

O regime próprio de previdência dos militares e a inclusão do companheiro homossexual como pensionista: os reflexos da jurisprudência do STF sobre a legislação bandeirante

Eduardo Walmsley Soares Carneiro¹

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Evolução do tema; 3 – Decisão do Supremo Tribunal Federal no controle concentrado; Bibliografia

1. Introdução

O tema aqui proposto encerra questão das mais palpitantes na atualidade, uma vez que indaga a viabilidade de, nos moldes da legislação previdenciária militar, inscrever companheiro(a) de uma união homossexual no benefício previdenciário instituído pelo óbito do outro consorte.

Antes de qualquer divagação teórica, afigura-se oportuno apresentar como a matéria vem sendo conduzida no Estado de São Paulo. Nesse ponto, é de se destacar a disciplina prevista na Lei estadual nº 452/74, a partir das alterações promovidas pela Lei Complementar nº 1.013/2007:

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

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Mestrando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

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 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 § 3º deste artigo.” (g.n.)

A norma em destaque, ao que se vê, não admitiu expressamente a figura do companheiro homossexual como pretendo dependente do segurado militar. É possível ainda argumentar que tal exclusão se deu de maneira consciente, senão deliberada.

Ora, remonta aos tempos do Império o tratamento opressor e excludente dispensado aos indivíduos que se relacionam com outros do mesmo sexo. A bem da verdade, se revisitarmos a legislação que Portugal impôs ao Brasil em nosso período colonial, fácil se percebe a maneira cruel e impiedosa com que as autoridades da Coroa perseguiram e reprimiram os homossexuais².

Ainda sob os influxos dessa tradição ortodoxa, a legislação brasileira não conseguiu se desvencilhar, por completo, da eiva do preconceito e da discriminação. Desponta, nesse tema, o art. 235³, do Código

2 No afã de promover uma retrospectiva histórica sobre o tema, o Min. Celso de Mello transcreveu, no seu voto, proferido no julgamento da ADI 4277, trechos da dissertação de mestrado de VERONICA DE JESUS GOMES, que bem sistematiza a questão: “As ‘Ordenações’ do Reino português foram rigorosas no julgamento do pecado/crime ao preverem penas bastante severas aos sodomitas, incluindo a morte, como já assinalavam, no século XV, as ‘Ordenações Afonsinas’. A pena capital foi confirmada pelas leis posteriores, quando houve melhor sistematização e recrudescimento das regras penais. As ‘Ordenações Manuelinas’ (1514/1521) mantiveram a fogueira para os transgressores, equipararam o crime de sodomia ao de lesa-majestade, ou seja, quem cometesse um ato sodomítico sofreria as mesmas sanções de quem traísse a pessoa do rei ou o seu real estado, declarando que ‘todos seus bens sejam confiscados pera a Coroa dos Nossos Reynos [...], assi propriamente como os daquelles, que cometem o crime da lesa Magestade contra seu Rey e Senhor.’” (Vício dos Clérigos: a sodomia nas malhas do Tribunal do Santo Ofício de Lisboa, Niterói, UFF, 2010).

3 Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.001/69). “*Pederastia ou outro ato de libidinagem Art. 235. Praticar, ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar: (...)*”

Penal Militar, que pune, com pena de prisão, a prática de relações homossexuais *intramuros*.

Sobre esse pano de fundo fora redigida a recente legislação previdenciária dos militares. Era de se imaginar, portanto, que esse corpo de normas não contemplasse a figura do companheiro do mesmo sexo.

Embora nascidas no mesmo átimo, as Leis Complementares n^{os} 1.012/2007 e 1.013/2007⁴, nesse ponto, em muito se diferenciam. A legislação que cuida do regime previdenciário dos servidores civis possui dispositivo próprio para a habilitação do companheiro do mesmo sexo: o art. 147, inc. II⁵. Não há paralelo, todavia, na LC n^o 1.013/2007.

Essa circunstância não constitui óbice à habilitação na seara militar. Vejamos o porquê.

