

SERVIDORES PÚBLICOS E A HOMOAFETIVIDADE: A EQUIPARAÇÃO DE DIREITOS NA ESFERA ADMINISTRATIVA

PUBLIC SERVANTS AND THE GAY MARRIAGE THE
EQUAL RIGHTS AT THE ADMINISTRATIVE LEVEL

Renato Souza Oliveira Junior
Advogado da União, Coordenador-Geral de Direito Administrativo no MRE
e mestre em Direito pelo UniCEUB.

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Conceito Constitucional de Família; 2 A Posição dos Tribunais Brasileiros; 3 A Posição Firmada no Âmbito da Advocacia-Geral da União; 4 Alguns requisitos para reconhecimento de União Estável Homoafetiva; 5 Exemplo: Direito de Transporte; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem o escopo de discutir o reconhecimento da união estável homoafetiva no âmbito da Administração Pública. A noção de família vem mudando rapidamente. O casamento e a união estável entre pessoas de sexos diferentes já não refletem a realidade. O art. 226, §3º, da Constituição deve ser interpretado como norma inclusiva e não-discriminatória, de modo a comportar as famílias decorrentes de união estável homoafetiva. Nesse passo, resta à Administração Pública reconhecer ex officio os direitos decorrentes dessas relações, sobretudo aqueles previstos na legislação estatutária e demais disposições concernentes aos servidores públicos.

PALAVRAS-CHAVES: Família. União Estável Homoafetiva. Igualdade. Reconhecimento Administrativo.

ABSTRACT: The present article's scope is to discuss the recognize of the gay marriage under the Public Administration. The notion of family has been changing quickly. The marriage and the stable union between straight people do not reflect reality. The article 226, §3º, of the Constitution must be interpreted as non-discriminatory law, in order to include families originated from non-married couples. Rather, the Public Administration has no alternative but recognize ex officio the rights arisen of these relationships, particularly those establishments in statutory law and others applicable to public servants.

KEY-WORDS: Family. Gay Marriage. Equality. Official Recognition.

INTRODUÇÃO

A questão da homoafetividade ainda gera inúmeras discussões no Direito. O assunto, contudo, não é apenas jurídico. Sua polêmica repercute na sociedade civil, adquirindo conotações culturais e, sobretudo, religiosas. Mesmo assim, o intérprete e o aplicador do Direito devem ter a coragem de reconhecer a união estável homoafetiva para o fim de conferir aos servidores públicos nessa situação os mesmos direitos previstos aos servidores em união estável heteroafetiva.

Para isso, em muitos casos previstos na legislação infraconstitucional concernentes aos direitos dos servidores públicos, não é sequer necessária lei ou regulamento. Quer-se dizer que muitos desses direitos perpassam diretamente pelo conceito de família. Ou seja, ao se definir “família” estaremos definindo aqueles direitos dos servidores, dos seus cônjuges, companheiros, companheiras e dependentes. E adiantamos: o § 3º do art. 226 da Constituição Federal será entendido como regra de inclusão e não de exclusão.

O presente artigo está dividido cinco tópicos: (1) o conceito constitucional de família; (2) a posição dos Tribunais brasileiros; (3) a posição firmada no âmbito da Advocacia-Geral da União; (4) os requisitos para o reconhecimento administrativo da união estável homoafetiva; e (5) exemplo: direito de transporte. Essa sistemática permite uma visão resumida do assunto e, por isso, pode ser utilizada no âmbito administrativo para análise de alguns casos concretos.

Desse modo, ainda que sucintamente, devemos firmar um conceito constitucional de família. Veremos que, a partir do conceito obtido, diversos direitos previstos para servidores casados ou em união estável heteroafetiva poderão ser estendidos aos servidores em união estável homoafetiva.

