Com tais inovações, deixou claro que a função essencial da licença maternidade passava a ser a proteção do interesse do menor que, tanto no caso da filiação natural, quanto da adotiva, precisa adaptar-se à família e estabelecer laços de afeto que são fundamentais para o seu desenvolvimento saudável.

[...] O histórico acima demonstra que o Direito brasileiro vem manifestando, desde a promulgação da Constituição de 1988, por seu poder constituinte originário, por seu poder constituinte derivado e pelo legislador ordinário, o firme propósito de avançar na proteção conferida à criança e ao filho adotivo. É de acordo com essa evolução, com a cadeia de normas antes descrita e à luz dos compromissos e dos valores que elas expressam, que o alcance da licença maternidade das servidoras públicas deve ser interpretado. No caso em exame, todos os capítulos desta história avançaram, paulatinamente, para majorar a proteção dada à criança adotada e igualar seus direitos aos direitos fruídos pelos filhos biológicos. (g.n.)

15. No julgamento de tal recurso, em que restou assentado que “os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante”, o MIN. EDSON FACHIN forneceu lapidar ensinamento sobre o direito à licença-maternidade, *verbis*:

Questionamentos surgem acerca do verdadeiro destinatário dessa previsão constitucional, se as mães, que se utilizam do período para recuperar-se da gravidez e do parto, ou se seriam as crianças, a fim de serem integralmente atendidas em período de grande fragilidade e dependência.

Não creio, contudo, que se trate de direito de dimensão meramente individual, a requerer apenas a identificação de um único sujeito a ser protegido pela norma. Parece-me, em verdade, que ambos, mãe e filho, serão protegidos por meio da tutela do vínculo maternal, esta a verdadeira dimensão na qual os valores constitucionais se concretizam através da garantia do direito ao gozo da licença-maternidade.

Quando se considera que o vínculo inicial entre mãe e filho é bem jurídico a ser protegido pelo ordenamento jurídico, uma vez que a Constituição erigiu o afeto como liame ressignificador das relações familiares, mostra-se necessária a extensão da licença-maternidade à mãe adotante, de modo que ela goze do mesmo tempo da mãe biológica, para conviver com a criança ou o adolescente, e fortalecer o vínculo que deverá uni-las durante a vida⁹.

16. Ou seja, se a licença-maternidade a que alude o artigo 7º, XVIII, da Constituição Federal, almeja tutelar o vínculo maternal, imperioso concluir que todos aqueles que vivenciam essa relação fazem jus ao reconhecimento de tal direito.

17. Daí que, embora a legislação infraconstitucional apenas contemple, expressamente, a maternidade decorrente de gestação e adoção, não seria legítimo conferir tratamento diferenciado ao vínculo maternal oriundo de procedimento de reprodução assistida. Conforme preceitua MARIA BERENICE DIAS, *“apesar de a lei falar exclusivamente da adoção, não há como deixar de fazer interpretação integrativa e assegurar o mesmo direito a quem fizer uso da reprodução assistida”*¹⁰.

18. Assim, no caso em tela, em que a interessada fez-se mãe de gêmeos em virtude de procedimento de reprodução assistida que viabilizou a gestação de sua esposa, fato oficialmente atestado na certidão de nascimento das crianças, seria inescapável o reconhecimento de seu direito à licença-maternidade.

19. Note-se que a circunstância de o vínculo maternal ter surgido no seio de família homoafetiva jamais poderia constituir fundamento para a negativa de tal direito à interessada.

20. Ora, a Constituição Federal de 1988, além de erigir o princípio da dignidade da pessoa humana a fundamento da República (artigo 1º, III), de consagrar a vedação a quaisquer formas de discriminação (artigo 3º, IV) e de assegurar a todos o direito à liberdade, à igualdade material, à intimidade e à vida privada (artigo 5º, *caput*), “esgarçou o

9 Na mesma trilha, IVANI CONTINI BRAMANTE alude às alterações promovidas na CLT para contemplar a licença-adotante nos seguintes termos: “Resta evidente que a ampliação das beneficiárias se deu, primordialmente, pela necessidade de tutela da família, constitucionalmente protegida. Assim, embora tais direitos se destinem aparentemente à mulher, visam a tutelar não sua pessoa, mas sim a criança, bem como a entidade familiar que se constitui” (*Da Licença e Salário-Maternidade à Licença-Natalidade-Infância e Salário-Maternidade Parental – Releitura dos Direitos Previdenciários à Luz do Novo conceito de Família*. In: *Revista Síntese – Direito Previdenciário* nº 66 – Maio-Junho/2015, pp. 74/92, g.n.).

10 *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. 7ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 223.

conceito de família”¹¹ (artigo 226) para compreender quaisquer “relacionamentos estáveis, potencialmente duradouros, nos quais se reconheça a participação em interesses e finalidades comuns entre pessoas”¹².

21. A valer, ciente de que “a família é realidade que antecede o Direito”¹³ e que, em todas as suas configurações, atua como “instrumento para o desenvolvimento da personalidade humana e a realização plena de seus membros”¹⁴, o Constituinte optou por um conceito aberto de entidade familiar, capaz de acomodar os mais diversos tipos de arranjos afetivos que o ser humano possa vivenciar, inclusive a união entre pessoas do mesmo sexo.

22. Nesse sentido, as precisas lições de Maria Berenice Dias¹⁵:

A Constituição Federal esgarçou o conceito de família. Ao trazer o conceito de entidade familiar, reconheceu a existência de relações afetivas fora do casamento (CF 226). Emprestou especial proteção tanto ao casamento como à união estável entre homem e mulher e às famílias monoparentais, formadas por um dos pais e sua prole. Esse elenco, no entanto, não esgota as formas de convívio merecedoras de tutela. Trata-se de cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir **qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensividade**. Não se pode deixar de reconhecer que relacionamentos, mesmo sem diversidade de sexos, atendem a tais requisitos. Por terem origem em um vínculo afetivo, devem ser identificados como entidade familiar merecedoras de tutela legal.

Conforme Paulo Lôbo, na Constituição atual não há qualquer referência a determinado tipo de família, como ocorria com as Constituições anteriores. Com isso está sob a tutela constitucional “a família”, ou seja, qualquer família. E conclui de modo

11 DIAS, MARIA BERENICE. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 271.

12 MORAES, MARIA CELINA BODIN DE; TEIXEIRA, ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA (In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 2118).

13 Nos dizeres de LUIZ EDSON FACHIN: “A família é, efetivamente, realidade sociológica, que antecede o direito, não sendo possível aprisioná-la a conceitos ou modelos fechados e formalmente instituídos. Essa família como realidade sociológica é plural, como plurais são as aspirações afetivas que instituem o fenômeno familiar. O direito brasileiro contemporâneo reconhece a insuficiência do fechamento conceitual, tutelando os integrantes da família com fundamento na proteção de um espaço em que possam livremente satisfazer as aspirações afetivas e no qual prevaleça o valor da solidariedade” (*Questões do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 269 e 272).

14 DIAS, MARIA BERENICE. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. 7ª ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 107.

15 *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 271/272.

enfático: *a interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos. A referência constitucional é norma de inclusão, que não permite deixar ao desabrigo do conceito de família – que dispõe de um conceito plural – a entidade familiar homoafetiva.* E, na inexistência de regra restritiva, é de ser reconhecida a união estável homoafetiva como entidade familiar.

O compromisso do Estado com o cidadão sustenta-se no primado do respeito à dignidade humana e aos princípios da igualdade e da liberdade. Ao conceder proteção a todos, veda discriminação e preconceitos por motivo de origem, raça, sexo ou idade e assegura o exercício dos direitos sociais e individuais: direito à liberdade, à segurança, ao bem-estar, ao desenvolvimento, à igualdade e à justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Ao elencar os direitos e as garantias fundamentais, proclama (CF 5^ª): todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Diante das garantias constitucionais, impositiva a inclusão de todos os cidadãos sob o manto da tutela jurídica. **A constitucionalização da família implica assegurar proteção ao indivíduo e suas estruturas de convívio, independentemente de sua orientação sexual.**

Ainda que não haja expressa referência às uniões homoafetivas, não há como deixá-las fora do atual conceito de família. (g.n.).

23. Se alguma dúvida poderia pairar acerca da proteção constitucional às famílias homoafetivas, decerto foi extirpada aos 05/05/2011, quando o Supremo Tribunal Federal julgou a **ADI nº 4.277** e a **ADPF nº 132**, conferindo interpretação conforme ao artigo 1.723 do Código Civil, “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. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva”¹⁶⁻¹⁷

24. A partir dessa decisão, que se reveste de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, os Tribunais pátrios passaram a permitir a conversão da união homoafetiva em casamento, até que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.183.378¹⁸, reconheceu aos casais do mesmo sexo o direito à habilitação direta para casamento¹⁹.

16 Da ementa do julgado de que foi relator o i. MIN. AYRES BRITO, colhe-se: “TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCTIONISTA. O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5o). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas” (g.n.).

17 Anote-se que, no plano normativo, antes mesmo do advento do indigitado decisum a Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) já aludia às uniões homoafetivas como entidades familiares (artigos 2º e 5º).