2. Evolução do tema

Aos poucos, o que se vê é a consolidação de uma cultura capaz de aceitar a diversidade. Essa atmosfera, como não podia deixar de ser, acaba por contaminar também as instituições públicas. Já não são poucas as manifestações do Estado admitindo, para os mais diversos fins, a união entre pessoas do mesmo sexo.

Diante da delimitação proposta neste estudo e em razão da transcendência do tema, há de se perquirir as repercussões desse reconhecimento no âmbito previdenciário. Inicia-se, portanto, por fazer menção à Ação Civil Pública n^o 2000.71.00.009347-0 ajuizada pelo Ministério Público Federal, no Rio Grande do Sul, em desfavor do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Nela, o autor público buscou compelir a entidade-ré a admitir o companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial da mesma classe dos heterossexuais (art. 16, I, da Lei federal n^o 8.213/91), para fins de concessão de benefícios previdenciários, deferindo os de pensão por morte e auxílio-reclusão a eles relacionados.

4 Normas que introduziram severas modificações nos regimes próprios de previdência do Estado de São Paulo.

5 Lei Complementar n^o 1.012/2007. “Artigo 147 - São dependentes do servidor, para fins de recebimento de pensão: (...)
II - o companheiro ou a companheira, na constância da união homoafetiva;”

Julgada procedente a demanda em primeira instância, o feito seguiu para o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, onde mais uma vez fora acolhido pelo órgão colegiado⁶. Não obstante a Autarquia previdenciária federal tenha interposto, contra esta decisão, os recursos especial e extraordinário, em recente consulta realizada nos sítios do STJ e do STF, sobressai, em ambos, a petição de desistência apresentada pelo INSS, culminando na extinção das pretensões recursais e tornando válida a respectiva decisão emanada por aquele Tribunal federal.

A reboque dessa decisão, surgiram, no país, um sem-número de demandas com o mesmo escopo. Os seus efeitos, todavia, não ficaram circunscritos ao Poder Judiciário nacional. Na verdade, a própria Administração Federal empenhou-se em disciplinar os procedimentos para a

6 Ao final, ficou assim ementado o acórdão:
 “CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. ABRANGÊNCIA NACIONAL DA DECISÃO. HOMOSSEXUAIS. INSCRIÇÃO DE COMPANHEIROS COMO DEPENDENTES NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. (...)”

5. O princípio da dignidade humana veicula parâmetros essenciais que devem ser necessariamente observados por todos os órgãos estatais em suas respectivas esferas de atuação, atuando como elemento estrutural dos próprios direitos fundamentais assegurados na Constituição. 6. A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas. 7. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. 8. As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais. 9. A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial - em alguns países de forma mais implícita - com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. 10. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas. 11. Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (art. 16, I, da Lei n.º 8.213/91), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão.”

concessão dos benefícios previdenciários pleiteados por casais do mesmo sexo. Nessa toada, fora editada a *Instrução Normativa INSS/DC n° 25*, de 07 de junho de 2000⁷, substituída, em seguida, pela *Instrução Normativa INSS/PRES n° 45*, de 06 de agosto de 2010⁸.

Mais recentemente, foi publicada a Portaria MPS n° 513, de 09 de dezembro de 2010, por meio da qual o respectivo Ministro de Estado resolveu, no campo de suas atribuições, pôr fim às discussões sobre o tema, firmando o posicionamento de que “no âmbito do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, os dispositivos da Lei n° 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”.

3. Decisão do Supremo Tribunal Federal no controle concentrado

Fica claro, entretantes, que a despeito de inexistir, a princípio, normatização expressa, a postura da União em relação ao assunto tem sido de crescente reconhecimento⁹. A meu ver, essa diretriz também deve ser perseguida no âmbito do Estado de São Paulo, mais propriamente no que toca aos contribuintes militares.