1 O CONCEITO CONSTITUCIONAL DE FAMÍLIA

A questão se mostra tormentosa, dividindo a doutrina, a jurisprudência e a sociedade. Na Constituição de 1988 (art. 226, caput, da CF/88), a família é a unidade política básica da organização social. “Compreendida como um fato natural, inexistiu a preocupação do parlamentar de definir sua estrutura, antes a naturalidade da noção de família”¹.

1 DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual. O preconceito e a Justiça*. 2. ed. rev e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 74, 2001.

A finalidade essencial da família era sua continuidade. A família tinha um perfil patriarcal e hierarquizado e só era legítima por meio do casamento; ou seja, aquela que era resultante da união informal, por convivência, era considerada ilegítima. Mas, as características da família moderna mudaram. “O seu principal papel é de suporte emocional do indivíduo, em que há flexibilidade e, indubitavelmente, mais intensidade no que diz respeito a laços afetivos”².

O maior preconceito contra o reconhecimento da família homoafetiva provém das religiões. Na obstante, o abrandamento da relação entre Estado e Igreja acarretou substancial “evolução social e mutação do próprio conceito de família, que se transformou em verdadeiro caleidoscópio de relações que muda no tempo de sua constituição e se consolida a cada geração”³. Por isso, hoje, o conceito de família não pode estar circunscrito ao critério religioso ou ainda puramente biológico. Leciona Barroso que o “mais relevante não é a occasio legis, a conjuntura em que editada a norma, mas a ratio legis, o fundamento racional que a acompanha ao longo de toda sua vigência. Este é o fundamento da interpretação evolutiva”⁴.

Antes da Constituição de 1988, a discussão que pairava na doutrina, na jurisprudência e na sociedade em geral atinha-se ao reconhecimento da união estável entre homem e mulher como entidade familiar. Com a atual Constituição prevaleceu a tese que reconhecia a união estável como entidade familiar, conforme se depreende do art. 226, §3^o⁵. Este é o mesmo preceito que vem justificar a inclusão da união estável homoafetiva entre os exemplos de entidades familiares. Sobre isso, Barroso ensina:

A regra do art. 226, § 3^o da Constituição, que se refere ao reconhecimento da união estável entre homem e mulher, representou a superação da distinção que se fazia anteriormente entre o casamento e as relações de companheirismo. Trata-se de norma inclusiva, de inspiração anti-discriminatória, que não deve ser interpretada como norma excludente e discriminatória,

2 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, p. 38, 2006.

3 Ibidem.

4 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, p. 145, 2004.

5 Art. 226 [..] § 3^o - 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.

voltada a impedir a aplicação do regime da união estável às relações homoafetivas.⁶

O reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar é decorrência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, §3º, CF/88). E como “mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais”⁷, a dignidade da pessoa humana deve ser observada pelo intérprete na análise do art. 226, §3º, da CF/88. Daí, Barroso acrescenta:

[...] a Constituição não comporta uma leitura homofóbica, deslegitimadora das relações de afeto e de compromisso que se estabelecem entre indivíduos do mesmo sexo. A exclusão dos homossexuais do regime de união estável significaria declarar que eles não são merecedores de igual respeito, que seu universo afetivo e jurídico é de “menos-valia”: menos importante, menos correto, menos digno.⁸

Outro princípio constitucional que merece especial atenção na interpretação do art. 226, §3º, da CF/88 é o princípio da igualdade (art. 5º, caput, da CF/88). Este é um dos princípios basilares do nosso ordenamento jurídico, voltado tanto para o legislador quanto para o aplicador do Direito. Trata-se de proibir discriminações e diferenciações arbitrárias entre as pessoas. Podemos encontrar no Supremo Tribunal Federal importante julgado sobre o assunto:

O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é – enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica – suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei; e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada

6 BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas Iguais: O Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil*. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais.pdf>>. Acesso em 7.1.2011.

7 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. atualizada até a EC n.º 53/06. São Paulo: Atlas, p. 16, 2007.