18 Eis um breve excerto da ementa do v. aresto: “DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAfetIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ e DA ADI N. 4.277/DF”. (4ª Turma, Rel. MIN. LUIS FELIPE SALOMÃO, j. 25/10/2011)

19 Mais tarde, veio a lume a Resolução CNJ nº 175/2013, segundo a qual “É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo”

25. Na esteira de tais julgados, o Parecer PA nº 121/2011²⁰ concluiu por conferir interpretação conforme ao artigo 8º, I, da Lei Estadual nº 452/1974, com redação dada pela Lei Complementar Estadual nº 1.013/2007, “de modo a abranger a união estável entre pessoas do mesmo sexo” dentre os fundamentos para concessão de pensão decorrente de morte de policial militar.

26. E, seguindo a mesma senda, foi proferido o Parecer PA nº 54/2012²¹, que frutificou no Despacho Normativo do Governador, de 30/09/2013, no qual se decidiu, em caráter normativo, que “o termo *cônjuge*, quando empregado na legislação alusiva a pessoal, abrange o companheiro e a companheira, na acepção dos arts. 1.723 a 1.725 do Código Civil, inclusive na hipótese de união estável homoafetiva”²².

27. Cumpre observar que conclusões diversas afrontariam diretamente a interpretação conferida pela Corte Suprema ao Texto Constitucional. Consoante destacado pelo MIN. CELSO DE MELLO²³, do julgamento da ADI nº 4.277 e a ADPF nº 132 emerge que:

Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desigule as pessoas em razão de sua orientação sexual.

[...]. **Toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou de identidade de gênero. A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas**²⁴. (g.n.).

28. Exatamente por isso, quando o Supremo Tribunal Federal foi instado a mani-

20 Parecerista DR. MARCOS FABIO DE OLIVEIRA NUSDEO.

21 Parecerista DR. MARCOS FABIO DE OLIVEIRA NUSDEO.

22 Interessante destacar que o Decreto Estadual nº 55.839/2010, antes mesmo de o Pretório Excelso ter pacificado a questão, instituiu “o Plano Estadual de Enfrentamento à Homofobia e Promoção da Cidadania LGBT”, clara ofensiva contra a discriminação decorrente de orientação sexual.

23 RE nº 477.554, 2ª Turma, Rel. MIN. CELSO DE MELLO, j. 16/08/2011.

24 Alguns anos antes, o MIN. HUMBERTO GOMES DE BARROS, ao relatar o REsp nº 238.715, no âmbito da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, já fora enfático quanto ao ponto: “O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana” (j. 07/03/2006).

festar-se acerca da viabilidade da adoção por casais homoafetivos, a MIN. CÂRMEN LÚCIA não titubeou e confirmou o *decisum a quo*, que concluíra que a orientação sexual dos adotantes jamais poderia obstar uma adoção²⁵.

29. Também por isso, o Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução CFM nº 2.013/2013, que “adota normas técnicas para utilização das técnicas de reprodução assistida”, estabeleceu que “é permitido o uso das técnicas de reprodução assistida para relacionamentos homoafetivos”²⁶.

30. A seu turno, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, questionado quanto à averbação de dupla maternidade resultante do uso de técnica de reprodução assistida, decidiu que a efetivação do registro civil em tais circunstâncias independe da propositura de ação judicial, *verbis*:

Registro Civil. Averbação de dupla maternidade de filha de mãe biológica que mantém união estável com a outra autora e que planejaram juntas a gravidez por inseminação artificial de doador anônimo. Considerações sobre decisões do STJ e do STF que recomendam não mais criar óbice quanto ao reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas, nem ao reconhecimento por autorização judicial sem natureza contenciosa de dupla maternidade no registro de nascimento. Desnecessidade de ação judicial em alguma Vara da Família. Recurso do Ministério Público improvido. (TJSP, AC 0022096-83.2012.8.26.0100, 4ª C. Dir. Priv., Rel. Maia da Cunha, j. 27/03/2014, g. n.).

31. Nesse cenário, afigurar-se-ia inviável negar à interessada a fruição da licença-maternidade decorrente do nascimento de seus filhos gêmeos pelo só fato de serem fruto de união homoafetiva.

32. No entanto, o deferimento de licença-maternidade à interessada poderia gerar situação peculiarmente benéfica e anti-isonômica, não amparada pelo ordenamento jurídico em nenhuma outra hipótese de parentalidade: a concessão de duas licenças-maternidade de 120 dias em razão do surgimento de uma única estrutura de convívio. Como então, garantir o direito à licença da mãe não gestante na exata medida necessária à tutela dos recém-nascidos, considerada a entidade familiar?

25 RE nº 846.102, j. 05/03/2015.

26 Do ato normativo extrai-se, ainda: “SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO). As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva” (g.n.).

33. Nas hipóteses de adoção, a solução é dada diretamente pelos artigos 392-A, § 5º, da CLT, e 71-A, § 2º, da Lei nº 8.213/1991 que, na redação conferida pela Lei nº 12.873/2013, disciplinam a licença-maternidade e o salário-maternidade da seguinte maneira:

Art. 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392.

§ 4º A licença-maternidade só será concedida mediante apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardiã.

§ 5º A adoção ou guarda judicial conjunta ensejará a concessão de licença-maternidade a apenas um dos adotantes ou guardiães empregado ou empregada.

[...].

Art. 392-C. Aplica-se, no que couber, o disposto no art. 392-A e 392-B ao empregado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013)

Art. 71-A. Ao segurado ou segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias.

§ 1º O salário-maternidade de que trata este artigo será pago diretamente pela Previdência Social.

§ 2º Ressalvado o pagamento do salário-maternidade à mãe biológica e o disposto no art. 71-B, não poderá ser concedido o benefício a mais de um segurado, decorrente do mesmo processo de adoção ou guarda, ainda que os cônjuges ou companheiros estejam submetidos a Regime Próprio de Previdência Social. (g.n.).

34. Como se vê, tais normas atribuem o direito à licença-maternidade e ao correlato salário-maternidade ao adotante, sem distinção de sexo, mas limitado a apenas um dos cônjuges ou companheiros envolvidos no processo de adoção.

35. A toda evidência, ao conferirem direito à licença-maternidade também ao pai adotante, esses dispositivos avançam consideravelmente na concretização do melhor interesse da criança, do direito à convivência familiar e da igualdade material, dentre outros preceitos que almejam promover a dignidade da pessoa humana.

36. De fato, pode-se mesmo inferir que, com tais normas, o legislador brasileiro teria dado um passo adiante, abrandando a prevalência da proteção ao vínculo materno em prol da proteção a todo vínculo parental²⁷. Seguindo tendência verificada

27 Nessa mesma direção, a Lei nº 12.873/2013, ao incluir o artigo 392-B na CLT e o artigo 71-B na Lei nº 8.213/1991, assegurou ao cônjuge ou companheiro, em caso de morte da genitora, “o gozo de licença

no Direito Comparado, também aqui o direito à licença-maternidade estaria fadado a ser substituído pelo direito à licença-parental, ou licença-natalidade, que pode ser gozada por qualquer um dos genitores, à livre escolha do casal, sempre em atenção ao melhor interesse da criança^{28,29}.

37. Contudo, ao viabilizar que o casal de adotantes escolha quem irá fruir a licença-maternidade, os artigos 392-A da CLT e 71-A da Lei nº 8.213/1991 foram taxativos no sentido de que apenas um dos genitores fará jus ao reconhecimento de tal direito. Isto é, em tais situações, a licença-maternidade é garantida a qualquer dos genitores, mas jamais a ambos.

38. Observe-se que, com isso, o ordenamento garantiu às hipóteses de adoção promovida por casal de homens a aplicação de sistemática análoga à vigente na adoção ou gestação por casais heteroafetivos: enquanto um deles fruirá a licença-maternidade, com lastro no artigo 392-A da CLT, ao outro caberá o gozo da licença-paternidade, prevista no artigo 7º, XIX da CF/1988 e regulada no artigo 10, § 1º, do ADCT, *verbis*:

por todo o período da licença-maternidade ou pelo tempo restante a que teria direito a mãe, exceto no caso de falecimento do filho ou de seu abandono”, assim como ao correlato salário-maternidade. Veja-se: “Art. 392-B. Em caso de morte da genitora, é assegurado ao cônjuge ou companheiro empregado o gozo de licença por todo o período da licença-maternidade ou pelo tempo restante a que teria direito a mãe, exceto no caso de falecimento do filho ou de seu abandono”; “Art. 71-B. No caso de falecimento da segurada ou segurado que fizer jus ao recebimento do salário-maternidade, o benefício será pago, por todo o período ou pelo tempo restante a que teria direito, ao cônjuge ou companheiro sobrevivente que tenha a qualidade de segurado, exceto no caso do falecimento do filho ou de seu abandono, observadas as normas aplicáveis ao salário-maternidade”.

28 O instituto, contemplado em diversos países, figura em Proposta de Emenda Constitucional apresentada pela Comissão da Diversidade Sexual da OAB. Segundo MARIA BERENICE DIAS, “a proposição é de que seja alterado o nome para licença-natalidade e que o prazo seja dilatado para 180 dias. Durante os 15 primeiros dias, os dois pais usufruiriam da licença. O período restante seria concedido a um ou a outro, de forma não cumulativa e como eles deliberarem” (*Filhos do Afeto. Questões jurídicas*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 62).