7 IN INSS/DC n° 25/2000. “Art. 2° - A pensão por morte e o auxílio-reclusão requeridos por companheiro ou companheira homossexual, reger-se-ão pelas rotinas disciplinadas no Capítulo XII da IN INSS/DC n° 20, de 18.05.2000”.

8 IN INSS/PRES n° 45/2010. “Art. 25. Por força da decisão judicial proferida na Ação Civil Pública n° 2000.71.00.009347-0, o companheiro ou a companheira do mesmo sexo de segurado inscrito no RGPS integra o rol dos dependentes e, desde que comprovada a vida em comum, concorre, para fins de pensão por morte e de auxílio-reclusão, com os dependentes preferenciais de que trata o inciso I do art. 16 da Lei n° 8.213, de 1991, para óbito ou reclusão ocorridos a partir de 5 de abril de 1991, conforme o disposto no art. 145 do mesmo diploma legal, revogado pela MP n° 2.187-13, de 2001.”

9 Além das situações já mencionadas, nitidamente previdenciárias, a título de ilustração, convém anotar que a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS e a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN equipararam a união homoafetiva às uniões estáveis em geral, respectivamente em matéria de planos e seguros de saúde e de dedução de dependente da base cálculo do imposto sobre a renda. No ponto, cf. Súmula Normativa ANS n° 12: “*Para fins de aplicação à legislação de saúde suplementar, entende-se por companheiro de beneficiário titular de plano privado de assistência à saúde pessoa do sexo oposto ou do mesmo sexo*”; e Parecer PGFN/CAT/N° 1503/2010, de 19 de julho de 2010, já aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda (DJ 9 ago. 2010), em que se conclui “*as relações homoafetivas, à míngua de previsão explícita na legislação tributária, não podem ser tratadas como união de vida de 2ª categoria para efeitos fiscais. Não implica isso extravagância ou juízo de inconstitucionalidade, mas compreensão da lei tributária conforme a Constituição, dando-lhe sentido compatível com a norma fundamental*”.

O debate chegou a seu ápice, há pouco, com a emblemática manifestação do Supremo Tribunal Federal. O tema fora incitado pelo Governador do Rio de Janeiro, por meio da ADPF n° 132, e também pela Procuradoria Geral da República, através da ADI n° 4.277, nas quais os legitimados pretendiam, em linhas gerais, conferir *interpretação conforme* ao art. 1.723¹⁰, do Código Civil, bem como a dispositivos do Estatuto dos Servidores Públicos 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.

Preambularmente, o STF tem demonstrado plena consciência do papel contramajoritário que lhe incumbe, na proteção dos direitos fundamentais das minorias em face da ação da maioria. É indiscutível que o princípio majoritário desempenha importante papel no processo decisório, inclusive nas instâncias governamentais, mas não se mostra coerente, dentro de uma democracia constitucional, ao menos no seu viés material, a supressão dos direitos fundamentais exercitáveis pela parcela minoritária da sociedade¹¹.

Nessa tarefa, o Supremo incluiu a proteção dos casais homossexuais, buscando na interpretação das normas constitucionais o abrigo da respeitosa convivência dos contrários.

Independentemente da teoria a que se vincula o intérprete, seja ela a subjetiva (ou da vontade) ou a objetiva (ou da exploração do

10 Código Civil Brasileiro (Lei federal n° 10.406/2002). “Art. 1.723. *É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família*”.

11 Atento a esses meandros, ponderou o Min. Celso de Mello, em seu voto: “**Examino, agora**, Senhor Presidente, **tema** que, *intimamente associado* ao presente debate constitucional, **concerne** ao *relevantíssimo* papel que incumbe ao Supremo Tribunal Federal desempenhar **no plano** da *jurisdição das liberdades*: o de órgão **investido** do poder e da responsabilidade institucional de **proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou, ainda, contra** omissões que, **imputáveis aos grupos majoritários**, tornem-se lesivas, **em face** da inércia do Estado, **aos direitos** daqueles **que sofrem os efeitos perversos** do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica. (...) **A opção** do legislador constituinte *pela concepção democrática* do Estado de Direito **não pode esgotar-se** numa simples proclamação retórica. (...) **Desse modo, e para que** o regime democrático *não se reduza* a uma categoria político-jurídica *meramente conceitual ou simplesmente formal*, **torna-se necessário assegurar, às minorias, notadamente** em sede jurisdicional, *quando tal se impuser*, a **plenitude de meios** que lhes permitam exercer, **de modo efetivo**, os direitos fundamentais **que a todos, sem distinção**, são assegurados.” (grifos no original).

