

Ofício GBP nº 146, de 8 de abril de 2005

PAULO ROBERTO SOARES MENDONÇA * **

Representação por Inconstitucionalidade nº 20/2005

Processo nº 0033306-82.2005.8.19.0000 (2005.007.00020)

Representante: Edino Fialho Fonseca

Representados: Município do Rio de Janeiro e Câmara Municipal
do Rio de Janeiro

* Procurador do Município do Rio de Janeiro.

** Autor da minuta de informações subscrita pelo Sr. Prefeito do Município do Rio de Janeiro, nos termos do Processo administrativo nº 11/010.065/2005.

Ofício GBP nº 146

Rio de Janeiro, 08 de abril de 2005.

Ref.: Representação de inconstitucionalidade nº 20/2005 órgão Especial

Excelentíssimo Relator Desembargador Paulo L. Ventura,

Em resposta ao Ofício SETOE -893/05, recebido em 23 de março do presente ano, tenho a honra de dirigir-me a V. Exa., a fim de prestar as informações solicitadas,

DOS FATOS

Trata-se de Representação de Inconstitucionalidade proposta pelo Sr, Deputado Estadual Édino Fialho Fonseca contra a disposição contida no art. 2º, § 2º da Lei Municipal nº 3.344, de 28.12.2001, que "disciplina o regime próprio de previdência e assistência dos servidores públicos do Município do Rio de Janeiro e dá outras providências". O referido dispositivo está redigido nos seguintes termos:

AO EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PAULO L. VENTURA DO ÓRGÃO ESPECIAL DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Art. 2º

§ 2º Considera-se igualmente dependente para efeito do disposto nesta Lei, a pessoa que mantenha união estável com outra pessoa do mesmo sexo, que seja servidor 011 servidora do Município.

O autor da representação alega que tal dispositivo seria inconstitucional por violar o art. 46 da Constituição Estadual, que reproduz disposição do art. 226, § 3º da Constituição da República, que institui como requisito da união estável a diversidade de sexo entre os conviventes.

Também o art. 22, I da Carta da República estaria sendo descumprido pelo

dispositivo legal representado, pois a legislação municipal estaria "modificando conceitos próprios do Direito Civil", matéria privativa de legislação federal.

Segundo o representante, estaria ocorrendo ainda o desatendimento aos arts. 284, § 1º e 285 da Carta Estadual, uma vez que estaria sendo criado benefício previdenciário sem fonte de custeio.

Por fim, ainda é alegada a existência de vício de iniciativa, porque a disposição representada foi inserida no texto legal no curso da tramitação do Projeto, que deu origem à Lei nº 3.344/01.

DO DIREITO

DA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Cabe inicialmente destacar que é descabida a alegação de violação ao art. 22, I da Constituição Federal, em sede de representação constitucionalidade de lei municipal.

Como se sabe, as leis municipais somente podem ser objeto de controle concentrado de constitucionalidade em face da Cada Estadual e não em face da Constituição da República.

Por tal razão, requer seja desconsiderado o fundamento de inconstitucionalidade do dispositivo da Lei nº 3,344, apresentado na inicial, com suporte apenas em texto constitucional federal.

DA INEXISTÊNCIA DAS DEMAIS INCONSTITUCIONALIDADES ALEGADAS

O dispositivo ora representado não viola qualquer disposição da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, mas em realidade dá cumprimento aos princípios nela contidos, como em seguida será demonstrado.

De fato, o dispositivo representado utiliza a expressão união estável para qualificar o vínculo familiar existente entre pessoas do mesmo sexo, enquanto o art. 46 da Constituição Estadual (correspondente ao art. 226, § 3º da Constituição Federal) dispõe literalmente que "é reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher e a comunidade formada por pai, mãe ou qualquer dos ascendentes ou descendentes" (grifou-se).

Uma interpretação literal de tal dispositivo constitucional induziria à conclusão trazida na inicial de que a união estável pressupõe a diferença de sexo entre os companheiros.