29 Atente-se que a Lei Complementar Estadual nº 367/1984, na redação conferida pela Lei Complementar Estadual nº 1.054/2008, garante aos servidores públicos estaduais espécie de licença parental em caso de adoção, *verbis*: “Artigo 1º - O servidor público poderá obter licença de 180 (cento e oitenta) dias, com vencimentos ou remuneração integrais, quando adotar menor, de até sete anos de idade, ou quando obtiver judicialmente a sua guarda para fins de adoção. § 1º - Em caso de adoção por cônjuges ou companheiros, ambos servidores públicos, a licença de que trata o “caput” deste artigo será concedida na seguinte conformidade: 1 - 180 (cento e oitenta) dias ao servidor adotante que assim o requerer; 2 - 5 (cinco) dias ao outro servidor, cônjuge ou companheiro adotante, que assim o requerer”.

Artigo 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

§ 1º Até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias. (g. n.).

39. A legislação é omissa, todavia, quanto à hipótese de dupla maternidade. Nesse caso, se é certo que os artigos 392 e 392-A, da CLT, e 71-A, da Lei nº 8.213/1991, garantem a uma das mães, e somente uma, a fruição de licença-maternidade, também é certo que nenhuma norma do ordenamento está a disciplinar a situação da outra mãe.

40. Resta saber, porém, se a constatada omissão legislativa deve ser compreendida como uma lacuna a ser preenchida com recurso aos métodos integrativos previstos no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro³⁰, ou como um “silêncio eloquente” a ser respeitado pelo aplicador do Direito.

41. Com efeito, nem toda omissão legal constitui efetivamente um vazio a ser objeto de integração. NORBERTO BOBBIO³¹, ao abordar o tormentoso tema da “completezude do ordenamento jurídico”, classifica as lacunas em próprias e impróprias, ensinando que enquanto a lacuna própria seria “uma lacuna do sistema ou dentro do sistema”, a lacuna imprópria seria aquela que “deriva da comparação do sistema com um sistema ideal”. Segundo o insigne jurista, apenas “as lacunas próprias podem ser completadas por obra do intérprete”, enquanto “as lacunas impróprias só podem ser completadas pelo legislador”.

42. Na mesma toada, ao tratar do problema do “preenchimento de lacunas e correção do Direito legislado incorreto”, KARL ENGLISH³² preceitua:

[...] a inexistência da regulamentação em causa pode corresponder a um *plano* do legislador ou da lei, e então não representa uma “lacuna” que tenha de se apresentar como uma “deficiência” que estamos autorizados a superar. Uma tal inexistência *planejada* de certa regulamentação (propriamente uma regulamentação negativa) surge quando uma conduta, cuja punibilidade nós talvez aguardemos, “consciente e deliberadamente” não é declarada como punível pelo Direito positivo. Se esta impunidade nos cai mal, podemos falar na verdade de uma “lacuna político-jurídica”, de

30 Artigo 4º - Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

31 *Teoria Geral do Direito* - 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 296.

32 *Introdução ao pensamento jurídico* - 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, pp. 281/282.

uma “lacuna imprópria”, quer dizer, de uma lacuna do ponto de vista de um futuro Direito mais perfeito (“de *lege ferenda*”); não, porém, de uma lacuna autêntica e própria, quer dizer, duma lacuna no Direito vigente (“de *lege lata*”). Uma lacuna *de lege ferenda* apenas pode motivar o poder legislativo a uma reforma do Direito, mas não o juiz a um preenchimento da dita lacuna. A colmatação judicial de lacunas pressupõe uma lacuna *de lege lata*. [...].

43. Essa distinção entre lacunas próprias, ou *de lege lata*, e lacunas impróprias, ou *de lege ferenda*, revela-se de extrema importância, na medida em que a deflagração do processo de integração em hipóteses de lacuna imprópria implica inadmissível mácula ao **Princípio da Separação dos Poderes**. Há muito KARL LARENZ³³ adverte que “a divisão de poderes, estabelecida no Estado de Direito exige da administração da justiça [e de qualquer aplicador do Direito] que respeite o primado da criação de normas pelo legislador”. E prossegue:

O desenvolvimento judicial do Direito [o processo de integração do Direito] precisa de uma fundamentação levada a cabo metodicamente se se quiser que o seu resultado haja de justificar-se como “Direito”, no sentido da ordem jurídica vigente. Precisa de uma justificação, porque sem ela os tribunais [e os administradores] só usurariam de facto um poder que não lhes compete. Por isso têm entre si uma estreita relação as questões relativas aos limites da competência dos tribunais [e dos administradores] nos termos da Constituição em ordem a desenvolver o Direito ultrapassando os limites da interpretação autêntica, e, inclusivamente, da integração das lacunas imanentes à lei e a questão relativa à possibilidade de fundamentação de um tal desenvolvimento do Direito³⁴.

44. Daí caber ao aplicador do Direito agir com máxima cautela quando diante de um silêncio que se lhe apresenta como uma imperfeição do ordenamento. Mas como saber se uma omissão legislativa caracteriza lacuna própria ou lacuna imprópria?

45. LARENZ, lembrando que “uma lacuna da lei é uma ‘imperfeição contrária ao plano da lei’”, recomenda que esse processo de qualificação da lacuna seja realizado por meio do estudo da “intenção reguladora” e da “teleologia imanente à própria lei” em que vislumbrada a omissão. Confira-se:

[...] A fronteira entre uma lacuna da lei [lacuna própria] e uma falha da lei [lacuna imprópria] na perspectiva da política legislativa só pode traçar-se na medida em que se pergunta se a lei é incompleta comparada com a sua própria intenção reguladora ou se somente a decisão nela tomada não resiste a uma crítica de

33 *Metodologia da Ciência do Direito* – 5ª ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, pp. 455/456.

34 *Op. Cit.*, p. 447.

política legislativa. Certamente que em ambos os casos, como com razão assinalaram especialmente Heck e Binder, se trata de uma questão de valoração e não, por exemplo, de um juízo sobre factos ou de uma conclusão lógica. É que em ambos os casos consideramos que a lei não contém uma norma que *devia* conter. Mas a pauta de valoração posta como base é diferente em cada passo: num caso é a **intenção reguladora e a teleologia imanente à própria lei**; no outro caso são pautas de uma crítica, fundamentada político-juridicamente, dirigida à lei. Se a lei não está incompleta, mas defeituosa, então o que está indicado é não uma integração de lacunas, mas em última instância, um desenvolvimento do Direito superador da lei. [...].

A “teleologia imanente” da lei não deve, certamente, ser entendida, neste contexto, em sentido demasiado estrito. Não só se hão-de considerar os propósitos e as decisões conscientemente tomadas pelo legislador, mas também aqueles fins objetivos do Direito e princípios jurídicos gerais que acharam inserção na lei. Um princípio que é inerente a toda lei porque e na medida em que pretende ser “Direito”, é o do *tratamento igual daquilo que é igual*. Se uma lei regula uma determinada situação de facto A de uma maneira determinada, mas não contém nenhuma regra para o caso B, que é semelhante àquele no caso da valoração achada, a falta de uma tal regulação deve considerar-se uma lacuna da lei.

[...]. Uma lei é “lacunosa” ou incompleta sempre apenas em atenção à regulação por ela almejada, materialmente exaustiva e, neste sentido, “completa”, bem como materialmente justa³⁵. (g.n.).

46. De igual maneira, CELSO RIBEIRO BASTOS sugere que a indagação quanto à natureza das lacunas legais seja respondida a partir do estudo do contexto normativo, por meio da comparação do fato não regulado com fatos semelhantes que são objeto de regramento jurídico. Eis as palavras do i. constitucionalista:

A resposta a esta indagação é simples, qual seja, [as lacunas próprias] são aquelas que, em razão de uma proximidade com situações já contempladas pelo Direito, assim como da ocorrência, nelas, de valores encampados pela ordem jurídica, não podem ficar relegadas ao plano da irrelevância jurídica.

O intérprete, o aplicador do Direito, se dá conta de que para atender a um princípio de justiça é necessário estender até ela o campo normado pelo direito positivo, embora se compenetre da inexistência de uma norma que se amolde perfeitamente à espécie.

[...]. Adverte-se, contudo, que essa construção jurídica não pode ser feita indiscriminadamente, é imprescindível que haja uma norma que seja passível de aplicação

35 *Op. Cit.*, pp. 452/454.

ao caso em estudo. É dizer, é necessário que haja uma sensação de legitimidade consistente no fato de que não é razoável e muito menos justo que a norma interpretada abarque determinadas hipóteses e deixe de fora outras que têm as mesmas razões e motivos para constar em seu texto.³⁶ (g.n.)

47. Noutros termos: o aplicador do Direito estará diante de uma lacuna *de lege lata* quando, examinando o contexto normativo, constatar a existência de uma “norma” (dispositivo de lei, princípio ou costume) que regula fato semelhante ao fato não regulado, a indicar que a finalidade inerente a tal norma deve abranger, por princípio de Justiça, a situação não regulada.

48. Vê-se, assim, que o reconhecimento de uma lacuna própria e a localização do recurso a ser utilizado para preenchê-la são processos que ocorrem simultaneamente. É no exato instante em que localizo a norma de regência de uma situação semelhante à não regulada e percebo a necessidade de fazê-la incidir sobre esta que constato que a lacuna vislumbrada merece colmatação.