sentido da lei)¹², toda a atividade hermenêutica é produto de uma época, de um momento histórico, e envolve as nuances da lei e o imaginário social.

Buscou, nesse sentido, o Min. Relator Carlos Ayres Britto, em seu voto vencedor, não apenas descobrir a solução que estaria abstratamente contida nas disposições constitucionais. Foi além. Permeado por influências de outros subsistemas sociais, que não só o do direito, buscou apresentar soluções jurídicas e fazer escolhas fundamentadas.

De início, absorto no dispositivo que enumera os objetivos fundamentais da República¹³, o i. magistrado dele extrai a certeza de que a Constituição Federal proíbe, categoricamente, o preconceito em razão do sexo (ou da natural diferença entre o homem e a mulher – enfatiza), da idade, da cor da pele e da raça. Conclui, então, que “*nenhum desses fatores acidentais ou fortuito se põe como causa de merecimento ou de desmerecimento intrínseco de quem quer que seja*”.

Ademais, o signatário daquele voto identifica na Carta um *intencional silêncio* no que toca à disposição da sexualidade por cada um. Em outras palavras, a “*Constituição entrega o empírico desempenho de tais funções sexuais ao livre-arbítrio de cada pessoa, pois o silêncio norma-*

12 A respeito do tema, anota o jusfilósofo alemão Karl Larenz:

“*A cada uma destas teorias subjaz uma parte da verdade; por isso, nenhuma delas pode ser aceite sem limitações. A verdade da teoria subjectivista é que a lei jurídica, ao invés da lei natural, é feita por homens e para homens, é expressão de uma vontade dirigida à criação de uma ordem tanto quanto possível justa e adequada às necessidades da sociedade. Por detrás da lei está uma determinada intenção reguladora, estão valorações, aspirações e reflexões substantivas, que nela acharam expressão mais ou menos clara. (...) Mas isto não é tudo. A verdade da teoria objectivista é que uma lei, logo que seja aplicada, irradia uma acção que lhe é peculiar, que transcende aquilo que o legislador tinha intentado. A lei intervém em relações da vida diversas e em mutação, cujo conjunto o legislador não podia ter abrangido e dá resposta a questões que o legislador ainda não tinha colocado a si próprio. Adquire, com o decurso do tempo, cada vez mais como que uma vida própria e afasta-se, deste modo, das ideias dos seus autores. Neste ponto o que acontece com a lei não é diferente do que sucede com as outras obras de espírito. A lei que está a ser aplicada pertence ao estrato do espírito objectivo (no sentido da teoria dos estratos de Nicolai Hartmann). Uma teoria da interpretação puramente subjectivista não fará justiça a este facto*” (LARENZ, Karl.. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Editora: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 381).

13 Constituição Federal. “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:(...)”

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

tivo, aqui, atua como absoluto respeito a algo que, (...), se define como instintivo ou da própria natureza das coisas”.