8 BARROSO, op. cit.

ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade.⁹

Como dito neste decisum, o princípio da igualdade é autoaplicável e de observância vinculada e incondicional em todas as manifestações do Poder Público. Ao avaliar os direitos dos servidores, sobretudo nos casos de união estável homoafetiva, a Administração Pública deverá assegurar a “igualdade perante a lei”, pela qual não poderá subordinar a norma a critérios que ensejem tratamentos discriminatórios. Wolfgang Sarlet interpreta o art. 5º, §1º, da CF/88 como norma de otimização de eficácia dos direitos fundamentais. Assim, o direito fundamental à igualdade deve ser autoaplicável no âmbito da Administração Pública, de modo a reconhecer a existência de família às uniões estáveis homoafetivas. Segundo o autor:

[...] em nosso direito constitucional, o postulado da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais (art. 5º, §1º, da CF) pode ser compreendido como um mandado de otimização de sua eficácia, pelo menos no sentido de impor aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhes, nos termos desta aplicabilidade, a maior eficácia possível.¹⁰

Por isso, não se pode dizer que tal preceito está adstrito ao legislador, estando a Administração Pública desvinculada do teor do art. 5º, §1º, da CF/88. Os direitos fundamentais “vinculam os órgãos administrativos em todas as suas formas de manifestação e atividades, na medida em que atuam no interesse público, no sentido de um guardião e gestor da coletividade”¹¹.

Comparato, ao tratar do teor do princípio da igualdade insculpido na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, ressalta: “O pecado capital contra a dignidade humana consiste, justamente, em considerar e tratar o outro inferior, sob pretexto da diferença de etnia,

9 STF. **MI 58**, Rel. p/ o ac. Min. Celso de Mello, julgamento em 14-12-1990, Plenário, *DJ* de 19-4-1991.

10 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 366, 2010.

11 *Ibidem*, p. 369.

gênero, costumes ou fortuna patrimonial”¹². Violar a igualdade em razão da opção sexual consiste, nesse passo, em ofensa à dignidade da pessoa humana. Comparato ainda acrescenta que assegurar a igualdade de direitos às minorias (e os casos de uniões estáveis homoafetivas é, em tese, minoritária) é uma tendência mundial, o que se pode notar com a redação do artigo I-2º da Constituição da União Européia, verbis:

A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de Direito e do respeito dos direitos, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre mulheres e homens.¹³

Não há como interpretar normas sem possibilitar a maior eficácia possível dos direitos fundamentais. Não adotar os mesmos parâmetros de reconhecimento e de defesa aplicável às uniões estáveis heteroafetivas nos casos de uniões estáveis homoafetivas é conduta contrária aos vetores mais básicos de nosso constitucionalismo. Então, o conceito de família demanda interpretação conforme a dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade, não se admitindo distinções em razão da orientação sexual das pessoas.

A Lei Maria da Penha é um exemplo de importante conquista nacional em defesa das mulheres e, desse modo, da própria família. Seguindo a tendência mundial, o novel conceito de entidade familiar dado pela Lei nº 11.340/2006, constante no inciso II do art. 5º c/c o parágrafo único, é clara ao enunciar que a proteção estatal independe da orientação sexual das pessoas. Conforme dispõe:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

12 COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, p. 229, 2007.

13 *Ibidem*.

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. (grifo nosso)

Ora, a Lei Maria da Penha é clara ao firmar um conceito de família (“comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”), assim como de enfatizar que a proteção conferida por ela “independe da orientação sexual”. Ou seja, todas as espécies de família, inclusive a homoafetiva, estão protegidas pela Lei Maria da Penha. Implica reconhecer que já há em nível legal definição de entidade familiar que comporte as uniões estáveis homoafetivas.