49. Há que se atentar, no entanto, que não é qualquer semelhança que autoriza a incidência de uma norma que rege um dado fato sobre outro, por ela em princípio não abrangido. A integração por analogia³⁷ requer semelhança contundente, reveladora de que ambas as hipóteses “hão de ser *identicamente valoradas*”. Quanto ao tema, KARL LARENZ³⁸ aduz:

As duas situações de facto serem “semelhantes” entre si significa que concordam em alguns aspectos, mas não noutros. Se concordassem absolutamente em todos os aspectos que hão-de ser tomados em consideração, então seriam “iguais”. **Por essa razão as previsões legais podem não ser absolutamente iguais nem desiguais entre si; mas têm de concordar precisamente nos aspectos decisivos para a valoração jurídica.** Se é ou não o caso, pode determinar-se não só com o auxílio das categorias lógicas de “identidade” ou “não identidade”, mas requer-se, sobretudo o esclarecimento dos aspectos decisivos da valoração expressa na regulação legal. A isso há que acrescentar a **constatação positiva de que a situação de facto a julgar iguala em todos esses aspectos o que está legalmente regulado,**

36 *Hermenêutica e Interpretação Constitucional* – 4ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 44/46 e 51.

37 NORBERTO BOBBIO ensina: “Entende-se por “analogia” aquele procedimento pelo qual se atribui a um caso não regulado a mesma disciplina de um caso regulado de maneira semelhante. [...] A analogia é certamente o mais típico e o mais importante dos procedimentos interpretativos de um determinado sistema normativo: é aquele procedimento mediante o qual se manifesta a chamada tendência de todo sistema jurídico a expandir-se para além dos casos expressamente regulados” (*Op. cit.*, p. 302).

38 *Op. Cit.*, pp. 461/462.

assim como a constatação negativa de que as diferenças que subsistem não são de tal ordem que excluam aqui a valoração legal. Na analogia jurídica trata-se sempre, portanto, de um processo de pensamento valorativo e não unicamente de uma operação mental lógico-formal. Para conhecer que elementos da hipótese legal regulada na lei são importantes para a valoração legal, e porque é que o são, é preciso recorrer aos fins e ideias fundamentais da regulação legal, à *ratio legis*. (g.n.).

50. Fixadas essas premissas, cumpre rememorar que nosso ordenamento contempla normas que estabelecem, de modo expresse, a concessão de licença-maternidade e paternidade nas hipóteses de gestação e adoção vivenciadas por famílias formadas por casais heteroafetivos e homoafetivos masculinos (artigos 392 e 392-A da CLT, e artigo 10, § 1º, do ADCT), a evidenciar que o silêncio do legislador quanto à previsão de direito equivalente aos casais homoafetivos femininos constitui lacuna própria, a ser colmatada com recurso à analogia.

51. Deveras, se as aludidas normas garantem, por meio da concessão das licenças maternidade e paternidade, a presença de ambos os genitores junto à criança em seus primeiros dias de vida ou adoção, tanto nas famílias formadas por casais heteroafetivos quanto naquelas formadas por casais de homens, inexistem motivos para que idêntico direito não seja assegurado às famílias formadas por casais de mulheres.

52. Ao contrário, o princípio da isonomia material, a vedação constitucional a quaisquer formas de discriminação, a proteção constitucional à maternidade e à infância e, sobretudo, o princípio do melhor interesse da criança, formam o arcabouço normativo que impõe a aplicação do artigo 7º, XIX da CF/1988 c/c o artigo 10, § 1º, do ADCT, por analogia, nas situações de dupla maternidade.

53. Consoante adrede referido, a Constituição Federal de 1988 garante a todos os arranjos familiares idêntica proteção, sendo proscrito tratamento diferenciado sem nexos lógicos que o justifique.

54. E, assim como a licença-maternidade, a licença-paternidade é contemplada em nosso ordenamento não somente em benefício do genitor, mas em prol da família, “na pessoa de cada um de seus membros”³⁹. Nas palavras de ESTÊVÃO MALLET

39 LUIZ EDSON FACCHIN adverte quanto à existência de uma “norma constitucional de inclusão, inscrita no parágrafo 8º do artigo 226, que, em sua primeira parte, prevê que a proteção destinada à família é, na verdade, centrada em cada um dos seus componentes: ‘§ 8º - O Estado assegurará a assistência

e MARCOS FAVA⁴⁰, ao comentarem o artigo 7º, XIX, da CF/1988:

A proteção visada pela norma diz respeito à **tutela da família**, consagrada em outras passagens constitucionais, dada a inegável importância do nascimento da criança para esta unidade social. Permite-se, com a medida, o convívio, ainda que por curtíssimo lapso de tempo, do pai com o recém-nascido. (g.n.)

55. SÉRGIO PINTO MARTINS⁴¹, embora aludindo aos benefícios da licença-paternidade para a parturiente, fornece clara lição de que esse direito não atinge apenas quem o frui diretamente, alcançando também a esfera de direitos do outro genitor⁴²:

A licença-paternidade tem, porém, por objetivo que o empregado possa manter contato com seu filho e ajudar sua esposa nos primeiros dias de vida da criança, ou seja, tem a finalidade de fazer com que o marido faça companhia à esposa nos dias subsequentes ao parto para ajudar a cuidar da criança e também do convívio com esta. A ideia do constituinte foi fazer com que os cuidados com o filho não fossem apenas da mulher e, até de certa forma, de preservar o mercado de trabalho da mulher, pois o homem também se afastará do emprego para ajudar a cuidar de seu filho. É também uma forma de se interpretar a paternidade responsável a que se refere o § 7º do art. 226 da Constituição.

56. Mas, afora socorrer ao casal de genitores, sob os influxos do **princípio do melhor interesse da criança**, previsto no artigo 227, *caput*, da CF/1988⁴³, o direito à

à família na pessoa de cada um dos que a integram (...)"'. De acordo com o i. professor, "os sujeitos integrantes de comunidades familiares – dado sociológico, que antecede a apreensão e chancela eficaz pelo direito – são protegidos pelo direito das relações existenciais dessa natureza, independente do modelo por eles eleito – ou imposto pelas circunstâncias. A proteção jurídica não é oferecida ao ente transpessoal, mas às pessoas. Daí a conclusão de que, independente da configuração familiar, haverá apreensão jurídica, com a possibilidade de atribuição de eficácia" (*Op. Cit.*, p. 280, g.n.).

40 *Op. Cit.*, p. 586.

41 *Práticas discriminatórias contra a mulher*. São Paulo: LTr, 1996. p. 37.

42 LAURA GUTMAN, renomada psicóloga argentina, destaca a importância da companhia do parceiro em casa, quando a mulher se faz mãe: "Saibamos que, para apoiar e embalar a criança, as mulheres precisam, sem dúvida nenhuma, ser apoiadas e cuidadas. Não importa se em outras circunstâncias de sua vida elas se viraram sozinhas. Não importa se são independentes, maduras e intrépidas. Nenhum parâmetro da sua vida anterior é comparável à maternidade. Elas podem ser gerentes de empresas multinacionais, ministras ou prefeitas, podem até ser presidentes de uma nação. Nada é comparável ao fato de amamentar e cuidar de um recém-nascido. Para cumprir essas tarefas, elas precisarão, inevitavelmente, de apoio, ajuda e de uma generosa companhia" (*Mulheres visíveis: mães invisíveis*. Rio de Janeiro: Best Seller, 2013, p. 115).

43 Artigo 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profis-

licença-paternidade tem como principal destinatário o filho menor⁴⁴.

57. A valer, acerca de tal princípio, MARIA CELINA BODIN DE MORAES e ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA⁴⁵ ensinam:

O princípio do “melhor interesse da criança” é corolário da doutrina da proteção integral, que perpassou os mandamentos da Constituição Federal de 1988. Tal doutrina sustenta que **a criança e o adolescente têm direitos específicos a serem protegidos**. O dever de proteção não se limita ao Estado, mas se estende à família e à sociedade, constituindo-se em um dever social. Sua condição prioritária deve-se ao fato de serem pessoas em desenvolvimento, cuja personalidade deve ser promovida, mediante a garantia do exercício de direitos fundamentais.

Tal princípio é a concretização do o princípio da dignidade da pessoa humana, no âmbito da infância e da juventude. (g. n.)

58. Malgrado o princípio do melhor interesse da criança seja “algo que não pode ser definido *a priori*”⁴⁶, é certo que dele decorre o **direito à convivência familiar**, também positivado no *caput* do artigo 227 da Lei Maior.

59. O professor JOSÉ AFONSO DA SILVA⁴⁷, comentando o artigo 16, V, do Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo o qual o direito à liberdade do menor compreende “participar da vida familiar”, observa que:

Participar da vida familiar e comunitária é [...] mais do que uma possibilidade que se reconhece à determinação livre da criança e do adolescente, porque **é um direito subjetivo que requer prestações positivas e condições favoráveis e efetivas para o seu auferimento, sem distinção de qualquer natureza, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminações** (CF, arts. 3º, IV, 5º, *caput*, e 227). (g.n.).

sionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à **convivência familiar** e comunitária, **além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.** (g.n.).

44 LUIZ EDSON FACCHIN pondera que “em verdade, sob o manto de um profundo humanismo que deve dominar as relações entre pais e filhos, encontra-se uma via de mão dupla, cujo sentido, como registram LAMARTINE e FRANCISCO MUNIZ foi expresso em livro publicado na então Alemanha Oriental: ‘O amor entre pais e filhos conduz a um profundo enriquecimento da vida do adulto e é irrenunciável pressuposto do desenvolvimento do filho’” (*Op. Cit.*, p. 170).

45 *Op. Cit.*, p. 2128.

46 FACCHIN, LUIZ EDSON. *Op. cit.*, p. 183.

47 *In*: Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, Coord. MUNIR CURY, p. 85).