Conjugando as duas proposições *supra*, a vedação ao preconceito e o silêncio quanto ao uso da sexualidade humana, Ayres Britto, por inferência, conclui que essa liberdade para dispor da própria sexualidade, não sendo daí alvo de qualquer preconceito, insere-se no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, à medida que é expressão da autonomia da vontade, vertente do princípio da dignidade da pessoa humana. Essa visão silogística do Ministro ficou evidenciada no seguinte trecho, *in verbis*:

“22. Muito bem. Consignado que a nossa Constituição vedou às expressas o preconceito em razão do sexo e intencionalmente nem obrigou nem proibiu o concreto uso da sexualidade humana, o que se tem como resultado dessa conjugada técnica de normação é o reconhecimento de que tal uso faz parte da autonomia de vontade das pessoas naturais, constituindo-se em direito subjetivo ou situação jurídica ativa. Direito potestativo que se perfila ao lado das clássicas liberdades individuais que se impõem ao respeito do Estado e da sociedade (...).” (grifos no original)

Fica, então, claro que é dever do Estado garantir aos indivíduos a livre busca das suas realizações pessoais. Essa perspectiva de garantir a autonomia privada dos indivíduos, como sucedâneo da sua dignidade, traduz-se, na visão do Min. Luiz Fux, na previsão de que aquele merece do Estado e dos particulares o tratamento de *sujeito* e não de *objeto de direito*.

Vencido o primeiro tópico, o Ministro-relator propõe ao Colegiado a seguinte indagação: *a Constituição Federal sonega aos parceiros homoafetivos, em estado de prolongada ou estabilizada união, o mesmo regime jurídico-protetivo que dela se desprende para favorecer os casais heteroafetivos em situação de voluntário enlace igualmente caracterizado pela estabilidade?*

Vê-se, pois, que para solucionar a questão posta era preciso, antes de tudo, desvendar o conceito jurídico-constitucional de família. Nesse ponto, é possível perceber plena harmonia entre as ideias apregoadas em Plenário. Vejamo-las.

No passado, as famílias formavam-se para fins exclusivos de procriação, dada a imperiosa necessidade de aglutinar mais pessoas nas atividades camponesa e pastoril. Quanto mais membros, maior força de

trabalho, mais riqueza seria possível extrair da terra. Essa visão, por óbvio, repercutia na vida íntima, tornando o matrimônio a pedra de toque do conceito de família.

Esse modelo, todavia, sofreu profundas mudanças com a virada industrial, o que, por outro lado, não impediu a permanência de resquícios dessa visão tradicional sobre as legislações no mundo todo. No caso do Brasil, o Código Civil de 1916 atribuía efeitos jurídicos somente à família tradicional, consumada pelo matrimônio entre homem e mulher, em vínculo indissolúvel¹⁴. Os relacionamentos fora desse arranjo estavam fadados à *invisibilidade jurídica*, destaca o Min. Marco Aurélio.

Essa situação repercutia também no plano constitucional. Consoante infere o Min. Ricardo Lewandowski, em seu voto, tanto a Constituição de 1937, quanto as seguintes de 1946 e 1967, também fazendo parte desse grupo a Emenda Constitucional nº 1/1969, todas vinculavam a *família* à constituição do *casamento*. A vigente Carta Republicana, entretanto, assim não o fez. Consoante o respectivo art. 226, “a *família*, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. E só.

Essa mudança de paradigma foi muito bem observada pelo Min. Ayres Britto, quando deduziu: “se, na Carta Política vencida, toda a ênfase protetiva era para o casamento, visto que ele açambarcava a família como entidade, agora, na Constituição vencedora, a ênfase tutelar se desloca para a instituição da família mesma”.

Fala-se, então, que a Constituição de 1988 é o marco divisor no conceito de família: antes dela, família era só aquela resultante do casamento; depois, com seu viés democratizador, admite-se o reconhecimento de outras formas familiares, fruto do *afeto* entre os partícipes¹⁵.

14 Ao discorrer sobre a evolução legislativa do direito das famílias, preceitua a Professora Maria Berenice Dias: “O Código Civil anterior, que datava de 1916, regulava a família do início do século passado, constituída unicamente pelo matrimônio. Em sua versão original, trazia uma estreita e discriminatória visão da família, limitando-a ao grupo originário do casamento. Impedia sua dissolução, fazia distinções entre seus membros e trazia qualificações discriminatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessas relações”. (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 30.)