Outras normas infralegais têm apontado na mesma direção. A Instrução Normativa n.º 25 de 07/06/2000, não obstante ser fruto de determinação judicial, regulamenta os procedimentos com vista à concessão de benefício ao companheiro ou companheira homossexual. A Resolução n.º 5 de 2009, do Conselho de Educação dispõe sobre a inclusão do nome social de travestis e transexuais nos registros. A Portaria n.º 1.707/2008 do Ministério da Saúde institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, o processo transexualizador, a ser implantado nas unidades federadas, respeitadas as competências das três esferas de gestão etc.

No âmbito da Administração Pública, o aplicador da Constituição, diante de requerimentos administrativos de reconhecimento de direitos àqueles em união estável homoafetiva, ao construir soluções para as questões jurídicas, deve buscar sua eficácia integradora. Ou seja, deve preferir “àqueles critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração social e a unidade política”, pois, a produção e a manutenção da coesão sociopolítica é condição de viabilidade de qualquer sistema jurídico¹⁴.

Portanto, o conceito constitucional de família deve superar as barreiras biológicas e religiosas. O entendimento mais acertado demanda o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo como

14 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, p. 178, 2010.

família, para todos os fins de direitos. Disso decorrerá incontestemente integração social. E mais, parece-nos fora de dúvidas a possibilidade de aplicação direta das normas constitucionais, v.g., o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III) e da igualdade (art. 5º, caput), bem como de outros também relevantes, como da vedação de discriminações odiosas (art. 3º, IV), da liberdade (art. 5º, caput) e da segurança jurídica de modo a fundamentar o reconhecimento de direitos nos casos de homoafetividade.

2 A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

A polêmica do tema repercute ainda nos tribunais brasileiros. Há diversas decisões sobre o assunto num e noutro sentido. Contudo, a maioria delas tem acatado a tese de que a união estável homoafetiva é entidade familiar e deve ser tratada sob os mesmos critérios da união estável entre homem e mulher.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região reconheceu legitimidade do Ministério Público para ação civil pública cujo conteúdo principal foi possibilitar a inscrição de companheiros homossexuais como dependentes no Regime Geral de Previdência Social. Para isso, o TRF da 4ª região assentou que em sua jurisprudência que:

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.¹⁵

No mesmo sentido, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região afirmou haver o “direito fundamental da relação homoafetiva”, fundado no Estado Democrático, bem como no princípio da cidadania e da dignidade da pessoa humana, “tendo como objetivo fundamental construir uma sociedade justa, livre e solidária, bem como promover

15 TRF 4ª Região. APELAÇÃO CÍVEL N.º 2000.71.00.009347-0/RS; Rel. Des. Federal JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA CONSTITUCIONAL.

o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”¹⁶.

No Tribunal Regional Federal da 2ª Região podemos encontrar decisões no mesmo sentido das anteriores¹⁷. O Tribunal Regional da 3ª Região já decidiu que

Embora a Constituição da República impeça o reconhecimento de casamento ou união estável *stricto sensu* entre pessoas do mesmo sexo, e portanto sociedade conjugal, incorre em grande salto indutivo quem dessa premissa conclui que da união homoafetiva não pode resultar família que mereça a proteção do Estado (CF, art. 226).¹⁸

No âmbito dos Tribunais Superiores há diversas decisões ratificando aquelas postas nos Tribunais Regionais Federais. O Superior Tribunal de Justiça vem firmando sua jurisprudência no sentido de que a união estável homoafetiva se equipara à união estável entre homem e mulher. Demonstrada a convivência, entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, haverá, por consequência, o reconhecimento de tal união como entidade familiar, com a respectiva atribuição dos efeitos jurídicos dela advindos. Com base na analogia, o STJ entende que:

*[...] legitimada está juridicamente a união de afeto entre pessoas do mesmo sexo, para que sejam colhidos no mundo jurídico os relevantes efeitos de situações consolidadas e há tempos à espera do olhar atento do Poder Judiciário. – Comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente de receber benefícios previdenciários decorrentes do plano de previdência privada no qual o falecido era participante, com os idênticos efeitos operados pela união estável.*¹⁹ (grifos do original)

16 TRF 1ª Região. APELAÇÃO CÍVEL N.º 0014218-70.2007.4.01.3800/MG; Rel. Des. Federal ÂNGELA MARIA CATÃO ALVES.

17 Vide TRF 2ª Região. APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO N.º 2008.51.01.009157-6/RJ; Rel. Juíza Federal Convocada MARIA ALICE PAIM LYARD.