Todavia, a norma constitucional supratranscrita apresenta-se como típica regra atinente a direitos fundamentais, tanto que o Constituinte do Estado do Rio de Janeiro claramente optou pela sua inserção no Título atinente a tais direitos na Carta Estadual. Vê-se, portanto, que o art. 46 da Constituição Estadual é daqueles que claramente comporta extensão hermenêutica por seu próprio conteúdo ou pelo que prevê o art. 5º, § 2º da Carta da República, que inegavelmente se aplica às disposições análogas da Constituição Estadual:

Art. 5º

§ 2º 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.

Da redação de tal dispositivo se pode depreender o fato de que as normas constitucionais que tratam de direitos fundamentais não trazem um rol taxativo de hipóteses, comportando plenamente analogia e interpretação extensiva, com base em sua finalidade social, consoante o disposto no art. 5º da Lei de introdução ao Código Civil ou mesmo de acordo com os próprios princípios consagrados pela Constituição.

A finalidade do dispositivo presente no art. 46 da Constituição Estadual é a de conceder inequívoca proteção jurídica à entidade familiar oriunda de laços afetivos aos quais não corresponde um vínculo matrimonial, assim como às chamadas famílias monoparentais, formadas pelo pai ou mãe e os respectivos filhos ou dependentes.

Tal comando jurídico se justifica, pois pretendeu o Constituinte assegurar um amparo jurídico aos companheiros que ficavam ao desabrigo do direito no regime matrimonialista instituído pelo hoje revogado Código Civil de 1916. Até o advento da Constituição de 1988 e das Cartas Estaduais que a ela se seguiram, a proteção do companheiro residia exatamente na legislação previdenciária, que desde os anos setenta sobretudo assegurava aos companheiros o direito ao pensionamento no caso de óbito do segurado e na postura arrojada do Poder Judiciário que, inspirado por superiores valores de Justiça, aplicava àqueles que viviam nestas condições o regime jurídico destinado originariamente às sociedades de fato.

Na atualidade, há inclusive precedente do Superior Tribunal de Justiça, no qual se reconhece a possibilidade de existência de sociedade de fato entre conviventes do mesmo

sexo, como se pode constatar na ementa do acórdão seguinte:

SOCIEDADE DE FATO. Homossexuais. Partilha do bem comum.

O parceiro tem o direito de receber a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum, reconhecida a existência de sociedade de fato com os requisitos previstos no art. 1363 do Ccivil.

RESPONSABILIDADE CIVIL Dano moral, Assistência ao doente com AIDS. Improcedência da pretensão de receber do pai do parceiro que morreu com Aids a indenização pelo dano moral de ter suportado sozinho os encargos que resultaram da doença. Dano que resultou da opção de vida assumida pelo autor e não da omissão do parente, faltando nexo de causalidade. Art. 159 do Ccivil.

Ação possessória julgada improcedente. Demais questões prejudicadas. Recurso conhecido em parte e provido. (grifou-se)

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 148897-MG. Relator: Ministro Ruir Rosado de Aguiar. Publicado no Diário da Justiça de 6.4.1998. Extraído de www.stj.gov.br. Acesso em 7.4.200

A louvável preocupação dos Constituintes Federais e Estadual em dar expressa proteção jurídica à modalidade familiar que denominou de união estável não pode ser entendida como sendo uma vedação implícita ao reconhecimento pelo direito de outras formas de manifestação familiar, sob pena de se estar desvirtuando a própria finalidade da inserção no texto da Lei Maior de dispositivos voltados à proteção da família. Nessa mesma linha de raciocínio, cumpre citar o especialista em Direito Previdenciário Wladimir Novaes Martinez:

Bem oportuno, o dispositivo constitucional citado protege a união estável, mas não obsta a proteção jurídica dos casais de mesmo sexo; não é daqueles comandos que impõem o *contrario sensu*; a união estável entre homem e mulher é objeto de atenção do Estado, mas nem por isso a mantida entre pessoas do mesmo sexo não casadas entre si deve ficar à mercê de velhas convenções sociais, alguns dogmas religiosos ou preconceitos superados.[...]