15 Com a perspicácia que lhe é peculiar, discursa o Min. Marco Aurélio: “Revela-se, então, a modificação paradigmática no direito de família. Este passa a ser o direito ‘das famílias’, isto é, das famílias plurais, e não somente da família matrimonial, resultante do casamento. Em

Nesse amplo espectro sobre o qual foi construído o ideal de família, o voto vencedor reconhece esse instituto como entidade “*privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica*”.

Dentro dessa perspectiva, advoga que “*a nossa Carta Magna não emprestou ao substantivo ‘família’ nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas*”.

Eventual distinção promovida entre as uniões heterossexuais e as uniões sexuais não resistiria ao teste da *isonomia*¹⁶. A bem da verdade, somente seria possível conferir tratamento diferenciado entre essas entidades familiares se subsistisse razão jurídica suficiente para o ser. Mas neste caso não há.

Compartilha com essa visão o Min. Luiz Fux. Ao longo de seu arrazoado, questiona se existe alguma distinção *ontológica* entre as uniões estáveis, heteroafetivas, e as uniões homoafetivas. Sem titubear responde que nada as distingue. Conclui, então, que “*se, ontologicamente, união estável (heterossexual) e união (estável) homoafetiva são simétricas, não se pode considerar apenas a primeira como entidade familiar*”. Continua: “*impõe-se, ao revés, entender que a união homoafetiva também se inclui no conceito constitucionalmente adequado de família, merecendo a mesma proteção do Estado de Direito que a união entre pessoas de sexos opostos*”.

A partir dessa interpretação *não reducionista* sobre o vocábulo *família*, presente no *caput* do art. 226, da Constituição Federal, é que o Rela-

detrimento do patrimônio, elegeram-se o amor, o carinho e a afetividade entre os membros como elementos centrais de caracterização da entidade familiar. (...) Abandonou-se o conceito de família enquanto ‘instituição-fim em si mesmo’, para identificar nela a qualidade de instrumento a serviço da dignidade de cada partícipe (...)”.

16 Para melhor entender a questão, preciosas as palavras do douto Daniel Sarmento, para quem “*a ideia de igualdade no Estado Democrático de Direito não se resume à isonomia formal. Numa sociedade que se pretende inclusiva, é fundamental construir e aplicar o Direito de modo a promover, no plano dos fatos, a igualdade real entre as pessoas, reduzindo os desníveis sociais e de poder existentes. Daí exsurge a preocupação especial com os grupos mais vulneráveis, historicamente subjugados na vida social, como os afrodescendentes, os pobres e os homossexuais. A proteção efetiva dos direitos fundamentais dos integrantes destes grupos é tarefa essencial para a construção de uma sociedade livre, justa, solidária e plural, de acordo com o generoso projeto do constituinte*”. (SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 132/133).

tor da ADIN 4.277 e da ADPF 132 pretende compreender os dispositivos em que o capítulo VII daquela Carta se desdobra. Não o inverso, afirma.

Muito se fala que a redação do art. 226, §3º, ao mencionar apenas a *relação estável constituída entre o homem e a mulher*, teria barrado a possibilidade do reconhecimento da união homoafetiva no Brasil. Essa não foi a interpretação dada pela mais alta Corte do país.

Imbuídos pelo hodierno significado de família, os Ministros não identificaram no indigitado artigo constitucional qualquer *lacuna voluntária* ou *silêncio eloquente* de forma a desprestigiar a entidade familiar formada por parceiros de mesmo sexo. Muito pelo contrário.

A razão para incluir os gêneros naquele preceito, segundo enfatizaram os julgadores, se deu como uma maneira de superar a discriminação que, historicamente, incidira sobre as relações entre homem e mulher que não decorressem do casamento.

Nesse diapasão, o Min. Ayres Britto não identifica, no dispositivo, dicotomia intencional entre a heteroafetividade e a homoafetividade. Por isso, faz um apelo para “*que não se faça uso da letra da Constituição para matar o seu espírito, no fluxo de uma postura interpretativa que faz ressuscitar o mencionado caput do art. 175 da Constituição de 1967/69*”. Paraphrasing Sérgio da Silva Mendes, postula “*que não se separe por um parágrafo (esse de nº 3) o que a vida uniu pelo afeto*”¹⁷.