60. Por esse viés, é possível deduzir que as licenças maternidade e paternidade, asseguradas pelos artigos 392 e 392-A da CLT, e 10, § 1º, do ADCT, constituem prestações positivas que almejam garantir às crianças a convivência familiar nos primeiros dias de vida ou adoção.

61. Ora, o direito à convivência familiar há de ser compreendido à luz do conceito plural de família consagrado pela Constituição Federal de 1988⁴⁸. Assim, afigura-se imperioso admitir que dele deflui o direito de toda e qualquer criança ter a presença de ambos os genitores nos cinco primeiros dias de vida ou adoção, sendo defeso negar a presença de um deles pelo só fato de o menor ter nascido em família homoafetiva formada por duas mulheres.

62. DANIEL MACHADO DA ROCHA e JOSÉ PAULO BALTAZAR JUNIOR⁴⁹ são categóricos no sentido de que *“com as mudanças que a família vem sofrendo ao longo do tempo, cada vez mais, acentua-se a necessidade de proteger os laços afetivos que circundam o núcleo familiar, pois não se pode deixar desprotegido o elo mais fraco: o filho recém-nascido ou adotado”*.

63. Seguindo essa linha de raciocínio, NADEGE ALVES DE SOUZA LIMA⁵⁰ sustenta:

[...] considerando o reconhecimento de iguais direitos às uniões homoafetivas, conclui-se que também um homem, que tenha recorrido à “barriga voluntária”, para gerar um filho, em favor da sua união com outro homem, caso segurado da previdência social, faria jus à licença de 120 dias para os cuidados destinados à criança, ficando seu parceiro, com o direito à licença-paternidade convencional de 5 dias. *Mutatis mutandis, em caso de duas mulheres, haveria a opção de uma delas pela licença mais prolongada, enquanto a parceira ficaria com a de prazo mais reduzido.* (g. n.)

48 Quanto ao ponto, MARTHA DE TOLEDO MACHADO leciona: “[...] cumpre salientar que o conceito de família, como já acenado, sofreu funda modificação da Constituição de 1988, que representa radical ruptura em relação à conceituação patriarcal que orientava o Código Civil da década de 1910 do século passado. Hoje a família não decorre apenas do casamento civil e nem é concebida exclusivamente como união duradoura entre homem e mulher. Por força do disposto no parágrafo 4º do artigo 226 da CF, a família é concebida, na sua noção mínima, como a “comunidade formada por qualquer dos pais e seus dependentes”, abrangendo, também, as outras formas de entidade familiar [...]. Isso tem inúmeras implicações concretíssimas na aplicação do ordenamento – todas elas, a meu ver, imbricadas com o direito fundamental de crianças e adolescentes à convivência familiar [...]” (*A proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*. Barueri-SP: Manole, 2003, p. 159).

49 *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 14ª ed., São Paulo: Atlas, 2016, p. 444.

50 *A Orientação constitucional de Igualdade de Gênero em casos de Licença-Maternidade e Licença-Paternidade*. In: *Direito Constitucional do Trabalho – Princípios e Jurisdição Constitucional do TST*. Coord. Gabriela Neves Delgado... [et al.]. São Paulo: LTr, 2015, p. 123.

64. Por todo o exposto, considerando que a esposa da interessada, por ter gestado os filhos gêmeos, faria jus à licença-maternidade nos precisos termos do artigo 392 da CLT, conclui-se que, por analogia com as demais situações de parentalidade disciplinadas por nosso ordenamento, deve ser concedido à empregada pública, e em prol da família formada por ela, sua esposa e seus filhos, o direito à licença parental equivalente àquela prevista no artigo 7º, XIX, da CF/1988, e regulada no artigo 10, § 1º, do ADCT.

É o parecer, *sub censura*.

São Paulo, 17 de agosto de 2017.

JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA

Procuradora do Estado

OAB/SP nº 249.114

PROCESSO: 296841/2017 (GDOC Nº 18488-324450/2017)

INTERESSADA: ***

PARECER: PA Nº 55/2017

De acordo com o criterioso e bem-elaborado Parecer PA nº 55/2017, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Transmitam-se os autos à consideração da d. Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral.

P.A., em 17 de agosto de 2017.

DEMERVAL FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR

Procurador do Estado respondendo pelo expediente
da Procuradoria Administrativa
OAB/SP nº 245.540

PROCESSO: 296841/2017

INTERESSADO: ***

ASSUNTO: REQUERIMENTO DE ***, SOLICITANDO LICENÇA PARENTAL DE QUE TRATA O ARTIGO 7^o, XIX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

PARECER: PA Nº 55/2017

Estou de acordo com o entendimento exposto no Parecer PA nº 55/2017, que contou com a aprovação da Chefia da Procuradoria Administrativa.

Ao Sr. Procurador Geral do Estado, com proposta de aprovação da peça opinativa.

SubG-Consultoria, 28 de agosto de 2017.

CRISTINA M. WAGNER MASTROBUONO

Procuradora do Estado
CONSULTORIA GERAL

PROCESSO: 296841/2017

INTERESSADO: ***

ASSUNTO: REQUERIMENTO DE ***, SOLICITANDO LICENÇA PARENTAL DE QUE TRATA O ARTIGO 7º, XIX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

1. Aprovo o Parecer PA nº 55/2017, com ligeira ressalva em relação aos seus bem lançados fundamentos.

2. Não me parece que a hipótese *sub examine* deva ser resolvida por meio de recurso à integração analógica e sim por meio de **interpretação extensiva**.

3. Como é cediço entre os cultores da Teoria Geral do Direito, não há que se confundir analogia e interpretação analógica. Aquela consiste em método de integração e colmatação de lacunas do ordenamento, pressupondo realidade factual não disciplinada pelo sistema normativo. De modo diverso, a interpretação extensiva é utilizada nas situações em que a expressão textual da lei não contempla, em primeiro exercício exegético, os fatos da espécie, que, entretanto, podem ser abarcados pela lei na medida em que outros elementos de interpretação sejam trazidos a colação, como é o caso, notadamente, dos elementos sistemático e teleológico.

4. Em outras palavras, analogia é problema de aplicação integrativa do direito, interpretação extensiva problema de interpretação da lei com efeitos ampliativos de sua dicção textual.

5. Na hipótese dos autos, não se está diante de situação factual inteiramente estranha à legislação existente, o que justificaria eventual recurso à integração analógica.

6. A legislação federal, competentemente compilada pela prolatora do parecer ora aditado, regula expressamente a concessão de licença-maternidade em situações de adoção e de gestação por casais de sexos distintos, vivam eles sob regime de casamento ou de união estável.

7. De outra parte, o Supremo Tribunal Federal afastou toda e qualquer interpretação da legislação civil que importe na negativa do reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo enquanto entidade familiar, devendo ser aplicado às uniões homoafetivas o mesmo plexo normativo que rege as uniões estáveis heteroafetivas.

8. Ora, bem demonstrou o parecer em tela que as regras sobre a concessão de licença-maternidade a casais (casamento/união estável) heteroafetivos devem ser aplicadas aos casais homoafetivos (união estável), sob o influxo da declaração de

nulidade parcial, sem redução de texto, promovida pelo STF no julgamento da ADI n. 4.277, que tinha por objeto o artigo 1.723 do Código Civil (é certo que o acórdão então prolatado, equivocadamente, faz referência a outra modalidade de decisão interpretativa, conhecida como de interpretação conforme).

9. E, de outra parte, a extensão dessas normas legais vem sendo feita sem maiores empecilhos aos casais homoafetivos de sexo masculino, que assumem paternidade decorrente de adoção, viabilizando a concessão de licença-maternidade a um dos companheiros e de licença-paternidade ao outro, normas essas que também devem ser aplicadas (extensivamente) em situações de reprodução assistida (até porque poderiam os companheiros adotar a criança assim gerada).

10. O que ora se propõe é a mera aplicação dessas mesmas regras, **extensivamente interpretadas**, aos casais homoafetivos de sexo feminino, convivendo sob regime de união estável, de modo a que uma das companheiras possa usufruir de licença-maternidade e a outra de licença-paternidade, na medida em que a legislação brasileira não admite duas licenças-maternidade em decorrência de uma única adoção ou de um único procedimento de reprodução assistida.

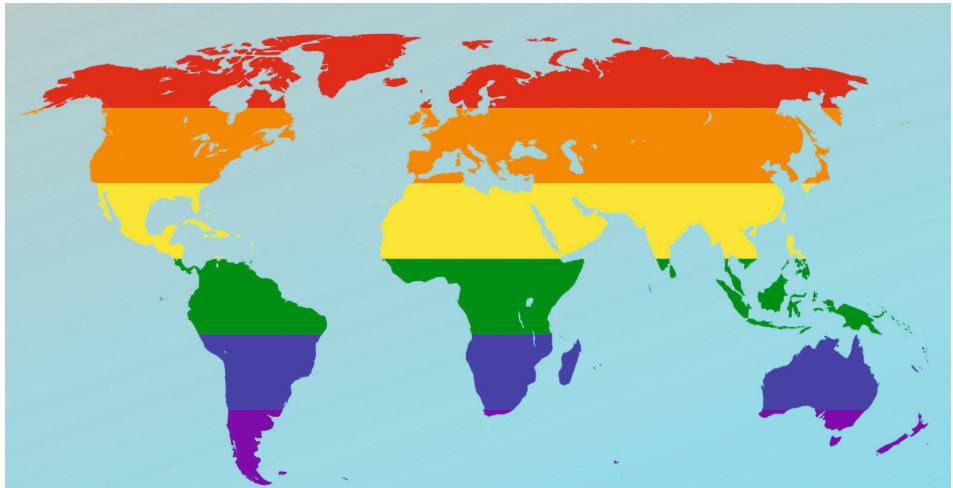
11. Deixo anotado que não se trata de mera precisão teórico-conceitual de minha parte em relação à distinção entre a analogia e a interpretação extensiva, despidas de maiores consequências.