(Direito do homossexual à pensão por morte. **Revista de Previdência Social**. Ano XXIV, nº 236, julho 2000)

A família é considerada perante o direito brasileiro atual como sendo uma comunhão de afetos, tendo unia finalidade social diretamente relacionada com a formação e a realização pessoal de seus integrantes, como titulares de direitos individuais, protegidos pela Constituição da República. Não há no vínculo familiar nenhuma finalidade econômica imediata, sendo eventuais conseqüências desta natureza compreensíveis resultados do espírito de cooperação que deve orientar toda estrutura familiar.

O conceito contemporâneo de família está muito mais associado à constatação da existência dos liames psicológicos e sociológico, que fazem com que pessoas dividam sentimentos fraternos e adotem uma atitude de proteção mútua sem nada esperar em termos materiais, do que a rígidas molduras jurídicas que funcionem como restrição ao conceito de entidade familiar. Luiz Edson Fachin levanta até mesmo a possibilidade de vir a ser aplicada às parcerias entre pessoas do mesmo sexo a atual legislação protetiva da união estável:

Nesse horizonte, a Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994, sem embargo da posterior (e recente) Lei n. 9.278, de 13 de maio de 1996, pode ser resgatada para sustentar a tese de direito de partilha do esforço comum entre companheiros ou conviventes. Esse instrumento legal, embora situado no contexto de lei que, em princípio se destina à união estável entre homem e mulher, admite, ao final, uma extensão que ultrapassa as situações iniciais para ajustar-se às relações de companheirato entre pessoas do mesmo sexo.

Essa dedução, se de um lado pode gerar alguma perplexidade para a sustentação dos valores informativos das uniões tradicionais, por outro, pode ser um caminho, enquanto a norma específica não vier, para que os resultados buscados, dentro ou fora do Judiciário, sejam mais justos.

(Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil. LIRA, Ricardo Pereira (org.), Mo de Janeiro: Renovar, 1999, p. 99- 100).

A própria Constituição do Estado do Rio de Janeiro prevê expressamente em seu art, 8º que “todos têm o direito de viver com dignidade”, em comando que nada mais é do que a reprodução da regra do art. 1º, III da Constituição da República, que descreve a dignidade da pessoa humana como sendo um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Também o art. 9º, § 1º da Carta Estadual dispõe literalmente que “ninguém será discriminado, prejudicado ou privilegiado em razão de nascimento, idade, etnia, raça, cor, sexo, estado civil, trabalho rural ou urbano, religião, convicções políticas ou filosóficas, deficiência física ou mental, por ter cumprido pena **nem por qualquer particularidade ou condição**”(grifou-se), em comando que segue a trilha do art. 3º, inciso IV da Constituição Federal, que elenca dentre os objetivos fundamentais da República o de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e **quaisquer outras formas de discriminação**” (grifou-se).

Não se pode, portanto, aceitar a tese de que o companheiro do mesmo sexo não possa ter direito à pensão previdenciária apenas com base em uma interpretação literal do dispositivo constitucional que define a união estável, desconsiderando toda a principiologia em vigor no texto constitucional, inclusive no que se refere ao direito

personalíssimo à orientação sexual, como destaca Luiz Edson Fachin:

Principiando desse modo, pode ser localizada, a partir do texto constitucional brasileiro que assegura a liberdade, a igualdade sem distinção de qualquer natureza (artigo 5º da Constituição Federal de 1988), a inviolabilidade da intimidade e a vida privada (artigo 5º, inciso X), a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana. Assim, como direito fundamental, surge um prolongamento de direitos da personalidade imprescindíveis para a construção de uma sociedade que se quer livre, justa e solidária.

(Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil. LIRA, Ricardo Pereira (org.), Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 94-95.)

A situação do companheiro do mesmo sexo é substancialmente a mesma dos casais que viviam maritalmente antes da Carta de 1988, mas que não se encontravam sob o manto de qualquer **instituto jurídico formalizado**. Nem por isso, foram ouvidas vozes contrárias quando os tribunais e a própria legislação previdenciária reconheceram ao companheiro sobrevivente o direito à pensão por óbito.