17 Faz coro a essa posição o Professor Luis Roberto Barroso, quando argumenta: “É certo, por outro lado, que a referência a homem e mulher não traduz uma vedação da extensão do mesmo regime às relações homoafetivas. Nem o teor do preceito nem o sistema constitucional como um todo contém indicação nessa direção. Extrair desse preceito tal consequência seria desvirtuar a sua natureza: a de uma norma de inclusão. (...) Insista-se, para que não haja margem a dúvida: não tem pertinência a invocação do argumento de que o emprego da expressão ‘união estável entre o homem e a mulher’ importa, a contrario sensu, em proibição à extensão do mesmo regime a uma outra hipótese. Tal norma foi o ponto culminante de uma longa evolução que levou à equiparação entre companhia e esposa. Nela não se pode vislumbrar uma restrição - e uma restrição preconceituosa - de direito. Seria como condenar alguém com base na lei de anistia. O Código Civil, por sua vez, contém apenas uma norma de reprodução, na parte em que se refere a homem e mulher, e não uma norma de exclusão. Exclusão que, de resto, seria inconstitucional” (BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais**: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2011/05/Luis-Roberto-Barroso_Unioes-homoafetivas_atualizacao-2011.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2011.

Cumpra ainda mencionar que a jurisprudência mais recente daquele Tribunal aponta no sentido de que as mudanças nas relações fáticas podem – ou, a depender do caso, devem – provocar mudanças na interpretação da Constituição.

Na atividade hermenêutica, não há como descurar da *força normativa dos fatos*, a que se refere Georg Jellinek, sobre a leitura e aplicação dos dispositivos constitucionais¹⁸. Embora seja o membro mais moderno daquela Corte, o Min. Luís Fux já absorveu essa visão, ao afirmar: “se o direito e, sobretudo, a Constituição têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles *tábula rasa*”.

Nesse ambiente de preponderância das situações consolidadas e também a partir do exame detalhado das normas constitucionais, o Supremo Tribunal Federal resolveu conferir ao art. 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.

Ato contínuo, os Ministros logo ressaltaram que o reconhecimento deve ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. Isto é, os julgadores pretenderam não conferir um tratamento mais benéfico aos casais homossexuais, em prejuízo do sistema previsto para a união de pessoas de sexos distintos.

18 *Mutatis mutandis*, emerge o emblemático julgamento da ADI 2.240, na qual o Partido dos Trabalhadores pleiteou a declaração de inconstitucionalidade da Lei baiana nº 7.619/2000, que havia criado o Município de Luís Eduardo Magalhães. Naquela ocasião, o Min. Relator, Eros Grau, teceu as seguintes observações, *in verbis*:

“No caso do Município de Luís Eduardo Magalhães – que existe, de fato, como ente federativo dotado de autonomia municipal, a partir de uma decisão política – estamos diante de uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo, porém instalada pela força normativa dos fatos. (...)”

Atua aqui a força normativa dos fatos /normative Kraft des Faktischen, a que refere Georg JELLINEK, que permite compreender a origem e a existência da ordem jurídica, pois na vida do Estado as relações reais precedem as normas em função delas produzidas]. (...) Criado o Município, passou a existir e agir como ente da federação. Trata-se de um fato. Não se anulam fatos. Um ente da federação assumiu existência [plano da existência] e dessa existência resultaram efeitos jurídicos [plano da eficácia], tal como ocorre no casamento putativo e com as ‘sociedades em comum’ [= sociedades de fato]. Impossível retornarmos no tempo, para anular essa existência, sem agressão à autonomia desse Município e, pois – repito – ao princípio federativo!”