12. A diferença entre as duas técnicas é extremamente relevante nos domínios do Direito Administrativo e, notadamente, no campo da legislação de pessoal. Isso porque continua prevalecendo o entendimento de que é vedado ao aplicador criar direitos subjetivos materiais a servidores por meio de integração analógica, sendo-lhe, entretanto, permitido extrair direitos da disciplina legal existente sobre um determinado suporte fático, apenas aparentemente por ela não abrangido, valendo-se, para tanto, de interpretação extensiva.

13. Com esses breves apontamentos, que apenas incidem sobre os fundamentos do Parecer PA n. 55/2017, restituam-se os autos à Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral para prosseguimento.

GPG, em 30 de agosto de 2017.

ELIVAL DA SILVA RAMOS
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO



Parecer PA nº 13/2020

SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA. TRANSGÊNERO. Julgamento da ADI nº 4.275, pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu às pessoas transgênero o direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil. Direito fundamental à identidade de gênero e à intimidade que, em princípio, impõem ao ente Gestor de Previdência o dever de examinar os pleitos de aposentadoria tendo em conta exclusivamente o gênero atribuído ao servidor no registro civil (...).

PROCESSO: 2465371/2019

INTERESSADO: ***

PARECER: PA N.º 13/2020

EMENTA: SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA. TRANSGÊNERO. Julgamento da ADI nº 4.275, pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu às pessoas transgênero o direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil. Direito fundamental à identidade de gênero e à intimidade que, em princípio, impõem ao ente Gestor de Previdência o dever de examinar os pleitos de aposentadoria tendo em conta exclusivamente o gênero atribuído ao servidor no registro civil. Caso concreto no qual servidor adquiriu o direito à aposentadoria enquanto civilmente identificado como mulher e, então, concluiu processo de adequação de gênero, passando a ostentar gênero masculino no registro civil antes do desfecho do processo de concessão do benefício. Ato concessivo de aposentadoria que deve observar os termos em que tal direito foi incorporado ao patrimônio jurídico da pessoa. Hipótese específica em que, em respeito à vontade livremente manifestada pelo servidor, a aposentadoria deverá ser deferida a pessoa do gênero masculino, com lastro em regra aplicável a pessoas do gênero feminino.

1. Trata-se de consulta em que a Diretoria de Benefícios de Servidores Públicos da São Paulo Previdência (DBS-SPPREV) almeja esclarecer quais os parâmetros a serem utilizados na apreciação de pleito de aposentadoria formulado por servidor que preencheu os requisitos exigidos para a aquisição do direito à aposentadoria enquanto civilmente identificado como mulher mas que, antes do desfecho do procedimento de concessão do benefício, passou a ostentar gênero masculino no registro civil.

2. Os presentes autos foram inaugurados com o pedido de aposentadoria apresentado por ***, Agente de Segurança Penitenciária, aos 11 de julho de 2019 (fls. 40).

3. A certidão de contagem de tempo de serviço nº 142/2018 indicava que, na data do pleito, o requerente preencheria os requisitos postos no artigo 3º da Emenda Constitucional nº 47/2005 para aquisição do direito à aposentadoria por pessoas do gênero feminino (fls. 35/39).

4. Contudo, aos 22 de julho de 2019, antes que a São Paulo Previdência concluísse o processo concessivo de aposentadoria, o processo administrativo de adequação de gênero do servidor, levado a efeito nos termos do Provimento nº 73, de 28 de junho de 2018, do Conselho Nacional de Justiça, culminou na alteração de seu prenome e gênero no registro civil (fls. 45/51).

5. Nesse cenário, observando que o interessado ainda não teria alcançado os requisitos postos no artigo 3º da Emenda Constitucional nº 47/2005 para aquisição do direito à aposentadoria por pessoas do gênero masculino, a Diretoria de Benefícios de Servidores Civis encaminhou os autos para apreciação da Consultoria Jurídica que lhe serve (fls. 59/61).

6. Com isso, veio a lume o Parecer CJ/SPPREV nº 550/2019¹, segundo o qual “a aposentadoria requerida a fls. 40 deverá ser concedida se preenchidos todos os requisitos de tempo e idade exigidos para mulheres até 24/06/2019, data da expedição da certidão de nascimento que instruiu o pedido e certifica o “sexo feminino” (fls. 63/72).

7. Ao aprovar o opinativo, “diante da complexidade e repercussão do tema abordado”, a i. Procuradora do Estado Chefe da Consultoria Jurídica da SPPREV houve por bem alçá-lo à Subprocuradoria-geral do Estado da Área da Consultoria, com sugestão de remessa à Procuradoria Administrativa (fls. 73).

8. Acolhida a proposta, os autos vieram a esta Especializada, para análise e manifestação (fls. 75).

Feito o relato do essencial, passo a opinar.

9. Consoante referido, os presentes autos cuidam de pleito de aposentadoria formulado com fundamento no artigo 3º da Emenda Constitucional nº 47/2005, que apresenta a seguinte redação:

Artigo 3º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelos arts. 2º e 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998 poderá aposentar-se com proventos integrais, desde que preencha, cumulativamente, as seguintes condições:

1 Parecerista DRA. MARINA DE LIMA LOPES.

I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

II - vinte e cinco anos de efetivo exercício no serviço público, quinze anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria;

III - idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites do art. 40, § 1º, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceder a condição prevista no inciso I do *caput* deste artigo.

Parágrafo único. Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base neste artigo o disposto no art. 7º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos de servidores falecidos que tenham se aposentado em conformidade com este artigo.

10. Em homenagem ao princípio da igualdade material, tal como a maioria das demais normas que contemplam hipóteses de aposentadoria voluntária no ordenamento brasileiro, o dispositivo estabelece requisitos distintos para a aquisição do direito à aposentadoria por homens e mulheres, no que diz respeito à idade e ao tempo mínimo de contribuição².

11. O enquadramento de um servidor público nas regras estabelecidas para aquisição do direito à aposentadoria, segundo o gênero, sempre pareceu a mais simples tarefa a ser empreendida pelo gestor de previdência, ao apreciar um requerimento de fruição desse benefício. Bastava-lhe examinar o documento de identidade do servidor e verificar se a pessoa era ali identificada como sendo do gênero feminino ou do gênero masculino.

12. Cumpre reconhecer, no entanto, que, por longos anos, esse processo de subsunção do fato à norma, empreendido com tamanha simplicidade pelos entes gestores de previdência de todo o Brasil, por certo impingiu graves constrangimentos aos servidores públicos que, ostentando um gênero em seus documentos de identificação, viviam a inquestionável experiência de pertencer ao outro.

13. Predominava, então, a ideia de que o gênero corresponderia a um dado biológico imutável que, para fins de identificação civil, deveria figurar nos documentos da pessoa, imodificável, desde o registro de nascimento até o assentamento de óbito.

2 Lembre-se que, embora a conveniência de perpetuar esse tratamento diferenciado entre os gêneros tenha sido amplamente discutida durante os debates que precederam a aprovação da mais recente Reforma Previdenciária, a Emenda Constitucional nº 103/2019 limitou-se a atenuar a distinção até então prevista.

14. A todas as pessoas que sentiam integrar gênero distinto daquele decorrente do sexo biológico – os transgêneros, era imposta uma identificação civil discrepante daquela em que de fato se reconheciam, com todas as consequências daí decorrentes.

15. Nesse contexto normativo pouco (ou nada) permeável à realidade das pessoas transgênero, incontáveis mulheres cujo sexo biológico lhes rendeu identificação masculina no registro civil foram aposentadas de acordo com regras estabelecidas para homens e, a outro giro, inúmeros homens registrados com o gênero feminino foram aposentados de acordo com regras estabelecidas para mulheres.

16. E nem a sociedade, nem o Direito, reagiam a isso, escudados em teorias médicas de que a incongruência de gênero consistiria em uma doença psiquiátrica a ser tratada, e não em mais uma maneira de ser e estar no mundo a ser respeitada pelos demais indivíduos e acolhida pelo Estado³.

17. Todavia, desde o advento da Constituição de 1988, que erigiu a dignidade da pessoa humana a fundamento da República⁴ e consagrou, dentre os objetivos desta, tanto a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, quanto a promoção do bem de todos, sem quaisquer formas de discriminação⁵, o Direito brasileiro vem, ainda que a passos lentos, evoluindo no sentido de garantir às pessoas transgênero tratamento que lhes permitam a efetiva fruição dos direitos fundamentais assegurados à generalidade dos brasileiros e estrangeiros residentes no país.

18. Como bem observou o MIN. EDSON FACHIN em excelente artigo doutrinário que tangencia a matéria ora tratada, à luz da Constituição da República de 1988 “**uma hermenêutica de respeito à sociedade plural se impõe**”⁶.

19. Assim, baseada em estudos desenvolvidos por outras áreas do conhecimento (sociologia, antropologia, psicologia, medicina, etc.), a doutrina jurídica pátria

3 Somente em 2018, com a publicação da CID-11, que substituiu a CID-10, a Organização Mundial de Saúde deixou de tratar a incongruência de gênero como doença, passando a abordá-la em capítulo atinente à saúde sexual.