O que está em jogo neste caso é o princípio da dignidade da pessoa humana, que tem sede constitucional, conforme lá mencionado, independentemente de opção sexual, filosófica ou religiosa. É justo que o companheiro do mesmo sexo que durante anos repartiu emoções, alegrias e angústias típicas do vínculo familiar e colaborou para a formação de um patrimônio comum com o segurado falecido fique ao desabrigo do direito, apenas porque um dispositivo isolado da Constituição prevê a união estável entre pessoas de sexo diferente?

As ponderações ora apresentadas seguem a mesma anila de raciocínio adotada pelo Ministro Marco Aurélio, quando no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal negou o pedido do INSS de suspensão dos efeitos de liminar concedida pelo Tribunal Regional Federal no Rio Grande do Sul, em ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal, envolvendo exatamente a matéria aqui debatida:

[...]Constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV do artigo 3º da Carta Federal). Vale dizer, impossível é interpretar o arcabouço normativo de maneira a chegar-se a enfoque que contrarie esse princípio basilar, agasalhando-se preconceito constitucionalmente vedado. O tema foi bem explorado na sentença (folha 351 à 423), ressaltando o Juízo a inviabilidade de adotar-se interpretação isolada em relação ao artigo 226, § 3º, também do Diploma Maior, no que revela o reconhecimento da união estável entre o homem e a 'mulher como entidade familiar. Considerou-se,

mais, a impossibilidade de, à luz do artigo 5º da Lei Máxima, distinguir-se ante a opção sexual, Levou-se em conta o fato de o sistema da Previdência Social ser contributivo, prevendo a Constituição o direito à pensão por morte do segurado, homem ou mulher, não só ao cônjuge, como também ao companheiro, sem distinção quanto ao sexo, e dependentes — inciso V do artigo 201.[...]

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Petição nº 1984/RS. Ministro Marco Aurélio. Publicado no Diário da Justiça de 20.2.2003. Extraído de www.stf.gov.br. Acesso em 7.4.2005.)

Seguindo esta mesma trilha, têm os Tribunais Regionais Federais de todo país concedido pensões por morte a companheiros do mesmo sexo, tanto no regime do INSS, quanto no Regime Previdenciário Público dos servidores federais estatutários, como comprovam as ementas dos diferentes acórdãos extraídos das páginas dos Tribunais na *Internet*, que instruem as presentes informações.

Ainda que se admitisse, dentro de urna visão extremamente limitada da ordem constitucional, a tipicidade fechada do instituto civil da união estável, nem assim haveria inconstitucionalidade na regra representada. Trata-se de norma nitidamente de caráter previdenciário, que pode criar benefícios a partir do critério geral de dependência econômica, como ocorre hoje em relação às pensões vitalícias para os filhos portadores de deficiência física, em diversos sistemas de previdência ou como já ocorrera no passado com as pensões até os 25 anos para os filhos que estivessem cursando universidade, pensões vitalícias para filhas solteiras, entre outras.

Observe-se que, em nenhum dos exemplos citados existe correlação direta entre a situação dos beneficiários em termos de Direito Civil e a proteção que a legislação previdenciária lhes assegurava. A idade estipulada por lei para pagamento de pensão aos filhos universitários em nada se relacionava com a sua capacidade jurídica ou efetiva dependência econômica, sendo apenas produto de uma presunção de dependência criada a partir de uma opção legislativa. Situação análoga se verifica em relação à filha solteira e ao portador de deficiência, que podem ser pessoas dotadas de plena capacidade jurídica e laborativa, mas que contaram com um favor legal determinado.

Situação emblemática da inexistência de vinculação entre o status civilmente adotado e o consagrado pela legislação previdenciária é a do pensionamento do filho do segurado até os vinte e um anos, previsto no art. 22 do recente Decreto municipal nº 22870, de 6.5.2003, que disciplina a concessão de benefícios previdenciários no Município, enquanto o art. 5º do Código Civil, que entrou em vigor em janeiro do mesmo ano de 2003, reduziu a maioria civil para dezoito anos. Neste caso, fica clara a opção normativa do Município em presumir a dependência econômica do filho até os 21 anos,

independentemente de já contar ele com plena capacidade para os atos da vida civil desde os dezoito anos, e até hoje não ocorreu qualquer questionamento quanto à juridicidade de tal norma.