Resta, por último, conhecer da repercussão dessa decisão sobre os demais *Poderes constituídos*. Vem nos auxiliar, nessa tarefa, o art. 102, §2º, da Constituição Federal, em cujo bojo prescreve:

“Art. 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. “

Ao que se vê, o art. 28, parágrafo único, da Lei federal nº 9.868/99, também veicula esse entendimento, prevendo que as declarações de constitucionalidade e de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública federal, estadual e municipal¹⁹.

O Estado de São Paulo, como um dos destinatários desses dispositivos, precisará atender ao que restou assentado naquele Tribunal Constitucional.

É preciso, pois, voltar a examinar o art. 8º, da Lei nº 452/74 (alterada pela LC nº 1.013/2007), dessa vez aplicando a interpretação conferida pelo Supremo no julgamento das ações constitucionais.

A indigitada norma estadual permite a habilitação como dependente do militar do companheiro ou da companheira, na constância da união estável. Tratando-se de instituto afeto ao direito civil e cumprindo tão só à

19 Embora claros em seu conteúdo, ambos os dispositivos são analisados pelo Professor Gilmar Ferreira Mendes, anotando: “Proferida a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei objeto da ação declaratória, ficam os tribunais e órgãos do Poder Executivo obrigados a guardar-lhe plena obediência. Tal como acentuado, o caráter transcendente do efeito vinculante impõe que sejam considerados não apenas o conteúdo da parte dispositiva da decisão, mas também a norma abstrata que dela se extrai, isto é, a proposição de que determinado tipo de situação, conduta ou regulação - e não apenas aquela objeto do pronunciamento jurisdicional - é constitucional ou inconstitucional e deve, por isso, ser preservado ou eliminado”. (MENDES, Gilmar Ferreira. et al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1223).

União legislar sobre o tema²⁰, a noção de união estável tem no art. 1.723, do Código Civil (e também na Constituição), o seu fundamento de validade.

Por isso, a aplicação do inc. I, do art. 8º, da Lei nº 452/74 passa necessariamente pela nova inteligência extraída do art. 1.723 do diploma civil.

Em face disso, o conceito de *união estável* veiculado na legislação previdenciária estadual abrangerá não apenas a entidade familiar constituída entre homem e mulher, mas também a união (quando estável) formada por indivíduos do mesmo sexo.

Por outro lado, reiterando as observações antes declinadas, há que se recordar que o reconhecimento da união homoafetiva como união estável traz não apenas os benefícios legais e constitucionais dessa equiparação, mas também os respectivos “ônus” dessa escolha.

Assim sendo, o pretense reconhecimento não prescindirá de comprovação, pelos meios legais admitidos, da existência de convivência contínua, duradoura e estabelecida com o propósito de constituição de entidade familiar.

Na espécie, apesar de a LC nº 1.013/2007 não enumerar os requisitos aptos a reconhecer uma união estável, remeteu essa atribuição a uma *norma secundária*. Fora, então, editado o Decreto estadual nº 52.860/2008, em cujo bojo restou disciplinado o procedimento hábil à comprovação daquela entidade familiar²¹.

20 Constituição Federal. “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;(...).”

21 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 o(a) companheiro(a) como beneficiário(a); XIV - registro em associação de classe onde conste o(a) 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. “

Uma vez atendidas as condições previstas na norma complementar, será possível inscrever o companheiro homossexual no rol de dependentes legais.

Por tudo o que restou exposto, em nome dos princípios constitucionais da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, é possível concluir pela viabilidade de inscrever companheiro do mesmo sexo na qualidade de dependente da pensão por morte instituída com o óbito de contribuinte militar, no âmbito do Estado de São Paulo, desde que configurada, na espécie, uma relação contínua, pública e duradoura, que observe o procedimento previsto em norma regulamentar própria.

Bibliografia

BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil.** Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2011/05/Luis-Roberto-Barroso_Unioes-homoafetivas_atualizacao-2011.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2011

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** 2. ed. Editora: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

MENDES, Gilmar Ferreira. et al. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de direito constitucional.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