18 TRF 3ª Região. PELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO N.º 1480312/SP. Rel. Des. HENRIQUE HERKENHOFF.

19 STJ. REsp n.º 1026981/RJ; Rel. Min. NANCY ANDRIGHI; DJ 4.2.2010.

Em julgado anterior, o STJ já havia assentado: “a relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica²⁰.”

Se não bastasse, inclusive no Tribunal Superior Eleitoral podemos encontrar decisões reconhecendo a relação estável homossexual como entidade familiar para efeitos da legislação eleitoral. Desse Tribunal Superior, destacamos o seguinte decism:

EMENTA DO JULGADO: REGISTRO DE CANDIDATO. CANDIDATA AO CARGO DE PREFEITO. RELAÇÃO ESTÁVEL HOMOSSEXUAL COM A PREFEITA REELEITA DO MUNICÍPIO. INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal.²¹

Já no Supremo Tribunal Federal não há, ainda, decisão expondo sua orientação final quanto ao alcance do art. 226, §3º, da CF/88. Contudo, na ADI Nº 3300, o relator Min. Celso de Mello, reconhecendo a necessidade de discutir o tema – reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar – registrou:

Concluo a minha decisão. E, ao fazê-lo, não posso deixar de considerar que a ocorrência de insuperável razão de ordem formal (esta ADIN impugna norma legal já revogada) torna inviável a presente ação direta, o que me leva a declarar extinto este processo (RTJ 139/53 – RTJ 168/174-175), ainda que se trate, como na espécie, de processo de fiscalização normativa abstrata (RTJ 139/67), sem prejuízo, no entanto, da utilização de meio processual adequado à discussão, “in abstracto” – considerado o que dispõe o art. 1.723 do Código Civil –, da relevantíssima tese pertinente ao reconhecimento, como entidade familiar, das uniões estáveis homoafetivas.

A tese de que a união estável homoafetiva é entidade familiar para todos os fins de direito, sendo equiparada à união estável entre pessoas de sexos diferentes será a posição a ser ratificada no âmbito de todos os Tribunais brasileiros. Mas, para isso, deve ser exigida da união homoafetiva os mesmos requisitos exigidos à união estável entre homem e mulher.

20 STJ. REsp n.º 238.715, RS; Relator Ministro Humberto Gomes de Barros; DJ 2.10.06.

21 TSE. REE N.º 24.564/PA; Relator Min. GILMAR FERREIRA MENDES; DJ 1/10/2004.

3 A POSIÇÃO FIRMADA NO ÂMBITO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

A Advocacia-Geral da União, enquanto instituição de representação judicial e extrajudicial da União, cabendo-lhe ainda as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo (art. 131 da CF/88) tem importante papel na definição dos direitos dos servidores públicos.

No âmbito judicial, em todas as manifestações endereçadas ao Supremo Tribunal Federal (ADPF nº 132, ADIn nº 3.300 e ADIn nº 4.277), a AGU tem se pronunciado a favor do entendimento que permite, sob o atual quadro jurídico-constitucional a proteção legal, com os efeitos daí decorrentes, da união estável entre pessoas do mesmo sexo. A premissa adotada aduz que a Constituição não proíbe que se estendam às pessoas homossexuais, os mesmos direitos deferidos às pessoas com orientação heterossexual.