4 Artigo 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...].

5 Artigo 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

6 *O corpo do registro no registro do corpo; mudança de nome e sexo sem cirurgia de redesignação*. In: Revista Brasileira de Direito Civil - volume 1 - julho/setembro 2014, p. 37.

deixou de lado a ideia de gênero como decorrência direta do sexo biológico, para compreendê-lo como um elemento da personalidade humana que, como tal, é permanentemente construído por cada pessoa a partir de múltiplos fatores de ordem interna e externa, física e psicológica.

20. Nesse sentido, em dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob o título “A Autonomia Corporal e o Direito ao Próprio Corpo sob a Ótica da Transexualidade”⁷, a i. Procuradora do Estado, DRA. LUÍSA BARAN DE MELLO ALVARENGA, depois de efetuar percuciente revisão bibliográfica a respeito do tema, pondera que *“a identidade de gênero não é um fator predeterminado pelo sexo de nascimento, mas resulta da interação da pessoa com o meio psicossocial e cultural, revelando-se durante o desenvolvimento da sua personalidade”*.

21. Na mesma trilha, a notável MARIA BERENICE DIAS⁸ leciona que

Identidade de gênero é uma experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder com o sexo atribuído no nascimento. Trata-se de uma convicção íntima da pessoa em pertencer ao gênero masculino ou feminino. É a percepção que a pessoa tem em si.

22. Por óbvio, esse novo conceito conferido à identidade de gênero impôs a revisão da tutela até então conferida ao direito à identidade pessoal que, nas palavras da MIN. ROSA WEBER, seria *“o direitos dos direitos da pessoa humana, porquanto apenas a partir do reconhecimento da identidade é que o indivíduo pode desenvolver sua personalidade, autonomia e lugar na comunidade a qual pertence”*⁹.

23. Se até então o direito à identidade de gênero, uma das dimensões do direito fundamental à identidade, era assegurado basicamente por meio da proteção ao prenome e ao gênero “de nascimento”, com a constatação de que a identidade de gênero é uma realidade mutável que vai muito além do sexo biológico, foi preciso assegurar a todas as pessoas o direito de se identificar segundo a própria percepção de gênero.

24. Fez-se imperioso, destarte, assegurar aos transgêneros a possibilidade de se identificarem segundo o gênero com o qual se reconhecem e pretendem encontrar lugar na comunidade a que pertencem¹⁰.

7 Orientadora SILMARA JUNY DE ABREU CHINELLATO, 2016.

8 *Homoafetividade e Direitos LGBTI*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 228.

9 Trecho do voto proferido no julgamento da ADI nº 4.275, j. 01/03/2018.

10 No âmbito do Estado de São Paulo, um primeiro passo nessa direção foi dado pelo Decreto Estadual nº 55.588, de 17 de março de 2010, que “dispõe sobre o tratamento das pessoas transexuais e travestis

25. No âmbito do Direito Internacional, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos editou a Opinião Consultiva nº 24, reiterando jurisprudência daquele Órgão no sentido de que a orientação sexual e a identidade de gênero são direitos tutelados pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) ratificada pelo Brasil em 1992, como se depreende da seguinte conclusão:

El cambio de nombre y en general la adecuación de los registros públicos y de los documentos de identidad para que estos sean conformes a la identidad de género autopercebida constituye un derecho protegido por los artículos 3, 7.1, 11.2 y 18 de la Convención Americana, en relación con el 1.1 y 24 del mismo instrumento, por lo que los Estados están en la obligación de reconocer, regular, y establecer los procedimientos adecuados para tales fines, en los términos establecidos en los párrafos 85 a 116.¹¹

26. Entre nós, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275, pelo Supremo Tribunal Federal, exsurge, sem dúvidas, como relevantíssima conquista da sociedade brasileira em direção à concretização dos objetivos da República. A esse respeito, ao proferir seu voto, o MIN. CELSO DE MELLO ponderou:

Este julgamento assume importância fundamental no processo de ampliação e de consolidação dos direitos fundamentais das pessoas e constitui momento culminante na efetivação do dogma – segundo proclama a *Introdução aos Princípios de YOGYAKARTA* (2006) – de que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, pois todos os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis e interrelacionados, sendo certo, presente esse contexto, que a orientação sexual e a identidade de gênero são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa, não devendo ser motivo de discriminação ou abuso.

nos órgãos públicos do Estado de São Paulo”, nos seguintes termos: “Artigo 1º - Fica assegurado às pessoas transexuais e travestis, nos termos deste decreto, o direito à escolha de tratamento nominal nos atos e procedimentos promovidos no âmbito da Administração direta e indireta do Estado de São Paulo. Artigo 2º - A pessoa interessada indicará, no momento do preenchimento do cadastro ou ao se apresentar para o atendimento, o prenome que corresponda à forma pela qual se reconheça, é identificada, reconhecida e denominada por sua comunidade e em sua inserção social. § 1º - Os servidores públicos deverão tratar a pessoa pelo prenome indicado, que constará dos atos escritos. § 2º - O prenome anotado no registro civil deve ser utilizado para os atos que ensejarão a emissão de documentos oficiais, acompanhado do prenome escolhido. § 3º - Os documentos obrigatórios de identificação e de registro civil serão emitidos nos termos da legislação própria. Artigo 3º - Os órgãos da Administração direta e as entidades da Administração indireta capacitarão seus servidores para o cumprimento deste decreto. Artigo 4º - O descumprimento do disposto nos artigos 1º e 2º deste decreto ensejará processo administrativo para apurar violação à Lei nº 10.948, de 5 de novembro de 2001, sem prejuízo de infração funcional a ser apurada nos termos da Lei nº 10.261, de 28 de outubro de 1968 - Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado”.

11 Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em 05 de fevereiro de 2020.

Violações de direitos humanos **que atingem** pessoas *por causa de sua identidade de gênero* **traduzem** situações que um Estado **fundado** em bases democráticas **não pode tolerar nem admitir**.

[...]. **Esta decisão** – *que torna efetivo* o princípio da igualdade, *que assegura respeito* à liberdade pessoal e à autonomia individual, *que confere primazia* à dignidade da pessoa humana **e que, rompendo** paradigmas históricos e culturais, *remove obstáculos* que **inviabilizam** a busca da felicidade **por parte** de transgêneros **vítimas** de inaceitável tratamento discriminatório – *não é nem pode ser* qualificada como decisão proferida contra alguém, **da mesma forma** que não pode ser considerada um julgamento a favor **de apenas** alguns, **mas, sim, de toda** a coletividade social.

Com este julgamento, não hesito em afirmar que o Brasil **dá um passo** significativo **contra** a discriminação **e contra** o tratamento excludente **que têm marginalizado** grupos minoritários em nosso País, como a comunidade dos transgêneros, *o que torna imperioso acolher* novos valores **e consagrar** uma nova concepção de Direito **fundada** em nova visão de mundo, **superando** os desafios impostos pela necessidade *de mudança de paradigmas, em ordem a viabilizar*, como política de Estado, a instauração **e** a consolidação de uma ordem jurídica *genuinamente inclusiva*.

27. Deveras, partindo da premissa de que “a identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la”¹², o Pretório Excelso **garantiu aos transgêneros o “direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros”**. Eis a ementa do v. aresto:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E REGISTRAL. PESSOA TRANSGÊNERO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL. POSSIBILIDADE. DIREITO AO NOME, AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À LIBERDADE PESSOAL, À HONRA E À DIGNIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO OU DA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS HORMONAIIS OU PATOLOGIZANTES.

1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero.
2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la.
3. A pessoa transgênero que comprova sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou

12 Trecho do voto do i. MIN. EDSON FACHIN.

judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

4. Ação direta julgada procedente¹³.

[g.n.]

28. Ou seja, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal assegurou aos transgêneros o direito à identificação civil compatível com a identidade autopercebida.

29. A partir de então, qualquer pessoa transgênero faz jus à alteração do nome e da identificação de gênero no registro civil. E, uma vez efetuada a adequação de gênero no registro público, haverá, ao menos em princípio, de arcar com todas as consequências jurídicas daí decorrentes¹⁴.

30. Nesse ponto, cumpre anotar que, tratando-se de “experiência interna”, “convicção íntima”, “percepção que a pessoa tem de si”, **a identidade de gênero é tema via de regra imperscrutável**, cujo conhecimento apenas será dado a terceiros e ao Estado na medida em que a pessoa o desejar. O direito à intimidade, constitucionalmente assegurado a todos, determina que assim o seja¹⁵.

31. Em princípio, portanto, é no assentamento de registro civil que, quando necessário, os órgãos públicos deverão buscar informações acerca do gênero dos administrados. Afora isso, apenas por expressa manifestação de vontade da pessoa envolvida é que o Estado poderá levar em conta informações relativas ao assunto que não constem da identificação civil por ela ostentada.

13 Relator do acórdão MIN. EDSON FACHIN, j. 01/03/2018.

14 Ao proferir seu voto no julgamento da ADI nº 4.275, o MIN LUIZ FUX observou: “Mais sensível é a retificação do gênero no registro civil, vez que trará importantes **consequências jurídicas**. Como exemplo, cite-se o tempo mínimo de aposentadoria, o serviço militar obrigatório, a legislação trabalhista, o encarceramento prisional, o direito à hora extra feminina e licença maternidade por adoção. Até que sobrevenha legislação que discipline essas situações, caberá ao Judiciário dirimir eventuais conflitos, como já vem ocorrendo alhures”.