Diante de tais circunstâncias, nada impede que o conceito de união estável para os fins da Lei Civil, como a facilitação da sua conversão em casamento (art. 226, §3º da Constituição Federal), seja diferente do adotado pela legislação previdenciária. Não há, portanto, qualquer óbice para que a legislação previdenciária amplie direitos previstos na legislação civil. O que não se poderia em realidade admitir seria a restrição de direitos previstos pela Lei Civil por parte de regras previdenciárias.

Como se não bastassem todos argumentos de ordem constitucional já apresentados, o próprio Instituto Nacional do Seguro Social vem concedendo pensões previdenciárias a companheiros do mesmo sexo, sendo o procedimento respectivo disciplinado pela Instrução Normativa INSS/DC nº 25, de 7 de junho de 2000, cuja cópia instrui a presente.

Diante disso, o que fiz ao sancionar o dispositivo representado foi única e tão somente dar aplicação ao art. 40, §12 da Constituição Federal, que prevê literalmente que "além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social", ampliando expressamente o leque de beneficiários da pensão previdenciária, nos mesmos moldes atualmente adotados pelo regime do INSS.

Outro argumento apresentado pela inicial seria o de que se estaria criando benefício previdenciário sem especificação de fonte de custeio, afrontando o disposto nos arts. 284, §1º e 285 da Constituição Estadual.

A regras citadas são nitidamente voltadas à preservação da saúde financeira dos sistemas de previdência, mas não há que se falar em afronta a tais disposições constitucionais na Lei Municipal nº 3344/01, uma vez que ela contém, em seus arts. 50 e 51, regras detalhadas concernentes às dotações orçamentárias do Fundo de Previdência do Município, que atendem plenamente às despesas do sistema local, controle financeiro e atuarial dos regimes previdenciários públicos, não tendo até hoje apresentado qualquer ressalva em relação ao benefício previsto pelo dispositivo legal representado, até mesmo porque, repita-se, benefício **análogo tem sido** concedido no âmbito do Regime Geral de Previdência, que é administrado pelo citado Ministério e pela autarquia federal a ele vinculada, o INSS.

Como se não bastasse, não há neste processo qualquer prova de que a pensão

criada pelo art. 2º, § 2º carece de fonte de custeio. Do contrário, os segurados do sistema previdenciário municipal sempre sofreram descontos em seus contracheques, para o pagamento de pensões por morte, diferentemente do que ocorria no passado em outras esferas administrativas e na própria União Federal, o que demonstra que as receitas necessárias ao pagamento de tal benefício existem no sistema municipal de longa data. Wladimir Martinez destaca a possibilidade plena de Concessão de benefícios previdenciários a novos tipos de dependentes, desde que contributivo o sistema, como é o caso do municipal:

[...] A Previdência Social é marcadamente compulsória e contributiva. Segurado ou segurada legitimamente filiados, aportando as cotizações mensais exigidas pela lei, fazem jus aos benefícios, não importando sua opção sexual. O INSS nada perde com a concessão por morte, já que presente e reclama pagamento prévio, nem a coletividade deve julgar que isso vá estimular o crescimento dessas relações (o máximo que conseguirá com a proteção é torná-las públicas e reconhecidas pela sociedade).

(Direito do homossexual à pensão por morte. **Revista de Previdência Social**: Ano XXIV, nº 236, julho 2000)

Sendo estas as informações que me cumpria prestar, apresento a Vossa Excelência meus protestos de elevada estima e consideração, certo de que, ao final, será julgada improcedente a presente representação de inconstitucionalidade, porque totalmente despida de suporte jurídico, conforme anteriormente demonstrado.

CESAR MAIA

Prefeito do Município do Rio de Janeiro