No âmbito do consultivo, o Advogado-Geral da União, ministro Luís Inácio Lucena Adams, aprovou, mediante despacho de 1º de junho de 2010, o Parecer nº 38/2009/RM/DENOR/CGU/AGU, que reconhece a união estável homoafetiva para o pagamento de benefícios previdenciários²².

Esse parecer considerou que a Constituição Federal de 1988 não impede a união estável de pessoas do mesmo sexo, por não ser discriminatória. O Texto Maior caminhou no sentido contrário, garante a dignidade da pessoa humana, a privacidade, a intimidade e proíbe qualquer discriminação, seja de sexo, raça e orientação sexual. Assim, não podem normas infraconstitucionais violarem direitos fundamentais expressos em seu texto. Contudo, em face da complexidade do tema, essa posição limitou-se ao reconhecimento da união estável homoafetiva aos casos de benefícios previdenciários.

Mesmo diante dessa limitação de efeitos, as premissas permaneçam válidas e aplicáveis. Isto é, a AGU, através de seu dirigente maior, também no âmbito extrajudicial, ratificou a posição de que a união estável homoafetiva é espécie de entidade familiar.

Isso é particularmente importante porque, conforme dispõe a Lei Complementar n.º 73/1993 nos arts. 4º, X, e 11, III, compete ao Advogado-

22 Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=145288&id_site=3>. Acesso em: 18 jan. 2011.

Geral da União e às Consultorias Jurídicas “fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos”.

Assim, caso o membro da AGU, no âmbito do consultivo, se depare com requerimento administrativo de servidor público em união homoafetiva pretendendo obter os mesmos direitos conferidos aos servidores públicos em união estável com pessoa de sexo diferente, a resposta poderá ser positiva. Tal orientação em nada contraria o ordenamento jurídico. Em verdade, ela está vinculada à missão constitucional de assessoria extrajudicial da Administração Pública, ao fixar a interpretação da Constituição, das leis e dos demais atos normativos.

Mas isso não é tudo. O interprete deve ter em mente que se reconhece a união estável homoafetiva. Dessa forma, ainda é necessário apresentarmos alguns requisitos que podem qualificar uma relação homoafetiva como união estável.

4 ALGUNS REQUISITOS PARA RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA

O Código Civil de 2002, corrigindo a omissão do Código Civil de Beviláqua (1916), regula a união estável nos arts. 1.723 a 1.726. As características da união estável, como entidade familiar, são: convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família. O elemento objetivo, externo, é a convivência, a vida em comum, de forma notória e durante um tempo mais ou menos longo (variará conforme o caso concreto). O elemento subjetivo, interior, é o conteúdo finalístico do relacionamento: a constituição de uma família.

Para que seja reconhecido direito estatutário ou qualquer outro previsto na legislação específica ao companheiro ou dependente homoafetivo de servidor público, a exemplo de pensão por morte, direito de despesas com transporte nos casos de remoção de ofício, seguro de saúde etc., ele deverá demonstrar a existência de união estável, da mesma forma que nos casos de união estável entre pessoas de sexos diferentes. Para isso, alguns documentos podem ser exigidos, como:

- a) declaração registrada em cartório de união estável;
- b) prova de mesmo domicílio, prova de encargos domésticos evidentes e existência de sociedade ou comunhão dos atos da vida civil;

- c) procuração ou fiança reciprocamente outorgada;
- d) conta bancária conjunta;
- e) registro em associação de qualquer natureza, onde conste o interessado como dependente do servidor; etc.

Assim, é importante salientarmos que os tribunais têm reconhecido à união homoafetiva nos casos em que demonstrada a convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família. Fora dessas hipóteses, não há que se falar em extensão ou reconhecimento de direitos na homoafetividade.

5 EXEMPLO: DIREITO DE TRANSPORTE

Como o tema pensão por morte de servidor público vem sendo reconhecido regularmente na seara administrativa, optamos por tomar como exemplo o direito de transporte de servidor público nas remoções *ex officio*. O servidor designado para missão em local diverso da sua sede tem direito ao seu transporte e, quando couber, ao de seus dependentes e empregado doméstico, aos custos da União, providenciado pelo Ministério ou órgão responsável pelo deslocamento (art. 26 do Decreto n.º 71.733/73). Tal entendimento decorre do teor do art. 28 da Lei n.º 5.809/1972 e do §1º do artigo 53 da Lei n.º 8.112/90. Este último dispositivo assinala que “correm por conta da administração as despesas de transporte do servidor e de sua família, compreendendo passagem, bagagem e bens pessoais”.

Temos, assim, que a regra é o custeio direto do transporte do servidor e de sua família pela Administração. Das Leis n.ºs 5.809/1972 e 8.112/1990 não identificamos qualquer norma que exclua, expressamente, os companheiros ou companheiras membros de união estável homoafetiva daqueles que podem ser tidos como “dependentes” ou “família”, para fins do custeio de transporte pela Administração Pública. Nessa medida, o benefício decorre diretamente do conceito de família esposado linhas atrás.

É nessa medida que defendemos que alguns dos direitos previstos na legislação estatutária ou em outros preceitos legais e normativos não demandam lei ou regulamento específico que inclua os casos de união estável homoafetiva. O reconhecimento do direito, como no caso do transporte, decorre exclusivamente na noção firmada sobre entidade familiar. Por

isso, nesse caso e noutros semelhantes, devemos entender a união estável homoafetiva como exemplo de família, para o fim de reconhecer direitos aos servidores públicos e seus respectivos familiares e dependentes.

6 CONCLUSÃO

Já é hora de deixarmos os preconceitos fora da interpretação jurídica e passarmos a encarar a nova realidade social, sobretudo aquela que perpassa pela nova dinâmica da família. A Constituição, norma suprema dos Estados contemporâneos, busca uma sociedade fraterna, plural e sem preconceitos. Democrática e cidadã, a Constituição de 1988 prima pela dignidade da pessoa humana e pelo princípio da igualdade. Nesse passo, não há que se falar em uma Lei preconceituosa, que retire de sua guarida as pessoas que unidas por laços de afeto, reconheçam-se mutuamente como família, mas com única peculiaridade de serem pessoas do mesmo sexo.

O conceito união estável posto no art. 226, §3º, da CF/88 é inclusivo. Engloba tanto as uniões estáveis heteroafetivas como as homoafetivas. Contudo, para ambas as situações, devemos exigir a comprovação da convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família.

É nesse sentido que caminha a melhor posição doutrinária e jurisprudencial. No âmbito Administração, a interpretação da AGU, instituição incumbida constitucionalmente de assessorar o Poder Executivo e de fixar a interpretação da Constituição, leis e demais atos normativos também vem se posicionando em favor do reconhecimento da união estável homoafetiva.

Contudo, não pregamos que o interprete pode estender direitos aos servidores públicos e aos seus respectivos familiares e dependentes sem previsão legal. Não é isso. Nossa posição é de que esta previsão já existe, mas demanda uma leitura conglobada da legislação ordinária com o conceito constitucional de família. Isso porque muitas das situações postas à análise administrativa demandarão apenas a compreensão do que o Texto Maior engloba como entidade familiar e, nessa medida, restará ao interprete reconhecer que a Constituição não deve ser interpretada como norma excludente e discriminatória. A família é muito mais do que uma relação biológica, é base da sociedade, e como tal deve contar especial proteção do Estado.

Desse modo, reconhecer a união estável homoafetiva administrativamente para todos os fins de direito é posição que se coaduna com os princípios democrático, da dignidade da pessoa humana, da igualdade e com o insculpido no art. 226 da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS.

BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas Iguais: O Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil*. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais.pdf>>. Acesso em: 7.1.2011.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006.

_____. *União Homossexual. O preconceito e a Justiça*. 2. ed. rev e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. atualizada até a EC n.º 53/06. São Paulo: Atlas, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.