15 MARIA BERENICE DIAS lembra que “A proteção do transexual precisa resguardar o direito à **intimidade**, quando constatada sua situação e a dificuldade de vivenciá-la. Ele poderá, se assim o quiser, permanecer na ambiguidade de sua vida dupla, conflitiva e angustiante, conforme alerta Luiz Alberto David Araújo: *Trata-se, então, de seu direito à intimidade, onde define sua orientação sexual. A opção por sua sexualidade é direito seu e encontra-se no campo do direito à intimidade*” [Op. Cit., p. 232].

32. Por isso, é possível afirmar que, em que pese toda a revolução verificada no tratamento do tema da identidade de gênero nos últimos anos, o enquadramento de um servidor público nas regras estabelecidas para aquisição do direito à aposentadoria, segundo o gênero, permanece sendo a mais simples tarefa a ser empreendida pelo gestor de previdência, ao apreciar um requerimento de fruição desse benefício. Basta-lhe examinar o documento de identidade do servidor e verificar se a pessoa é ali identificada como sendo do gênero feminino ou do gênero masculino.

33. Ao contrário de outrora, entretanto, hoje esse processo de subsunção do fato à norma pode e deve ocorrer sem constrangimento aos servidores públicos transgênero. Caso o servidor transgênero apresente identificação civil feminina, será aposentado de acordo com as regras estabelecidas para as mulheres; caso apresente identificação civil masculina, será aposentado nos termos das regras que regem a concessão desse benefício aos homens¹⁶.

34. Sucede que o caso em tela contém especificidade que de fato justifica certa hesitação no exame do pedido de aposentadoria: conquanto o servidor tenha pleiteado aposentadoria quando ostentava identificação civil de mulher, apresentou documentos que comprovam a superveniência da adequação de sua identidade de gênero no registro civil antes que o pleito fosse apreciado pelo ente gestor.

35. A meu sentir, o ponto nodal para o deslinde da dúvida jurídica daí surgida está no fato de que, segundo certidão de tempo de contribuição acostada aos autos, o servidor preencheu todos os requisitos exigidos para a aquisição do direito à aposentadoria por mulheres, enquanto ostentava identidade de gênero feminina.

36. Ora, incorporado o direito à aposentadoria ao patrimônio da pessoa, a posterior conclusão do processo de adequação de gênero não se afigura hábil a extinguir ou modificar esse direito¹⁷.

16 Como bem demonstrado no Parecer CJ/SPPREV nº 550/2019, da lavra da i. DRA. MARINA DE LIMA LOPES, os princípios da legalidade e da isonomia obstam que se cogite da “criação de um ‘terceiro regime jurídico’ para as pessoas *transgêneros*”, para fins previdenciários.

17 Pense-se na hipótese de uma pessoa já aposentada vir a concluir processo de adequação de gênero: ninguém haverá de suscitar a insubsistência da aposentadoria ao argumento de que a nova identidade de gênero a impediria de fruir o benefício.

37. E, constatado que o servidor pretende exercer o direito à aposentadoria tal qual adquirido, nada resta ao ente gestor de previdência senão conceder-lhe o benefício segundo as regras aplicáveis às pessoas do gênero feminino.

38. Assim, em hipóteses como a presente, **em respeito à vontade livremente manifestada pelo servidor**, a aposentadoria deverá ser deferida a pessoa do gênero masculino, com lastro em regra aplicável a pessoas do gênero feminino, desde que adquirido o direito até a data da alteração do gênero no registro civil (que não corresponde, necessariamente, à data de expedição da certidão de nascimento ou casamento).

39. Por todo o exposto, conclui-se que: (i) sob os influxos da decisão proferida no julgamento da ADI nº 4.275, que reconheceu às pessoas transgênero o direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil, e em respeito aos direitos fundamentais à identidade de gênero e à intimidade, o ente Gestor de Previdência deve, em princípio, examinar os pleitos de aposentadoria tendo em conta exclusivamente o gênero atribuído ao servidor no registro civil; (ii) no caso concreto sob exame, no qual o servidor adquiriu o direito à aposentadoria enquanto civilmente identificado como mulher e, então, concluiu processo de adequação de gênero, passando a ostentar gênero masculino no registro civil antes do desfecho do processo de concessão do benefício, em respeito à vontade livremente manifestada pelo servidor, a aposentadoria deverá ser deferida a pessoa do gênero masculino, com lastro em regra aplicável a pessoas do gênero feminino.

É o parecer, *sub censura*.

São Paulo, 5 de fevereiro de 2020.

JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA

Procuradora do Estado

PROCESSO: 2465371/2019

INTERESSADO: ***

PARECER: PA Nº 13/2020

De acordo com Parecer nº 13/2020, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Embora nada seja necessário acrescentar à luminosa peça opinativa, permito-me registrar o desatino de certas teorias jurídicas, normalmente fundadas em ilações tecnocráticas de segunda linha, que propõem cálculo proporcional dos requisitos de idade e tempo de contribuição segundo a data em que houve a alteração do registro civil da pessoa transgêneros. Se não por outros motivos, basta apontar que constituiria prática discriminatória e excludente, assim taxativamente repelida por nosso ordenamento constitucional, que o Estado exigisse desses indivíduos o cumprimento de requisitos de aposentadoria diferentes daqueles reclamados de homens e mulheres cujo gênero corresponde ao sexo atribuído no nascimento. Como fez ver a ilustre parecerista, tal correspondência ou a ausência desta é questão imperscrutável, de sorte que o Estado deve limitar-se a verificar o gênero com que o indivíduo se identifica, no registro civil, ao satisfazer as exigências de idade e tempo de contribuição para passar à inatividade.

Recomendável, no mais, a alteração do nome do interessado nestes autos e a adição de todas as cautelas procedimentais que resguardem seu direito à intimidade.

Transmitam-se os autos à consideração da douta Subprocuradoria-geral da Consultoria Geral.

P.A., em 6 de fevereiro de 2020.

DEMERVAL FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR

Procurador do Estado respondendo pelo expediente
da Procuradoria Administrativa
OAB/SP nº 245.540

PROCESSO: 2465371/2019
INTERESSADO: ***
ASSUNTO: PROCESSO DE APOSENTADORIA
PARECER: PA Nº 13/2020

1. Em exame o Parecer PA nº 13/2020, que tratou de consulta formulada pela Diretoria de Benefícios de Servidores Públicos da São Paulo Previdência - SPPREV quanto aos parâmetros a serem adotados na análise de requerimento de aposentadoria feito por servidor que completou os requisitos fixados para a aquisição do direito à aposentadoria enquanto civilmente identificado como mulher, mas que, antes da conclusão do procedimento concessivo do benefício, teve alterados o pronome e o gênero nos assentos de nascimento, nos termos do Provimento CNJ nº 73, de 28 de junho de 2018 .

2. O bem-lançado opinativo, que contou com a aquiescência do Procurador do Estado Chefe da Procuradoria Administrativa, alcançou as seguintes conclusões: “(i) sob os influxos da decisão proferida no julgamento da ADI nº 4.275, que reconheceu às pessoas transgênero o direito fundamental subjetivo à alteração do pronome e da classificação de gênero no registro civil, e em respeito aos direitos fundamentais à identidade de gênero e à intimidade, o ente Gestor de Previdência deve, em princípio, examinar os pleitos de aposentadoria tendo em conta exclusivamente o gênero atribuído ao servidor no registro civil; (ii) no caso concreto sob exame, no qual o servidor adquiriu o direito à aposentadoria enquanto civilmente identificado como mulher e, então, concluiu processo de adequação de gênero, passando a ostentar gênero masculino no registro civil antes do desfecho do processo de concessão do benefício, em respeito à vontade livremente manifestada pelo servidor, a aposentadoria deverá ser deferida a pessoa do gênero masculino, com lastro em regra aplicável a pessoas do gênero feminino” (fl. 88).

3. Manifesto minha concordância com relação à orientação jurídica constante do Parecer PA nº 13/2020, com o acréscimo consignado pela Chefia da Especializada, no sentido de que se proceda à alteração do nome do interessado nestes autos, bem como se adotem todas as cautelas procedimentais para resguardar o seu direito à intimidade.

4. A Senhora Procuradora Geral do Estado, com proposta de aprovação da peça opinativa em questão.

SubG-Consultoria, 11 de fevereiro de 2020.

EUGENIA CRISTINA CLETO MAROLLA

SUBPROCURADORA-GERAL DO ESTADO

CONSULTORIA-GERAL

PROCESSO: 2465371/2019

INTERESSADO: ***

ASSUNTO: PROCESSO DE APOSENTADORIA

PARECER: PA Nº 13/2020

1. Aprovo o Parecer PA nº 13/2020, por seus próprios e jurídicos fundamentos, nos termos consignados pela Chefia da Especializada e do despacho da Subprocuradora-Geral da Consultoria Geral, alterando-se o nome do interessado nestes autos e a adotando-se todas as cautelas procedimentais que resguardem seu direito à intimidade;

2. Restituam-se os autos à Subprocuradoria-geral da Consultoria Geral para prosseguimento.

GPG, em 13 de fevereiro de 2020.

MARIA LIA P. PORTO CORONA
PROCURADORA-GERAL DO ESTADO

ISSN 2237-4515



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO